

HORIZONTES DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

PEMBROKE COLLINS

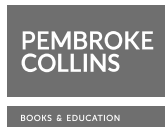
EDITORIAL BOARD

PRESIDENT	Felipe Dutra Asensi
MEMBERS	Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, Brazil)
	Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Brazil)
	Adriano Rosa (USU, Brazil)
	Alberto Shinji Higa (Procuradoria Geral de Jundiaí, Brazil)
	Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Brazil)
	Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, Brazil)
	Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colombia)
	Carlos Mourão (PGM, Brazil)
	Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
	Coriolano de Almeida Camargo (UPM, Brazil)
	Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Brazil)
	Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Brazil)
	Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Brazil)
	Diogo de Castro Ferreira (IDT, Brazil)
	Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, United States)
	Elaine Teixeira Rabello (KIT, Netherlands)
	Glaucia Ribeiro (UEA, Brazil)
	Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Brazil)
	Jonathan Regis (UNIVALI, Brazil)
	Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Spain)
	Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, Brazil)
	Luciano Nascimento (UEPB, Brazil)
	Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Brazil)
	Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Brazil)
	Marcia Cavalcanti (USU, Brazil)
	Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Brazil)
	Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
	Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
	Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Brazil)
	Rogério Borba (UVA, Brazil)
	Rosangela Tremel (JusCibernética, Brazil)
	Roseni Pinheiro (UERJ, Brazil)
	Sergio de Souza Salles (UCP, Brazil)
	Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brazil)
	Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
	Vania Siciliano Aieta (UERJ, Brazil)

ORGANIZAÇÃO:

EDNA RAQUEL HOGEMANN, GUILHERME MARTINS TEIXEIRA BORGES,
MICHELLE ASATO JUNQUEIRA, WERNA KARENINA MARQUES DE SOUSA

HORIZONTES DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS



DEERFIELD BEACH, FL – UNITED STATES
PEMBROKE COLLINS
2023

Copyright © 2023

Darlan Alves Moulin, Karine Tomaz Veiga, Telson Pires,
Thiago Rodrigues Pereira (orgs.)

EDITORIAL PRESIDENCY Felipe Asensi

PUBLISHING Felipe Asensi

EDITORIAL COORDINATION Vanessa Abraim

PROOFREADING Pembroke Collins' Team

GRAPHIC PROJECT AND COVER Diniz Gomes

FORMATTING Diniz Gomes

PEMBROKE COLLINS

1191 E Newport Center Dr #103 - Deerfield Beach

FL 33442 - United States

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

ALL RIGHTS RESERVED

No part of this book can be used or reproduced by any means without this Publisher's written permission.

FINANCING

This book was financed by the International Council for Higher Studies in Law (CAED-Jus), by the International Council for Higher Studies in Education (CAEduca) and by Pembroke Collins.

All books are submitted to the peer view process in double blind format by the Publisher and, in the case Collection, also by the Editors.

H811

Horizontes dos direitos humanos e fundamentais / Edna Raquel Hogemann, Guilherme Martins Teixeira Borges, Michelle Asato Junqueira, Werna Karenina Marques de Sousa (org.). – Deerfield Beach, FL: Pembroke Collins, 2023.

488 p.

ISBN 979-8-88670-074-9

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos civis.
I. Hogemann, Edna Raquel (org.). II. Borges, Guilherme Martins
Teixeira (org.). III. Junqueira, Michelle Asato (org.). IV. Sousa, Werna
Karenina Marques de (org.).

CDD 323

Librarian: Aneli Beloni

CRB7 049/21

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	13
 RACISMO E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA: ANÁLISE DA IMPRESCRITIBILIDADE DA INJÚRIA RACIAL CONFORME O HC Nº 154.248/DF...15 <i>José Bruno Martins Leão</i>	
 CRÍTICA À POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ENQUANTO DIREITOS NATURAIS.....	29
<i>Quévnia Linamara de Almeida Camboim</i>	
 ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA RAWLSIANA.....	44
<i>Janete Souza Carvalho</i>	
 LA ULTIMA TENTACIÓN DE CRISTO: O ESTADO CHILENO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	63
<i>Delmiro Gomes Neto</i> <i>Bárbara Lopes T. C. P. Gomes</i>	
 IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA PELA RESERVA DO POSSÍVEL.....	76
<i>Florisvaldo Pasquinha</i>	
 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E CONTRATOS EM ESPÉCIE.....	93
<i>Romulado Callegari</i> <i>Sandra Morais Brito da Costa</i> <i>Ursula Spisso Monteiro Britto</i>	

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA INTERNET: A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PARA ASSEGURAR O DIREITO À PRIVACIDADE.....	111
---	-----

Nathália Maria Carvalho Navarro

REFLEXÕES SOBRE O ANPP E A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA SUA CELEBRAÇÃO.....	130
--	-----

Lara Cristina Cunha Freitas

INTERAÇÃO ENTRE ESCOLA E FAMÍLIA NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM DA CRIANÇA: RELAÇÃO NECESSÁRIA.....	150
---	-----

Caroline Tenedini

Luciana Borella Camara Ardenghi

O TRÁFICO DE PESSOAS E SUA RELAÇÃO COM OS REFUGIADOS: O COMBATE À EXPLORAÇÃO E AS REPERCUSSÕES NAS MÍDIAS SOCIAIS.....	167
--	-----

Elias Galdino de Oliveira Junior

Nayara Joyce Germano Molina

A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DOS DIREITOS HUMANOS NA ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA: ATIVISMO JUDICIAL OU EXERCÍCIO PELO PODER LEGISLATIVO?.....	183
--	-----

Arlley Cavalcante de Oliveira

Lis Pereira Maia

MULTICULTURALISMO E A GARANTIA DA IGUALDADE MEDIANTE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA COIBIR A DISCRIMINAÇÃO RACIAL.....	195
--	-----

Iris Cristina Fernandes Vieira

Márcio Pedrosa dos Santos

INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS EM DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	218
--	-----

Anderson Lopes

Felipe de Magalhães

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER: VOZES SILENCIADAS NO AMBIENTE DOMÉSTICO.....	239
---	-----

Nathalia Caroline da Silva Costa

Ediana di Frannco Matos da Silva Santos

O ENCARCERAMENTO DA MULHER TRAVESTI E TRANSEXUAL.....	258
<i>Jennifer dos Reis Wakugawa de Menezes</i>	
<i>Rejane Alves de Arruda</i>	
O RESPEITO AO DIREITO DA PERSONALIDADE À INTIMIDADE E A NÃO LESÃO À JURISDIÇÃO.....	276
<i>Luís Fernando Centurião</i>	
<i>Marcelo Negri Soares</i>	
<i>Alender Max de Souza Moraes</i>	
COVID-19 E EMPREGADAS DOMÉSTICAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: EFEITOS-SENTIDO DE CÁRCERE-PRIVADO E CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRavidÃO.....	293
<i>Nayane de Macedo</i>	
<i>Maria da Conceição Fonseca-Silva</i>	
<i>Joseane Silva Bittencourt</i>	
O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FATOR LIMITANTE AO ALCANÇE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ RISCO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL?	309
<i>Helena de Andrade Piovezan</i>	
AÇÃO POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: A (IM) POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO PELO ESTRANGEIRO.....	327
<i>Rafael Pinto dos Santos</i>	
EQUIDADE E INCLUSÃO NAS POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO: DESAFIOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS.....	345
<i>Douglas Rubens Nogueira</i>	
DISCURSO DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO DAS RELAÇÕES DE PODER QUE LHE SÃO SUBJACENTES E DO IMPACTO À SUA IDENTIDADE E DIGNIDADE A PARTIR DA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO (ACD).....	358
<i>Eveline Lima de Castro</i>	
AS DIVERSAS FACES DA DISCRIMINAÇÃO NAS ESCOLAS.....	377
<i>José Carlos Pistilli</i>	

O LIVRO DIDÁTICO E A EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL CIDADÃ EM LÍNGUA ESTRANGEIRA	393
<i>Thaís Stelzer Ramos</i>	

CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO DO PACIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS.....	413
<i>Werna Karenina Marques de Sousa</i>	

A NOVA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR PESSOA NATURAL SUPERENDIVIDADA.....	428
<i>Luciano Monti Favaro</i>	

A MULHER CAMPESINA NA AGRICULTURA FAMILIAR AGROECOLÓGICA E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO NOS ASSENTAMENTOS DA REFORMA AGRÁRIA DE GOIÁS.....	447
<i>Lorena Cristina Moreira</i>	

RESUMOS.....	461
---------------------	------------

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA OBJEÇÃO DOUTRINÁRIA.....	463
<i>Fabício Manoel Oliveira</i>	

TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO ESTADO DO PIAUÍ.....	468
<i>Lia Raquel Rosendo</i>	
<i>Naiza Ferreira Silvac</i>	

A PORNOGRAFIA COMO SUPRESSÃO DA DIGNIDADE.....	472
<i>Raphael Rosalvos Barcellos</i>	

A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO.....	477
<i>Alexsandro Motta</i>	
<i>Rejane Alves de Arruda</i>	

NEGACIONISMO VACINAL: O DIREITO À SAÚDE VERSUS A LIBERDADE INDIVIDUAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19.....	483
<i>Bruna de Almeida Neves</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (Universidade Santa Úrsula, Brasil)
Alexandre Bahia (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Alfredo Freitas (Ambra College, Estados Unidos)
Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Arthur Bezerra de Souza Junior (Universidade Nove de Julho, Brasil)
Bruno Zanotti (PCES, Brasil)
Claudia Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil)
Daniel Giotti de Paula (PFN, Brasil)
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo (Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
Denise Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Val (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Felipe Asensi (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Fernando Bentes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)
GlauCIA Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)
Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität — Frankfurt am Main, Alemanha)
João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Klever Filpo (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Luciana Souza (Faculdade Milton Campos, Brasil)

Marcello Mello (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Maria do Carmo Rebouças dos Santos (Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (Universidade de Pernambuco, Brasil)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)

Saul Tourinho Leal (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)

Sergio Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (Centro Universitário Lassale, Brasil)

Tiago Gagliano (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)

Walkyria Chagas da Silva Santos (Universidade de Brasília, Brasil)

APRESENTAÇÃO — SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes por meio de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o Direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão *e-book* aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes por meio de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do Direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2023, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2023)**, que ocorreu entre os dias 24 a 26 de maio e contou com 21 Grupos de Trabalho com mais de 479 artigos e resumos expandidos de 54 universidades e 29 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu por meio do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 10 livros do evento.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital específico.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2023. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Daniela Lacerda Santos (Centro Universitário Arthur Sá Earp Neto — UNIFASE), Renata Ferreira dos Santos (Universidade do Estado do Amazonas — UEA) e Isabela Cristina de Miranda Gonçalves (Universidade do Estado do Amazonas — UEA). O trabalho premiado foi de autoria de Evandro Borges Martins Bisneto e Ana Elizabeth Neirão Reymão, sob o título “A (ir)racionalidade neoliberal e a urgência do bem-estar social para uma retomada civilizatória”.

Esta publicação americana é financiada por recursos do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins, todos sediados nos Estados Unidos, e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica internacionais.

ARTIGOS



RACISMO E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA: ANÁLISE DA IMPRESCRITIBILIDADE DA INJÚRIA RACIAL CONFORME O HC Nº 154.248/DF

José Bruno Martins Leão¹

INTRODUÇÃO

Por motivos historicamente conhecidos, a discriminação racial é uma das condutas humanas expressamente recriminadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a prática do racismo tem o objetivo de despersonalizar e/ou subjugar o outro por motivo de raça ou cor da pele, razão por que esse tipo de comportamento ilegal afronta a legislação em voga e, sobretudo, transgride enunciados constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana.

1 Mestrando em Direito (UNIPAR). Especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Econômico, Direito Penal e Processual Penal, Docência Jurídica, Docência do Ensino Superior, Educação Especial e Inclusiva, Educação de Jovens e Adultos (EJA), Gestão em Segurança Pública, Metodologias em Educação a Distância, Neuroeducação e Psicologia Forense e Jurídica. Graduado em Direito, Filosofia, História e Letras. Advogado.

Não por acaso, a Constituição Federal de 1988 considera o racismo um crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos das leis infraconstitucionais em voga. A propósito, no Brasil, logo após a promulgação da Lei Maior, editou-se a Lei do Crime Racial (Lei nº 7.716/1989), que tem por finalidade punir os crimes resultantes de discriminação e preconceitos de raça, cor, etnia, religião e, inclusive, procedência nacional, ou seja, a origem da pessoa.

Havia, também, a redação contida no art. 140, § 3º, do Código Penal, que criminalizava a denominada injúria racial. Tal disposição, contudo, foi modificada pela Lei nº 14.532/2023, que retirou do citado dispositivo legal as expressões “raça”, “cor”, “etnia” e “origem” e as alocou no art. 2º-A, da mencionada Lei nº 7.716/1989. Porém, antes de tal inovação legislativa, em sede do HC nº 154.248/DF, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a possibilidade de extensão da imprescritibilidade constitucional do racismo ao crime de injúria racial, amparado na constatação do racismo estrutural presente na realidade brasileira.

Portanto, elaborado por meio de revisão bibliográfica, especialmente exame de textos legislativos e análise jurisprudencial, e fundamentado em pesquisa qualitativa, este artigo tem por objetivo apresentar as razões expostas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do HC nº 154.248/DF, bem como apontar as alterações legislativas supervenientes ao referido julgado, a fim de se compreender o fundamento da continuidade do caráter imprescritível da injúria racial, interpretada na esteira da gravidade delitiva constitucionalmente atribuída ao racismo enquanto prática deletéria às relações sociais e ao progresso civilizatório.

1. ANÁLISE DA INJURIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No dia 28 de outubro de 2021, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária conduzida por videoconferência, então sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, denegaram o Habeas Corpus nº 154.248/DF, por maioria de votos, na esteira do voto exarado pelo relator, Ministro Edson Fachin. Na ocasião, restou vencido o Ministro Nunes

Marques, “que concedia a ordem para reconhecer a extinção da punibilidade da paciente pela ocorrência da prescrição” (BRASIL, 2022, p. 2).

Do julgado em questão, extrai-se a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGACÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 154248, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022) (BRASIL, 2022, p. 1-2).

Na fundamentação de voto apresentada pela relatoria, em primeiro lugar, o Ministro Edson Fachin traz à tona uma introdução de natureza histórico-antropológica. Em uma retrospectiva de ordem historiográfica, rememorou-se que “há racismo no Brasil. E uma chaga infame que marca a interface entre o ontem e o amanhã” (BRASIL, 2022, p. 7).

Salientou-se, ainda, enunciações constitucionais relevantes no contexto em análise, quais sejam, o art. 3º, IV, e o art. 4º, VIII, da Consti-

tuição Federal. A primeira disposição fundamental é a responsável pela redação segundo a qual um dos principais objetivos da República Federativa do Brasil (RFB) consiste em “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; além disso, um dos princípios regentes das relações internacionais estabelecidas pela FRB é o “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (BRASIL, 1988).

Tendo em mira a reunião de documentos nacionais e internacionais que visam proteger a dignidade humana e repudiar a prática do racismo, o relator apresentou, além da Constituição da República, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, cuja “[...] ratificação expressou condenação e compromisso a adotar políticas de eliminação, em todas as suas formas, da discriminação racial” (BRASIL, 2022, p. 8).

Na aludida Convenção Internacional, particularmente na Parte I, Artigo I, item 1, encontra-se a definição da expressão “discriminação racial”, que significa

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, côr, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (BRASIL, 1969).

Não bastasse a Constituição Federal e a citada Convenção Internacional, o Brasil se ocupou de rechaçar a prática do racismo mediante a implementação de normatizações infraconstitucionais. Nesse sentido, cabe destacar a importância da Lei nº 7.716/1989, que definiu “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor” (BRASIL, 1989), e da Lei nº 9.459/97, que “alterou o Código Penal para acrescentar ao art. 140, o § 3º, e tipificar a injúria racial” (BRASIL, 2022, p. 8-9).

Demais disso, há também a Lei nº 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial. Segundo o art. 1º, *caput*, esse Estatuto é “des-

tinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (BRASIL, 2010).

Conforme apontado no teor do voto do relator, tem-se que

A adoção desses objetivos, princípios e compromissos no plano internacional e em dispositivos situados entre os alicerces do mais importante texto da vida republicana e democrática brasileira, ao pressupor a necessidade de ações do Poder Público e de todos os que vivem neste país para o combate ao racismo, reconhece, por outro lado, que além das violências raciais verbais e físicas perpetradas por indivíduos, há também uma dimensão institucional, todas resultantes do racismo estrutural que marca as relações no seio da sociedade pátria (BRASIL, 2022, p. 9).

Vê-se, então, que o Brasil está comprometido com a salvaguarda da igualdade racial e com a proibição de discriminação racial entre os membros integrantes da sociedade. Tanto no âmbito doméstico como na seara internacional, este país assumiu as diretrizes necessárias para se combater as violências raciais, físicas e verbais, praticadas no ambiente dinâmico da vida social, reconhecendo-se, pois, uma dimensão estrutural do racismo, visto que tal comportamento abjeto marca a história nacional.

Em Brasil (2022, p. 14), o relator, em seu voto, acentuou a existência de uma estrutura racializada, que é retroalimentada por meio de fatores diversos e inter-relacionados, cujo objetivo, em última análise, é promover a subordinação, de modo a retratar “aqueles de ordem ideológica que constroem a inferioridade a partir das manifestações de desprezo, de ódio ou qualquer outra forma de violência”, além daqueles “de ordem material, que bloqueiam acessos aos mais diversos bens, como, por exemplo, a educação, saúde e empregos” (BRASIL, 2022, p. 14).

Na esteira de Brasil (2022, p. 14), em razão daqueles que contribuem para a construção de percepções de inferioridade das outras pessoas mediante manifestações de ódio, desprezo e violência, o relator aponta que houve uma resposta da Lei Fundamental ao se verificar um mandado

constitucional de criminalização expressamente contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, segundo o qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

A gravidade atribuída à prática de racismo se deve ao efeito extremamente deletério que tal percepção discriminatória exerce sobre as pessoas que pertencem a um grupo tido como racializado. Nota-se, com isso, que o racismo não recai tão somente sobre pessoas determinadas, mas, sobretudo, repercute sobre a história que elas possuem e que remontam aos elementos de ancestralidade.

Em vista disso, o relator consignou o seguinte:

Homens e mulheres não são negros apenas pela cor da pele, mas pela atribuição de sentidos que apagam as riquezas de suas ancestralidades e os qualificam a partir de valores negativos, até mesmo desumanizantes [...], que ditam a maneira de como estes sujeitos se apresentam no mundo e de como lhe são atribuídas desvantagens (BRASIL, 2022, p. 16).

Ademais, cite-se mais dois efeitos negativos provocados pelo racismo estrutural, ainda presente em parte da sociedade brasileira: a presunção de incapacidade e a estigmatização das pessoas que são vítimas de racismo. Nesse sentido, o relator lembrou que “são considerados desprovidos de habilidades e competências para ocupar espaços de poder” e, também, “tidos como natos em periculosidade não apenas para determinar o ato de alguém atravessar para o outro lado rua quando caminha ao encontro de uma homem negro, mas até mesmo possibilitar o automático reconhecimento de autoria de crimes” (BRASIL, 2022, p. 16).

Conforme a fundamentação exposta pela relatoria, depreende-se que, não bastasse a injusta imagem de inferioridade, a prática de racismo também é responsável pela percepção deturpada do caráter alheio, no sentido de atribuir desconfiança às vítimas simplesmente por motivo de raça. Isso evidencia, por consequência, que, ainda entranhada em setores distintos da sociedade brasileira, a discriminação racial tanto desconstrói a indivi-

dualidade alheia quanto estigmatiza personalidade do outro, razão por que a dignidade humana, em tais casos, vê-se flagrantemente aviltada.

No contexto do racismo, há exemplos diversos de percepções deturpadas e discriminatórias do ser humano. Em sede do HC em comento, o relator assim recorda: “Estereótipos de mulheres negras não passam de excelentes realizadoras dos afazeres domésticos ou vocacionadas a dança, a sensualização e a satisfação da lasciva, raramente tidas como pretensas companheiras para trocas de afetos e constituição de projeto familiar”. Esse é um dos motivos pelos quais “são as mulheres negras as maiores vítimas de violências domésticas” (BRASIL, 2022, p. 16-17).

Em Brasil (2022, p. 17), o Ministro Edson Fachin argumenta que a discriminação social, entre elas a racial, inicia-se de forma sutil e se mantém durante longos períodos da vida. Assim sendo, a atribuição de sentidos raciais começa muito cedo, especialmente “quando enxergamos algumas crianças como príncipes e as outras como moleques, e segue ao longo de toda a existência destes sujeitos, que em determinados percursos passam até mesmo pela condição de não sujeito” (BRASIL, 2022, p. 17).

Eis o racismo em sua essência: a despersonalização do outro, a identificação do outro como uma não pessoa, um não sujeito, alguém facilmente comparável a um ente desprovido do valor humano da dignidade. Desse comportamento indiferente à humanidade do outro, surge “a produção e a circulação de estigmas raciais, sejam eles implícitos ou expressos em atos odiosos ou de desprezo, engendradores de uma discriminação que é sistemática, portanto, configuradora do racismo” (BRASIL, 2022, p. 18).

Complementarmente, Nucci (2019, p. 311) apresenta uma definição sucintamente esclarecedora de racismo, que, para o autor, “é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em ‘raças’, em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum”. E, a partir de tal separação, o racismo “apregoa a superioridade de uns sobre os outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória” (NUCCI, 2019, p. 311).

Dados esses pressupostos históricos, sociológicos e antropológicos de identificação do racismo, o relator lança a pergunta que enreda o julgamento do HC nº 154.248/DF, a saber: “o crime de injúria racial é ou não

uma forma de discriminação racial que se materializa de forma sistemática e assim configura o racismo e, como consequência, sujeita-se ou não a extinção da punibilidade pela prescrição?” (BRASIL, 2022, p. 18).

Em outros termos, vê-se que o relator indaga se o crime de injúria racial é prescritível ou não. Se fosse considerado prescritível, o Estado deveria punir os atos de discriminação racial em determinado período de tempo, sob pena de ocorrer a extinção da punibilidade do agente criminoso. Por outro lado, se imprescritível, não há de se falar na impossibilidade de se movimentar a atividade de persecução penal em busca de punição criminal àquele que tenha incorrido no tipo penal consubstanciado na injúria perpetrada por razões de ordem racial.

Em sede do HC nº 154.248/DF, nos termos do voto do relator, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela imprescritibilidade do crime de injúria racial. De acordo com o Ministro Edson Fachin, “o crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível. Por conseguinte, não há como se reconhecer a extinção da punibilidade que pleiteiam a impetração” (BRASIL, 2022, p. 21).

Não obstante as justificativas acima narradas, o relator reafirma a fundamentação do seu voto ao rememorar, brevemente, os elementos jurídicos constitutivos do crime de injúria racial, o que acarreta na imensurável reprovabilidade de tal delito. Dessa forma, tem-se que o comportamento do agente faz inequívoca referência a determinadas distinções que se prestam “ao ataque a honra ou a imagem alheia, a violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2022, p. 19).

A propósito, sedimentou-se o entendimento de que

A injúria racial consoma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito

como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence (BRASIL, 2022, p. 19).

Ainda, em Brasil (2022, p. 19), reconheceu-se que a injúria racial consiste em um ataque à dignidade da pessoa humana por meio do tratamento diferenciado entre os seres humanos a partir do critério de raça. Por essa e outras razões, assentou-se que “o reconhecimento como conduta criminoso nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo” (BRASIL, 2022, p. 19).

O tratamento jurídico conferido à matéria encontra respaldo justamente porque, em verdade, tal proceder revela “a exteriorização de uma concepção odiosa e antagônica a um dos mais fundamentais compromissos civilizatórios assumidos em diversos níveis normativos e institucionais por este país”, que, no entender do relator, consiste na suposição “de que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia” (BRASIL, 2022, p. 19).

Na linha de Brasil (2022, p. 20), “a atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural”. Isso também influencia na ampliação de tal “manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato a altura do projeto constitucional nesse aspecto” (BRASIL, 2022, p. 20).

Dito isso, com base em Brasil (2022, p. 20), o relator esclarece um ponto relevante atinente à reflexão jurídica da regulamentação infraconstitucional do racismo, que, segundo a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLII), é inafiançável e, sobretudo, imprescritível, cuja prática sujeitará o agente criminoso a pena de reclusão. Essa nuance se refere à diferença de tratamento legislativo à época verificado a partir da análise das condutas contidas na Lei nº 7.716/1989 e no art. 140, § 3º, do Código Penal, atualmente modificado pela Lei nº 14.532/2023.

A respeito de discussão então suscitada, o relator anotou estes termos:

Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização e restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência (BRASIL, 2022, p. 20).

Vê-se que, com efeito, em nada importa a posição normativa em que a injúria racial se encontra para que se possa atribuir a ela a adequada interpretação constitucional. Quer conste na Lei nº 7.716/1989, quer figure no art. 140, § 3º, do Código Penal, o crime em exame conserva os traços distintivos que fundamentam a gravidade delitiva que lhe é conferida pelo legislador ordinário, a partir do mandado constitucional de criminalização, previsto na parte final do art. 5º, XLII, da Lei Maior.

Isso porque o art. 140, § 3º, do Código Penal, possuiu três redações distintas, respectivamente acrescidas pela Lei nº 9.459/1997 (revogado), Lei nº 10.741/2003 (revogado) e a textualidade atualmente da Lei nº 14.532/2023, cuja vigência é posterior ao julgamento do HC nº 154.248/DF. Assim, sucessivamente, o § 3º, do art. 140, do diploma incriminador, já contou com as seguintes disposições normativas, *in verbis*:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (BRASIL, 1997).

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (BRASIL, 2003).

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (BRASIL, 1997)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 1940; BRASIL, 2023).

Da transcrição legal acima exposta, percebe-se que, com a vigência da Lei nº 14.532/2023, retirou-se as expressões “raça”, “cor”, “etnia” e “origem” do § 3º, do art. 140, do Código Penal, então objeto de exame do HC nº 154.248/DF. Tal alteração legislativa se deu porque também fora acrescentado novo texto normativo à Lei 7.716/1989, que agora conta a seguinte redação no art. 2º-A e parágrafo único, *in verbis*: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

Essas localizações normativas diferentes não configuram um obstáculo ao exame do crime de injúria racial com todos os seus elementos integrativos delineados alhures. A gravidade do ato criminoso permanece inalterada. Inclusive, uma anotação do relator do HC nº 154.248/DF se mostra cabível nesse contexto, ainda que em novas circunstâncias legais, de vez que “a diferença, desse modo, é meramente topológica, logo, insuficiente para sustentar a equivocada conclusão de que injúria racial não configura racismo” (BRASIL, 2022, p. 21).

Outro fator importante para esta análise se refere à penalidade cominada à injúria racial e ao racismo, tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei nº 7.716/1989, com a nova redação acrescida pela Lei nº 14.532/2023. À época, o relator do HC nº 154.248/DF também consignou em voto outra asserção aplicável ao novo cenário legal, a saber: “Observe-se, nesse contexto, que o crime em análise, por ser sujeito a pena de reclusão, não destoa do tratamento dado pela Constituição ao que ali se prevê como crime de racismo” (BRASIL, 2022, p. 21).

Disso, infere-se que o tratamento jurídico-constitucional direcionado à injúria racial permanece incólume, não obstante a alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.532/2023, que alterou o § 3º, do art. 140, do Código Penal, e a Lei nº 7.716/1989, uma vez que persiste no ordenamento jurídico pátrio a criminalização da injúria por motivo de raça, cor,

etnia, origem e religião, além do rechaço social justificadamente destinado a condutas racistas, sobre o qual recai a imprescritibilidade, estendida à injúria racial, considerada uma espécie do gênero racismo.

CONCLUSÕES

De exposto, conclui-se que o racismo é uma prática social nefasta, que estigmatiza as pessoas por simples critério de raça, cor, etnia, origem e religião, violando, flagrantemente, o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana. Em vista disso, preconceitos e estereótipos propagados por parte da sociedade brasileira contribuem imensamente para a disseminação da ocorrência de discriminação racial e de segregação de minorias sociais com históricos de perseguição e transgressão de direitos humanos.

A Constituição Federal brasileira trata o racismo como crime inafiançável e imprescritível, punível com pena de reclusão (CF, art. 5º, XLII). Nessa linha, em obediência ao mandamento constitucional de criminalização, editou-se a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de discriminação de raça ou de cor, sendo passível de responsabilização criminal a injúria que ofenda outrem por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 154.248/DF e decidiu pela imprescritibilidade da injúria racial, vista como uma espécie do gênero racismo, em virtude trazer consigo todos os estereótipos e afrontas à dignidade humana que as condutas racistas são capazes de provocar em detrimento das pessoas pertencentes a grupos racializados, o que justifica a intervenção estatal de ordem criminal a fim de reprimir essa gama de discriminações injustificadas que, vez por outra, ainda encontram lastro na sociedade brasileira.

Tal julgamento da Suprema Corte, porém, levou em consideração a injúria racial então inscrita no art. 140, § 3º, do Código Penal, que fora alterado em conjunto com a Lei nº 7.716/1989. Contudo, não obstante a retirada das expressões “raça”, “cor”, “etnia” e “origem” do citado dispositivo do diploma incriminador, a injúria racial continua a existir no ordenamento jurídico nacional, razão por que também persiste a interpretação

constitucional realizada pela Corte Maior, no sentido de se reconhecer que a injúria por motivo racial é imprescritível onde quer que esteja textualmente contida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 154.248/DF**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Edson Fachin, Julgamento: 28/10/2021, Publicação: 23/02/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759332240>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CRÍTICA À POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ENQUANTO DIREITOS NATURAIS

Quêvia Linamara de Almeida Camboim²

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico possui, predominantemente, duas correntes que se destacam no curso da história e da contemporaneidade: a jusnaturalista e a juspositivista. Há, contudo, diversas outras correntes que se posicionam em meio a essas duas, em maior ou menor intensidade.

Os defensores do jusnaturalismo apontam para a existência de um direito natural, o qual funcionaria de base e fundamento ao poder coercitivo do Estado, que, por sua vez, seria, portanto, ilegítimo. Já os defensores do juspositivismo defendem que o direito positivo, formulado pelo Estado e em conformidade com os seus procedimentos, seria autossuficiente no que tange à legitimidade e, assim, portanto, seria, de fato, o único direito existente.

Do confronto entre as principais correntes, surgem outras entre essas duas proposições elementares que se apresentam basicamente subdivididas em três vertentes: 1) correntes do pensamento jurídico que objetivam

² Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

aperfeiçoar o jusnaturalismo ou o juspositivismo; 2) correntes que objetivam conciliar as duas correntes predominantes; e 3) correntes que, de um modo diferente, objetivam, em síntese, superar a dualidade existente, dialeticamente, conservando e negando elementos de ambas (GIGANTE; AMARAL, 2009).

Os Direitos Humanos, como ramo do Direito, possuem fundamentação que tem sido objeto de discussões importantes ao longo da história e que buscam discutir as razões práticas e valorativas de se amparar juridicamente esses direitos, estando atrelados à sua própria eficácia.

As correntes mais variadas podem ser encontradas na doutrina para fundamentar os direitos humanos e, de maneira denominativa e exemplificadora, menciona-se as mais significativas: jusnaturalista, historicista ou relativista, juspositivista, dualista e ética.

Cazuquel (2004) apresenta resumidamente o pensamento que envolve estas correntes, merecendo destaque alguns trechos de suas colocações: a) a corrente jusnaturalista considera “os direitos humanos como direitos naturais, inerentes a todos os seres humanos e como derivados da própria natureza humana, porque têm sua origem no próprio homem e lhe acompanha para sempre”; b) para o pensamento historicista, “a fundamentação dos direitos humanos não tem cabimento na natureza humana, e sim que ela se fundamenta nas variáveis históricas e relativas a cada contexto histórico e de acordo com o tipo de sociedade em que se vive”; c) para a corrente juspositivista, “os direitos humanos, para serem ‘direitos’ no sentido estritamente jurídico, têm de estar recolhidos pelo ordenamento jurídico de um determinado Estado, quer dizer, deverão estar constitucionalizados ou positivados.”; d) na concepção dualista, entende-se que “trânsito dos direitos humanos como valores morais para os direitos humanos como direitos, do ponto de vista jurídico, ou seja, a passagem do tratamento dos direitos humanos dentro da filosofia dos direitos humanos para o direito positivo” deve cumprir requisitos: deve haver o seu reconhecimento por uma norma jurídica, da qual derive a possibilidade para os sujeitos de direitos de atribuir-se esse direito fundamental como direito subjetivo, e que cujas infrações legitimem os titulares ofendidos para protestar seu direito junto aos tribunais de justiça; e) o pensamento ético, finalmente, “apresenta os seguintes argumentos: parte da tese de que a origem e fun-

damento desses direitos nunca pode ser jurídico, se não prévio ao jurídico. O direito positivo não cria os direitos humanos, sua contribuição, sem a qual o conceito de direitos humanos não terá efetividade, está em reconhecer-los, convertê-los em normas jurídicas e garanti-los juridicamente.”

A corrente jusnaturalista é a que apresenta mais problemas teóricos de corroboração pelas correntes contemporâneas, justamente por se basear na crença dogmática do direito natural. Contudo, seus fundamentos ainda são bastante utilizados para justificar a positivação dos direitos humanos.

O objetivo deste trabalho é, portanto, apresentar um debate com relação à positivação dos Direitos Humanos baseada no fundamento da corrente jusnaturalista, questionando-se: os direitos humanos são realmente direitos naturais?

Para isso, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, selecionando artigos de periódicos e bibliotecas eletrônicas, além de livros da área de direitos humanos e filosofia do direito. O método utilizado foi o dialético, sendo feito o estudo a partir da discussão dos fundamentos do direito, com contraposição de argumentos de pensadores da área de estudo.

Dividiu-se a pesquisa em três etapas: a primeira buscou tecer considerações gerais acerca dos direitos humanos conforme exposto pelo Direito Internacional; a segunda buscou descrever de maneira sucinta a corrente jusnaturalista e apresentar os seus argumentos que buscam fundamentar a teoria dos direitos humanos; por fim, em uma terceira etapa, realizou-se uma crítica argumentativa à positivação dos direitos humanos enquanto direitos naturais.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS

Indicativos históricos confirmam que as civilizações remotas já estabeleciam normas morais e religiosas que começaram a delinear a doutrina relativa aos Direitos Humanos. Mas a necessidade de reconhecimento dos direitos da pessoa humana, a partir de uma sistemática internacional de monitoramento e controle, surgiu com a verificação de que o tema “direitos humanos” interessava legitimamente ao âmbito internacional, ultrapassando o setor meramente doméstico, fato

que implicou na reavaliação do valor da soberania absoluta do Estado (PIOVESAN, 2013).

Entende-se que a estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos iniciou-se com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, judicializada em 1966 com a elaboração de dois tratados — o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — os quais vieram a incorporar os direitos constantes na referida declaração e prevê-los de modo juridicamente vinculante e obrigatório. A integração da Declaração Universal de 1948 e dos dois pactos internacionais de 1966 formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a qual representa o considerado consenso acerca dos requisitos básicos para uma vida digna (PIOVESAN, 2013).

Em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos adota a Declaração e Programa de Ação de Viena, reforça uma das características especiais da proteção dos direitos da pessoa humana, qual seja, a universalidade, restando demonstrada a relevância do compromisso de cooperação da comunidade internacional em respeitar e promover a concretização desses direitos (RAMOS, 2011).

Ao lado da universalidade, concebem-se outras características aos direitos da pessoa humana, quando, em seu § 5º, a Declaração de Viena (1993) afirma que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” e, ainda, ao citar o dever da comunidade internacional de tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase, de maneira que as particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas que é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. A partir desse dispositivo, entende-se que a universalidade, a indivisibilidade, complementariedade e interdependência dos direitos humanos devem ser tratadas de forma global, justa e equitativa perante os detentores desses direitos.

Ademais, os direitos humanos, didaticamente, costumam ser divididos ou diferenciados em gerações. Há uma geração para os direitos de cunho individualista, que ficaram conhecidos como direitos da liberdade, mais conhecidos como direitos civis e políticos; outra geração considera os direitos da igualdade, que possuem um cunho mais social, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais; outra geração menciona direitos da fraternidade ou da coletividade; outra geração considera direitos decorrentes do avanço da ciência e tecnologia; outra vislumbra a paz universal e o direito planetário.

Desse apanhado, considera-se que defender um sistema geracional de direitos humanos é criticável do ponto de vista da indivisibilidade e universalidade, posto que não há substituição de uma geração pela outra, tampouco sua enumeração retrata a verdade histórica. Contudo, a discussão em torno da criação de novas “gerações” exclusivamente no que tange à inclusão de novos direitos considerados humanos em razão dos contextos sociais, demonstra que o fator histórico é primordial no processo de construção e reconstrução do direito.

Relativamente a esse processo, acredita-se que não só o fator histórico se destaca, mas que há uma multidisciplinaridade no que tange ao desenvolvimento dos direitos humanos, envolvida por bases filosóficas, histórico-culturais e jurídicas, que o fizeram perpassar por fases de justificação, codificação e universalização. Seu valor, prática e eficácia, contudo, estão diretamente relacionados à sua fundamentação, cujas discussões interessam a diversas correntes de pensamento.

É importante ressaltar ainda que, embora não se encontre entre os objetivos deste trabalho trazer uma discussão terminológica relacionada a esta disciplina, entende-se necessário mencionar que há expressões relacionadas que são empregadas como sinônimas, mas que merecem ser diferenciadas. As mais comumente utilizadas são direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Mazzuoli (2007), acerca dessa distinção:

- a) Direitos do homem – é expressão de cunho mais naturalista (*rec-tius*: *jusnaturalista*) que jurídico-positivo. Conota a série de direitos naturais (ou ainda não positivados) aptos à proteção global do ho-

mem. São direitos que, em tese, ainda não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Contudo, nos dias atuais, é muito difícil (ou quase impossível) existir direito conhecível que ainda não conste de algum documento escrito, seja interno ou (sic) de índole internacional. (...)

b) Direitos fundamentais – é expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de esse instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência. (...)

c) Direitos humanos – são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público. Dizer que os “direitos fundamentais” são mais facilmente visualizáveis que os “direitos humanos”, pelo fato de estarem positivados no ordenamento jurídico interno (Constituição) de determinado Estado é afirmação falsa.

Considerando os termos e definições colocados, pode-se dizer que os Direitos Humanos são, sob a perspectiva de pensamento baseado na corrente jusnaturalista, a positivação dos direitos do homem, considerados como direitos naturais.

Finalmente, tem-se que a importância dada à codificação dos direitos naturais pelos próprios jusnaturalistas retrata o reconhecimento de que os considerados direitos naturais, por si sós, não são capazes de salvaguardá-los em benefício dos sujeitos de direito. Consequentemente, acaba-se por empoderar definitivamente o Estado como garantidor dessa tutela.

2. DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA JUSNATURALISTA

A corrente de pensamento jusnaturalista, historicamente falando, principia-se lado a lado com o nascimento da civilização ocidental, es-

pecialmente da greco-romana, no início do século VIII a.C., por volta dos anos 750 a.C.. E, inevitavelmente, ao se pensar no jusnaturalismo, tende-se a mencionar a principal corrente que se opõe a ela, o juspositivismo, que é posterior à primeira historicamente falando, e tecer-lhes comparações.

Ambas tentam entender e justificar o direito, mas não se constituem no direito em si. Enquanto os pensadores jusnaturalistas são dualistas no sentido de que acreditam que existem duas espécies de direito, o natural e o positivo, os juspositivistas acreditam que não há direito natural absoluta e simplesmente ou que, na possibilidade de existir, não seria considerado direito válido. O juspositivismo, portanto, acredita que apenas o direito positivo é capaz de ser efetivamente reconhecido como direito.

Segundo Roberto Lyra Filho (2006), as palavras-chave que definem estas duas correntes são: 1) “ordem” para os juspositivistas, não havendo outro direito senão o posto no ordenamento jurídico pelo Estado, que é decorrente de uma escolha da vontade humana e de sua consequente positivação; e 2) “justiça” para os jusnaturalistas, entendendo que se o ordenamento jurídico estivesse em conformidade com o direito natural estaria satisfazendo o próprio ideal de justiça.

Vencida a necessária apresentação genérica destas duas correntes e a maneira como se opõem entre si, passa-se a explicar analogamente o pensamento jusnaturalista como geralmente é utilizado para fundamentar especificamente os Direitos Humanos.

Nesse diapasão, conforme o jusnaturalismo, o direito natural antecederia qualquer direito estatal porque se originaria de Deus, da natureza, da razão humana ou da combinação desses fatores, tidos como seus fundamentos. Por isso, os direitos humanos seriam também derivados do direito natural, o qual, por sua vez, deveria instruí-los para serem positivados e, consequentemente, lhes conferiria plena validade e legitimidade.

Para serem positivados como direitos humanos e gerarem efeitos plenos e legítimos, portanto, precisariam atender ao cunho de serem inatos à própria natureza humana, tendo origem no próprio ser e o acompanhando para sempre, e não simplesmente concedidos pelo Estado. Por conseguinte, a corrente em comento fundamenta os direitos humanos mediante

uma perspectiva metafísica e abstrata, com valores superiores estipulados por uma ordem transcendental e supraestatal (FERNANDEZ, 1982).

3. DA CRÍTICA À POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ENQUANTO DIREITOS NATURAIS

O juspositivismo sofreu inúmeras críticas ao longo da história, com destaque para o descrédito sofrido durante a Revolução Francesa, com a instituição do historicismo, e tendo se intensificado com o pleno estabelecimento do juspositivismo. Antes desses acontecimentos, pode-se afirmar que o pensamento jusnaturalista era dominante.

O direito natural era enaltecido nas doutrinas desde o início da civilização, destacando três fundamentos basilares: Deus, natureza e razão. Na Idade Média, notadamente através da doutrina de Santo Tomás de Aquino, a interpretação dos direitos, da vida e seus reflexos era realizada pelos teólogos. Ao longo do tempo, vai perdendo a influência e chega a ficar muito fraca nas teorias iluministas, pré-contemporâneas. No restante dos períodos, observa-se que o argumento divino sempre se faz presente, em maior ou menor intensidade, com suporte nas diversas teorias jusnaturalistas (GIGANTE; AMARAL, 2009).

Nota-se que a variabilidade dos argumentos baseados em Deus, a incerteza relacionada à sua existência e sobre suas reais pretensões para a humanidade deixam muitos pensadores em completa oposição a esse fundamento para o direito. Os diferentes modos de crença, que se refletem em uma infinidade de religiões e suas variantes, contribuem para essa insegurança no fundamento divino.

Ademais, escolher um posicionamento religioso poderia levar à intolerância. Isso porque há tendência de se estabelecer um critério eurocêntrico, excluindo e punindo qualquer sociedade que pense de maneira distinta (indígena, islâmica, africana, afegã, iraquiana, iraniana, palestina etc.) como modo a “garantir” a satisfação dos direitos teoricamente de todos (FEITOSA, 2013).

Ademais, considerando que o Estado e o direito são dotados de autonomia, não devem ficar submetidos a “escolher” determinado posiciona-

mento que impossibilite aprofundamento da discussão e de reflexão sobre o assunto, sobretudo quando se fala em estado laico.

Com relação ao fundamento mais intensamente utilizado pelos jusnaturalistas, o de que o direito natural é advindo da própria natureza das coisas e do homem, estudiosos questionam a própria possibilidade de sua existência quando se considera que o direito é fruto do artifício humano. Nesse sentido, Bobbio (2004) afirma que “instrumentos e regras de conduta formam o mundo da ‘cultura’, contraposto ao da ‘natureza’”.

Nesse diapasão, Gigante e Amaral (2009) afirmam que a crítica a esse fundamento é pautada na ideia de que “Aquilo que é fruto da natureza é fato, acontece por si só, independentemente da vontade humana. E o direito não é um fato. (...) O direito é construído, criado pelos homens.”. Os mesmos autores apontam que há, ainda, a crítica não só à existência do direito natural, mas também da própria natureza humana. Rousseau e Locke, por exemplo, mencionam a busca natural dos homens por sua autopreservação. Por outro lado, há teorias contrárias, como a de Freud, indicando que o ser humano tem natureza de caráter motivado por um instinto destrutivo, agressivo, notável em diversos episódios da história. Já para Sartre, na teoria do existencialismo, “[...] a existência precede a essência [...]” (SARTRE, 1978), o homem se encontra destinado ao exercício pleno de sua liberdade, necessitando fazer escolhas, de maneira que a essência humana se forma e se consolida ao longo de sua vivência e o homem cria a si mesmo e, assim, também cria o seu próprio direito.

Interligado com estes fundamentos baseados em Deus e na natureza, nota-se também que os jusnaturalistas defendem que a moral, como derivada na natureza humana, também seria predeterminada. E as críticas levantadas à existência de direitos naturais devem ser aplicadas, consequentemente, à teoria da existência da moral estabelecida por natureza, sobre a qual se opõe por confiar que o ser humano não é naturalmente bom ou naturalmente mau, mas é, na realidade, conforme o pensamento de Bobbio (2004), “um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro”.

O último fundamento, relativo à origem do direito natural conforme a razão humana, também é criticável. A razão humana é notoriamente

variável, conforme variam os sujeitos, tanto com relação aos que argumentam quanto aos que serão alvo de convencimento ou manipulação, e variam conforme o tempo e o espaço que insere esses personagens.

Ao realizar uma pesquisa voltada aos direitos humanos, não é raro encontrar materiais que fazem referência a este direito como um direito inato, próprio do ser humano e dele indissociável. Contudo, nota-se que os direitos reconhecidos como humanos sofrem suas modificações ao longo da história, dos interesses políticos, sociais, econômicos, e isso reflete na eficácia na salvaguarda desses direitos conforme a sociedade que a aplica.

Sua positivação está mais relacionada a esses mencionados interesses do que à ideia de que são de fato próprios do ser humano, tanto que, por exemplo, um Estado pode defender direito humano x dentro do seu território, mas subjugá-lo em território inimigo. Contesta-se, portanto, como um direito que se acredita ser natural poderia ser relativizado ou violado de maneira juridicamente justificada.

Esse entendimento é corroborado pela visão de Norberto Bobbio (2004), que afirma que os direitos do homem são variáveis historicamente e continuam se modificando continuamente conforme as necessidades e os interesses, as relações de poder, as possibilidades de realizações e transformações. Nesse sentido, ele se coloca:

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

De maneira prática, é possível realizar uma análise dos dez principais tratados internacionais sobre direitos humanos, cujos comitês são encarregados de supervisionar sua aplicação pelos Estados Partes, e que podem ser complementados com protocolos facultativos à medida que surjam preocupações específicas, conforme elencados pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas (ONU, 2016).

A partir dela, nota-se a preocupação em tutelar questões relativas à discriminação, a direitos civis e políticos, a direitos econômicos, sociais e culturais, à tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a direitos da criança, a direitos de migrantes, à proteção de contra os desaparecimentos forçados e a direitos das pessoas com deficiência.

Percebe-se, portanto, que as temáticas mencionadas nem sempre foram uma preocupação da sociedade internacional como está posta nos documentos atuais, que a positivação de direitos humanos de maneira específica não foi realizada em um documento único ou de fácil construção por se tratar teoricamente de preceitos naturais e claros, mas vai sendo realizada de maneira progressiva ao longo das reflexões e necessidades verificáveis socialmente. Não se verifica, portanto, uma predeterminação natural.

Bobbio (2004) exemplifica conquistas históricas de direitos, indo novamente de encontro à ideia de um direito natural:

(...) a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004).

Nessa perspectiva, menciona-se, inclusive, que há situações que são reivindicadas pela comunidade internacional como violadoras de direitos

humanos, mas que ainda não foram positivadas como tal, como é o caso da questão ambiental no que tange à degradação ambiental, às mudanças climáticas e ao desenvolvimento insustentável.

Ademais, a sugestão doutrinária para inclusão de uma nova categoria de direitos humanos advinda do avanço da ciência e tecnologia demonstra como o fator histórico se configura como primordial nesse processo de construção e reconstrução dos direitos humanos.

Não obstante toda a crítica apresentada ao pensamento jusnaturalista, é inegável a sua importância valorativa referente à tentativa de combater arbitrariedades ao longo da história da humanidade. Sua contribuição foi e tem sido aplicada de maneira prática, refletida nas diversas declarações de direitos humanos e justificando de maneira plena a limitação à atuação dos Estados.

A positivação dos direitos humanos baseada na perspectiva jusnaturalista, contudo, não se justifica quando é levada em consideração a constante transformação da sociedade. Isso porque seus fundamentos são compostos puramente por dogmatismo. Acredita-se que tampouco outras correntes radicais justificam por completo o direito, uma vez que o tratam por perspectivas parciais e julgam que seria aplicável ao todo.

O fundamentalismo dos direitos humanos, portanto, possui seu papel primordial no desenvolvimento e desdobramento dos direitos, mas é incapaz de garantir a sua efetividade. Esse fato é apresentado por Bobbio (2004) como uma problemática de destaque: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Portanto, a questão da efetividade em garantir a plena tutela de direitos humanos pode estar relacionada, inclusive, à sua fundamentação histórica. Como resultado de lutas e conquistas, as quais ainda não estão esgotadas e continuam sofrendo relutações políticas para defendê-los na prática, os direitos humanos ainda são um propósito que demanda bastante dedicação.

Postas todas estas considerações, entende-se que os fundamentos basilares do direito natural não podem ser aplicados para fundamentar os direitos humanos, nem qualquer outro direito. Isso porque, de maneira geral, diferentes crenças e dogmas religiosos se refletem em insegurança

ou até contraditoriedade para aplicar um fundamento divino como fundamento único justificável racionalmente; a natureza das coisas e do homem são questionáveis; e moral e a razão humana são variáveis.

Assim, sabe-se que, apesar da contribuição histórica para o desenvolvimento dos direitos humanos, os direitos naturais não podem ser reconhecidos de fato como fundamentos únicos dos direitos humanos, porque estes advêm, na realidade, de um processo histórico e como uma derivação de interesses sociais. Também por esta razão é que não podem ser considerados imutáveis, pois estão em constante revisão e renovação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a tecer críticas com relação à positivação dos direitos humanos enquanto direitos naturais, discutindo correntes de pensamento, notadamente a corrente jusnaturalista. De maneira inevitável, a corrente em estudo foi confrontada com a corrente juspositivista por apresentar a maior oposição a ela.

Destacou-se a justiça como o principal propósito dos defensores do jusnaturalismo e ordem como o propósito dos juspositivistas. Contudo, defende-se que os mesmos devem ser sempre pensados e abordados de maneira conjunta, objetivando a efetividade na concretização dos direitos.

Discorreu-se, ainda, acerca da importância da corrente jusnaturalista para desenvolvimento dos direitos humanos e sua consequente positivação. Apesar disso, entende-se que esse reconhecimento formal não se fundamenta nas bases do direito natural porque estas são retratadas como imanentes ou transcendentais, sem qualquer vinculação com sua base social. Há, por outro lado, argumentos significativos para considerar que o aspecto jurídico-positivo dos direitos humanos é resultado da dinamicidade histórico-cultural.

Por fim, conclui-se que, apesar da sua positivação, a salvaguarda dos direitos humanos ainda é um desafio que encontra obstáculos na história, notadamente no aspecto político. Assim, a discussão em torno da fundamentação dos direitos humanos deve buscar respostas que impliquem no entendimento relacionado à sua (in)efetiva proteção. Envolve, portanto,

não só a filosofia e o direito isoladamente, mas sobretudo aspectos histórico-culturais, que se refletem social e politicamente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p. (Coleção elementos de direito.)

CAZUQUEL, Hélio Mendes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro da humanidade: conceitos filosóficos e a sua efetividade. **Bahia Analise & Dados**, v. 14, p. 37-47, 2004.

FEITOSA, Enoque. Bobbio e a crítica de Marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? Elementos para uma refutação da concepção individualista dos direitos humanos. In: **Noberto Bobbio**: democracia, direitos humanos, guerra e paz. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.

FERNANDEZ, Eusébio. **El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos**. In: **Anuario del Instituto de Derechos Humanos**. Madrid, 1982, p. 80.

GIGANTE, Rodrigo Duarte; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Jusnaturalismo e juspositivismo: uma análise crítica. **Intertemas**, v. 14, n. 14, p. 162-184, 2009. ISSN 1516-8158.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. 91 p. (Coleção primeiros passos; 62.)

OHCHR. **Los Instrumentos internacionales de los Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>. Acesso em: 28 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados Ambientais**: Em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA RAWLSIANA

*Janete Souza Carvalho*³

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa reflete uma análise constitucional acerca da consagração do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz da concepção de justiça Rawlsiana. Nesse desiderato e para melhor compreensão da temática, o hodierno estudo foi dividido em três capítulos: o primeiro é dedicado à análise da consagração ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental na Constituição de 1988; o segundo debruça-se sob os principais aspectos da concepção de justiça Rawlsiana e o tópico final faz uma reflexão acerca de possíveis diálogos entre a teoria de justiça Rawlsiana e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Guanambi/ BA – UNIFG, Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia – FAPESB.

Nesse contexto, é preciso pontuar que a Carta Magna de 1988 tratou de forma inovadora a temática do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, em especial o art.225 da CF/88, consagra-o, como bem universal de uso comum de todos (GOMES; OLIVEIRA, 2017), sendo primordial à sadia qualidade de vida, e simultaneamente determina a sociedade e ao Estado o encargo de proteção e defesa aos bens naturais, havendo, portanto, uma intrínseca ligação com o direito ao bem ambiente em sua forma saudável com a estipulação de deveres distribuídos de forma igual para todos, vislumbrando assim um autêntico sistema de cooperação, que tem por finalidade assegurar o bem-estar de todos os indivíduos em sociedade (GOMES; GONÇALVES, 2021).

Nesse contexto de primazia da garantia de acesso igualitário e democrático pelos indivíduos em sociedade aos recursos ambientais naturais, é que é possível afirmar a necessidade de preservação de um mínimo existencial ambiental, a fim de proporcionar o pleno desenvolvimento da vida humana com dignidade em sociedade. Assim, frente ao cenário que se apresenta, a presente pesquisa tem por objeto temático a seguinte problemática: de que forma a teoria de justiça Rawlsiana contribui para consolidação do ideário do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente como mínimo existencial?

Cumpramos ressaltar que em sua teoria de justiça, Rawls não tratou especificamente sobre o meio ambiente saudável, contudo, seus conceitos acerca dos princípios de justiça, existência de bens primários para a construção de uma sociedade justa e bem ordenada nos auxiliou no desenvolvimento desta pesquisa, como conceitos que fundamentam a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Posto isso, é imperioso salientar que a fim de construir as bases principiológicas da concepção de justiça o filósofo norte-americano John Rawls propõe a criação de um modelo de contrato social hipotético, por meio do qual será erigido a fim de fixar critérios capazes de elucidar, de modo ainda que teórico, uma sociedade brindada de uma estrutura básica, de

maneira que nenhum indivíduo viesse a sofrer de privações extremas, ou esteja aquém de um padrão de vida digno (RAWLS, 2000).

Logo, é essencial a garantia de acesso ao meio ambiente saudável de forma igualitária a todos os indivíduos, e não que se faça de maneira a favorecer apenas alguma parcela da população mais privilegiada, nesta senda, é que a teoria de justiça Rawlsiana se desenvolve, pois a mesma se consubstancia na formação de uma sociedade bem ordenada e cooperada, na qual todos os cidadãos devem ter acesso a condições iguais dos bens, sejam eles naturais ou sociais, estabelecendo ao Estado, este sob os parâmetros dos princípios de justiça, a função de distribuir aos indivíduos os recursos necessários para o exercício de uma vida digna (ALBUQUERQUE, 2015).

Para além disso importa dizer que a temática proposta viceja insofismável relevância social, em razão da atualidade do bem objeto de estudo, que tem por tratativa abordar o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e consequentemente refletir acerca da existência de um mínimo existencial ambiental sob o enfoque da concepção de justiça Rawlsiana, que permiti pensar a promoção de políticas públicas a fim de favorecer os indivíduos que se encontram em posições socioeconômica desprivilegiadas em sociedade e sofrem com as injustiças ambientais, assim como tem por pretensão repercutir efeitos na seara acadêmica no desenvolvimento do aparato teórico e sua aplicação no plano fático, não tendo por fim precípua a exaustão do tema abordado.

Por conseguinte, o hodierno trabalho objetiva primeiramente analisar o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e consequentemente sob um viés da concepção de justiça Rawlsiana verificar a existência dentre os bens primários da inclusão de um mínimo existencial ambiental. E apresenta especificamente o objetivo de discorrer acerca da consagração ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental na constituição de 1988; tratar sob o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do

princípio do mínimo existencial; apontar as principais nuances da concepção de justiça Rawlsiana e, por fim, inferir sobre os possíveis diálogos entre a teoria de justiça Rawlsiana e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se para a abordagem o método dedutivo, tendo a pesquisa caráter exploratório, bem como lançou mão do recurso da pesquisa bibliográfica, essencialmente doutrinária, assim, a fim de atingir os objetivos propostos na construção do referencial teórico, recorreu-se a estudos atuais e revistas científicas qualificadas que tratam de forma contundente acerca da temática proposta.

Por fim, foram expostas as principais considerações acerca dos pontos abordados no decorrer do trabalho, a fim de apresentar as importantes reflexões acerca da fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sob uma perspectiva de mínimo existencial ambiental de modo a garantir à pessoa humana sob um viés ecológico uma vida com dignidade.

DA CONSAGRAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Destarte, cumpre enfatizar que o presente trabalho não tem por objeto de estudo adentrar no aprofundamento da temática dos direitos fundamentais, contudo, revela-se de extrema valia o apontamento ainda que de forma breve acerca de alguns aspectos emblemáticos, tal como sua terminologia, que adiante se passa a expor.

A priori, é imperioso trazer ao centro da discussão a delimitação conceitual dos direitos fundamentais, haja vista a ausência de universalidade desta terminologia, sendo, por vez, tão somente concebidos de forma equivocada como os direitos inerentes à pessoa humana, assim, de forma confusa utilizam-se da referida terminologia como expressão sinônima de outras nomenclaturas, tais como: direitos humanos, direito natural, direitos do homem, liberdade fundamentais, dentre outros (SARLET, 2006).

Nesse contexto, em razão da referida abstração terminológica acima citada, faz-se relevante salientar que a aproximação dos conceitos de direitos

fundamentais com outras expressões advém em razão de aspectos históricos, assim, para melhor compreensão e contextualização das terminologias é necessário ter como fundo panorâmico a temporalidade bem como observar os diferentes contextos socioeconômicos (BOBBIO, 2004).

Seguindo a esteira do entendimento acima, é preciso distinguir e adotar a conceituação mais adequada, pois apesar das expressões direitos humanos e direitos fundamentais serem corriqueiramente utilizadas como sinônimas latente, são as distinções entre os institutos, dado que o primeiro se reserva a posição universal, precedente a existência de Estado podendo ainda não ser positivado, enquanto o segundo abrange direitos que foram constitucionalmente reconhecidos, pressupondo necessariamente a existência de um Estado (DUQUE, 2014).

Sobreleva notar que os direitos humanos estão submetidos ao filtro de recepção por cada Estado, enquanto os direitos fundamentais por serem erigidos através da norma Constitucional, há uma maior atenção para sua tutela e busca por sua efetivação pelo Estado, pois, caso se esteja diante da ausência dessa positivação, os direitos do homem são meramente expectativas, inexistindo para tanto a proteção de direitos a partir de uma norma constitucional (CANOTILHO, 2003).

Isto posto, superada a questão dos desarranjos terminológicos, passa-se a tecer breves considerações acerca da conceituação dos direitos fundamentais e sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição Federal de 1988.

Em suma, os direitos fundamentais são essencialmente erigidos por meio do texto constitucional, e que ao decorrer da história foram sofrendo mutações, seja no campo da titularidade, como em seu conteúdo e efetivação (SARLET, 2010). Importante trazer à baila que a presente pesquisa não traz como fundamentos para defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a clássica (e equivocada) teoria de geração de Direitos (BONAVIDES, 2010).

Sobre o exposto, Abramovich e Courtis (2004) empreendem importantes contribuições para contrapor à teoria de geração de direitos, dispondo que os direitos sociais, econômicos e culturais não se diferem dos

direitos civis e políticos, pois ambos reclamam obrigações positivas e negativas por parte do Estado.

Cumpra salientar que realizar diferenciações em termos conceituais concernentes a direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, se faz despendendo, em razão de que determinados direitos que eram componentes da geração dos direitos civis e políticos ultrapassaram a sua esfera, vindos a serem listados também como direitos sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004).

Feitas estas breves considerações acerca da necessária limitação ao uso semântico da teoria clássica de gerações/dimensões de direitos fundamentais (QUINAUD PEDRON, 2007), passa-se a abordar acerca da consagração do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo imprescindível salientar que sua natureza jurídica revela-se de caráter interindividual e que por consequência transcende ao campo individualista (SILVA, 2008).

Nessa perspectiva, em torno do direito ao meio ambiente, é preciso dizer que apesar da sua importância e ascensão, o mesmo somente passou ser objeto de tutela jurídica Constitucional no Brasil com o advento da Carta Magna de 1988, em que lhe foi conferido máxima proteção, por meio de arguição de um capítulo próprio (Capítulo VI, do Título VIII), tal positivação deu-se em razão das problemáticas ambientais vividas no mundo pós-moderno, tais como a degradação ambiental pelo ser humano e a intensa preocupação com a preservação ambiental, haja vista a integração do homem no meio ambiente (SOUTO, 2008).

Destarte, a forma normativa dispensada aos preceitos envolvidos do direito ambiental no texto Constitucional de 1988 revela-se, como um legítimo sistema de proteção ambiental, que sobrepuja as legislações esparsas, pois coloca em evidência o papel relevante do meio ambiente para com a sociedade, de forma a compreendê-lo como um direito fundamental de uso comum do povo, pluri-individual e essencial para a concretização da vida com dignidade (FIORRILIO, 1996).

Indo além, dada a abrangência dos preceitos legais relativos ao meio ambiente pela Constituição Federal de 1988, é possível inferir o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado a partir da dicção expressa evidenciada pelo *caput* do artigo 225 da CF\88, que assim dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988, p. 157).

Nesse interim, verifica-se, que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente passou a ser assegurado a todos, assim como trata-se de um direito indisponível, sendo, portanto, um dever a sua defesa e preservação, de forma a permitir o desenvolvimento de um ambiente sadio e equilibrado às presentes e futuras gerações, a fim de corroborar para com a proteção da dignidade humana (GOMES; GONÇALVES, 2021).

Isto posto, é possível afirmar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, pois, conforme veremos no próximo tópico, a existência de um meio ambiente saudável é pressuposto inerente ao pleno desenvolvimento do ser humano com uma vida digna e saudável.

ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA RAWLSIANA

Inicialmente, é preciso dizer que a concepção de justiça para John Rawls surge a partir de um viés alternativo à corrente utilitarista até então predominante como estrutura moral de uma sociedade justa, nessa perspectiva, os ideários de justiça Rawlsiana passam a se consolidar sobre um caráter deontológico de base kantiana, ou seja, haveria uma prevalência do justo sobre o bem, de forma que cada indivíduo por meio da razão prática devesse espontaneamente seguir a lei moral (LUMERTZ; VIEIRA, 2012).

Na esteira do pensamento acima, a fim de construir as bases principiológicas da teoria de justiça o filósofo norte-americano propõe a criação de um modelo de contrato social hipotético, por meio do qual será erigido a fim de fixar critérios capazes de elucidar de modo ainda que teórico uma sociedade brindada de uma estrutura básica, de maneira que nenhum indivíduo viesse a sofrer de privações extremas, ou esteja aquém de um padrão de vida digno (RAWLS, 2000).

Para justificar o modelo de contrato social e na busca de fixar critérios para o justo, Rawls reconhece que diante do caso concreto cada indivíduo tenderia a uma posição parcial, e com intuito de sanar tal imparcialidade, o filósofo norte-americano trabalha com a ideia de justo por equidade, de tal modo os princípios morais não deveriam estar subordinados a situações pessoais (ALBURQUEQUE, 2015).

Ainda sobre a teoria contratualista, Rawls estabelece que na persecução do justo deveria se ter um alto nível de abstração tendente a satisfazer a vontade dos indivíduos e concomitante fosse capaz de atenuar as diferenças sociais, para tanto propõe uma situação hipotética, mediante a qual os sujeitos estão reunidos em uma posição inicial em que estão cobertos por um véu de ignorância, nessa posição original hipotética, eles ignoram valores e posições sociais anteriores à escolha de princípios de justiça que regerão a sociedade (FILHO, 2015).

Os sujeitos que estão sob o véu da ignorância estão numa posição original desprendidos de juízes de valores, contudo suas escolhas são tomadas por critérios racionais, ou seja, as partes possuiriam conhecimentos ainda que básicos sobre áreas como sociologia, economia e política, dentre outros, para tomar boas decisões, e, assim, impossibilitariam escolhas baseadas em princípios utilitaristas, pois desconhecem sua posição social, financeira, bem como suas habilidades na sociedade (SILVEIRA, 2007).

Cumprе salientar que a deliberação consensual eivada na posição original desencadearia no levantamento de dois princípios da justiça social, capazes de conduzir as relações em sociedade, sendo eles: princípio da igualdade e o princípio da diferença, o primeiro conforme expõe Rawls, “Cada pessoa tem o direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema este que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente essas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido” (RAWLS, 2000, p. 64)

Logo, verifica-se que o princípio da igualdade está alicerçado na garantia de que todos os indivíduos tenham um direito igual de acesso e oportunidades aos bens sociais, havendo, portanto, sob o véu da ignorância uma maior preocupação com o direito de liberdade, assim, “assegura

liberdades igualitárias de cidadania, tais como liberdades de expressão, de reunião, de voto, de elegibilidade para cargos públicos, dentre outras” (RICOEUR, 1995, p. 73).

Ainda sobre os princípios de justiça proposto por Rawls, no que cerne ao princípio da diferença este rompe com o modelo de justiça meramente distributiva, dessa maneira, todos necessariamente deveriam orientar seu comportamento de forma cooperada a fim de permitir a fruição dos bens entre todos os integrantes da sociedade (RIGO, 2015). Com efeito, esse segundo princípio tem incidência no processo legislativo, ou seja, incumbe-se ao legislador esboçar as políticas econômicas e sociais de maneira a propiciar a igualdade de oportunidades e consequentemente a maximização de vantagens aos menos privilegiados (CORDEIRO, 2016).

Indo além, o princípio da diferença está preocupado não apenas com a igualdade formal, mas precisamente com a igualdade de oportunidades de maneira equitativa, ou seja, independente do estado social ou financeiro que cada indivíduo ocupa em sociedade, os mesmos devem se beneficiar da justa distribuição dos bens, evitando assim as estruturas desiguais naturais, sem, contudo, sobrecarregar aos que naturalmente estão em posições de vantagens, portanto, é possível infringir a ideia de igualdade, quando ela for utilizada em benefício dos menos favorecidos (GARGARELLA, 2008).

O princípio da diferença proposto por Rawls é fortalecido pela consolidação da existência de bens primários, bem como está evidenciado na distribuição de recursos em sociedade com o intuito de assegurar aos indivíduos um patamar mínimo de garantias a bens primários essenciais, vislumbrando aqui a busca por concretização de direitos sociais (FLEISCHACKER, 2006).

Nessa perspectiva, para Rawls, a fim de alcançar uma verdadeira concepção de justiça, deve-se observar que em uma sociedade existem grupos de indivíduos que se encontram em posições desfavoráveis, por questões naturais e por motivos alheios a sua vontade, e nestas condições, a aplicação do princípio da diferença revela-se essencial de maneira a permitir a maximização de bens aos menos privilegiados, mesmo que para isso precise manter desigualdades (ZAMBAM, 2004).

Desta feita, compreende-se que a estrutura básica da sociedade não deve subvencionar distribuições desiguais, assim como correção dessas desigualdades deve-se aplicar os princípios de justiça com intuito de se obter minimização dessas diferenças (LOIS, 2005). Calha pontuar que fica sob a responsabilidade do princípio da diferença a criação de normas que dispense aos desiguais tratamentos diferenciado, de modo a permitir a inserção de forma alargada dos maiores números de pessoas no ambiente de proteção de políticas públicas, com intuito de reduzir as diferenças existentes (FILHO, 2012).

Realizado os apontamentos supra, atinentes ao pensamento de Rawls acerca da concepção de justiça, necessário se faz abordar num tópico específico quanto à possibilidade de aproximação entre a teoria de justiça proposta por Rawls e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como mínimo existencial.

DIÁLOGOS ENTRE A TEORIA DE JUSTIÇA RAWLSIANA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Imperioso salientar que o presente trabalho faz uma abordagem constitucional acerca da consagração do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz da concepção de justiça Rawlsiana fundamentada numa perspectiva de sociedade cooperativa e bem ordenada que assegure iguais vantagens e oportunidades para seus membros indistintamente, e esses sujeitos em sociedade devem assumir o seu compromisso social e deveres com o fim de harmonizar os princípios de justiça, compatibilizando ideários de liberdade e igualdade democrática para todos (CORDEIRO, 2016).

Nessa senda, cumpre ressaltar que em sua teoria de justiça, Rawls não tratou especificamente sobre o meio ambiente saudável, contudo, seus conceitos acerca dos princípios de justiça, existência de bens primários para a construção de uma sociedade justa e bem ordenada nos auxiliaram no desenvolvimento desta pesquisa, como

conceitos que fundamentam a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Em suma, a concepção de justiça proposta por Rawls delineia que os bens primários, que podem ser entendidos como aqueles essenciais à vida, vai além de atendimento às necessidades básicas, outrora, revela-se como concretização de direitos e liberdades fundamentais, devendo portanto impreterivelmente serem distribuídos igualmente aos cidadãos em sociedade, pelo simples fato de serem seres humanos e iguais, sendo despidendo a verificação meritória, alcançando, assim, um nível mínimo de igualdade, capazes de garantir a sobrevivência com dignidade aos cidadãos, numa sociedade bem ordenada (SILVA, 2008).

Com efeito, os bens primários na teoria de Rawls podem ser compreendidos como mínimo básico indispensável, desdobrando-se em duas categorias, sociais e naturais, o primeiro refere-se aos bens que são distribuídos pelas instituições sociais, a citar oportunidades, riqueza e direitos, por seu turno, os bens primários naturais diz respeito aos que não são diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como, por exemplo, a inteligência, saúde, talentos, dentre outros (GARGARELLA, 2008).

Por conseguinte, vislumbra-se que as ideias de bens primários para Rawls estão vinculadas estritamente à posição do indivíduo como cidadão dentro da sociedade, bem como entendidas como mínimo existencial, assim os bens primários são necessários para os cidadãos a fim de materializar seus direitos de liberdade e igualdade, deste modo, na concepção Rawlsiana, para se alcançar uma vida digna é indispensável o efetivo exercício da cidadania (RAWLS, 2000).

Destarte, em uma situação em que um indivíduo se encontra em um patamar desprivilegiado, abaixo do nível de bem-estar social e material, inclusive sob uma perspectiva ambiental, o mesmo não consagra a efetiva participação na sociedade como cidadão, além disso, reveste-se em evidente desvantagem com outros cidadãos

que possuem melhores condições (CICHELERO; NODARI; CALGARO, 2018).

É nesse contexto que Rawls identifica como primordial a garantia de um mínimo social com intuito de abastar as necessidades mais básicas dos cidadãos, pois é imprescindível essa garantia de mínimo social aos sujeitos excluídos a fim de consubstanciar os princípios da igualdade de oportunidades e desigualdades vantajosas, caso contrário, estaríamos diante de uma afronta ao princípio da diferença, tornando-o um completo vazio (SILVA, 2015).

Diante do exposto acima, conclui-se que apesar de Rawls não ter trazido de forma expressa, entende-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado como mínimo existencial seria um componente dos bens primários, de maneira a propiciar aos indivíduos a concretização de uma vida digna (LUMERTZ; VIEIRA, 2012). Defender a inserção do meio ambiente saudável no rol de bens primários, a fim de garantir uma vida digna aos indivíduos, revela-se de extrema importância para a concretização do justo em sociedade (PRIEUR, 2012).

Tecendo comentários sobre a matéria em debate, dispõe Felipe (2006), é possível afirmar que para Rawls é imprescindível regulamentar a utilização dos bens naturais, pois é um meio pelo qual as instituições consigam maior controle entorno das implicações negativas advindas da exploração ambiental, assim, a normatização se faz essencial, pois assegura aos cidadãos acesso aos bens naturais ambientais.

Nesta senda, calha destacar que Rawls reconhece que em qualquer sociedade existe certa escassez, seja de bens naturais ou de outros recursos não abundantes, assim, surge para as intuições um dever de garantir de forma plena a disposição equitativa da liberdade, a fim de permitir o alcance aos bens escassos, deste modo, o ambiente como um bem social natural insere-se nesse rol de recursos escassos, e sua preservação se faz essencial para as atuais e futuras gerações (CICHELERO; NODARI; CALGARO, 2018).

Desta feita, pode-se inferir que dentro da seara principiológica do direito ambiental o acesso equitativo aos bens naturais revela-se necessário à fruição dos direitos fundamentais, pois em sua completa ausência é possível observar que o cidadão possa conduzir suas ações de forma ainda mais nociva aos recursos ambientais com intuito de suprir a escassez (MACHADO, 2011).

Sobreleva notar que não se defende apenas o acesso ao meio ambiente, mas, sim, a garantia de igualdade de acesso ao meio ecologicamente equilibrado, pois em um primeiro plano poderia até se afirmar que todos têm acesso de maneira ampla aos bens naturais, contudo, levando em consideração as questões socioeconômicas, é possível verificar que são as pessoas mais pobres que suportam a carga de uma má qualidade ambiental (SILVA, 2008).

Frente ao exposto, vislumbra-se que a vulnerabilidade socioeconômica das camadas mais pobres da população se apresenta como fator preponderante para o aprofundamento das desigualdades e injustiças ambientais, pois são a princípio as primeiras vítimas dos impactos ambientais negativos e por conseguinte sofrem constantemente com a ausência de políticas públicas que lhe favoreçam (RAMMÊ, 2012).

É preciso dizer, antes de tudo, que os problemas ambientais assumem um caráter também social, pois não se trata apenas de discutir imbricações envolvendo os bens naturais e sua escassez, é na realidade uma luta contra a distribuição de forma desigual dos impactos e riscos ambientais a certos grupos populacionais (ACSELRAD, 2002).

E é nesse cenário de distribuição desigual de impactos ambientais e acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aos menos favorecidos e consequentemente a ausência de políticas públicas com enfoque nessa temática que os princípios de justiça proposto por Rawls ganham relevância, pois, sendo devidamente observados, oportunizam a criação de um arcabouço normativo justo, que propicie a distribuição dos recursos ambientais em favor de todos

os indivíduos, especialmente àqueles menos favorecidos, proporcionando a estes a possibilidade de usufruir de uma vida digna (SILVA, 2008).

Portanto, é preciso a garantia de acesso ao meio ambiente saudável de forma igualitária a todos os indivíduos, e não que se faça de maneira a favorecer apenas alguma parcela da população mais privilegiada (DIAZ; NUNES, 2020); é nesse contexto que a teoria de justiça Rawlsiana se desenvolve, pois a mesma se consubstancia na formação de uma sociedade bem ordenada e cooperada, na qual todos os cidadãos devem ter acesso a condições iguais dos bens, sejam eles naturais ou sociais, estabelecendo ao Estado, este sob os parâmetros dos princípios de justiça, a função de distribuir aos indivíduos os recursos necessários para o exercício de uma vida com dignidade (ALBUQUERQUE, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, sobreleva notar que a presente pesquisa se preocupou em refletir sobre um importante tema da atualidade, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em específico, tratou-se de analisar o direito ao meio ambiente saudável como mínimo existencial para uma vida digna sob enfoque panorâmico das perspectivas teóricas de justiça proposta por John Rawls.

Para além disso, em razão do caráter inovador evidenciado pela Constituição Federal ao meio ambiente, verifica-se com o *laurel* art. 225 da CF/88 autêntico reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo, portanto, ser assegurado o seu acesso a todos os indivíduos de forma ampla, bem como por tratar-se de um direito indisponível necessário se torna sua preservação, com o intuito de permitir o desenvolvimento de um ambiente saudável para a atual e vindouras gerações.

Nessa perspectiva, acerca da importância disposta ao meio ambiente saudável, é possível exprimir a existência de um mínimo existencial sob a vertente ecológica, que consubstancia na busca por uma qualidade de vida

sob o prisma da preservação dos recursos naturais como um todo, a fim de promover a amplitude do conteúdo da dignidade humana com intuito de propiciar um mínimo ambiental saudável para a concretização de uma vida digna.

Ainda no aparato teórico, para fundamentar o quanto disposto acerca da consagração ao meio ambiente ecologicamente equilibrado refletida num aspecto do mínimo existencial, a presente pesquisa abordou a teoria de justiça proposta pelo filósofo político norte-americano John Rawls, sendo que o trabalho reservou-se a utilizar alguns conceitos constantes em sua concepção de justiça, tais como: princípios de justiça, bens primários e sociedade bem ordenada.

Nesse contexto, verifica-se que a teoria de justiça Rawlsiana, apesar de não tratar especificamente dos problemas ambientais, estrutura-se, dentre outras tratativas, na busca por uma sociedade justa, baseada, portanto, na justiça como equidade, em que evidencia a necessidade de uma sociedade cooperada e bem ordenada, que tem por objeto proporcionar iguais vantagens e oportunidades para seus indivíduos indistintamente, e esses sujeitos em sociedade, por sua vez, estão compelidos a assumir um compromisso social e deveres com o intuito de compatibilizar os princípios de justiça, conciliando assim ideários de liberdade e igualdade democrática para todos.

Isto posto, levando em consideração o tema abordado que é o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, numa concepção de justiça Rawlsiana, havendo situações em que o indivíduo em sociedade se encontre em um nível de escassez de recursos naturais ambientais, o mesmo não estaria participando da sociedade na condição de cidadão, pois lhe fora retirado o mínimo essencial que lhe permitiria participar de forma igual aos outros cidadãos, que desfrutam formal e materialmente desse direito.

Nesse viés, defende-se que Rawls, através de sua concepção de justiça baseado nos princípios de igualdade e diferença, bem como da existência e acesso a bens primários aos cidadãos, ainda que indiretamente trouxe fundamentos que repercutem na garantia de acesso pelos indivíduos ao meio ambiente saudável, assim, infere-se como uma necessidade real de

assegurar um mínimo existencial sob uma perspectiva ambiental, aqui entendido como um componente dos bens primários, como essencial para a concretização de uma vida digna, e por se tratar de um direito constitucionalmente reconhecido, é plenamente possível a sua reivindicação por qualquer indivíduo perante o Estado.

Logo, conclui-se que o reconhecimento e a garantia do direito fundamental ao meio ambiente em sua forma qualificada, ou seja, ecologicamente equilibrado como mínimo existencial, é parte essencial para a realização e efetivação de uma vida com dignidade pelo ser humano, pois estaria sendo disponibilizado a cada indivíduo condições para persecução de seus propósitos, sem quicá o juízo de valor individual de bem, promovendo assim oportunidades de participação e acesso inclusive para os sujeitos em situação menos privilegiada.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental e Construção Social do Risco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba: Ed. UFPR, v. 5, p. 49-60, 2002.
- ALBUQUERQUE, C. de. Justiça ambiental e John Rawls: aproximações possíveis. **Arquivo Jurídico**, 2(1), 159-174, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CICHELERO, C. A.; NODARI, P. C.; CALGARO, C. **A justiça e o direito fundamental ao meio ambiente**, v. 17, n. 34, p. 171-189, 21 dic. 2018.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAZ, Rafael Rodrigo Licheski; NUNES, Larissa dos Reis. A evolução do saneamento básico na história e o debate de sua privatização no Brasil. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 7, n. 02, p. e292, 17 dez. 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FELIPE, S. T. Por uma questão de justiça ambiental: perspectivas críticas à teoria de John Rawls. **Ethic@**, 5(3), 5-31, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FLEICHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Magno Federici ; GONCALVES, Antonieta Caetano. A contribuição da teoria da justiça em John Rawls para o desenvolvimento sustentável. **Cadernos de Dereito Actual** (ONLINE) , v. 15, p. 56-71, 2021. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/issue/view/15>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. A efetivação do compliance ambiental diante da motivação das certificações brasileiras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 187-208, 13 out. 2017.

LOIS, Cecília Caballero. A Filosofia Constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. **Seqüência**, Florianópolis, v. 50, p. 121-141, 2005.

LUMERTZ, E. S. dos S.; VIEIRA, F. dos S. (2012). A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental: uma abordagem possível. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 72, 115-139, 2012.

LUMERTZ, Eduardo Só dos Santos; VIEIRA, Fabricio dos Santos. A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental uma abordagem possível. **Revista do Ministério Público RS**, Porto Alegre, n. 72. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1363114189.pdf. Acesso em: 15 de junho de 2022.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Elizabeth Silva De. **A teoria das gerações dos direitos, o custo dos direitos e o direito à cultura**. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/562/3/20507494_Elizabeth%20Oliveira.pdf. Acesso em: 22 de abril de 2022.

PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 06-17, jan./abr. 2012. ISSN: 2175-0491.

QUINAUD PEDRON, Flávio. Direitos e interesses: (re)pensando a relação além de uma compreensão semântica. **Prisma Jurídico**, 6, 213-228, 2008. doi:<https://doi.org/10.5585/prismaj.v6i0.1138>.

RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Rio Grande do Sul: Educus, 2012.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. **Rev. Eletrônica Mestr. Educ. Ambient**, Rio Grande, v. 36, n. 1, p. 185-203, jan./abr. 2019. E-ISSN 1517-1256.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RIGO, Mônica Giusti. Meio ambiente igualitário: análise da relação entre a justiça equitativa de Rawls e o princípio da “não-regressão” de Michel Prieur. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 14 de junho de 2022. ISSN 1980-7791.

SÁ, Octávio Augusto Machado de. Dignidade Humana em sua Dimensão Ecológica. **Leopoldianum**, ano 38, n. 104/105/106, p. 125-154, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/469>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18-19.

SILVA, L. C. da. A ideia do mínimo existencial de acordo com a teoria rawlsiana. **Derecho y Cambio Social**, 42, 1-27, 2015.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2004.,

LA ULTIMA TENTACIÓN DE CRISTO: O ESTADO CHILENO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*Delmiro Gomes Neto*⁴

*Bárbara Lopes T. C. P. Gomes*⁵

INTRODUÇÃO

A ditadura imposta no Chile, capitaneada pelo General Augusto Pinochet, encerrada no início dos anos 90, não foi solapada com a eleição de Patricio Aylwin, tendo deixado resquícios de sua imposição severa, mortífera e intolerante pelos anos que se seguiram no importante país sul-americano.

Inobstante, o interregno da ditadura de Pinochet tenha culminado com milhares de mortes e desaparecimentos forçados, o general ao término de seu governo totalitário permaneceu como comandante do exército chileno e mandatário do senado de forma vitalícia, cargos que exerceu até o fim da década de 90, quando, alegando motivos de saúde, entregou as

4 Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS. Advogado. Professor do Centro Universitário de Patos/PB – UNIFIP. Professor Substituto da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

5 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP. Advogada.

referidas funções, saindo da vida pública e ingressando de vez nos anais da história, como um dos mais sanguinolentos déspotas do século XX, tendo ficado preso por três anos, entre 1998 e 2001, acusado de crimes contra a humanidade.

A forma como o regime ditatorial chileno impôs suas concepções ao longo de duas longevas décadas implementou uma culturalização nociva aos direitos básicos do exercício do pensamento plural, o que se fez verificada, quando no ano de 1997, a Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G., patrocinando o interesse de: Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, em representação ao povo de todo o país, intentaram denúncia contra o governo chileno pela imposição de censura à exibição nos cinemas do país do filme, “A última tentativa de Cristo”, dirigido pelo aclamado Martin Scorsese e estrelada por Willen Dafoe.

Muito embora se atribua à censura da película destacada ao governo chileno da época, é de bom alvitre retratar que a palavra final responsável por determinar a proibição da exibição do aludido filme se deu por força de decisão da suprema corte da República daquela país, o que fez com que os interessados buscassem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e denunciassem o Estado em comento pela inobservância de dispositivos constitucionais erigidos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Olmedo Bustos e os outros denunciante, advogados e universitários da carreira jurídica, se insurgindo contra o modelo de regramento imposto ao direito à liberdade de expressão, após a compreensão entabulada pelo pretório maior do Chile, iniciaram intensa peleja junto à Comissão Interamericana de Direitos, que depois de perscrutar acerca das argumentações impingidas pelos denunciante e com espeque no rito procedimental que incita, a discriminada comissão à observância de evidências que deem suporte às afirmações dos denunciante, remeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos, no caso que ficou conhecido como “*La ultima tentación de Cristo*”; uma verdadeira saga de debates entre a liberdade de religião em confronto com a liberdade de pensamento e expressão.

Inicia-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos o Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile.

1 O RITO DA DENÚNCIA DE OLMEDO BUSTOS Y OTROS JUNTO À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conhecida por fazer um juízo prévio de procedibilidade das demandas ofensivas às regras da Convenção Americana de Direitos Humanos, a comissão interamericana de direitos humanos recebeu dos denunciantes o pedido de abertura de processamento contra a República do Chile em 03 de setembro de 1997, quando Augusto Pinochet ainda detinha forte influência sobre as Forças Armadas chilenas e gozava de vitaliciedade na sua função de senador no Legislativo de tal nação, pois “a Corte Interamericana só pode ser acionada (*jus standi*) pelos Estados contratantes e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce a função similar à do Ministério Público brasileiro” (RAMOS, 2020, p. 292).

Segundo a denúncia formulada pelos advogados, Juan Pablo Olmedo Bustos e Ciro Colombara, subscrita por outros interessados, feita em representação pela Associação de Advogados pelas liberdades públicas, a Corte de Apelação de Santiago, instância máxima da jurisdição chilena, desautorizou a exibição no país do filme “A última tentação de Cristo”, ainda que o Conselho Nacional de qualificação cinematográfica tivesse aprovado a reprodução do filme em deliberação de novembro de 1996, cassando a antiga vedação imposta, data de 29 de novembro de 1988.

Com a decisão da corte excelsa chilena, foi mantida a proibição de exibição do filme destacado, ripristinando a compreensão imposta pelo conselho em 1988.

A petição apresentada junto à comissão suscitou a violação dos arts. 12 e 13 da Convenção Americana, bem como os arts. 26 e 27 da Convenção de Viena, pugnando pelo respeito da legislação chilena à convenção firmada em 1990 pelo governo eleito por força do voto no ano anterior.

Em sua resposta, a República do Chile atribuiu à necessidade de obedecer às decisões do Poder Judiciário, mesmo em situações de divergência, muito embora não tenha reconhecido a ocorrência de tal, aduzindo ainda que os governos democráticos não podem ignorar, tampouco invalidar as decisões judiciais.

Esse tipo de rejeição fática, comum em situações como a que se discute ora, encontra sobejo no lampejo do autoritarismo extremista que suplanta direitos sem qualquer ponderação.

Os direitos humanos se tornaram incômodos para os algozes e os vitimários. Quanto mais borrados estiverem os direitos humanos, mais difícil de afirmar que há violações, que há vítimas. E ainda mais difícil de exigir responsabilização, reparação. A responsabilidade parece escorrer por entre os diagramas do poder e escapa da possibilidade de efetivação por quem por ela é instituído, vira patranha. Se não há vítimas, não há violação e se não há violação é porque já não há direitos violados. Os direitos humanos teriam se tornado desnecessários (CARBONARI, 2022, p. 148).

O governo chileno trouxe ainda perante a comissão trecho de proposta de alteração constitucional, mais precisamente do art. 19, nº 12, com o fito de trocar a expressão “censura” por “qualificação”, ante às análises de reprodução de material cinematográfico.

Negou, sobretudo, a defesa da República do Chile ter atuado com o propósito de censurar o filme de Martin Scorsese ou qualquer outro e que se empenharia em solver a problemática, respeitando, contudo, a independência entre os poderes.

Ao analisar sua competência e o *modus procedendi* no caso apresentado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao afirmar sua competência para intervir na quezília posta, se posicionou enfrentando questões de natureza procedimental, fulminando todas elas.

(...) os Estados-membros da OEA estão vinculados ao cumprimento dos direitos mencionados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que é considerada interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA, conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Parecer Consultivo sobre interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – art. 64 da Convenção, 1989, § 45) (RAMOS, 2020, p. 16).

Analisando o prazo decadencial para apresentação da denúncia, os membros da comissão entenderam ter sido cumprido o prazo de 06 (seis) meses (art. 46, 1, b), afastando ainda a possível ocorrência de litispendência⁶ face à inexistência de outro procedimento que viesse a tratar da mesma discussão.

Concluiu, a comissão, que os relatos trazidos à tona na petição de Olmedo Bustos e demais verificavam a presença de elementos caracterizadores de ofensas aos direitos humanos e decidiu, portanto, proceder à remessa dos termos denunciados à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O entendimento propagado pelo conhecimento de Boaventura de Sousa Santos nos ajuda a conceber uma moldura interpretativa ao parâmetro de rechaçamento dos ideais humanistas apostos no peticionamento que desencadeou toda a discussão em torno do filme de Scorsese.

Não se desconhece que as declarações dos direitos humanos têm eficácia simbólica em si mesmas mas exige-se que essa eficácia não se obtenha à custa da ocultação da discrepância entre tais declarações e a vida prática dos cidadãos, exige-se em suma que os direitos humanos sejam efectivamente aplicados (...) São necessários cada vez mais e cada vez mais eficazes direitos humanos. Mas, para isso, é necessário uma nova concepção de direito, uma concepção mais humana de direito. Um direito consciente da sua condição humana (SANTOS, 1989, p. 9).

Em suas proclamações, a Comissão estabeleceu que fosse autorizada a exibição do filme “A última tentação de Cristo”, no território chileno, bem como fosse feita uma adequação da Constituição do Chile, com o fito de eliminar a censura de seus ditados normativos, suscitando ainda o respeito pelos órgãos do discriminado país quanto à liberdade de expressão, consciência e religião nos mesmos moldes erigidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, além de que fosse condenado, o Estado, na reparação às vítimas e ainda a arcar com os custos e honorários dos membros da Corte, quanto ao processamento do feito.

⁶ Arts. 46, 1, c e 47, d.

A República do Chile foi notificada em 15 de outubro de 1998 acerca das deliberações da comissão, com o estabelecimento do prazo de 02 (dois) meses para que fossem cumpridas as implicações resultantes do relatório da comissão, tendo o governo chileno quedado inerte quanto ao cumprimento das medidas reversivas, pelo que o caso foi enviado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais especificamente em 15 de janeiro de 1999.

2 O PROCEDIMENTO DO CASO JUNTO À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Uma vez que houve a provocação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela comissão, ainda no mesmo mês de janeiro de 1999, a presidência da Corte determinou a notificação do Estado chileno, para que informasse à mencionada Corte sua representação, podendo ainda trazer seus elementos defensivos, bem como opusesse suas exceções.

Não obstante, o Estado chileno, tivesse pedido dilação de prazo para o colacionamento de sua defesa, tendo sido informada acerca da efetiva data para a aposição de suas considerações defensivas, a República do Chile apresentou suas convicções defensivas em 02 de setembro de 1999, escrito que veio a ser considerado extemporâneo pelos juízes da Corte, em decisão proclamada em 09 de novembro de 1999.

Os membros da Corte ainda designaram como peritos os Srs. José Luis Cea Egaña e Francisco Cumplido, que foram ouvidos em audiência pública em 18 de novembro de 1999, juntamente com outros peritos e testemunhas, arrolados pela comissão, ouvindo, ainda, as considerações orais da Comissão e do Estado chileno.

Postularam funcionar como *amicus curiae* os Srs. Hermes Navarro del Valle e Sergio García Valdés.

Em 27 de novembro de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vindo a juntar o cabedal probatório em 08 de janeiro de 2001.

As razões escritas do Estado chileno foram apresentadas em 31 de janeiro de 2001, aceitas pela Corte, ainda que tenham sido apresentadas de forma intempestiva.

3 COTEJO PROBATÓRIO UTILIZADO NO CASO

Pelo fato de não ter apresentado contestação no prazo, o Estado chileno não pôde acostar documentos ao processo, tendo a Comissão anexado cópias de 05 (cinco) documentos.

Quanto às testemunhas ouvidas, a Corte tomou o depoimento das vítimas (Ciro Colombara López e Matias Insunza Tagle) que afirmaram em seus testemunhos que houve tolhimento do acesso à informação, à liberdade de consciência, com a privação de crescimento intelectual.

Afirmou-se ainda acerca da desnecessária intromissão de grupos religiosos ligados à Igreja Católica, que queria impor sua vontade como única e tolerável, agraciada com o direito de vetar o acesso aos conteúdos que não fossem aprazíveis às suas concepções de credo e ideologia.

A prova pericial foi consistente na oitiva do depoimento de José Zalaquett Daher, Humberto Nogueira Alcalá, Juan Agustín Figueroa Yávar, José Luis Cea Egaña e Francisco Cumplido, advogados especialistas nas mais variadas áreas, mormente no trato com as questões de natureza constitucional e na análise sobre a liberdade de expressão.

Francisco Cumplido, Juan Agustín Figueroa Yávar, José Zalaquett Daher, em seus posicionamentos, apontaram o desrespeito do texto constitucional às regras convencionadas e subscritas pelo próprio Estado chileno, afirmando ainda a inviabilidade de que fosse agredida a liberdade de expressão pela suposta proteção da honra do povo chileno, enquanto que Humberto Nogueira Alcalá e José Luis Cea Egaña se posicionaram pela plausibilidade da tomada de decisões nos termos definidos pela Corte Suprema do Chile, uma vez que não teria havido colisão com as regras de direito internacional vigorantes no país à época da proibição à exibição do filme. Este último ainda disse que após a modificação do texto constitucional, poder-se-ia permitir a exibição do filme, mas não com a textualização vigente, quando da época do julgamento pela Corte.

3.1 A ANÁLISE PROBATÓRIA DO CASO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao se debruçar sobre as provas produzidas no processo, trouxe à baila a interpretação acerca da

presunção de veracidade dos fatos articulados pela Comissão, porquanto intempestiva a contestação apresentada pela República do Chile.

Após a valoração dos depoimentos das vítimas ouvidas, bem como dos peritos, concluiu-se pela veracidade dos argumentos propostos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela frontal violação de dispositivos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana, no caso A Última Tentação de Cristo, declarou firmemente que o conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão abrange não só o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, senão também o direito e a liberdade de buscar e difundir informações e ideias de toda índole, motivo pelo qual tais liberdades têm uma dimensão individual e uma dimensão social (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 274-275).

Os juízes ainda firmaram em seu *decisum* que até a data do julgamento (05/02/2001) não havia ocorrido a mudança textual na lei maior do país, mantido *status* de censura como viabilidade à negação ao direito de livre pensamento e consciência.

4 DA DECISÃO MERITÓRIA DA CORTE

rada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 05 de fevereiro de 2001 foi assente em reconhecer a abusividade da conduta perpetrada pelo Estado chileno que, devido à sua omissão, permitiu que o judiciário do país impusesse um regime de censura e castração do direito à liberdade de pensamento e convicção.

O texto da decisão, ao dissertar sobre a importância do respeito aos ditames da convenção, máxime ao abordar sobre a dicção de seu art. 13, afirma:

Quanto ao conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, os que estão sob a proteção da Convenção têm não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir infor-

mações e ideias de toda natureza. É por isso que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social (...).⁷

A sentença deflagrou a necessidade de que, para que haja uma democracia direcionada ao povo chileno, mister se faz a necessidade de respeito à liberdade de expressão, considerada “pedra angular” do estado democrático.

No afã de balizar sua compreensão sobre a temática, os juízes, em sua decisão, mencionaram trecho de decisão vergastada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, arrematando:

O artigo 10.2 [da Convenção Europeia de Direitos Humanos] é válido não apenas para as informações ou ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população. Estas são as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não existe uma ‘sociedade democrática’. Isso significa que toda formalidade, condição, restrição ou punição imposta na matéria deve ser proporcional ao fim legítimo que se persegue.⁸

Não deixou, a sentença da Corte, de mencionar a análise prévia de conteúdo, em especial, nos espetáculos públicos, quando da possibilidade de regulação de interesses protetivos do direito de crianças e adolescentes.

Quanto à lesão à liberdade de expressão, a colegialidade concluiu que a República do Chile feriu as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 13, agredindo o direito de Juan Pablo Olmedo Bustos e dos demais interessados, incluindo o povo do Chile.

No que concerne à liberdade de religião e credo, alegada pela Corte de Apelações de Santiago para censurar o filme “A última tentação de Cristo”, a Corte decidiu que não houve a devida interpretação do sentido de fundamentalidade do direito à crença, pelo que se traduziu o compor-

⁷ Item 64 da sentença.

⁸ Item 69 da sentença.

tamento do judiciário chileno, harmonizado com o comportamento do governo do país em um tom fundamentalista, posto que a questão trazida ao processo, em dizer que a exibição do filme seria um atentado à crença, não encontrou guarida.

Não houve, segundo o juízo interamericano, violação às regras do art. 12 da Convenção Americana, uma vez que a exibição do filme seria incapaz de interferir no modo de crença das pessoas.

No caso “A Última Tentação de Cristo”, a Corte condenou o Chile em virtude de censura prévia à exibição cinematográfica do referido filme, decorrente da violação aos direitos de liberdade de pensamento e expressão, bem como de liberdade de consciência e religião, assegurados nos artigos 12 e 13 da Convenção Americana. Entendeu a Corte que a censura prévia, autorizada pelo artigo 19 da Constituição chilena, era incompatível com as dimensões individual e social da liberdade de expressão, condição essencial a toda sociedade democrática. A Corte demandou do Chile a reforma de sua legislação doméstica, que foi implementada por este Estado, compreendendo a adoção de nova lei e a reforma da Constituição, de forma a abolir a censura prévia (PIOVESAN, 2019, p. 180).

No que atine à inobservância da República do Chile em internalizar as disposições firmadas na Convenção, adequando-as à realidade constitucional e infraconstitucional do país, entendeu, a Corte, que o Estado chileno feriu o previsto nos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana, por não ter se empenhado em estabelecer um modelo harmônico entre as regras internacionais e internas, permitindo que atropelos ao exercício da liberdade se impusesse e colocasse em situação de vulnerabilidade em seus direitos, o povo chileno.

4.1 DISPOSITIVO DA DECISÃO DA CORTE

Após considerar que a República do Chile cometeu violações às regras de direito internacional apostas na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual seria signatária, a nação em questão, os juízes da

Corte Interamericana de Derechos Humanos redigiram sentença em 05 de fevereiro de 2001, reconhecendo a necessidade de que o Estado chileno procedesse à adequação de suas normas internas às disposições predispostas nos arts. 1.1 e 2 da convenção declinada alhures, estabelecendo na dita sentença que o Estado denunciado pudesse suprimir a censura do filme “A última tentação de Cristo”, com fixação de prazo de seis meses para que o governo chileno apresentasse relatório onde apontasse as medidas tomadas para o cumprimento integral da decisão abordada.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, em várias ocasiões, já se expressou nesse sentido e firmou jurisprudência sobre o assunto. Assim, no caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile* a Corte entendeu que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um de seus poderes ou órgãos, independentemente de sua hierarquia, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional (no caso, o art. 19, nº 12, da Constituição chilena, que estabelecia a censura prévia na produção cinematográfica, em flagrante violação ao art. 13 da Convenção Americana, que garante o direito de liberdade de pensamento e de expressão) (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 44)

A mesma sentença refutou a prática de agressão à liberdade de religião e credo pelo Chile, não vislumbrando ofensa ao art. 12 da Convenção Americana, rejeitando que os direitos dos denunciados tivessem sido violados nesse diapasão.

Destaque-se, ainda, a condenação do Estado chileno ao pagamento de US\$ 4.290 (quatro mil duzentos e noventa dólares) como reembolso pelas despesas tomadas pelas vítimas para o processamento do feito, para que fosse paga por meio da Comissão Interamericana de Derechos Humanos.

Frise-se que, muito embora os fundamentos da decisão fossem arrimados em preceitos sólidos, os juízes Cançado Trindade e De Roux Rengifo trouxeram seus próprios votos com suas motivações, em concordância com a compreensão dos demais magistrados.

CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Inegável para o direito interamericano é a discussão do caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, que traz à baila uma sensível discussão que envolve caros direitos à construção constitucional de um país, a saber, a liberdade de expressão e pensamento em contraposição ao modo de se estabelecer a livre manifestação do credo e da religiosidade das pessoas.

Indubitavelmente, o menor ponto discutido no caso debatido é a qualidade e crítica do filme de Martin Scorsese, que trafegou de forma lateral nas discussões sobre internalização das regras de direito internacional, embora o cerne nuclear da questão tenha sido a censura sobre sua exibição no território chileno.

A celeridade com que caminhou o rito na Comissão, especialmente quando comparada a outros casos de igual relevância, fez com que em um intervalo de 04 (quatro) anos a celeuma posta nas discussões catedrático-jurídicas tivesse um desfecho exitoso junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não se pode deixar, contudo, de fazer uma reflexão das discussões em torno desse debate constitucional na República do Chile, quando neste ano de 2022 os chilenos rejeitaram a possibilidade de referendar uma re-discussão sobre a Constituição da era Pinochet.

Não se pode descartar a forte influência de uma retorica conservadora, em tom religioso, que insiste em tratar os direitos fundamentais como interstício para a deflagração de um modelo ultrajante de lei máxima, que poria o país em um contexto de excessiva liberdade quanto às questões culturais e abriria caminho para a operacionalização de outros levantes, em especial no campo das políticas públicas e agendas afirmativas de direito.

Ainda que haja contrariedade a esse pensamento provinciano, que trouxe tantos malogros para o povo chileno, fato é que a novel Constituição foi refutada pelo povo, 03 (três) décadas após as eleições diretas de 1989, mas não pode, esse entendimento arcaico, mudar o fato de que a liberdade de expressão e pensamento do povo chileno, destoando do próprio ditame constitucional da dita nação, encontra arrimo em fundamentada decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que concedeu a cada um dos chilenos o direito de assistir e criticar qualquer

filme, sem que pudesse o Estado censurá-lo previamente, e esse é o legado do intento lançado por Olmedo Bustos e pelos demais comunicantes ao direito do Chile e de todo o continente americano.

REFERÊNCIAS

- CARBONARI, Paulo César. Direitos humanos em libertação: para a libertação dos direitos humanos. *In*: COSTA, César Augusto; FAGUNDES, Lucas Machado; LEAL, Jackson da Silva. **Direitos humanos desde a América Latina**. V. 2. Porto Alegre: Editora Fi, 2022.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. **Oficina de Estudos Sociais de Coimbra**, Portugal, n. 10, 1989.

IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA PELA RESERVA DO POSSÍVEL

Florisvaldo Pasquinha⁹

INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, na cerimônia de promulgação da Constituição Federal brasileira, denominada Constituição Cidadã, realizada no Plenário da Câmara dos Deputados, o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães, proferiu discurso no qual exaltava o desejo de mudança da sociedade brasileira e a valorização promovida pela nova Carta Constitucional, no que tange aos direitos sociais.

Hoje. 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (Aplausos). A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa (Trecho do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães).

⁹ Graduado em Comunicação Social, Jornalismo, Direito, especialista em Direito do Estado, Direito Imobiliário, mestrando em Direito (UCSAL), aluno especial da disciplina Paradigmas atuais do conhecimento jurídico, oferecida pelo PPGD/UFBa no semestre letivo 2023.1, advogado.

Assim, o Brasil fez sua transição. Nascia aí, fundada na dignidade da pessoa humana, a Carta Magna brasileira de 1988. Fazendo desembarcar no Brasil o fenômeno da constitucionalização do Direito, traduzido numa Carta constitucional que fez surgir uma nação pautada na social democracia. Deixando claro em seu texto constitucional quais são os valores sociais que mais importam à nação brasileira. Elevando, assim, a dignidade da pessoa humana como a base mais importante do Estado brasileiro.

Com isso, o Estado brasileiro, saindo de um regime ditatorial, passou a ser zelador do dever de, efetivamente, cuidar do cidadão brasileiro. Zelandando assim pelo seu bem-estar e principalmente pela saúde da população. Reconhecendo, sem deixar dúvidas, o dever do Estado na promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como à redução do risco de doenças e a efetivação do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196 da CF/88).

Três anos após a promulgação da Constituição Cidadã, e sob a coordenação do Ministério da Saúde, surgia em 1991 um projeto piloto denominado de Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), que implementava nas regiões Norte e Nordeste do país um programa que objetivava dar efetividade à norma constitucional programática instituída pelo art. 196 da CF/88, no sentido de promover a prevenção, promoção ou recuperação da saúde do cidadão, focando na viabilização das políticas básicas de saúde.

O referido programa havia sido concebido tendo como principal diretriz a modificação do modo como se tratava a saúde no Brasil. Fazendo com que fosse dado início a uma política pública de saúde, tendente não apenas a tratar a doença quando já instalada, mas sim em impedir que ela se instalasse, mediante um trabalho centrado na promoção da saúde e na prevenção de doenças, com enfoque nas famílias. Fomentando, assim, a educação para a saúde, além de ajudar no acesso ao sistema básico de saúde mediante as necessidades individuais da população.

Desse modo, o presente estudo tem o objetivo de analisar se o programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), atual Programa de Saúde da Família (PSF), proveniente da norma constitucional programática contida no art. 196 da CF/88, pode ser enquadrado na classe dos direitos

sociais mínimos. Conceito este descrito pelo Professor baiano Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta em seu artigo “As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível”, publicado em março de 2012.

De sorte que pretende-se, ainda, verificar se o programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), atual Programa de Saúde da Família (PSF), pode sofrer restrições orçamentárias frente à reserva do possível.

Nesse sentido, conduzir-se-á o presente estudo por meio do método dedutivo, através do qual se consegue partir das generalidades para alcançar minúcias verdadeiras, e o hermenêutico, que possibilita o desenvolvimento de uma análise interpretativa dos posicionamentos jurisprudenciais, bem como de artigos, publicações doutrinárias e periódicos relacionados à matéria. No que tange à metodologia de procedimento, utilizar-se-á no presente estudo a coleta de informações por meio de pesquisa bibliográfica.

Para desenvolvimento do presente trabalho, entendemos por bem dispor de seis tópicos, nos quais se enfrentará logo no primeiro alguns apontamentos acerca da dignidade da pessoa humana; no segundo serão abordados o conceito e a evolução do Programa de Agentes Comunitários de Saúde, atual Programa de Saúde da Família. No terceiro tópico abordaremos a eficácia constitucional do artigo 196, no qual pretendemos estabelecer a natureza eficaz do mesmo. No quarto tópico trabalharemos a questão da reserva do possível, suas origens e implicações. No quinto tópico será abordado o mínimo existencial, suas origens, conceito e implicações. E no sexto e último tópico, traçaremos a conclusão do presente estudo. Momento em que pretendemos demonstrar que por se tratar de programa voltado ao trato do mínimo existencial a saúde, tendente a conferir dignidade ao cidadão, o Programa de Saúde da Família não poderia estar submetido à reserva do possível.

2. A EVOLUÇÃO DO PROGRAMA DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE (PACS)

No sentido de melhor entender o estudo ora proposto, se faz necessário traçarmos um brevíssimo panorama acerca da funcionalidade do sistema de saúde brasileiro antes e depois da promulgação da Constituição brasileira de 1988. Assim como traçarmos um histórico do surgimento do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS).

De acordo com o Centro de Cultura do Ministério da Saúde (CCMS), antes da promulgação da CF/88, o sistema público de saúde só atendia quem contribuía com a Previdência Social, limitando-se a um público restrito de cerca de trinta milhões de brasileiros. De modo que aqueles que não eram contribuintes da previdência social brasileira eram forçados a depender da caridade e da filantropia.

Ainda segundo o Centro de Cultura do Ministério da Saúde (CCMS), posteriormente à promulgação da Constituição Cidadã, o sistema público de saúde brasileiro, focado em cumprir o programa previsto no art. 196 da CF/88, passou a atender toda a população brasileira sem qualquer distinção. Aumentando seu atendimento dos anteriores trinta milhões de pessoas para cento e cinquenta e dois milhões. Passando assim a pautar-se pela promoção, proteção, recuperação e reabilitação da população de um modo em geral.

Diante dessa nova máxima de universalização da saúde pública no Brasil, a qual passou a ter como princípio fundamental o acesso a saúde e às ações e serviços de saúde a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer tipo de discriminação, surgia formalmente, apenas três anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), coordenado pelo Ministério da Saúde e fruto de uma experiência pioneira e bem sucedida do Estado do Ceará.

Partindo de um novo sistema da saúde, agora descentralizado, portanto com atribuições divididas entre a União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios (Lei nº. 8.080/90), iniciava-se ali o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) – nacional –, que começou como um projeto piloto, desenvolvido nas regiões Norte e Nordeste do país, com o objetivo de desenvolver ações de proteção à saúde materno-infantil, por meio da atuação dos agentes comunitários de saúde, profissionais que viviam nas próprias comunidades e que eram capacitados para promover ações educativas por meio de informações e de orientações sobre cuidados de saúde tanto do cidadão quanto das comunidades.

Com o sucesso do PACS, puxado pelo declínio da mortalidade infantil e materna, deu-se início a expansão dessa nova política de saúde para outras regiões do país, capacitando cada vez mais profissionais, promovendo o mapeamento, o diagnóstico da saúde das comunidades e o desenvolvi-

mento de ações de proteção à saúde. Passando assim, em 1994, a figurar não mais como Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), mas sim como Programa de Saúde da Família (PSF), que passou a ter como foco não só as mulheres e crianças, mas sim toda a família e o meio em que ela vive.

O então Programa de Saúde da Família (PSF) passou a contar com uma equipe composta por um médico, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e cerca de quatro a seis agentes comunitários de saúde, estes últimos responsáveis por ser o elo de comunicação entre a comunidade e as unidades de saúde. Agindo sempre junto ao cidadão, mediante visitas em suas casas, fomentando a prevenção de doenças, a identificação de possíveis situações de risco à saúde, esclarecendo sobre a importância do aleitamento materno, a higiene pessoal e das casas, a vacinação infantil, assim como na promoção do cuidado com as crianças e idosos, anotando ainda dados para acompanhamento da saúde das famílias visitadas.

A proposta, portanto, do Programa de Saúde da Família (PSF) é trabalhar com o princípio da vigilância à saúde, desenvolvendo as atividades numa equipe inter e multidisciplinar com responsabilidade integral sobre as pessoas que vivem na área de abrangência de cada equipe de saúde da família. (ÁVILA, 2011).

Consolidado como um programa capaz de fomentar a universalização de forma igualitária dos direitos à saúde do cidadão brasileiro, em 2002 o programa passou também a cuidar da saúde bucal, além de contar com uma forte expansão nos municípios brasileiros, como meio de acesso à saúde básica por parte da população.

Atualmente, o Programa de Saúde da Família (PSF) tem se mostrado de grande importância na promoção das políticas públicas de proteção e recuperação da saúde do cidadão brasileiro. Importando assim no resgate da dignidade da população brasileira, garantindo-lhe o direito fundamental mínimo a saúde básica.

3. A EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL DESCRITA NO ART. 196 DA CF/88

Após uma breve visita à evolução histórica do Programa de Saúde da Família (PSF), não é difícil notar o esforço promovido pela Administração

Pública no sentido de adequar a saúde pública do país às mudanças almeçadas por parte do legislador constituinte descritas no artigo 196 da Carta Magna brasileira.

Nesse sentido, pode-se observar que já em 1990, como forma de seguir o programa estabelecido pelo constituinte originário, foram promulgadas a Lei nº. 8.080/90 e a Lei nº 8.148/90, que dispunham, respectivamente, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Entretanto, antes de prosseguir no presente estudo, se faz necessário verificar o disposto no artigo 196 da Magna Carta brasileira. Vejamos:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF/88).

Diante da redação contida na norma constitucional em análise, pode-se observar que em verdade a mesma traça fins e programas de ação futura no sentido de orientar o Estado, uma vez que estabelece a tarefa de universalizar a saúde com igualdade, assim como impõe ao ente estatal a necessidade de concretizar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, além de facilitar o acesso aos serviços básicos de saúde.

Diante de tal panorama, e de acordo com José Afonso da Silva (2004) citando José Horácio de Meireles, as normas programáticas seriam como verdadeiros mapas com o objetivo de fazer com que o Estado alcance o objetivo almejado pelo constituinte originário:

(...) podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes

os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (DA SILVA. 2004. p. 138).

No sentido de deixar ainda mais claro o conceito e o objetivo das normas programáticas, Pimenta (1999) a conceitua da seguinte forma:

As normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir (PIMENTA, 1999, p. 173).

Dessa forma, depreende-se que ao tratarmos da norma inserida no artigo 196 da Carta Magna, estamos diante de norma constitucional programática. As quais, de acordo com Pimenta (2012), trata-se de norma programática enunciativa ou declaratória de direitos:

(...) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos. Essas normas enunciam diretos, geralmente econômicos ou sociais, sem estabelecer a forma em que deverão ser implementados, vinculados, todavia, todos os órgãos públicos a sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. As normas inseridas pelos arts. 6º, 196 e 205 da Carta Magna são típicos exemplos dessa modalidade (PIMENTA, 2012).

Observando que a norma em estudo tratar-se de norma constitucional programática, alguns poderiam dizer que ela não possui eficácia técnica suficiente, vez que precisa de um auxílio, ou de um complemento para produzir seus efeitos.

Entretanto, mesmo com a existência de certos obstáculos à aplicabilidade direta e imediata das normas programáticas, estas produzem seus efeitos, uma vez que elas vinculam todo o sistema. Fazendo com que o

Estado assumira um programa de ação, impondo-lhe um dever ou poder fazer.

Dessa forma, no caso em análise, a norma constitucional contida no artigo 196 da CF/88, utilizando-se de seu poder dirigente e vinculativo, impôs ao Estado brasileiro a criação de um programa que conferisse ao cidadão o acesso, sem qualquer distinção, a saúde básica, com vistas a alcançar a finalidade prevista como base do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, podemos concluir que o Programa de Saúde da Família trata-se de ação promovida por parte do Estado brasileiro, com vistas a atender o quanto instituído pelo legislador constituinte no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. O qual tem o objetivo de demonstrar a concretização da prestação positiva imposta ao Estado mediante uma política pública que confere ao cidadão um direito social mínimo, no caso a saúde básica.

Nesse sentido, não é demais esclarecer que de acordo com as características e finalidades do Programa de Saúde da Família - haja vista tratar-se de programa voltado a garantia dos serviços básicos de saúde do cidadão - verifica-se que o mesmo integra o rol dos conjuntos de direitos fundamentais sociais mínimos, tendente a garantir ao indivíduo o domínio de um *status* social mínimo, que no estudo em análise seria o mínimo de assistência médica.

Entretanto, considerando que a efetivação destes direitos fundamentais sociais mínimos possui custos financeiros, discute-se se estes direitos podem ser limitados pela reserva do possível, haja vista a dependência da disponibilidade de recursos por parte do Estado.

Dessa forma, passemos então a análise acerca da possibilidade de submissão do Programa de Saúde da Família ao limite fático da reserva do possível. Com o objetivo de verificar se poderia o ente estatal suprimir os recursos destinados a tal programa sob o argumento de ausência de disponibilidade de recursos.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL

Nesse ponto, percebe-se que o Programa de Saúde da Família foi criado por parte do constituinte derivado, como meio de conferir efetivi-

dade ao direito universal e igualitário a saúde básica do cidadão. Importando assim, em verdadeiro direito social fundamental. O que exige, para sua concretização, um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, que abrange alocação significativa de recursos, sejam eles materiais ou humanas, que implicam em um custo (SARLET, 2012, p. 253).

Desse modo, para uma significativa parcela da doutrina, não seria possível que os órgãos jurisdicionais promovessem imposições ao Poder Público, no sentido de efetivar os direitos sociais fundamentais sem a devida observância a conjuntura econômica. Não podendo o indivíduo exigir do Estado mais do que ele razoavelmente pode lhe oferecer.

De acordo com este entendimento, haveria um limite fático à efetivação dos direitos fundamentais sociais. E no caso em debate, haveria uma limitação à garantia de manutenção do Programa de Saúde da Família. O qual deveria observar a disponibilidade efetiva de recursos e o limite da razoabilidade.

Tem-se aí a teoria da reserva do possível, surgida no início dos anos de 1970 na Alemanha, que importa num limite jurídico e fático à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive no que concerne à norma descrita no artigo 196 da CF/88, ora em estudo, por se tratar, como já visto nas linhas anteriores, de norma constitucional programática.

No sentido de melhor elucidar o que vem a ser a reserva do possível, Pimenta (2012) esclarece que esta corresponde à ideia de que a efetivação dos direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. Demonstrando assim que, nesse caso, o direito assegurado pelas normas programáticas pode colidir com princípios constitucionais orçamentários.

Diante de tal situação, Pimenta (2012), citando Alexy (1988), deixa claro que o único caminho tendente a sanar o problema da colisão entre a efetivação dos direitos fundamentais sociais contidos na norma programática e os princípios constitucionais orçamentários seria a aplicação da ponderação, do sopesamento entre eles.

Logo, depreende-se que de acordo com a teoria da ponderação de Alexy, citada por Pimenta (2012), em determinados casos se poderá atribuir um peso maior a um princípio orçamentário em detrimento de um direito fundamentado num princípio vinculado pelas normas programáticas.

Todavia, quando se tratar de direitos fundamentais sociais mínimos, como é o caso em que nos debruçamos no presente estudo – ou seja, o direito à saúde previsto no art. 196 da CF/88, materializado pelo Programa de Saúde da Família –, deve-se ter um maior peso. Fazendo com que este direito fundamental mínimo prevaleça em detrimento do princípio orçamentário.

Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 305) admite que o modelo proposto por Alexy importa na melhor solução para o problema da colisão entre o direito fundamental mínimo e o princípio orçamentário. E discorre que a causa da atribuição de maior peso aos direitos fundamentais mínimos se fundamenta no maior valor da vida e da dignidade da pessoa humana:

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.

Logo, vislumbra-se que a reserva do possível não importa na ineficácia dos direitos fundamentais sociais. E muito menos num esvaziamento da eficácia das normas programáticas. De modo que não pode haver uma limitação aos direitos fundamentais mínimos por parte da reserva do possível, uma vez que esse último não importa em princípio absoluto.

5. O MÍNIMO EXISTENCIAL

No que concerne a este tema, é forçoso registrar que já em 1933, Pontes de Miranda se referiu à existência de um direito público subjetivo

à subsistência dentre o elenco dos “*novos direitos do homem*” que compreenderia o que ele denominou de “*mínimo vital*”:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação.

É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto.

O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque este deve. Em vez da súplica, o direito (PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 28-30).

Todavia, a ideia da existência de um direito fundamental ao mínimo existencial foi reconhecida pela primeira vez numa decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão, em 1954, na qual se conjugou o princípio da dignidade da pessoa humana, a *clausula do Estado Social* e os direitos a liberdade e a vida.

Mais tarde, em 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão reafirmou a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, no sentido de assegurar ao cidadão condições mínimas à existência digna:

Certamente a assistência aos desamparados integra as obrigações de um Estado Social (...). Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo me-

nos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando o seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais (colhi a tradução em SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Anos após, os mais variados Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes espalhados pelo mundo, tais como Portugal, Israel, Índia e Colômbia, utilizaram-se, com algumas alterações, do conceito de direito fundamental ao mínimo existencial.

No Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 consagrou em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira, assim como previu a erradicação da pobreza (art. 3º, inciso III) e a promoção do bem de todos sem discriminação, como um dos objetivos fundamentais da República. Deixando assim clara a garantia do mínimo existencial como direito fundamental.

Contudo, foi só em 29 de abril de 2004 que o Supremo Tribunal Federal, através da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, chegou a tratar do tema do mínimo existencial.

Na referida ADPF, discutia-se que o veto presidencial desrespeitava a Emenda Constitucional nº. 29, posto que promovia o corte de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de Saúde. Todavia, tal ADPF não chegou a ser julgada no mérito, pelo fato de que o então Presidente da República voltou atrás e mandou ao Congresso novo projeto de lei contemplando os recursos mínimos para implementação das ações e serviços públicos de saúde.

Dessa forma, vislumbra-se que o direito ao mínimo existencial decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, constituindo,

assim, no entendimento de Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2009, p. 39-40), conteúdo essencial dos direitos da liberdade e independe de complementação legislativa, possuindo, portanto, eficácia imediata:

O direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade. (...) O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; (...) é negativo, pois exibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado; é plenamente justiciável; independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 2009, p. 39-40).

Logo, depreende-se que o mínimo existencial prevê a proteção a um complexo mínimo de direitos, sem os quais o cidadão não sobreviveria com o mínimo de dignidade (direito à saúde, moradia digna, alimentação, trabalho etc.). Sem os quais se estaria tratando o cidadão não como um fim em si mesmo, mas sim como um meio para o uso arbitrário de vontades (KANT, 1986, p. 77).

Ainda nesse sentido, Dirley da Cunha assevera que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) e vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2022, p. 241). E arremata, afirmando que toda pessoa humana é necessariamente merecedora de respeito e consideração, sendo o fim em si mesmo e o centro em torno do qual devem gravitar todas as políticas públicas indispensáveis à garantia de condições existenciais mínimas para uma vida feliz (CUNHA JÚNIOR, 2022, p. 225).

Dessa forma, a garantia de um mínimo existencial contribuiu para impor ao Estado o dever de garantir ao cidadão, uma prestação estatal mínima, tendente a garantir-lhe uma vida digna, com acesso, sobretudo, a saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade, à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º da CF/88).

CONCLUSÃO

No curso do presente trabalho podemos observar que a vontade de mudança esboçada pelo povo quando da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 vem surtindo efeito ao longo dos anos.

Percebemos que no que tange ao artigo 196 da Carta Magna, a saúde pública pode alcançar um número maior de cidadãos. Contudo, ainda assim, este número tem se mostrado insuficiente ao atendimento da população, que busca o acesso mínimo a saúde pública.

Na tentativa de melhorar este acesso à saúde, e de torná-lo mais universal, podemos observar o surgimento do Programa de Saúde da Família. Fruto da tentativa do Estado de promover a efetivação dos direitos fundamentais mínimos a saúde, de forma universal e igualitária, sem qualquer distinção.

Vimos também que o PSF importa numa política pública de promoção da assistência básica de saúde, na qual os profissionais, agentes comunitários de saúde, promovem um trabalho diretamente nas casas das pessoas, no intuito de promover a prevenção, promoção ou recuperação da saúde do cidadão, focando na viabilização das políticas básicas de saúde.

Nesse mote, podemos observar que os agentes comunitários de saúde, através de suas visitas nos lares da população, contribuem com o bem-estar das crianças, vez que acompanham o peso e as medidas das mesmas, verificam estados de anemia, observam a existência de doenças crônicas em jovens, adultos e idosos, encaminhando-os muitas vezes para as equipes dos Postos de Saúde da Família. Além de alimentarem o sistema de dados do Ministério da Saúde com dados que permitem promover um mapeamento das áreas mais ou menos afetadas com determinadas enfermidades ou mes-

mo problemas estruturais. Contribuindo assim para uma melhora tanto no trato, quanto no planejamento das políticas públicas de saúde.

Não é demasiado falar que os agentes comunitários de saúde acabam servindo como verdadeiros elos de ligação entra a comunidade e o Poder Público. Ajudando sobremaneira na promoção do bem-estar e dignidade da população. Promovendo um trabalho direcionado e individualizado para o fomento da saúde de cada uma das pessoas das famílias assistidas.

Dessa forma, percebe-se que o trabalho desenvolvido no Programa de Saúde da Família (PSF), iniciado de forma pioneira no Estado do Ceará no início da década de 1990, se mostra como uma política pública voltada a promover a saúde básica do cidadão brasileiro, tendente a conferir-lhe o mínimo de dignidade no trato para com sua saúde.

Percebe-se, assim, que ao se preocupar com o núcleo dos direitos sociais fundamentais mínimos do grupo de saúde, o Programa de Saúde da Família (PSF), em verdade, pode ser entendido como garantidor de dignidade e, portanto, integrante do núcleo do mínimo existencial.

Dessa forma, de acordo com Pimenta (2012), a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra submetida à reserva do possível, pois em tais situações a eficácia da norma programática que veicula o direito com essa qualidade não poderá ser afastada por razões financeiras.

Logo, diante de tal constatação, podemos concluir que em se tratando do Programa de Saúde da Família (PSF), enquanto fomentador do mínimo existencial da saúde do cidadão, não poderia o mesmo ser submetido à reserva do possível. Não podendo o órgão estatal promover corte de verbas destinadas à sua manutenção, sob pena de se estar infringindo este núcleo mínimo de direitos e por conseguinte a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Ainda nesse sentido, vislumbra-se que de acordo com o critério da ponderação proposta por Alexy (2012), numa possível colisão entre a manutenção do Programa de Saúde da Família e a Reserva do Possível, se poderia atribuir maior peso àquele primeiro, uma vez que, em decorrência de sua natureza, o Programa de Saúde da Família é parte integrante do mínimo existencial à saúde do cidadão. E em sendo assim, este não pode sofrer limitações em detrimento da reserva do possível. Pois do contrário

se estaria colocando a Dignidade da pessoa humana em segundo plano, tratando a pessoa como um meio e não como um fim em si mesma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Maria Marlene Marques. Origem e evolução do programa de agentes comunitários de saúde no Ceará. **Revista Brasileira em Promoção da Saúde**, v. 24, n. 2, p. 159-168, abril-junio 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 DF**. Requerente: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro CELSO DE MELLO, abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Programa agentes comunitários de saúde (PACS)/Ministério da Saúde, Secretaria Executiva**. Brasília. 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Rádio Câmara. **Discurso Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembly-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. SUS. **A SAÚDE NO BRASIL**. Centro Cultural do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/sus/antes-depois.php#>. Acesso em: 26 nov. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O estado democrático constitucional de direito no brasil. Avanços e perspectivas do discurso jusfundamental da efetividade da constituição e dos direitos fundamentais. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley da (org.); autores Aline Santana Alves ... [et al.]. **Paradigmas atuais do conhecimento jurídico**. Salvador: EDUFBA, 2022, p. 220-270.

DA SILVA, José Afonso, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 138.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas Constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, p. 7-20, jan./mar. 2012.

PONTES DE MIRANDA. **Direitos à subsistência e direito ao trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

PONTES DE MIRANDA. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E CONTRATOS EM ESPÉCIE

Romulando Callegari¹⁰

Sandra Moraes Brito da Costa¹¹

Ursula Spisso Monteiro Britto¹²

INTRODUÇÃO

O artigo 421, do Código Civil de 2002, com a redação da Lei n. 13.874/2019, nos adverte que são limites da liberdade contratual a função social do contrato, vedando que os contratos sejam meios de esmagamento social. Conforme Álvaro Villaça Azevedo:

Os contratos são obrigatórios para as partes, porque estas, por intermédio desses instrumentos, realizam suas cláusulas, regulando

10 Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado. Pós-Graduado e Especialista nas áreas de Finanças, Controladoria pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Logística, Supply Chain pelo IBMEC Insper. Direito Contratual pela EPD.

11 Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie. Professora Universitária. Auditora Fiscal Federal. Formadora Institucional da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho.

12 Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Pós-Graduada em Direito Civil, Processo Civil, Direito Administrativo e Direito Constitucional. Professora. Procuradora do Legislativo Municipal.

seus próprios interesses, o contrato representa, assim, para as partes, verdadeira lei, só para elas, ou como diziam os romanos, a *lex privata* (AZEVEDO, 2019 p. 110).

O Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal estipula que a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Alicerçados no Código Civil de 2002, os contratos de natureza civil possuem como vetores axiológicos os princípios da eticidade, sociabilidade, operabilidade, simplicidade e concretude de fato, a função social do contrato norteia as relações contratuais, e se norteia pela socialidade, em outras palavras, a autonomia da vontade está norteadada pela ética, boa-fé e probidade (ZULIANI, 2021, p. 26), já o art. 422 enumera a obrigação dos contratantes de pautar-se pela boa-fé.

Dessa forma, a função social se estende pelo ordenamento civil a toda coletividade, ou seja, o plano transindividual deve ser inserido no centro da interpretação. Segundo Orlando Gomes, os princípios gerais do direito dos contratos podem ser classificados em princípios clássicos, que são aqueles compostos pelos princípios da autonomia da vontade, do consentimento e da força obrigatória; e em princípios contratuais, os quais estão a boa-fé, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato (GOMES, 2009, p. 25).

Apoiado nos norteadores da simplicidade e operabilidade, o direito deve tomar concretude, para tanto, positivou-se as normas gerais aludidas, que serão interpretadas conforme o caso concreto para o alcance do bem comum, sob o manto da autonomia da vontade solidária (ZULIANI, 2021, p. 162). Miguel Reale nos ensina que o código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o Direito Obrigacional (REALE, 2003, p. 11).

Notadamente, as limitações à autonomia da vontade não descaracterizam o sistema privado, apenas o humanizam, com a latente preocupação

com o coletivo, inerente ao direito público, hoje vivemos frente à égide da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas (COSTA, 2017, p. 3). Portanto, o contrato não deve causar dano à parte adversa ou a terceiros, devendo ser concluído sem conflito com interesse público, sendo vedado o uso do instrumento para atividades abusivas.

Dessa forma, a atual teoria geral dos contratos deve estar em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico vigente, do ponto de vista de ordem prática, alguns aspectos e elementos referenciais serão tratados no decorrer deste trabalho, considerando centralmente aspectos relacionados a fatores e cuidados na construção de instrumentos contratuais que contemplem negócios internacionais. A opção por elencarmos essas considerações no universo dos negócios internacionais está focada na inexorável interdependência cada vez mais presente entre as nações e, naturalmente, nas tendências que dela decorrem.

1. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A DIGNIDADE HUMANA

O negócio jurídico, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, se distingue de ato jurídico na medida em que ele é a declaração de vontade em que o agente persegue o efeito jurídico, enquanto o ato jurídico *stricto sensu* decorre de manifestação volitiva, porém seus efeitos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente. Logo, são os efeitos e fatores do negócio jurídico norteados pela vontade, “não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal” (PEREIRA, 1994, p. 303).

Vale salientar, o contrato vincula-se aos vetores axiológicos da segurança jurídica e liberdade de contratar, observando os princípios gerais do direito dos contratos em nosso ordenamento, esses valores são protegidos pela Constituição Federal, que elegeu a livre-iniciativa e a propriedade privada, fundamentos do nosso Estado democrático de direito.

Portanto, pode-se concluir que a caracterização da vontade é essencial na formação do negócio jurídico, qual seja, na relação contratual. Convém mencionar que não se trata da vontade, em si, mas de sua au-

tonomia, de fato, a vontade não age por si só, mas em coerência com a ordem pública, em outras palavras, temos “a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico”, salientamos que “não são somente os efeitos previstos ou limitados pela vontade, pois que, muitas vezes, as consequências vão além da previsão do agente” (PEREIRA, 1994, p. 306). Estabelece ainda, que as incursões sobre a manifestação e declaração de vontade são trazidas pela doutrina civilista, com o intuito de identificar de que maneira atua o elemento volitivo na apuração dos efeitos do negócio jurídico.

As teorias da vontade foram desenvolvidas, fundamentalmente, pelos autores alemães, cabe aqui elucidar que as implicações da expressão volitiva manifestada em um contrato são de extrema relevância em um cenário de proteção a direitos fundamentais e seus impactos afetam intensamente a órbita jurídica. O CC/02, porém, confere ao juiz o poder de suprir lacunas, e resolvê-las, quando necessário, segundo a eticidade, ajustando a norma ao caso concreto, uma aplicação da teoria tridimensional do direito de Realiana, atuando de forma a elidir a problemática fática e conjectural (REALE, 2003, p. 12). O espírito, cerne da codificação, se consubstancia em conjunto de ideias ordenadas, entrelaçadas e sistematizadas, tornando imprescindível a eticidade do ordenamento.

Cumpre, então, mencionar que a análise do negócio jurídico deve guardar harmonia e coerência com os primados constitucionais, fundamentalmente, com o vetor axiológico de nosso sistema jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, por vezes, a vontade expressada não se mostra apta a representar o que de fato o contratante considera que foi convencionado (quando há falha na declaração ou na sua manifestação).

Contudo, os efeitos de um contrato se impõem às partes e podem comprometer os direitos de outras pessoas incluídas na teia das relações jurídicas. Nesta toada, se estabelece uma função jurisdicional efetiva, consoante o princípio de eticidade, fundada no valor da pessoa humana do qual emerge as demais diretrizes axiológicas, com o reconhecimento de uma codificação civil mais aberta e compreensiva com ênfase na função social do contrato, conforme o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal. Portanto, os princípios e direitos fundamentais permeiam os contra-

tos de natureza civil ou empresarial, colocando em relevo a função social dos contratos.

1.1 AS IMPLICAÇÕES DA CONTRATAÇÃO NO DIREITO CIVIL

A estrutura ou natureza de um negócio jurídico, conforme Miguel Reale alerta, deságua na existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores (REALE, 2003, p. 2).

Na teoria geral do direito, a responsabilização por atos ilícitos é uma regra a ser aplicada em todos os seus ramos; assim, a prática de um ato ilícito gera responsabilidade, gera repercussão jurídica e sujeita o agente que praticou, que colaborou, que foi conivente, ele é tão responsável pelo descumprimento da norma quanto pelos seus efeitos. Conforme, o artigo 927, *caput*, e parágrafo único, do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. A lei estatui o abuso de direito por meio de contrato civil, comercial, trabalhista ou empresarial constitui ato ilícito (art. 187 do Código Civil).

A codificação civil atual permite a devida atenção à preservação do equilíbrio econômico do contrato, nos casos de onerosidade excessiva para uma das partes, bem como às cautelas que devem presidir os contratos de adesão para salvaguardar os interesses do consumidor. De fato, o CC/02 guarda uma íntima ligação com as estruturas constitucionais, tendo como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana, permitindo um equilíbrio legislativo infraconstitucional, situando-o no ordenamen-

to fundamental. Logo, a responsabilidade civil visa desestimular e obter o direito à reparação pelo dano causado pelo contratante ao contratado, resulta de uma comunhão de interesses entre as partes para conter os riscos de violação a direitos fundamentais, sob pena de cometimento de ato ilícito.

Nos tópicos seguintes desenvolvemos alguns elementos centrais que tratam do tema contratual em suas considerações iniciais de construção, considerando alguns aspectos relevantes que devem ser tabulados e debatidos em suas etapas para que o instrumento final reflita de bom tom os interesses das partes contratantes.

1.2 ASPECTOS PRÁTICOS E ELEMENTOS REFERENCIAIS AOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

As relações comerciais internacionais demandam estudos e atualizações permanentes, cuidados básicos, planejamentos dinâmicos e acompanhamento cuidadoso não somente em relação às operações propriamente ditas, mas também em relação a todo o seu entorno e, especialmente, aos segmentos que atuam nessas operações de forma direta ou acessória.

É natural e bastante comum que quando estrutura-se um negócio do qual participam partes de diferentes países, nasce intrinsecamente ao próprio negócio a característica urgência de sua execução, ou seja, a demanda quase que imediata de se performar a operação com extrema rapidez e perfeição – o mundo quer tudo muito rápido e, se essa demanda não for atendida, o negócio pode ser perdido e a expectativa de construção de novas operações pode também se perder assim como a sua força e o seu brilho, definitivamente.

Notar assim que existem pelo menos dois vetores de extrema importância a serem considerados em uma operação internacional – um deles aponta para a urgência do negócio (naturalmente com perfeição) e o outro para os cuidados básicos e planejamentos dinâmicos que possam com adequada flexibilidade ajustar os nortes das operações durante as suas realizações concretas.

Muito importante salvaguardar aqui toda a luz e a nobreza das estruturas teórica, conceitual e normativa que dão vida e assistem a cada ponto deste trabalho que com a respeitosa licença a esses tão importantes funda-

mentos, têm como propósito central focar-se a um recorte relacionado a aplicações práticas sobre as operações de comércio exterior em sua primeira leitura e que podem, na medida de suas aplicações e interesse de cada leitor, buscar aprofundamentos nessas inesgotáveis fontes do saber às quais, assim como aos mais sábios Mestres, este trabalho e suas futuras atualizações sempre se curvarão em reverência (BAUMAN, 2014, p. 43).

O tratamento de temas contratuais contempla pontos ainda considerados clássicos na doutrina contratual, mas que os posicionamentos modernos têm trazido certa dinâmica para alguns conceitos que podem assumir novos tipos de abordagem e de entendimento. Veremos que embora seja importante a autonomia da vontade para a realização dos negócios em todos os seus aspectos, contemplem esses compromissos mercadorias ou serviços, correntes distintas apresentam diferentes posições.

Independentemente deste viés, importante ressaltar que o comércio internacional é resultado da composição de interesses de diferentes atores, composições e de partes e países, cada um se apresentando com suas regras próprias de comércio exterior, distintas portanto entre esses atores mais ou menos intensamente, mas sempre exibindo alguma forma de distinção e por isso, não podemos adotar um entendimento ou adotar um padrão de comportamento tomando-se como base somente as nossas regras locais, mas é fundamental ter-se o conhecimento das regras internas de comércio exterior do país ou dos países com os quais se está negociando.

Adicionalmente, é importante obter-se da outra parte uma declaração sobre os detalhes do que demanda a sua legislação local, para que se possa avaliar a possibilidade de atendimento assim, como um Termo de Compromisso, havendo alguma intercorrência que eventualmente prejudique a operação após o embarque, o exportador embora recomenda-se tenha sempre uma postura colaborativa para a solução de intercorrências com o embarque, estaria isento da responsabilidade pela causa dos impactos gerados, pelo não atendimento de uma determinada demanda oficial local e, por consequência, com o risco de se arcar com custos adicionais relacionados à operação.

Fundamental se faz então a estruturação contratual também e em especial para operações de comércio internacional em sua forma escrita,

instrumento absolutamente necessário para o cumprimento de obrigações de execução efetiva de seu objeto, assim como de todas as obrigações acessórias e decorrências advindas do compromisso firmado pelas partes (VENTURA, 2010, p. 93).

1.3 ASPECTOS CULTURAIS E IDIOMA

Ao estudarmos os aspectos culturais e o idioma da parte ou das partes com as quais se realizarão os negócios vemos que são pontos vitais. Não havendo a possibilidade por várias razões de se estabelecer contato no idioma nativo, um terceiro idioma deve ser convencionado. Para os aspectos culturais, no entanto, essa possibilidade não se faz presente e, assim, um conhecimento mínimo das regras de aproximação, respeito, cortesia e costumes locais tem fundamental importância em uma mesa negocial.

Recomenda-se a adoção por exemplo do idioma Inglês, que segue sendo o mais utilizado na composição de negócios internacionais, mesmo por aqueles países que falam o idioma espanhol – soma-se ainda aqui o fato de o movimento da globalização eleger histórica e naturalmente o idioma Inglês como praticamente uma convenção. Nada impede que os contratos sejam elaborados em dois idiomas com textos verticais e paralelos conhecidos também como “bicolunados”, sendo um deles o Inglês. Este formato tem sido inclusive muito bem acolhido pelas autoridades de forma geral quando em suas diligências documentais, alfandegárias, cambiais e tributárias, pois facilita o entendimento de todo o texto contratual, objeto, cláusulas, condições e responsabilidades de cada parte, quando examinado por uma autoridade fiscalizadora, por exemplo.

Naturalmente, um especialista na elaboração de contratos internacionais pode sempre ser considerado uma boa opção. Aspectos culturais e idioma estarão sempre presentes – esses cuidados representam elementos centrais da comunicação entre as partes que estão estruturando o negócio e seja para o momento inicial das primeiras linhas ou até mesmo futuramente para complementos, atualizações, correções e até mesmo na solução de controvérsias, um domínio desses aspectos pode efetivamente significar a pacificação de temas entre os atores das transações (DIAS, 2019, p. 21).

1.4 CONHECIMENTO LOCAL DE PRÁTICAS E OBRIGAÇÕES, TERMINOLÓGICAS E OS POSSÍVEIS RISCOS

É bem natural pensarmos, muitas vezes, que realizar uma operação de venda ou de compra seja a mesma coisa em toda parte do mundo mas, na verdade, nem sempre as operações são praticadas da mesma forma. Fundamental é, pois, estudar cada detalhe para se conhecer o *modus operandi* da outra parte com quem se pretende negociar.

Ao final de uma negociação mas ainda parte de todo o seu escopo, compromissos firmados entre as partes no que tange a práticas locais e preceitos normativos relacionados a cada uma das partes devem ser claramente estabelecidos e, ainda assim, cláusulas de salvaguarda precisam ser também consideradas para os casos eventualmente não previstos de forma explícita nos próprios contratos de fornecimento. Importante notar que o mundo é altamente dinâmico e tanto as normas quanto as práticas e todas as suas ramificações mudam a todo instante.

Importante destacar que devem ser evitados os INCOTERMS que responsabilizam o exportador até a entrega da carga na porta do importador ou INCOTERMS que responsabilizem o exportador até o desembarço da carga no destino – naturalmente devemos pensar exatamente da forma inversa se estivermos do outro lado. Vale alertar aqui que a ética vem sempre acima de tudo – este cuidado contempla apenas uma visão estratégica porque os negócios internacionais são em sua maioria muito intensos e não perdoam erros – assim, se por algum motivo na negociação não houver outra forma a não ser assumir o risco, é muito importante atenuá-lo com a contratação de alguma contrapartida de seguro de forma a não deixar a empresa exposta a perdas de qualquer natureza e que nesses casos podem ser muito substanciais.

Entretanto, como vimos anteriormente, nem sempre é possível a escolha do INCOTERM de forma tão livre pelo exportador que, para não perder o negócio, acaba muitas vezes cedendo e aceitando os termos comerciais que podem lhe custar mais caro por conta desses riscos desconhecidos. Dessa forma, os contratos devem prever nesses casos que o

desembaraço alfandegário e trâmites documentais locais sejam realizados por profissional local e que esse profissional ou empresa seja escolhido pelo importador ou pelo exportador, dependendo de seu polo de atuação. O mundo atualmente se dedica em operar no comércio internacional seguindo as regras práticas acumuladas e aprimoradas durante muitos anos.

O comércio internacional não se faz mais por si só e isoladamente de todas as atividades preparatórias que contemplam prospecção de mercado, desenvolvimento de produto apropriado, desenvolvimento de clientes, preços, condições de pagamento, formas de entrega, prazos e também uma forte atuação técnica. O empenho comercial embora fundamental, sozinho, não é mais o suficiente. Durante as operações, leis e práticas locais e internacionais, registros oficiais, licenciamentos prévios, certificações, termos de responsabilidade e declarações dentre outros aspectos, necessariamente precisam ser considerados.

Após o embarque das mercadorias ou a execução dos serviços, os termos de garantias precisam ser honrados, a liquidação da operação precisa ser devidamente concluída, e novas operações já precisam ser contratadas e preparadas para execução afinal, os negócios precisam continuar – é saudável para todos (CAMBOIM, 2014, p. 15).

Durante toda a interação e as visitas presenciais é que as sensibilidades se afloram, que os cuidados podem ser sentidos e refletidos em contratos, que os alinhamentos são construídos de forma mais sólida e que os potenciais riscos são consideravelmente reduzidos. Exportador e importador, visitem-se presencialmente, esse será sem dúvida alguma um exercício de absoluta importância.

2. FASE PRÉ-CONTRATUAL

Esta fase preliminar pode contemplar contatos presenciais ou não e tem por principal objetivo avaliar interesses, conhecimento mútuo e operações com chances de serem performadas. Esses contatos iniciais não seguem regras ou critérios preestabelecidos, mas são normalmente resultado de um planejamento ou de um aproveitamento de oportunidade. De forma geral, quem tem a iniciativa é o vendedor mas nada impede, e assim ocorre com um grande número de casos, que essa iniciativa origine-se do

comprador que, por resultado de marketing promovido pelo vendedor ou por indicações de seus clientes acaba por estruturar potenciais novos negócios.

Trata-se de uma fase na qual as partes não assumem compromissos ou responsabilidades, podendo, isto sim, definirem intenções. Iniciadas as relações, estas podem ter continuidade, passando a se configurar em propostas. Essas propostas podem contemplar dois ou mais atores que irão realizar alinhamentos até o aceite do desenho final sobre uma determinada operação. Deve-se aqui notar que uma negociação pode contemplar um único fornecimento de mercadoria e/ou de serviço para um determinado caso concreto, ou ainda, de um negócio mais perene para um fornecimento de médio e longo prazo em condições a serem estabelecidas e assinadas em seus mais diversos segmentos.

Ainda como um cuidado a ser observado no caso de uma oferta apresentada pelo vendedor é a importância da atribuição de uma data validade e de um local onde essa data será considerada expirada (por exemplo, em dd/mm/aaaa às hh:mm de Brasília-DF) para essa oferta que, uma vez aceita no prazo, terá também efeito vinculante ao vendedor ofertante. Não incomum é encontrar-se ofertas simultâneas e que podem se contradizer – portanto cuidado, cada detalhe da oferta é importante porque, como já dissemos, uma vez aceita, ela vincula as partes – assim, destaques de modelo, cor, desenhos, nº de série se couber, dentre outros, ajudam a estruturar essa segurança.

Para uma determinada oferta, pode haver relacionada a ela uma concordância, uma contraoferta ou até um entendimento de uma aceitação tácita – a esta última também recomenda-se muito cuidado –, sempre para evitar dúvidas e desconfortos posteriores, deve-se sempre responder às propostas claramente sobre estar “de acordo” ou “não de acordo” e exigir-se sempre, independentemente do lado em que se estiver atuando, que essa resposta seja sempre de forma expressa (aqui entenda-se escrita), não sendo aceitas presunções de aceites ou recusas de forma tácitas ou pelo silêncio (NEVES, 2015, p. 87).

A necessidade do estabelecimento de regras e alinhamentos mínimos e mútuos é fundamental mas da mesma maneira e com uma importância

muitas vezes ainda maior é considerar-se como essas abordagens devem ser feitas com todos os cuidados relacionados à cultura local e tudo o que ela contempla para que paradoxalmente sejam obtidos êxitos no que tange à proteção do negócio e, ao mesmo tempo, não se caracterize ainda que remotamente qualquer viés que aponte para uma falta de confiança entre os interlocutores.

3. COMPARTILHAMENTO DE ÁREAS DE DIFERENTES COMPETÊNCIAS NA CONSTRUÇÃO CONTRATUAL

As relações comerciais, depois que suas aproximações preliminares tenham sido iniciadas pela procura do interessado quando se trata de grandes marcas conhecidas ou pela especificidade do produto ou mesmo por relações comerciais que foram produtos de agentes de prospecção de mercado, devem ser refletidas em instrumentos formais devidamente assinados por todas as partes previamente ao início do fornecimento – os contratos de venda e compra de mercadorias e/ou de serviços.

Especial importância deve ser dada à construção de contratos internacionais, considerando que esses instrumentos podem estar construindo avenças comerciais não somente entre clientes de diferentes países, mas também estarem essas avenças inseridas em acordos comerciais internacionais também conhecidos como Free Trade Agreements (FTAs) e, nesses casos, essas construções demandam também o exame prévio das condições e critérios exigidos por esses acordos.

É sempre importante ter-se presente que os países são soberanos e têm, naturalmente, as suas próprias histórias, culturas, filosofias, horários, religiões, políticas, economias e dinâmicas. No que tange à questão da soberania, que por vezes pode sinalizar barreiras e dificuldades, tem-se notado, embora de forma ainda bem discreta, uma positiva porosidade sobre este tema, que tem consentido uma certa flexibilização para discussões que permitam maior passagem por esse “escudo”, de negociações que estabeleçam regras mais abertas para os negócios que trazem sim resultados de interesses pacíficos e muito vantajosos a todos.

Cada país tem o seu próprio comércio exterior. Isto significa que cada país regula a sua balança comercial e o seu posicionamento econômico

adotando diferentes estratégias. No Brasil, ainda há uma forte presença do governo nos negócios internacionais – o comércio exterior é regulado pela Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, Receita Federal do Brasil – RFB e Banco Central do Brasil – BACEN, dentre outros órgãos intervenientes a exemplo do INMETRO, ANVISA, IBAMA e Exército Brasileiro, sendo que esses últimos cuidam de interesses e critérios muito peculiares aplicados a mercadorias que demandam cuidados especiais por diferentes razões.

Todas as operações de exportação e importação são acompanhadas física e documentalmente pelos sistemas de controle do governo, com especial destaque ao SISCOMEX e suas ramificações, aduaneiras, cambiais e tributárias. A SECEX trata do exame relacionado aos aspectos administrativos das operações, com vistas àquilo que pode ou não ser exportado ou importado, orientando também sobre como essas transações devem ser estruturadas. A RFB, por sua vez, acompanha os aspectos aduaneiros e tributários de cada operação de exportação e importação e fiscaliza ainda o comportamento e os registros cambiais das operações conforme instruções do BACEN.

O BACEN, em seu turno, define sobre como devem ser estruturadas as operações do ponto de vista cambial, ingresso e remessa de divisas ao exterior e fluxo de capitais. Atualmente, as definições e regras elaboradas pelo BACEN são fiscalizadas pela RFB – a presença do BACEN diretamente nas operações ou diretamente junto aos operadores do comércio exterior tem sido mais reservada, atuando em seu lugar no que tange ao cumprimento e à observação de obrigações cambiais, a Receita Federal do Brasil – RFB.

A construção de um contrato pode conter erros acidentais que mesmo claramente fora de contexto para a parte que o cometeu, pode não ser assim entendido pela outra parte, até por conveniência ou estratégia. Este cuidado pode ser vital para o sucesso do negócio, além de muitas vezes, face às próprias definições que sempre serão mais adequadas pela prudência e diligência permanentes, poder se ter o mesmo negócio muito mais viável economicamente (FAYOL, 2011, p. 28).

4. O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO SOB O VIÉS CONTRATUAL

As operações internacionais assim como quaisquer outras operações oferecem maior ou menor exposição a controvérsias. Absolutamente, tudo o que puder ser evitado nesse sentido, tanto melhor. Caso algum tipo de divergência seja verificado, é muito importante que ela seja neutralizada entre as próprias partes logo no seu início – afastar o risco de instalação de um litígio é fundamental e, algumas vezes, vital. Tudo deve ser feito para que o negócio seja pensado por prazo indeterminado, ou seja, que aquela relação comercial internacional continue por muito tempo. Por essa razão, quaisquer sinais de eventuais desacordos precisam ser eliminados imediatamente.

No entanto, infelizmente, em alguns casos as divergências convergem para a instalação de um litígio que, em razão dos ânimos negativos instalados entre as partes, esse litígio não pode mais ser resolvido diretamente pelos próprios atores, restando, nesses casos, o caminho judicial para que a disputa seja solucionada por uma sentença que obrigará as partes ao seu cumprimento. Nesse estágio, subjetividades são pouco relevantes. Nos encontramos aqui em um ambiente judicial, no qual a técnica, o rito, os pronunciamentos, as provas, as testemunhas, as evidências, os contratos, enfim todos os elementos previstos em um arcabouço jurídico são invocados.

Os contratos neste momento são os elementos centrais para o encaminhamento da disputa. Contratos em princípio são concebidos para refletir o negócio que foi avençado e são instrumentos de suma importância para orientar os movimentos do negócio – suas cláusulas devem estar sempre presente para os operadores – essa proximidade e presença permanente dos termos contratuais funcionam como uma precaução permanente, como uma proteção contra a ocorrência de desvios e, por consequência positiva, uma proteção contra riscos de instalação de litígios. Como falamos aqui de uma relação de comércio internacional, dependendo do caminho contratado para a solução do conflito e ainda que seja o mais adequado definido entre as partes, deve considerar que um processo internacional deverá ser conduzido sob regras de tribunais ou de câmaras arbitrais, ambientes

que não fazem parte do dia a dia de nenhuma das partes e que podem contemplar vieses não esperados (MAZZUOLI, 2015, p. 19).

Contratualmente, recomenda-se que quando do desenvolvimento da cláusula que tratará da solução de conflitos e foro, considere-se já nesse momento todo o detalhamento possível sobre o foro, o local onde a disputa será tratada, a lei a ser aplicada, o idioma, o tribunal, os defensores, os árbitros quando for o caso de se optar pelo instituto da arbitragem, enfim, definam-se todos os detalhes possíveis, antes da instalação do conflito (REZEK, 2014, p. 23). Mas ainda conste também no contrato que as partes envidarão todos os esforços para que eventuais divergências sejam totalmente resolvidas por iniciativa das companhias por meio de uma autocomposição ativa e focada na solução e na manutenção da relação saudável entre as empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os capítulos considerados neste trabalho tratam de temas primeiros e mais comuns que surgem em praticamente todas as operações do comércio internacional. Os textos foram construídos com o propósito de apresentar, como coloca o título, elementos iniciais e riscos relacionados sob uma leitura direta e simples que possa destacar cuidados a serem considerados em uma operação internacional. A partir desses destaques, o leitor poderá buscar a apropriada adequação às suas operações, bem como as ramificações e aprofundamentos necessários a cada um desses elementos. Recomendamos uma leitura completa do material e de suas correlações entre os temas que, embora procuramos colocar em uma relativa ordem natural de ocorrências, nem sempre os desenvolvimentos nos casos concretos ocorrem de forma linear, podendo haver sobreposições, mas, de alguma forma e, em algum momento, esses elementos precisarão ser considerados como um todo para a operação. O comércio exterior de cada país, e por consequência o comércio internacional, apresenta uma dinâmica própria. Por essa razão, retoques, atualizações, novas inclusões e considerações complementares serão potencialmente demandados por essa dinâmica tão peculiar. Cuidados aparentemente simples apontados nestes escritos podem passar sem quetenham a sua importância sublinhada.

O que se pretende é apresentar a função social do contrato, com enfoque no atual Código Civil, bem como nas relações internacionais, visando não só benefícios econômicos; mas, também, e fundamentalmente, a garantia de condições de sobrevivência e de melhoria de vivência da pessoa humana. O profissional atuante na área de comércio exterior precisa ter uma visão sistêmica que contemple todos os passos desde as primeiras aproximações técnicas e comerciais da operação, até o seu desenvolvimento, conclusão, embarque e finalizações cambiais, contábeis e obrigacionais em todos os seus aspectos, inclusive junto ao importador para que ele sinta-se “cuidado” pelo seu exportador no sentido de saber como se comportou o desembarque no destino, seus trâmites e lançamentos, além é claro da própria aplicabilidade e performance esperada do produto quando de efetiva a utilização.

As transações internacionais por mais fundamentadas e repetidas que sejam merecem cuidados, merecem atenção permanente. Os movimentos decorrentes de negócios internacionais não podem ser subestimados – eles ficam permanentemente expostos a todo o tipo de vetores de ordem prática, procedimental e normativa e que certamente sobre os quais você nunca os poderá dominar plenamente. O que pode ser feito, e isso sim é fundamental, é o rigoroso acompanhamento em reuniões periódicas e programas de prevenção a riscos quando em uma mesma mesa encontram-se pessoas dos diferentes segmentos que participam da operação para uma boa conversa de atualizações. Esses encontros físicos ou digitais não devem ocorrer somente quando os problemas são detectados mas, sim, antecipadamente como uma das medidas para evitá-los.

Sob o manto da simplicidade e operabilidade o direito deve tomar concretude, assim o atual Código Civil deve ser aplicado a relações contratuais, as quais serão interpretadas conforme o caso concreto para o alcance do bem comum, sob o viés da autonomia da vontade solidária.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BRASIL. **NORMAS ADMINISTRATIVAS**. Secretaria de Comércio Exterior – SECEX – Departamento de Operações de Comércio Exterior – SECEX.
- CAMBOIM, Anna; MARINHO, Mônica Romero; NASSIF, André; SIÚVES, Humberto. **Regulação do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- COSTA, Jefferson Alexandre. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a autonomia privada solidária nas relações de trabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88857/eficacia-horizonta-dos-direitos-fundamentais-e-a-autonomia-privada-solidaria-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. **Direitos Humanos: dignidade humana no século XXI**. Belo Horizonte: D'PLÁCIDO, 2019.
- FAYOL, Henri. **Administração Industrial e Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MONTANHANA, Beatriz Cardoso; COSTA, Sandra M. B. **Revista Brasileira de Direito Contratual**. Ed. Magister, n. 12, 2022.

- NEVES, Karina Penna. **Deveres de Consideração nas Fases Externas do Contrato: Responsabilidade Pré e Pós-Contratual**. São Paulo: Almedina, 2015.
- PEREIRA, Caio M. D. S. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I.
- POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 808, p. 11-19, fev. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35425>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- REALE, Miguel. **Emendas Absurdas ao Código Civil**. S./d. Disponível em: <https://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. **Contratos Internacionais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- VENTURA, Carla A. Arena. Da Negociação à Formação dos Contratos Internacionais do Comércio: Especificidades do Contrato de Venda e compra Internacional. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 6, 2020. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revista-eletronica/volume6/>. Acesso em: 05 maio 2023.
- VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. **Regulamentação no Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- ZULIANI, Mateus; BOURET, Aurélio; BATISTA, Paulo. **Direito Civil**. 2. ed. Brasília: CPLuris, 2021. v. 3. E-book.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA INTERNET: A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PARA ASSEGURAR O DIREITO À PRIVACIDADE

*Nathália Maria Carvalho Navarro*¹³

INTRODUÇÃO

A sociedade atual vivencia diversas transformações oriundas do desenvolvimento, da expansão e da utilização, cada vez mais intensa, da internet, uma vez que no mundo globalizado manter-se conectado se tornou uma necessidade inerente aos indivíduos. Diante disso, as mudanças advindas da globalização refletem no modo como as pessoas se relacionam dentro da sociedade, isto é, a construção das relações sociais passa a ser realizada de maneira muito mais intensa no ambiente virtual. Nesse cenário, as inovações tecnológicas proporcionam avanços notáveis como, por exemplo, a intensa disseminação de informações e conhecimentos, que podem ser obtidos de maneira muito mais rápida, a ausência de empecí-

13 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), sob a coordenação do Professor Dr. Lucas Gonçalves da Silva.

lhos diante da comunicação, a falta de barreiras geográficas e outros diversos avanços que surgem nesse mundo globalizado.

No entanto, ao mesmo tempo que dissemina o conhecimento, a internet passa a ser, cada vez mais, utilizada de maneira inadequada na contemporaneidade. Fato, este, que tem como consequência a afastabilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais nas relações entre os indivíduos. Diante desse panorama, o ordenamento jurídico, ao enxergar essa realidade, sentiu a necessidade de regulamentar o espaço virtual a partir de mecanismos legislativos que protegem a utilização dos dados pessoais dos usuários, o que fez com que surgisse um novo âmbito jurídico caracterizado como Direito Digital.

Em suma, o presente estudo visa permitir a compreensão acerca da relação existente entre os Direitos e Garantias Fundamentais e a proteção de dados pessoais em uma sociedade marcada por intensas transformações advindas do mundo globalizado. Para isso, foi necessário, de início, adentrar na análise doutrinária dos direitos fundamentais, abordando o entendimento de diversos autores para o estudo deste tema. A partir desse ponto, realizou-se a apreciação de tais direitos dentro da internet para, assim, chegar na abordagem principal do presente trabalho, isto é, a compreensão de todo o círculo que envolve a relação entre os direitos fundamentais, em especial o direito à privacidade, a internet e a sua garantia a partir da proteção de dados pessoais.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo acerca dos Direitos Fundamentais é de extrema importância para a compreensão do presente trabalho, haja vista que antes de entender o modo como eles estão presentes na internet e, também, a sua garantia através da proteção de dados, é importante, primeiro, esmiuçá-los. Logo, serão abordados a seguir, o conceito e as características dos Direitos Fundamentais, sendo necessário apresentar, também, o modo como estes direitos estão dispostos na Constituição Federal de 1988. Senão vejamos.

1.1. CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, para compreender o papel dos Direitos Fundamentais na sociedade democrática é necessário, antes de tudo, conceituá-los. Nesse viés, a partir do entendimento do Doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 175), é possível enxergá-los como “direitos positivos que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico”. Ademais, os Direitos Fundamentais compartilham características comuns, como a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a universalidade.

Assim, a historicidade deriva-se do fato de que os direitos fundamentais nascem e se modificam ao longo da história (SILVA, 2005), ou seja, são fruto de um desenvolvimento e de uma evolução histórica e cultural. Enfatizando essa percepção, o renomado jurista italiano Norberto Bobbio (1992, p.19) aduz que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Outrossim, tanto o caráter intransferível como o inegociável dos direitos fundamentais indicam a existência de um direito inalienável, visto que o homem jamais poderá deixar de ser homem, jamais poderá transferir ou negociar o direito que o configura como pessoa humana. Importante mencionar, também, a sua imprescritibilidade, isto é, o fato de que os direitos fundamentais não sofrem prescrição, ou seja, nunca se tornam inexigíveis pelo fato de não possuírem natureza patrimonial (SILVA, 2005, p. 175).

Seguindo esse raciocínio, destaca-se, também, que tais direitos são irrenunciáveis, uma vez que o Estado, enquanto seu garantidor, não pode

renunciá-los, ou seja, não é possível deixar de cumpri-los. Por fim, é de fundamental importância destacar a universalidade como mais uma das características que englobam os Direitos Fundamentais, visto que compreendê-los a partir de uma visão universal significa dizer que são direitos garantidos para todos, independente de raça, credo, nacionalidade, convicção política, ou seja, remete-se à coletividade jurídica em geral.

Outro importante ponto a ser discutido acerca dos Direitos Fundamentais diz respeito a sua própria fundamentalidade, haja vista que, de acordo com o entendimento do jurista alemão Robert Alexy (2008), o caráter fundamental desses direitos decorre do fato de que a sua violação ou não satisfação causa a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Ainda nessa linha de pensamento, a fundamentalidade consiste no fato de que eles garantem a razão de ser, a coexistência e até a existência dos seres humanos dentro de uma sociedade (SILVA, 2005).

Em suma, os Direitos Fundamentais são tidos como direitos protetivos na medida em que garantem o mínimo necessário para que um indivíduo exista de forma digna dentro de uma sociedade administrada pelo Poder Estatal, baseando-se no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

1.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os Direitos Fundamentais, pelo fato de serem direitos positivos, necessitam estar internalizados no ordenamento jurídico. Consoantemente, após a exposição conceitual, é de suma importância analisá-los à luz da Constituição Federal de 1988.

Logo, o Título II da Lei Maior consiste no espaço reservado pelo legislador para expressar os Direitos e Garantias Fundamentais. Contudo, é incorreto declarar que a sua existência se resume apenas a esse título, haja vista que a jurisprudência e a doutrina firmam que o Supremo Tribunal Federal tem o poder de reconhecê-los em outras partes da Constituição (AGRA, 2009, p. 46).

Nesse viés, é possível afirmar que os Direitos Fundamentais, além de expressos no Título II da Constituição Federal, estão espalhados por todo

o texto, como também são representados fora da Lei Maior pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nessa linha, é válido ressaltar que, além de estarem espalhados por todo o texto constitucional, esses direitos são inesgotáveis, pois à medida que a sociedade evolui, se transforma e se desenvolve, surgem novos Direitos Fundamentais para acompanhar as mudanças e se fazer presente nas relações sociais.

Outrossim, os Direitos Fundamentais assumem um compromisso ideológico e doutrinário dentro do ordenamento jurídico na medida em que servem como pilar básico à garantia do Estado Democrático de Direito. Corroborando com o exposto, destaca-se, a seguir, o preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias[...]

A Constituição Federal de 1988 trouxe tais direitos em seu Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber:

- Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;
- Dos Direitos sociais;
- Da Nacionalidade;
- Dos Direitos Políticos;
- Dos Partidos Políticos.

Dentro desse contexto, os direitos e deveres individuais e coletivos, expressos no Capítulo I, Artigo 5º, do Título II, da Lei Maior são de extrema importância para a compreensão deste presente estudo e, por isso, serão objeto de uma análise mais detalhada posteriormente.

Antes de compreender melhor a importância dos direitos expressos no artigo 5º do texto constitucional, é de suma relevância destacar o fato

de que o ordenamento jurídico brasileiro determina a vedação ao retrocesso desses direitos na medida em que atribui a eles o caráter de Cláusulas Pétreas. Vejamos o que diz a própria Constituição em seu art. 60, § 4º (BRASIL, 1988):

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Nesse viés, pelo fato de serem Cláusulas Pétreas, os direitos e garantias individuais, que estão inseridos na seara dos direitos fundamentais, jamais poderão ser suprimidos ou abolidos, uma vez que a modificação destes só é permitida se possuir o intuito de expandi-los, sendo vedada qualquer mudança que promova o seu retrocesso ou até a sua extinção.

Ademais, um outro ponto a ser discutido acerca dos Direitos Fundamentais diz respeito a sua eficácia e aplicabilidade. Primeiramente, quanto à eficácia, é possível dividi-la em duas: eficácia vertical e eficácia horizontal, isto é, quando se fala em eficácia vertical e horizontal, pretende-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Em outras palavras, a eficácia vertical representa a da aplicação dos direitos fundamentais realizada pelo Estado, ou seja, diz respeito apenas a relação do Estado para com seus indivíduos, de forma ampla, visando garantir condições básicas e fundamentais de sobrevivência e coexistência. Porém, para assegurar condições dignas aos indivíduos, apenas a regulação dos direitos fundamentais de maneira vertical, isto é, pelo Poder Público, não é suficiente. Logo, a teoria da eficácia horizontal surgiu para estender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares na medida em que a presença de tais direitos é de extrema importância para garantir a harmonia, o respeito e, conseqüentemente, uma boa coexistência social.

Outrossim, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais, a Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Por conseguinte, esse caráter imediato surgiu para evitar que os direitos fundamentais não se tornassem “letras mortas” em caso de omissão legislativa, ou seja, a aplicação imediata obriga que as normas de direitos fundamentais sejam efetivadas pelo Poder Público, independente de intervenção legislativa (SILVA, 2005, p. 179).

Portanto, diante do conteúdo aludido neste tópico, pode-se concluir que os Direitos Fundamentais carregam uma extrema importância tanto para o ordenamento jurídico quanto para a sociedade, haja vista que representam, nas falas de Santos, Marques e Duarte (2011), a base de todo o arcabouço jurídico, dado o fato de que sem eles inexistiriam condições para uma existência digna.

1.3. A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO AMBIENTE VIRTUAL

De início, é de suma importância realizar uma breve análise sobre a internet, antes de adentrar na elucidação da temática exposta acima. Nesse viés, a internet trata-se de um veículo de pulverização de informações que independe de distância e fronteiras geográficas, isto é, configura-se como um meio de compartilhamento instantâneo de informações. Assim, o ser humano vive um período de pós-modernidade em que, com apenas um “clique”, é possível observar o que se passa do outro lado do planeta, conversar com os amigos e até mesmo divulgar informações e experiências do dia a dia (HOSTERT, 2018, p. 13). Sendo assim, não é possível negar a intensa transformação que a internet provocou na sociedade diante de tal difusão instantânea e intensa de conhecimento.

Por conseguinte, as mudanças trazidas com o desenvolvimento tecnológico e com a consequente disseminação intensa e veloz de conteúdos e informações trouxe à tona a necessidade de adequação do ordenamento jurídico em face desse cenário transformador.

Logo, os direitos fundamentais, enquanto inerentes às relações sociais e detentores de historicidade, têm a necessidade de acompanhar e se ade-

quar às intensas e constantes transformações sociais advindas do desenvolvimento tecnológico, estendendo a sua garantia e inserção para além do espaço social na medida em que deve se inserir cada vez mais dentro do ambiente virtual. Assim, “se a internet passa a ser enxergada como um mecanismo de compartilhamento de discursos e de conteúdo, é preciso que a proteção dos Direitos Fundamentais também incida nesse novo ambiente” (GOULART, 2012, p. 153).

Reforçando o entendimento posto, a expansão e o fortalecimento das relações dentro do mundo virtual promovem o surgimento de novos direitos fundamentais que se adequam ao ambiente globalizado para, assim, garantir a coexistência pacífica e o cumprimento das premissas constitucionais dentro dessas relações virtuais. Nesse viés, é válido ressaltar que a inserção de novos direitos dentro do contexto dos Direitos Fundamentais não é tarefa impossível, haja vista que o art. 5º, §2º da Constituição Federal determina que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Diante disso, é possível observar a possibilidade de inclusão de novos direitos.

Sendo assim, a veloz e sistemática evolução do mundo virtual, em virtude da tecnologia, promoveu a necessidade de se falar em novos direitos que acompanhem as transformações advindas desse cenário virtual ainda recente.

1.4. A IMPOSSIBILIDADE DE AFIRMAR QUE A INTERNET É UMA “TERRA SEM LEI”

Devido à possibilidade do indivíduo se manifestar anonimamente, com um grau maior de liberdade, perpetua a concepção totalmente equivocada de que o espaço virtual consiste em uma “terra sem lei”, ou seja, sem limites legais que promovam a sua regulação. Assim, essa situação difunde uma percepção de que o usuário pode agir da forma que bem preferir, sem levar em consideração as normas jurídicas que organizam as relações sociais. Vejamos o entendimento do professor Marco Antônio Ponte Aires (2017, p. 113) acerca do tema:

Partindo dessa premissa, entende-se que a internet detém certas “imperfeições regulatórias” que dão a noção de que tudo o que for ali praticado, é anônimo, o que acaba impossibilitando a conexão entre o usuário e quem está por trás dele. É justamente por isso que se tem tanta dificuldade em tutelar os direitos que estão inseridos dentro da rede e assim podem ocorrer as mais intensas e diversificadas agressões aos direitos dos indivíduos.

Corroborando com o pensamento exposto, a professora Gisele Leite (2015) compreende qualquer liberdade, por mais ampla que seja, possui limites que atuam como garantidores do desenvolvimento harmônico e ordenado da sociedade como um todo, respeitando e assegurando os direitos fundamentais de cada sujeito. Por conseguinte, a partir desse pensamento, é possível afastar a concepção equivocada de que a internet consiste em uma terra sem lei.

A tecnologia avança a passos largos e o direito, por sua vez, não pode ficar para trás. Logo, enquanto uma ciência viva e detentora de historicidade, o direito deve agir de mãos dadas com as transformações trazidas pelo desenvolvimento tecnológico, com a finalidade de proporcionar a maior proteção dos usuários bem como possibilitar o pleno exercício de seus direitos. Nesse viés, o contexto apresentado torna-se propício para o surgimento e o aperfeiçoamento do Direito Digital, uma vez que este surgiu a partir da necessidade de regulamentar as mudanças decorrentes do progresso tecnológico e da difusão da internet na medida em que são causadores de intensas transformações sociais e comportamentais na Sociedade da Informação.

Destarte, a exposição feita permite compreender que, devido às grandes transformações advindas do desenvolvimento e aperfeiçoamento da tecnologia, a construção das relações entre os indivíduos, nos dias atuais, ocorre de maneira muito mais intensa no espaço virtual. Sendo assim, faz-se necessário desconstruir a ideia equivocada de que a internet é uma “terra sem lei”, pois tal ferramenta, enquanto um espaço de interação social, não se isenta da aplicação das normas e, principalmente, da garantia dos direitos fundamentais. Portanto, possui um caráter jurídico que precisa ser assegurado.

2. A PROTEÇÃO DE DADOS COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERNET

O entendimento esboçado nas seções anteriores serviu como base para alcançar o debate principal do presente trabalho, isto é, para traçar a importante relação existente, no mundo virtual, entre a proteção de dados e os direitos fundamentais. Sendo assim, as discussões a seguir irão fundamentar a compreensão acerca de tal relação.

2.1. A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE

Como dito no início deste trabalho, os direitos fundamentais estão presentes de maneira expressa no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Assim, a privacidade é reconhecida no texto constitucional como um direito fundamental na medida em que está expressa no inciso X do art. destinado à garantia de tais direitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Outrossim, o código civil também reserva um espaço para tratar da privacidade em seu art. 21, quando cita que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

De acordo com o professor Carlos Alberto Bittar, (1989, p.103) a privacidade pode ser definida, de uma maneira mais ampla, como o direito que o indivíduo possui de exercer um controle sobre a divulgação ou

exposição de manifestações próprias de sua vida pessoal, por isso é um direito íntimo e privado.

Com base nesse pensamento, é possível estabelecer uma relação entre o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais, visto que o primeiro, como já foi citado, diz respeito à garantia de um espaço individual em que suas informações pessoais estarão resguardadas. Contudo, antes de determinar a relação entre esses dois elementos, é importante elencar uma questão acerca da privacidade, na qual diz respeito à diferenciação entre o público e o privado. Nesse sentido, Celso Lafer (1988) compreende o público como aquilo que é acessível a todos, e o privado, como aquilo que é reservado e pessoal. Além disso, ainda acrescenta que, o público assemelha-se à Democracia, já que esta se caracteriza pela publicidade e visibilidade do poder, importantes para permitir o controle, pelos governados, da conduta dos governantes. Assim, tal distinção se torna importante para enfatizar que, na esfera pública, existem informações que necessitam ser coletadas para que o indivíduo exerça os seus deveres e tenha os seus direitos garantidos em uma sociedade democrática.

Nesse viés, o Registro Civil pode ser observado como um exemplo dessa esfera pública retratada, haja vista que, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 192), o Registro Civil é a “perpetuação, mediante anotação por agente autorizado, dos dados pessoais dos membros da coletividade e dos fatos jurídicos de maior relevância em suas vidas”. Ademais, Washington de Barros Monteiro (2001) aduz, também, que a função específica do Registro Civil é comprovar a situação jurídica daquele que é registrado como também, torná-la conhecida por terceiros. Nesse caso, o indivíduo deve fornecer os seus dados pessoais para fins de segurança e eficácia, ou seja, enquanto cidadão, ele deve ter a sua situação civil registrada pelos órgãos e instrumentos competentes para guardar suas informações pessoais.

Sendo assim, de maneira análoga ao “mundo real”, o mundo virtual também necessita de informações específicas dos seus usuários para fins de registro, da garantia de serviços e diversas outras atividades, porém os dados disponibilizados necessitam de mecanismos que garantam o seu tratamento e a sua proteção, haja vista que tanto no meio físico quanto

na internet, a utilização dos dados pessoais deve ser feita por pessoas, plataformas e órgãos autorizados para tal ação com o objetivo de garantir o direito à privacidade diante da disponibilização de informações pessoais nessa esfera pública.

Nessa conjuntura, pode-se caracterizar a proteção de dados como “um controle positivo sobre dados que se coletam, que se processam.” (LEPAGE, 2017, p.35). Em outras palavras, a proteção dos dados pessoais visa controlar a maneira como os dados, quando necessitarem ser coletados, serão tratados, visando sempre garantir o direito à privacidade do proprietário dos dados. Assim, tendo em vista os apontamentos acerca dessa análise, é correto afirmar que, em um cenário de constante transferência e utilização inadequada dos dados pessoais, os direitos referentes à privacidade são os mais afetados (AIRES, 2017, p. 113).

Logo, a circulação excessiva dessas informações particulares tem como consequência a extinção da privacidade, haja vista que os dados pessoais de um determinado indivíduo, quando compartilhados sem o devido tratamento, perdem a sua proteção e geram como resultado a violação do direito à privacidade.

Portanto, a proteção dos dados pessoais exerce um papel fundamental no ambiente virtual, haja vista que por meio dela é possível garantir o tratamento e a utilização correta dessas informações individuais e, por conseguinte, garantir, também, o direito fundamental referente à privacidade, disposto no inciso X do art. 5º na Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

2.2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS (LGPD)

Reforçando o que fora exposto anteriormente, a expansão do mundo digital trouxe consigo a necessidade de fazer com que o Direito acompanhasse as mudanças advindas desse novo cenário. Assim, a elaboração de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço instaura o ramo jurídico denominado Direito Digital, isto é, exhibe uma nova forma de analisar e entender o próprio Direito através da construção de novos paradigmas e novos olhares, a fim de expandir o alcance da regulamentação legal para além do mundo físico.

Logo, essa nova vertente do direito surge em um momento de intensa transformação e se depara com o desafio de regular as relações construídas entre os indivíduos no meio virtual como também, de prever medidas para combater os diversos delitos dentro da internet, visto que:

Esses avanços da internet com a digitalização da comunicação impactam na probabilidade de ocorrência de delitos, também virtuais. Afora isso, exemplo desses delitos são a transferência, manipulação e obtenção ilegal de dados, onde pode ocorrer a divulgação dessa informação sigilosa, disseminação de vírus, identidade falsa, violação de direitos autorais, e assim por diante (TRALDI; MARMORE, 2020, p. 8).

Destarte, quanto ao panorama destacado, é importante analisar a questão acerca da transferência, manipulação e obtenção ilegal de dados pessoais, isto é, quanto a utilização indevida de qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, tal como nome, Registro Geral (RG), Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou email. Nesse viés, desde a expansão do campo virtual verificou-se a indispensabilidade de proteção e de uma devida regulamentação que acompanhasse os avanços da tecnologia, bem como a manipulação das informações pessoais fornecidas na rede mundial de computadores.

Diante desse novo cenário transformador, o direito caminhou para a criação de mecanismos legais acerca da proteção dos dados pessoais, tendo como ponto de partida o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Assim, esta lei foi elaborada com a finalidade de estabelecer e regular os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no Brasil. Ademais, a Lei nº 12.965/2014 é ainda fundamentada em três pilares: a liberdade de expressão, a neutralidade de rede e a privacidade. Entretanto, com o decorrer da expansão das interações dentro do meio digital, o Marco Civil da Internet tornou-se insuficiente, pois, apesar de determinar a proteção dos dados pessoais, não versava acerca do tratamento correto desses dados para evitar a transferência ou a utilização ilegal destes.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) surgiu para reforçar e complementar a proteção dos dados pessoais deter-

minada no Marco Civil da Internet, visto que ela possui o objetivo de regulamentar a transferência e a proteção dos dados pessoais, determinando quem são os agentes e as atribuições destes na responsabilização acerca dos incidentes. Desse modo, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) tem como pilar a garantia constitucional da liberdade e privacidade pelo fato de promover a proteção dos dados e de seus usuários, mostrando o resguardo e a preocupação do ordenamento constitucional com a privacidade (CASTRO, 2019).

Em suma, reforçando o entendimento elucidado, é possível concluir que a LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, em meios digitais ou não, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, e determina como os dados dos cidadãos podem ser coletados, tratados, prevendo, também, as punições caso haja transgressões.

2.3. A INSUFICIÊNCIA DA LEI DIANTE DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO VIRTUAL

Diante do panorama retratado, já foi possível constatar que a regulamentação dentro do ambiente digital, através, primeiramente do Marco Civil da Internet e, posteriormente, da LGPD, surgiu a partir da necessidade que o Direito possui de se adaptar às diversas mudanças proporcionadas no ambiente virtual. Logo, a regulamentação legal se tornou imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais na internet, principalmente do direito à privacidade, a fim de evitar a ocorrência de atos que violassem o referido preceito. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro sentiu a necessidade de assegurar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana em um espaço digital em que os riscos assumem uma posição ampla, na medida em que não podem ser quantificados e nem mensurados.

Desse modo, o presente trabalho já comprovou a importância dos direitos fundamentais no mundo virtual como também a relação existente entre esses direitos e a proteção de dados pessoais. Todavia, por qual motivo os direitos fundamentais, principalmente quando se referem à privacidade, ainda não são garantidos de maneira plena na internet?

O questionamento apresentado norteia o estudo realizado na presente pesquisa, uma vez que até nos dias atuais a legislação brasileira sofre com a escassez de fontes para a discussão e o estudo desse tema (CASTRO, 2019). Logo, essa insuficiência do ordenamento jurídico ao tratar dos direitos fundamentais e da proteção de dados no meio virtual deriva-se do fato de que, por ser ainda um assunto relativamente novo, o Direito brasileiro vivencia uma fase de adaptação diante da realidade digital. Assim, Gabriel Antonio Traldi e Giovana Vitória Fernandes Marmore (2020, p. 8), em seus estudos, baseiam-se no entendimento de que “mesmo tendo competência total para legislar sobre o tema, a União não tem tido muita expressão no que se refere ao ambiente eletrônico e virtual, até mesmo porque se trata de algo inovador e recente, onde o ordenamento ainda está assimilando e adaptando-se ao tema”.

Entretanto, essa falha na regulamentação legal tem como motivo, também, um fator inerente à sociedade, visto que se perpetua no meio social a intensa massificação do uso da internet alimentada pela ideia equivocada, exposta anteriormente, de que a internet não precisa ser regulamentada, pois é uma “terra sem lei”. Desse modo, é correto afirmar que o Brasil vivencia uma cultura na qual alimenta a utilização e a exposição excessiva na internet, principalmente nas redes sociais, uma vez que os próprios usuários são induzidos ao exibicionismo exacerbado.

Por conseguinte, a situação apresentada leva o indivíduo a renunciar o seu direito à privacidade na medida em que fornece seus dados pessoais, sem se preocupar com o modo como eles serão utilizados e, principalmente, sem questionar se serão tratados como, também, o modo como esse tratamento irá ocorrer, caso exista.

Logo, essa realidade baseia-se na necessidade que o usuário possui de usufruir dos diversos serviços oferecidos de forma gratuita na internet, sem se preocupar com a exposição indevida das suas informações pessoais que tem como consequência a violação do direito à privacidade.

Destarte, conclui-se que a legislação brasileira necessita aumentar e aprimorar a abrangência das normas jurídicas na internet, haja vista que o mundo digital tem se desenvolvido cada vez mais e traz consigo diversas

mudanças que impactam na vida em sociedade, sendo a regulamentação necessária para garantir a estabilidade dentro desse meio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado nesse trabalho, pode-se concluir que os Direitos Fundamentais são inerentes à existência humana, uma vez que, com a sua ausência, seria impossível garantir a coexistência dentro da sociedade. Nesse sentido, eles ganham o caráter de fundamental justamente pelo fato de garantirem condições essenciais para preservar a vida, à liberdade, à igualdade, à privacidade e diversos outros direitos de extrema importância para a manutenção do caráter democrático no ordenamento jurídico. Outrossim, o grande desenvolvimento e crescimento dos meios tecnológicos impactaram a existência humana na medida em que a construção de relações sociais no mundo virtual se torna muito mais intensa do que na própria interação social física, no mundo “real”.

Devido ao cenário retratado, o Direito, enquanto responsável por assegurar um ordenamento jurídico coeso e harmônico, sente a necessidade de ampliar o seu campo de abrangência, isto é, de elaborar uma regulamentação dentro da internet a fim de garantir a proteção de todos os direitos e garantias, tão fundamentais no “mundo real” e que agora precisam, e devem ser garantidos dentro do contexto digital.

Nesse viés, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) constitui o ponto de partida para a criação de uma legislação aplicada à internet, abrindo espaço, assim, para o desenvolvimento do Direito Digital no qual visa compreender e criar formas de regular e proteger as relações dentro do âmbito virtual. Posteriormente, a Lei Geral de Proteção de Dados surge com o objetivo de determinar a forma como essa proteção garantida pela legislação anterior irá ocorrer, ou seja, a maneira como os dados pessoais serão utilizados e tratados dentro do meio digital, contribuindo para a garantia do direito à privacidade na internet.

Por fim, toda essa caminhada é fundamental para o Direito brasileiro, mas, pelo fato de ser uma temática muito recente, o ordenamento jurídico do país ainda possui uma carência de regulamentação dentro do ambiente virtual o que faz com que o Direito Digital apresente falhas e insuficiên-

cias que deverão ser supridas ao decorrer das mudanças e evoluções na sociedade atual.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Delimitação aos Direitos Fundamentais. **DPU**, [S.l.], n. 30, nov.-dez. 2009. Disponível em: <https://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1660/958>. Acesso em: 03/08/2022.

AIRES, Marco Antônio Pontes. As implicações dos direitos fundamentais na Era das novas tecnologias: o direito ao esquecimento como mecanismo apto a tutelar o direito à privacidade. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/2439>. Acesso em: 05/08/2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

CASTRO, Bárbara Brito de. Direito digital na Era da Internet das coisas – o direito à privacidade e o sancionamento da Lei geral de Proteção de Dados Pessoais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-digital-na-era-da-internet-das-coisas-o-direito-a-privacidade-e-o-sancionamento-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 05/08/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOULART, Guilherme. O impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: O acesso à internet e a liberdade de expressão. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156402. Acesso em: 10/08/2022.

HOSTERT, Ana Cláudia. **Proteção de Dados Pessoais na Internet**: A necessidade de lei específica no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188181/TCC%20%20ANA%20CL%C3%81UDIA%20HOSTERT%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12/08/2022.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Gisele. Conflitos de direitos fundamentais na internet. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-142/conflitos-de-direitos-fundamentais-na-internet/>. Acesso em: 10/08/2022.

LEPAGE, Agathe. **La protection contre le numérique**: les données personnelles à l'aune de la loi pour une république numérique. Paris: LexisNexis, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TRALDI, Gabriel Antonio; MARMORE, Giovana Vitória Fernandes. **A Quinta Dimensão dos Direitos Fundamentais**. 2020.

REFLEXÕES SOBRE O ANPP E A CONFISSÃO COMO REQUISITO PARA SUA CELEBRAÇÃO

*Lara Cristina Cunha Freitas*¹⁴

INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal que foi introduzido pela Lei nº 13.964, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste em propositura pelo Ministério Público de condições para que crimes de médio potencial ofensivo, que atendam os requisitos básicos do artigo e cumpram medidas alternativas impostas, não sejam denunciados e encaminhados para o processo criminal. Portanto, afasta a instauração da persecução penal.

O princípio *nemo tenetur se detegere* foi alçado ao patamar de princípio mínimo fundamental do acusado na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e perpetuado no Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Ambos recebidos e introduzidos ao ordenamento jurídico brasileiro.

14 Especialista em Marketing – Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito – Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas – Universidade Federal de Goiás.

O que esse trabalho propõe é responder se a obrigatoriedade da confissão formal e circunstanciada, como requisito obrigatório para proposição do ANPP, afronta o princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, principalmente no seu desdobramento do direito ao silêncio e direito à não autoincriminação, que nasceu da necessidade de combater os excessos do poder estatal e eclesiástico, que ao longo da história suplantaram a liberdade e dignidade dos homens. Em outras palavras, a confissão dentro do ANPP é inconstitucional? Seria ela mesmo essencial à celebração do acordo de não persecução penal? Ou somente estamos ainda vivendo o ranço do sistema punitivo inquisitório, no qual a confissão era a rainha das provas?

A metodologia aplicada foi a pesquisa das fontes por meio de pesquisa bibliográfica de doutrinadores e estudiosos do postulado *nemo tenetur se detegere* e do instituto do acordo de não persecução penal, além de julgados e resoluções.

1. PROCESSO PENAL BRASILEIRO E NEMO TENETUR SE DETEGERE

O Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, considerado por Coutinho (2009, p. 8) “ [...] cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini [...]”, era em sua origem uma representação clara do sistema inquisitório.

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira, em 1988, indicou-se implicitamente que o sistema processual penal era o acusatório, vide a separação das funções de acusar e julgar dos artigos 102, I; 105, I; 10º, dentre outros.

A corrente majoritária de processualistas penais defende que o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório, tais como Aury Lopes Jr. e Eugênio Pacelli. Da mesma forma se posiciona por esse sistema o STF e o STJ.

1.1. NEMO TENETUR SE DETEGERE NO BRASIL

No Brasil os direitos constitucionais ao silêncio e de não autoincriminação ainda geram controvérsias no que se refere, por exemplo, ao direito

a mentir. Para alguns, o acusado, no exercício da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88), tem o direito de mentir, sem que sofra qualquer limitação ou punição. Alguns autores entendem que a garantia ao silêncio e ao direito de não produzir provas contra si mesmo não garante ao interrogado o direito de mentir sem que, em decorrência, sofra qualquer punição.

Em relação ao direito de mentir sem restrições, leciona Nucci (2007, p. 986):

Direito de mentir do réu: embora, no exercício do seu direito de defesa, que é constitucionalmente assegurado – ampla defesa – e não deve ser limitado por qualquer norma ordinária, tenha o acusado o direito de mentir, negando a existência do crime, sua autoria, imputando-a a outra pessoa, invocando uma excludente qualquer, enfim, narrando inverdades, não lhe confere o ordenamento jurídico o direito de auto acusar-se falsamente. Nem em nome do princípio da ampla defesa é-lhe assegurado o direito de auto acusar-se, pois também é princípio constitucional evitar, a qualquer custo, o erro judiciário (art. 5º, LXXV). Não havendo hierarquia entre normas constitucionais, deve o sistema harmonizar-se sem necessidade de que uma norma sobrepuja outra. Assim, sob qualquer prisma, evitar a auto acusação é tipo penal perfeitamente sintonizado com a segurança almejada pelo sistema jurídico-penal. **Autodefesa:** não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando a prisão (...). Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois, o direito de silenciar ou mentir que possui não envolve essa fase do interrogatório. Não há, como já visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato. Daí porque, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307.

O direito ao silêncio decorrente da norma constitucional, art. 5º, LXIII, da CRFB/88, implicando na imediata revogação (implícita, por

inconstitucionalidade) do disposto no art. 186 (posteriormente retificado na Lei nº 10.792/03), “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, e o art. 198, “silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (BRASIL, 1988).

Amoldando-se à Carta Magna e efetividade ao que já ocorria na prática doutrinária, ou seja, de o interrogatório ser um instrumento de defesa, o legislador ordinário, através da Lei nº 10.792/2003, além de alterar a redação primitiva do referido art. 186, acrescentou-lhe um parágrafo único, *in verbis*: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, 1988).

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ANPP foi introduzido no ordenamento brasileiro por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) – mais tarde alterada pela Resolução nº 183/2017 também do CNMP – o instituto seguia a tendência mundial de adoção de uma justiça negocial e consensuada não somente como resposta ao crime, mas também buscando atingir a eficiência judicial, com base nas práticas do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

Para alguns autores o ANPP poderia ser considerado uma transação penal dos Juizados Especiais sob nova roupagem, aplicável a crimes mais graves.

No entanto, mesmo os críticos da justiça penal consensuada reconhecem a necessidade da implementação desses mecanismos no direito penal, como é o caso do professor alemão Schünemann (*apud* CABRAL, 2020 p. 14):

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo [...] somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário.

Nas sociedades pós-modernas [...] com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.

Portanto, o acordo de não persecução penal é um instituto da justiça consensual, que visa à solução de problemas criminais via um acordo no qual o Ministério Público, com a aquiescência da defesa, tem a possibilidade de solução prática de um delito de médio potencial ofensivo, sem a necessidade de um processo penal, trazendo, dessa forma, celeridade e economia de recursos, vez que não precisa movimentar a máquina judiciária.

Conforme preceitua Cabral (2020, p. 84):

No acordo de não persecução penal há um consenso, ***um acordo de vontades***¹⁵ (***grifo nosso***), em que o investigado voluntariamente concorda em prestar serviços à comunidade ou pagar prestação pecuniária (ou cumprir outros requisitos previsto na Lei), em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e de pugnar pela extinção da punibilidade, caso a avença seja integralmente cumprida. (Grifo nosso.)

2.1. ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 28-A do CPP descreve que:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (qua-

15 No que tange ao requisito da confissão como mecanismo de confirmar o “acordo de vontades”, será tratado a seguir neste trabalho.

tro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2019).

Desse modo, está explícito no texto da lei que são quatro as condições cumulativas e obrigatórias para a realização do acordo: justa causa; confissão de infração penal, que tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima cominada inferior a quatro anos, consideradas as causas de diminuição e aumento de pena (BRASIL, 2019).

Ainda, estabelece o *caput* do artigo que mediante a imposição de cumprimento das condições expostas no incisos I a V, alternativamente e cumulativamente, o Ministério Público poderá propor o ANPP desde que tais penas alternativas sejam necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2019).

O parágrafo segundo do art. 28-A do Código de Processo Penal traz os dispositivos impeditivos para celebração do acordo de não persecução:

- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei
- II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas
- III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;
- IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor

O ANPP é proposto na fase anterior ao eventual oferecimento de denúncia, sendo então celebrado, de acordo com o texto legal, ainda na

fase de investigação, por isso que é considerado uma negociação jurídica extrajudicial (BRASIL, 2019).

2.2. REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ANPP

De acordo com a doutrina, os requisitos objetivos exigidos para a celebração do ANPP têm relação com a pena mínima cominada ao delito, a utilização de violência e/ou grave ameaça no seu cometimento e também o cumprimento das condições impostas nos incisos I a V do *caput* do artigo 28-A. Já o principal requisito subjetivo é a obrigatoriedade da confissão do acusado (BRASIL, 2019).

2.2.1. JUSTA CAUSA

Consagrada no artigo 395, III do CPP, a expressão justa causa, via de regra, é interpretada como o lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal, quais sejam, prova da materialidade e princípios de autoria, funcionando como uma condição de garantia contra o uso abusivo do poder estatal.

2.2.2. PENA COMINADA

O *caput* do art. 28-A do CPP dispõe que o acordo de não persecução penal será cabível apenas para os delitos cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, devendo levar em consideração, conforme o § 1º, as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Assim, Cabral (2020, p. 89) entende que:

(...) buscou-se, ainda que de forma aproximativa, descortina-se a eventual pena que o investigado receberia caso condenado e – uma vez constatado que, provavelmente, não seria o caso de aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim restritiva de direito – acabou o legislador optando por possibilitar a celebração do acordo de não persecução penal, como solução alternativa ao processo penal.

2.2.3. SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA

O *caput* do art. 28-A dispõe que só é cabível o acordo de não persecução penal caso a infração penal investigada não tenha sido cometida com violência e/ou grave ameaça.

A opção por esse requisito pelo legislador trata-se de uma escolha política-criminal que visa não beneficiar pessoas que utilizaram da violência e/ou da grave ameaça para praticar os delitos cometidos. Certo é que isso se deve à maior reprovabilidade destas condutas.

2.2.4. NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO DO CRIME

A exigência objetiva de que o acordo só poderá ser celebrado se ele for necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime está descrita no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

Conforme alude Cabral (2020, p. 93):

é possível verificar se o ANPP é suficiente para a prevenção e a reprovação do delito conforme o contexto que este foi cometido, assim, entende que “[...] se no caso concreto exista algum elemento que não recomende, desde uma perspectiva preventiva do delito, a celebração da avença, não deverá ser celebrado o acordo de não persecução penal. É dizer, a simples dúvida se o acordo preenche ou não essas diretrizes político-criminais já é suficiente para o seu não oferecimento. Isso porque, o que deve estar provado nos autos é que o acordo cumpre esses requisitos político-criminais, não o contrário”.

Resta claro que a análise da suficiência para reprovação e prevenção do crime sempre será analisada dentro da concretude do caso pelo Ministério Público.

2.2.5. REQUISITO SUBJETIVO: CONFISSÃO

Na esfera de requisito subjetivo está estabelecido no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal que para a celebração do ANPP o

investigado deve confessar formal e circunstanciadamente a prática da infração penal.

Depreende-se que a face da confissão exigida no acordo de não persecução penal, não poderá o investigado abarcar nenhuma tese defensiva, focando exclusiva e detalhadamente no fato típico ocorrido, sendo expressamente vedada a confissão qualificada, quando o investigado vale-se de teses defensivas em seu conteúdo. Entendimento corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 636279/SP, não reconheceu a confissão prestada pelo investigado, por esta conter tese defensiva e não homologou o acordo de não persecução penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL/CPP. CONFISSÃO QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal -STF, e do próprio Superior Tribunal de Justiça -STJ. Contudo, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. 2. **O acordo de não persecução penal é negócio jurídico extraprocessual que possibilita a celebração de acordo entre acusação e acusado para o cumprimento de condições não privativas de liberdade em troca do não prosseguimento do processo penal, afastando, assim, efeitos deletérios da sentença condenatória. Para tanto, é requisito essencial do ato que o acusado confesse de maneira formal e circunstanciada a prática do delito.** 3. No caso em análise, a despeito de confessar a infração penal perante o Juízo, o paciente afirmou que o fazia apenas para ter acesso ao acordo de não persecução penal, mas que não era o autor da infração penal. Tal afirmação do paciente não preenche os requisitos do art. 28-A, do CPP, e afasta a possibilidade

de homologação do acordo de não persecução penal (grifo nosso). 4. Habeas Corpus não conhecido (HC 636.279/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, Dje 23/03/2021).¹⁶

Vale ressaltar, conforme acima citado, que não há que se falar que a confissão poderá ser induzida pelo Ministério Público, pois para que o acordo seja proposto é necessário que antes a *opinio delicti* do *parquet* esteja formada.

Nesse sentido, nos autos da apelação criminal nº 1516545-71.2020.8.26.0228, de competência da 6ª Câmara de Direito Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplicou este entendimento em caso análogo:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELA DESTREZA. Preliminar. **O réu não faz jus à proposta do acordo de não persecução penal, porque não preenche um dos requisitos legais para a propositura, qual seja: a confissão integral e pormenorizada dos fatos (grifo nosso).** Tal benesse não se trata de um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa da Acusação que, no caso, não lhe ofereceu o acordo de forma fundamentada. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão de um dos réus, palavras da vítima e depoimento de testemunha presencial. APELOS DESPROVIDOS (TJSP; Apelação Criminal 1516545-71.2020.8.26.0228; Relator (a): Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 8ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 02/03/2021; Data de Registro: 02/03/2021).

16 Trata-se de Habeas Corpus em que é Impetrante a Defensoria pública do Estado, insurgindo-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não homologou o acordo de não persecução penal.

2.2.5.1. CONFISSÃO NO ANPP: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

A exigência de confissão, a qual não é exigida para fins de suspensão do processo ou transação no Juizado Especial, para celebração do ANPP é considerada inconstitucional e ilegal por diversos estudiosos. Dispõe o artigo 5º, inciso LXIII da CF, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado. O Pacto de San José da Costa Rica – promulgado pelo Decreto n. 678/1992 –, no artigo 8º, letra g, estatui como garantia mínima do acusado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.

Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 131030/SP, reconheceu a garantia à não autoincriminação, se tratando de um princípio de caráter processual penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE. CONFISSÃO DA AUTORIA DELITIVA DURANTE A INQUIRIRÇÃO, NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA, EM OUTRO PROCESSO CRIMINAL. EFETIVO PREJUÍZO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do nemo teneatur se detegere, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. (...) (RHC 131.030/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 16/11/2020). (SAO PAULO, 2020).

Corroborando, o Ministro Luiz Fux (2018), no Recurso Extraordinário nº 971959/RS (RIO GRANDE DO SUL, 2020), do qual foi relator, enunciou que o direito ao silêncio e à não autoincriminação tratam-se de pilares das garantias fundamentais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA Nº 907. NATUREZA PRINCIPOLÓGICA DA GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA GARANTIA. HARMONIZAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS CONSTITUCIONALMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA AFASTAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL ANALISADO. 1. O princípio da vedação à autoincriminação, conquanto direito fundamental assegurado na Constituição Federal, pode ser restringido, desde que (a) não seja afetado o núcleo essencial da garantia por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada; e que (b) a restrição decorra de um exercício de ponderação que viabilize a efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, respeitado o cânone da dignidade humana do agente. 2. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere – nada a temer por se deter)**, do qual se **desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da**

tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”. 3. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação (grifo nosso) [...] (RE 971959, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020). Grifo nosso.

No que concerne ao direito ao silêncio, explanou Pacelli (2017, p.388):

O princípio do direito ao silêncio, tradução de uma das manifestações da não autoincriminação e do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do Absolutismo. No Brasil, com a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII) e com o art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito a permanecer calado. Embora não haja previsão expressa do direito à não autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.

Conclui o doutrinador Pacelli (2017, p. 389):

[...] Com efeito, ao permitir-se, como regra legal, o silêncio no curso da ação penal, o sistema impede a utilização, pelo(s) julgador(es), de critérios exclusivamente subjetivos na formação do convencimento judicial grifo nosso. Dessa ma-

neira, procura-se evitar que eventuais hesitações, eventuais contradições, não relevantes, ou, ainda, lapsos de memória ou coisa que o valha, presentes no momento do interrogatório do réu, sirvam de motivação suficiente para o convencimento do juiz ou do tribunal.

Infere-se, com base nas decisões acima, que a exigência da confissão circunstanciada é impertinente, já que, neste caso, há produção de provas contra si, além da confissão. Pode-se, portanto, argumentar que a confissão do acordo de não persecução, isolada, é irrelevante, contudo, isso em tese, pois não há como evitar que juízes sejam contaminados e duvidem daquilo que acreditam, sendo então uma dupla violação da exigência da confissão: a legal e a constitucional.

Outrossim, segundo Nucci (2013, p. 90):

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.

Dessa forma, será do Estado a responsabilidade de produção de provas, a qual não pode depender de ato pessoal daquele a quem é garantido o direito de não produzir provas contra si. Lopes Junior (2020) já defende que na reforma da Lei nº 13.964/19 os autos do juiz de garantias ficariam acautelados na secretaria, à disposição do Ministério Público e da defesa, não sendo apensados aos autos do processo enviado ao juiz de instrução e julgamento, mas com amplo acesso às partes. Contudo, a inclusão dos artigos 3º-C, §§ 3º e 4º, da Lei nº 13.964/19 teve sua vigência suspensa por liminar do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal.

Uma questão controversa que vem gerando divergências na doutrina quanto à possibilidade da imposição de confissão ser considerada constitucional ou não. No entendimento de Lima (2020b, p. 231):

Essa confissão constitui contribuição que o investigado faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso de descumprimento das condições pactuadas). Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, *caput*, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Corroborando, Messias (2020. p. 60) conclui não haver nenhuma infringência a princípios constitucionais processuais penais, tendo em vista que o investigado não é compelido a formalizar o acordo:

O acordo pressupõe que o investigado aceite conversar sobre os fatos narrados na investigação criminal e decida confessá-los – caso os tenha cometido, obviamente, sob pena de cometer o crime de autoacusação falsa (artigo 341 do Código Penal). Diferentemente do acordo de transação penal, em que a confissão não é cabível, por versar crimes de menor potencial ofensivo, o acordo de não persecução penal exige a confissão extrajudicial, já que cuida de crimes de média gravidade, como estelionato, furto qualificado, receptação dolosa e embriaguez ao volante. Por certo, o investigado não é obrigado a comparecer ao Parquet para conversar sobre os fatos e confessá-los, haja vista o princípio da não auto incriminação forçada ou da inexigibilidade da autoincriminação – reflexo do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da CRFB66 –, que, por sinal, abarca não apenas as pessoas presas (MESSIAS, P.60, 2020).

Continua o renomado autor:

[...] Portanto, a confissão não se afigura, por si só, inconstitucional, inconvenção ou ilegal. O problema reside na confissão forçada ou naquela obtida de modo clandestino, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais, como exige o artigo 14, item 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (MESSIAS, P.60, 2020).

Porém, para autores como Nucci (2007, p.222-223) a confissão circunstanciada é inconstitucional por gerar danos ao investigado:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente.

Diante desse cenário, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), com o intuito de ver reconhecida a inconstitucionalidade na exigência de confissão para a formalização do acordo de não persecução penal, intentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304 DF, objetivando manifestação da Suprema Corte brasileira sobre a temática.

A ABRACRIM fundamenta, na ADI nº 6.3042 DF, que a exigência de confissão, ao seu entendimento, seria inconstitucional, pois violaria o princípio da presunção de inocência:

Exige-se, porém (*caput* do art. 28-A), que o investigado “confesse” a prática de crime para a propositura do referido acordo (*conditio sine qua non*), violando, inegavelmente, o princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF), e mais que isso, sem o crivo da presença ou participação do Poder Judiciário na celebração do acordo. Essa exigência de “confissão” da prática do crime pelo investigado (que pode, inclusive, nem conseguir celebrar o acordo, mesmo tendo confessado), pela não satisfação de outros requisitos ou condições – que é condição legal indispensável para a admissão do “acordo de não persecução penal”. 52- Enfim, essa exigência legal (art. 28-A), a nosso juízo, absolutamente inconstitucional, repetindo, por violar o princípio da presunção de inocência! Ou seja, ou confessa a prática de crime ou não há acordo, assegurando, ademais, uma extraordinária “moeda de troca” para

o Parquet, que pode usá-la de toda forma para pressionar (inclusive abusivamente, por que não?!) o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A). Referida previsão legal, enfim, afronta diretamente a presunção de inocência! (art. 5º, LVII, CF) e, possibilita, que o Ministério Público proponha, abusivamente, “acordo de não persecução penal” inclusive sobre fatos que não constituem crimes, pois o Judiciário não participa e nem fiscaliza a “negociação” do Ministério Público. Não se pode ignorar que o Ministério Público é uma Instituição que precisa de freios externos para evitar excessos e só quem pode contê-lo, processualmente falando, é um Juiz de Direito ou um Juiz Federal.

Ocorre que a Ação Direta de Inconstitucionalidade acima citada ainda se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais e constitucionais, consagrados pela Constituição Federal de 1988, não podem ser relativizados, com a obrigatoriedade da confissão circunstanciada e formal, requisito para celebração do acordo de não persecução penal, sob o equivocado argumento de que seria uma garantia do cumprimento do instituto, uma resposta à necessidade de maior celeridade processual, tão pouco, como instrumento eficaz de política criminal de descentralização da prisão sanção penal.

É sabido que não há princípios fundamentais absolutos, e que sempre caberá a ponderação dos princípios nos casos concretos. Porém, tão desnecessária, quando descabida, a confissão em tal instituto é inconstitucional, visto que sua afronta aos princípios fundamentais do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CFRB/88) e da não autoincriminação (Decreto 678/92), sem que seja imprescindível à celebração do ANPP.

Nesse contexto, vemos que seria totalmente plausível a celebração do ANPP sem o requisito da confissão, conforme já realizado em outros institutos do direito negocial, como a transação penal dos juizados especiais (art. 76, Lei nº 9.099/95), com o qual o ANPP guarda profunda semelhança.

Analisando a razoabilidade da questão, temos que de acordo com art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o acusado tem o direito consagrado de se manter silente durante o interrogatório na instrução criminal, mesmo diante das perguntas do Ministério Público e do próprio Juiz da Instrução, então não há base argumentativa válida para obrigatoriedade da confissão, circunstanciada e formal, ainda na fase de investigação.

Observa-se que por vezes o acusado não se sente seguro com o desenvolvimento do processo penal, visto que não raro, há penalizações indevidas e ainda, a morosidade do sistema que arrasta o cidadão para um longo procedimento penal. Preferindo, portanto, com base na insegurança processual que o envolve, confessar para evitar a persecução penal.

Conclui-se que estamos as voltas com o retorno do sistema inquisitório, no qual todos os meios e formas de pressão e tortura eram admitidos para se obter a confissão, rainha e, por vezes, única prova. Atualmente, no ANPP, a tortura empregada não é a física, mas a tortura psicológica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 63042 DF**. Requerente: Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Melo, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhes.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**: À luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Infor-**

mação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, julho-set. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO; GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO. **Enunciado n. 20**. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2020a.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020b.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo, 17. ed. Saraiva Educação, 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 90.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 971959 – Rio Grande do Sul**. Recorrente: Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Sul, Recorrido: Gilberto Fontana. Relator: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJ,

31 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428870/false>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 131030 – São Paulo**. Recorrente: Matheus Gonçalves dos Santos Rebello, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. DJ, 03 nov. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001809413. Acesso em: 19 abr. 2023.

INTERAÇÃO ENTRE ESCOLA E FAMÍLIA NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM DA CRIANÇA: RELAÇÃO NECESSÁRIA

Caroline Tenedini¹⁷

Luciana Borella Camara Ardenghi¹⁸

INTRODUÇÃO

É cediço que a formação psicológica do ser humano se dá, primordialmente, no seio familiar, especialmente com a criação e assistência dadas pelos pais ou responsáveis desse indivíduo. Esta criação, além de refletir diretamente no convívio social, reflete na forma como esse indivíduo se comporta em sociedade.

Durante a vida, a criança enxerga a escola como sua segunda casa, auxiliando na formação educacional, mas também moral, e, dessa forma, possibilitando a construção da sua identidade social, moral, profissional, educacional, e por conseguinte, respeitando ideias, crenças, ideologias, etnias e culturas diversas das suas.

17 Acadêmica do Curso de Direito pelo Centro de Ensino Superior Riograndense - CESURG - Campus Sarandi.

18 Mestre em Direitos Humanos - UNIJUÍ. Professora no Centro de Ensino Superior Riograndense - CESURG - Campus Sarandi.

Várias são as definições acerca da família, sendo que suas definições tradicionais se baseiam em diferentes critérios como, por exemplo, bem-estar do indivíduo, aproximações biológicas e psicológicas, perspectiva biológica de laços sanguíneos. Atualmente, o Código Civil Brasileiro trata como sendo o modelo de família adotado, o modelo Eudemonista, que assegura ao indivíduo que ele escolha o núcleo em que melhor se reconheça e se sinta feliz.

Não obstante, a família gera na pessoa, incidentalmente, a primeira versão da sociedade, sendo ela base para como será a interpretação da criança sobre como o mundo é do lado de fora de sua residência. E aqui cabe mencionar que a família também implica em orientar a criança no sentido da forma como ela será recepcionada pela sociedade, uma vez que no seio familiar, a despeito de situações excepcionais, ela é aceita, amada e acolhida, situação nem sempre ocorrida fora do instituto familiar.

O assunto tem pertinência e relevância no cenário contemporâneo, uma vez que cada vez mais as dificuldades no enfrentamento dos problemas encontrados no processo de relacionamento entre família/escola são gritantes, necessitando assim o debate e a discussão de meios alternativos de resolução.

Discutir sobre esse assunto, abordando-o sob todos os pontos de vista, é de suma importância, uma vez que é fundamental a relação da família e escola para o processo educativo da criança. Portanto, debater e entender essa realidade é imprescindível para fortalecer a relação entre ambas e, por conseguinte, fortalecer o indivíduo, seja educacionalmente, seja psicologicamente.

A metodologia empregada para a realização desta pesquisa será a dialética, partindo-se da observação de artigos científicos voltados à temática, leis e doutrinas disponíveis. Ademais, o trabalho embasou-se, especialmente, em conectar as leis e averiguar se o objetivo delas está sendo cumprido.

O trabalho será estruturado de forma a abordar inicialmente a importância dos aspectos afetivos presentes no seio familiar, para posteriormente abordar os aspectos legais de proteção dos direitos da criança e, então, finalizar demonstrando a relação necessária entre família e escola visando fortalecer o indivíduo em todos os aspectos.

1. RELAÇÕES FAMILIARES E A CRIANÇA: A CONSTRUÇÃO DO AFETO

Ao longo dos anos, o ordenamento jurídico abriu espaço para as novas configurações familiares, que foram se moldando à medida que o mundo foi se transformando. Mesmo depois de vinte anos, o Código Civil ainda prevê, na literalidade, o conjunto familiar composto por um homem, uma mulher e sua prole. Contudo, a Constituição Federal delega à família que esta exerça sua função social no indivíduo, servindo como primeira experiência de sociedade (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Leciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a respeito do assunto:

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um. (GAGLIANO; FILHO, 2022, p. 56-57).

Atualmente, várias são as configurações existentes de família, desde as concepções tradicionais que se baseiam seja no bem-estar do indivíduo, aproximações biológicas e psicológicas, seja na perspectiva biológica de laços sanguíneos. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 retrata o modelo de família eudemonista, como acima já citado, que assegura ao indivíduo que ele escolha o núcleo em que melhor se reconheça e se sinta feliz.

Calha destacar que o conceito de eudemonista vai além da função social da família pois, precipuamente, o indivíduo deve sentir-se integrado ao núcleo, tendo suas necessidades atendidas na sua essência, sendo ouvido, cuidado e recebendo afeto suficiente para sentir-se capaz de desempenhar suas atividades de forma consciente. Além disso, deve ser neste meio que a pessoa encontra suas razões para ser feliz, conforme os autores supracitados:

De fato, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a fa-

mília um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2022, p. 98).

Nessa toada, denota-se que, não obstante aos regramentos sociais, a família deve ser objeto de construção da felicidade, onde, além da realização dos projetos pessoais particulares, deve ser ambiente de construção e realização dos projetos coletivos, de todos os membros da família.

Não obstante, a família gera na pessoa, incidentalmente, a primeira versão da sociedade, sendo ela base para como será a interpretação da criança sobre como o mundo é do lado de fora de sua residência. E aqui cabe mencionar que a família também implica em orientar a criança no sentido da forma como ela será recepcionada pela sociedade, uma vez que no seio familiar, a despeito de situações excepcionais, ela é aceita, amada e acolhida, situação nem sempre ocorrida fora do instituto familiar.

A partir do século XVIII, a criança passou a ter sua infância preservada, uma vez que, aos poucos, foi perdendo a imagem adultizada que se tinha até então, passando-se a focar nas reais necessidades físicas e psicológicas das crianças, tendo a educação a incumbência de exercer esse papel de sinalizador, mostrando às famílias que as crianças precisam ser tratadas de acordo com sua faixa-etária, tendo direitos, inclusive a uma aprendizagem com respeito e disciplina, preservando-se suas características.

Essa evolução foi crucial para que se colocasse em prática o preconizado na Constituição Federal de 1988, no que concerne à dignidade da pessoa humana, pois a criança deve ser tratada com suas individualidades, respeitando seu espaço e tempo, a fim de proporcionar um crescimento saudável, instigando-a a ascender intelectual e psicologicamente. Mas para que isso seja possível se faz necessário o apoio e o respeito em todos os lugares que o infante se faz presente, especialmente em seu lar.

Notório então que com o advento da Constituição da República de 1988 e posteriormente com o Código Civil de 2002, o afeto foi o principal instrumento do direito de família, o motivo de existência dos núcleos familiares e, por tal, permitiu e facilitou a implementação de novos modelos de relações familiares baseadas no afeto e não somente nos laços consanguíneos.

O vínculo socioafetivo passou a ser o condão que forma uma família, quebrando com os paradigmas engessados pelos modelos, paternos e biológicos, muitas vezes, carecedores de afeto. Portanto, tem papel fundamental na construção do alicerce formador da personalidade dessa criança, futuro adulto.

Importa referir que a tecnologia também auxilia para que este convívio seja salutar, todavia, a diferença de geração faz com que haja a divergência de interesses em assuntos, objetivos e principalmente visão acerca do mundo. Em 2021, 11,4% da população brasileira era considerada analfabeta funcional, segundo o Relatório do 4º Ciclo de Monitoramento de Metas do PNE, representando mais de 24 milhões de brasileiros, com idade igual ou superior a quinze anos, ou seja, em sua maioria, ainda em idade escolar (BRASIL, INEP, 2022).

Essa discrepância aumenta mais ainda quando se fala em tecnologia ou mídias digitais. Se o analfabetismo já acaba sendo um instrumento dificultador das relações familiares, igualmente ocorre com a tecnologia. Porém, é importante e relevante ponderar que esses fatores influenciam na formação de jovens e crianças, pois o auxílio dos responsáveis é de suma importância para a sua formação. Por isso, a necessidade de estabelecer uma relação consolidada entre família e escola, visando contribuir efetivamente para a formação da criança.

Augusto Cury, em sua obra intitulada “Filhos brilhantes; Alunos fascinantes”, refere que:

é a geração que quer tudo rápido, pronto, sem elaborar, sem batalhas para conquistar. É a geração que não sabe unir disciplina com sonhos, que procura usar processos “mágicos” para lidar com suas frustrações, que tem dificuldade em pensar antes de agir (2006, p. 54).

De fato, há uma instabilidade instalada na geração dos anos 2000 que, de forma segura, requer com constância a aprovação, o diálogo e a aceitação, especialmente dos pais, em todos os setores de sua vida. Esta condição lhes faz se sentirem inseguros também nas escolas, mormente pelo educandário apresentar situações adversas e despertar pontos tidos como negativos, necessitando do aluno uma resposta evolutiva diária, seja nas

séries iniciais ou até na graduação. E essa é uma situação crescente, com as gerações dos anos 2010 e seguintes (CURY, 2006).

A tecnologia exerce um poder importante na formação do indivíduo, pois promove uma construção da opinião, ponto de vista e maneira de se comunicar, que é inerente ao ser humano e cada qual verbaliza à sua maneira. Nesse ponto, as redes sociais exigem que a manifestação seja atual e constante e, para o mundo ideal e fictício da internet, um jovem que não se posiciona é um jovem “neutro”, conivente com tudo que há de bom e de ruim na sociedade, o que é prejudicial, pois a opinião de cada um deve ser respeitada. Assim, nessa esteira, vem crescendo uma geração de crianças que estão ligadas em jogos, vídeos, e expostas às mais diversas situações de risco, vulnerabilidade e perigo. A ausência afetiva dos pais implica nessa condição, considerando que a atenção não dada resulta na busca de atenção em outros lugares, em muitos casos perigosos, desconhecidos e amplos, como é o mundo cibernético (CHALITA, 2004).

Porém, ante a esse mundo altamente tecnológico é preciso buscar o equilíbrio no uso dessas ferramentas, priorizando as necessidades e fomentando o uso de outras brincadeiras alheias a essas tecnologias. Assim, quando utilizadas na educação das crianças, ela é de fundamental importância, uma vez que auxilia no desenvolvimento da comunicação, da capacidade cognitiva e no desenvolvimento da aprendizagem, porém, quando utilizada de forma equivocada, propicia o isolamento social, favorece o aparecimento de distúrbios emocionais e impulsiona o sedentarismo (2022, p. 1).

O poder socioeconômico de uma família também é fator gerador da desatenção dada aos filhos, vez que os pais imergem no trabalho, esquecendo-se da responsabilidade afetiva que possuem para com os seus. Concomitante a isso, outros dissídios ocorrem, desde a falta de estímulo à educação básica, até o abandono socioafetivo, que implica na desordem moral e da psique do infante, como leciona Gabriel Chalita:

A grande maioria, se encontra à margem, são os frutos do relento, da pobreza, da miséria. É o oitavo ou o nono filho de quem não ouviu falar em métodos contraceptivos, de quem nem sabe o que está fazendo. E aí surge um novo ser sem o devido respeito, sem a necessária festa de quem vem para ficar (CHALITA, 2004, p. 64).

Nesse norte, a Constituição Federal, artigo 6^a, parágrafo único,¹⁹ também assegura que a família tenha uma renda básica mensal, a fim de sair e ou evitar a situação de vulnerabilidade.

Em que pese haver no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 5^o,²⁰ a proibição expressa de atitudes de negligência em face de criança ou adolescente, é sabido que, na prática, não ocorre de igual forma.

A despeito do diploma, de acordo com o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) hoje, mais de 29,8 mil crianças estão em serviços de acolhimento no País (BRASIL, CNJ, 2022).

Assim, é possível averiguar que as leis protecionistas afetas às crianças não são cumpridas, e infelizmente a única “pena” que se prevê para estes casos é a destituição do poder familiar, onde, mais uma vez, a criança é posta em situação de vulnerabilidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 15, 16 e 17, estabelece um rol de direitos das crianças, dentre os quais prevê que seja assegurada a livre manifestação de vontade, inocorrência de violência ou castigos degradantes, evitar a exposição da imagem de forma a vilipendia-la (BRASIL, 1990).

Nessa esteira, é imperioso ressaltar que o próprio ordenamento cumpre seu papel penalizador, consoante artigo 18-B do ECA.²¹ Importa

19 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (BRASIL, Constituição Federal (1988), 5 de outubro de 1988. Brasília, DF)

20 Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990).

21 Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo

menção que a Constituição Federal no artigo 227²² reforça esse papel da família.

Deve-se observar que o estímulo afetivo é inerente à formação saudável do ser humano, e a família exerce papel fundamental nessa construção. Quando esses requisitos não são atendidos, certamente resta prejudicada a formação dessa criança, uma vez que não será plena e integral. Em razão disso, o papel familiar é constante e contínuo, não somente na tenra idade, mas também na juventude e fase adulta, quando, em tese, já encontra-se em processo formativo completo.

2. ASPECTOS LEGAIS DA OBRIGAÇÃO ESTATAL EM RELAÇÃO À EDUCAÇÃO DA CRIANÇA

Guarda o Estado a responsabilidade de oferecer à criança e ao adolescente educação, com os respectivos períodos de ensino de forma regular, e assim o dever do Estado é efetivado, consoante preconiza o artigo 208²³ da Constituição Federal.

físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014):

I - Encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - Encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV - Obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V - Advertência.

VI - Garantia de tratamento de saúde especializado à vítima.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais (BRASIL, 1990)

22 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988).

23 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

Incumbe ao Estado, dentre outras obrigações, a de fornecer segurança e educação às crianças e aos adolescentes, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 22, inciso XXIV, e 23, inciso V²⁴.

Por outro lado, visando regulamentar e ordenar a educação brasileira, no ano de 1996 foi promulgada a Lei de número 9.394/96, denominada “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional”-LDBEN, cujo teor trata acerca das diretrizes e bases da educação, no âmbito federativo, que deve ser aplicada em todo o território nacional, com o fito de regular o direito social à educação para todos os estudantes brasileiros. Ela volta o seu olhar para o aluno, professor e escola, a fim de promover a harmonia no ambiente escolar e estabelecer essa rede de ensino primordial para o processo de aprendizagem

Esta lei, no seu artigo 2º,²⁵ vem reforçar o que já foi preestabelecido na Constituição Federal de 1988, no tocante à necessidade dessa relação

[...]

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, Constituição Federal (1988), 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.)

24 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional (BRASIL, 1988)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

V - Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (BRASIL, 1988)

25 Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996).

indissociável entre família e Estado a fim de promover o aprendizado do estudante. Igualmente veio reforçar os deveres da família e do Estado na promoção de uma educação igualitária e assecuratória dos direitos humanos em dignidade, liberdade e solidariedade.

Ademais, busca elevar o conhecimento para além dos conteúdos programáticos, destacando-se alguns princípios, dentre eles o da liberdade de expressão, subjetivamente, no artigo 3º, incisos II, III e IV:²⁶

Assegura não só ao educando, mas especialmente ao professor, que tenha liberdade e autonomia na forma de educar, com conceitos pedagógicos livres que coadunam com o objetivo principal da educação, que é o de formar um cidadão empoderado, autônomo e humanizado.

A LDB assim veio garantir e estender o direito a toda população à educação gratuita e de qualidade, através de uma formação qualitativa dos profissionais da educação, e impondo ao Poder Público o dever de fomentar e estender a todos, figurando como um marco na regulamentação do ensino no país, trazendo significativas inovação e fomentando avanços imprescindíveis no processo de aprendizagem.

Neste aspecto, disponibilizar e oferecer educação, não diz respeito somente à construção de escolas, ou contratação de professores, mas também elementos que propiciem ao estudante a segurança e a estrutura necessária para o aprendizado pleno. Com o apoio da rede de ensino, ele estará amparado em qualquer situação, sendo a escola, uma comunidade extensa, onde ele poderá externalizar seus sentimentos e ser acolhido. Nesse andar, é o ato de ensinar um desafio realizado diariamente, onde o educando é instigado pelo educador a colocar em prática os ensinamentos trazidos do lar familiar, no que concerne aos princípios éticos e morais (FREIRE, 2010).

Este desafio vai além de ensinar os conteúdos obrigatórios, uma vez que a vivência anterior também irá contribuir para esse processo de

26 Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;" (BRASIL, 1996).

aprendizagem. Assim, o ambiente escolar torna-se um local para aprimoramento do olhar humanizado, evidenciando as diferenças existentes entre cada ser e a interpretação que cada um possui sobre a existência do outro.

Acerca do aventado, entende o escritor Paulo Freire, em seu livro “Pedagogia da autonomia – Saberes necessários à prática educativa”:

Outro saber que não posso duvidar um momento sequer na minha prática educativo-crítica é o de que, como experiência especificamente humana, a educação é uma forma de intervenção do mundo. Intervenção que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto o esforço de reprodução da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento. Dialética e contraditória, não poderia ser a educação só uma ou só a outra dessas coisas. Nem apenas reprodutora nem apenas desmascaradora da ideologia dominante (FREIRE, 2010, p. 67).

Ou seja, não há como ensinar qualquer conteúdo programático, esquecendo-se de que cada indivíduo tem sua própria concepção acerca do mundo, e a função do Estado é fornecer a este indivíduo uma rede escolar edificada o suficiente para compreendê-lo e acolhê-lo em sua essência.

3. A RELAÇÃO INDISSOCIÁVEL ENTRE FAMÍLIA E ESCOLA NA VALORIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Os estudos científicos mostram que a participação ativa da família na vida escolar aumenta os índices de aproveitamento e aprendizagem. Todavia, nem todas as famílias conseguem acompanhar esse processo, devido às intercorrências e a sobrecarga do trabalho.

Igualmente, a pandemia da COVID-19 pode ter contribuído para esses aspectos dificuldades da relação entre família e escola, uma vez que muitos alunos acabavam fazendo suas atividades de forma remota, em suas casas sem o acompanhamento da família, o que na prática resultou no afastamento dessa rede de apoio que é imprescindível para o eficaz aprendizado da criança.

Posto este panorama, cumpre-se mencionar que o abandono do acompanhamento foi se intensificando, vez que com o advento da tecnologia, especialmente do uso prolongado dos aparelhos de telefone celular, se eliminou quase na sua totalidade o contato físico, outrora tão estimulado e difundido nas escolas.

Em pesquisa publicada pelo site Agência Brasil, no ano de 2019, verificou-se que mais da metade dos estudantes brasileiros reportam a ausência dos pais, senão veja-se:

No Brasil, 50,2% dos estudantes dizem que os pais têm interesse pelas atividades escolares. A porcentagem coloca o país na 24ª posição em um ranking de 49 países com o dado disponível. A média dos países da OCDE é 48,07%. Os dados brasileiros apontam que há diferença entre aqueles com maior nível socioeconômico, grupo no qual 63,2% dos estudantes relatam a participação dos pais, e aqueles com menor nível socioeconômico, com 46% (TOKARNIA, 2019, p. 1).

O conflito geracional, de pais que possuem ensino superior completo e outros que sequer concluíram o ensino médio, torna este contato com os filhos e esta visão de mundo ainda mais difícil de se conceber.

A escola, e neste aspecto, o Estado por correlato, tem a obrigação de estimular a participação da família na vida escolar, fomentando políticas públicas de inserção dos responsáveis dentro do ambiente em que o ser humano está se desenvolvendo comportamental e cognitivamente, externalizando sua visão de mundo. É neste momento que os pais percebem o que deve ser trabalhado também em casa e, na maioria dos casos, em si mesmos.

E, ainda, partindo do pressuposto de que esses processos de construção são estabelecidos entre as mais variadas pessoas, a escola acaba tendo um papel importantíssimo nessa formação, uma vez que, contempla todos esses processos, já que o seu principal objeto de trabalho é a formação humana e esta, por sua vez, vai além da compreensão do conteúdo cognitivo, mas sim, abrange todos esses elementos já referidos: “É na escola que a criança inicia seus contatos de socialização mais ampla, além da família, e, apreende as regras de convivência, a forma de ser, de ver, entender o outro nas suas diferenças e estar no mundo” (SILVA, 2010, p. 44).

Maria Fernanda Nogueira Medina leciona que:

Um país é sua gente, não um pedaço de terra. Para que ele se desenvolva, é preciso que isso ocorra antes com seus cidadãos. Daí a necessidade de aprimoramento dos valores morais, éticos e espirituais desde a infância. Essa missão cabe ao mestre, que precisa trabalhar para ser um modelo de vida. As crianças são influenciadas mais por ações do que por palavras. Elas fecham os ouvidos para os conselhos, mas abrem os olhos para os exemplos (MEDINA, 2003, p. 94).

Parte-se do princípio de que é em casa que a criança aprende os valores éticos e morais, dentro do seio familiar, respaldando-se de exemplos a serem seguidos. Já na escola, é o primeiro ambiente em que a criança entra em contato com os conflitos, com aquilo com o que não concorda ou diverge, neste momento, deve demonstrar sua capacidade e organização para pôr em prática os aludidos valores domiciliares (MEDINA, 2003).

Os problemas hoje vivenciados podem, quando trabalhados adequadamente, ser importantes instrumentos para o estreitamento do trabalho articulado entre família e escola, primando pela participação do aluno, família e comunidade e, com isso, articulando práticas pedagógicas que contemplem a abordagem de temas transversais em relação ao currículo tradicional, objetivando a formação cidadã.

Compreende-se, dessa forma, que o indivíduo só manifestará aquilo que aprendeu, seja em casa ou na escola. O papel do professor, neste ponto, vai além de instrutor de matérias cognoscíveis, mas volta-se a um papel humanizador, formador quicá de caráter e pensamento. A educação, vista sob esse enfoque, é um direito que se concretiza ao mesmo tempo que concretiza outros direitos fundamentais, como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, o respeito mútuo, o próprio desenvolvimento da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a elaboração da pesquisa, verificou-se que, de forma incompleta, a lei se cumpre de forma incisiva, notadamente no que concerne ao papel da escola para com o aluno, que fomenta, de forma reiterada,

a participação ativa do infante na comunidade, estimulando-o a colaborar para o engrandecimento humanístico, resultando, desse modo, num crescimento coletivo, pois volta-se a levantar questões pertinentes, como a cultura, as etnias, dignidade da pessoa humana, que são de extrema relevância, sendo imprescindíveis para que, desde a pré-escola, se tenha este contato e, a partir da criança, estes ensinamentos sejam levados para dentro de casa.

Por outro viés, ainda nem todas as famílias conseguem estabelecer essa relação de apoio com a escola, não conseguindo acompanhar, instigar, dentro de casa, o ensino posto na escola, deixando muitas vezes de promover um olhar multidimensional do educando em relação ao mundo, e propiciando com isso, a prática do preconceito, da discriminação, e da relutância em aceitar tudo aquilo que é diverso de seu entendimento e compreensão acerca da vida.

E por isso se confirma a necessidade de políticas públicas mais incisivas, mostrando-se plenamente produtora que se apresentem as estatísticas, que, embora já sabidas, parecem não surtir o efeito desejado, no que toca ao abandono escolar, os índices de analfabetismo, bem como a evasão escolar antes mesmo da idade correta.

Em suma, é imprescindível que a relação e a rede de apoio entre escola e família se aproxime cada vez mais. Jovens em idade escolar se evadem da escola à medida que os anos passam, restando classes e escolas vazias. O cumprimento da grade curricular não mensura o quanto os adolescentes estão de fato presentes, ou tão somente sentindo-se obrigados a irem para a escola.

Promover o desenvolvimento, desde a pré-escola, mantendo-se o acompanhamento entre professores, direção escolar e pais, com olhos atentos às necessidades, é de crucial importância, uma vez que o abandono inicia no próprio lar, resultando-se no abandono escolar.

Considera-se como um ato de pleno sucesso quando o indivíduo conclui a trajetória educacional na sua integralidade, especialmente quando há o apoio da família, que, neste estágio, demonstra o interesse e a participação ativa na vida escolar daquela pessoa, resultando em um melhor aproveitamento do ensino disposto pelo educandário, seja em qualquer fase.

As pesquisas relatadas no decorrer do trabalho demonstram uma massa peculiar de pessoas que por não obterem este apoio familiar, evadem-se e perdem-se ao longo do processo educacional, e sua perda resulta na diminuição do crescimento do País. Destaca-se que o objetivo maior da educação não é aumentar os índices econômicos do Brasil, mas especialmente a qualidade de vida, pois pessoas instruídas podem mudar o contexto em que vivem, melhorando a qualidade de vida, aprimorando o pensamento livre, ético e correto.

Evidente que estas conclusões, mesmo que se saiba de todas as dificuldades contextualizadas, muitas vezes alcançam somente parte da população, contudo, importa referir que o Brasil é vasto na sua cultura, religiosidade, poder econômico, e opiniões, o que o torna capaz de frutificar, de alguma forma, pessoas que busquem o melhor para a coletividade, através da luta constante por mais direitos de igualdade, liberdade e humanidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 51095497820228217000**. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 31-10-2022. 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 10 abr. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos de Declaração, Nº 70081408908**. Oitava Câmara Cível. Relator Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 03-05-2019. 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 25 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2015/03/lei13105.htm.

vil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil.** 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Censo da educação básica 2020:** resumo técnico. Inep, 2021. 2020. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/plano_nacional_de_educacao/relatorio_do_quarto_ciclo_de_monitoramento_das_metas_do_plano_nacional_de_educacao.pdf. Acesso em: 27 abr. 2023.

CAMIMURA, Lenir. **Motivos do acolhimento de crianças e adolescentes refletem problemas sociais.** Agência CNJ de Notícias. Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/motivos-do-acolhimento-de-criancas-e-adolescentes-refletem-problemas-sociais/#:~:text=Hoje%2C%20mais%20de%2029%2C8,-Nacional%20de%20Justi%C3%A7a%20>. Acesso em: 15 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil.** Volume único. São Paulo: Editora Saraiva Jur., 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2010.** Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores.html>.

MEDINA, Maria Fernanda Nogueira. **Valores humanos na educação.** São Paulo: Editora Gente, 2003. p. 94.

OLIVEIRA, Cynthia Bisinoto Evangelista de; MARINHO-ARAÚJO, Claisy Maria. A relação família-escola intersecções e desafios. **Estudos de Psicologia** (Campinas), v. 27, p. 99-108, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/CM3H-j6VLtm7ZMxD33pRyhkn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 abr. 2023.

PICANÇO, Ana Luísa Bibe. **A Relação entre Escola e Família:** as suas implicações no processo de ensino-aprendizagem. 2012. Tese de Doutorado. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/2264/1/AnaPicanco.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

SILVA, Aida Maria Monteiro. Direitos Humanos na Educação Básica: qual o significado? *In*: SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma (orgs.). **Políticas e Fundamentos da Educação para direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 41-63.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022.

TECNOLOGIA NA VIDA DAS CRIANÇAS: PRÓS E CONTRAS. Disponível em: <https://www.museudaimaginacao.com.br/blog/tecnologia=-na-vida-das-criancas-pros-e-contras#:~:text=Na%20educa%C3%A7%C3%A3o%20das%20crian%C3%A7as%20%C3%A9,para%20os%20filhos%20ficarem%20quietos>. Acesso em: 22 abr. 2022.

TOKARNIA, Mariana. **Participação de pais na vida escolar melhora desempenho dos filhos**.

Dados são da plataforma educacional Mapa da Aprendizagem. Agência Brasil. Brasília, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-09/participacao-de-pais-na-vida-escolar-melhora-desempenho-dos-filhos>. Acesso em: 10 abr. 2023.

VARANI, Adriana; SILVA, Daiana Cristina. A relação família-escola: implicações no desempenho escolar dos alunos dos anos iniciais do ensino fundamental. **R. Bras. Est. Pedag.**, Brasília, v. 91, n. 229, p. 511-527. dez. 2010. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812010000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 abr. 2023.

O TRÁFICO DE PESSOAS E SUA RELAÇÃO COM OS REFUGIADOS: O COMBATE À EXPLORAÇÃO E AS REPERCUSSÕES NAS MÍDIAS SOCIAIS

*Elias Galdino de Oliveira Junior*²⁷

*Nayara Joyce Germano Molina*²⁸

INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas, crime tipificado pelo Código Penal, pode ser exercido sob diversas modalidades que abarcam desde o trabalho escravo, a adoção ilegal, a exploração sexual até a venda de órgãos no mercado oculto. Embora esteja presente em nossa sociedade desde a Antiguidade sua incidência, contemporaneamente, tem se mostrado cada vez mais elevada.

Nessa perspectiva, a maior parte das vítimas figuram no polo mais vulnerável da sociedade, seja por sua hipossuficiência econômica, física ou mesmo educacional. No atual contexto, podemos citar a situação dos refugiados que constantemente se veem obrigados a deixar seu país de origem à procura de asilo.

27 Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana em Anápolis – FAMA.

28 Graduanda em Direito pela Faculdade Metropolitana em Anápolis – FAMA.

Sob a égide da legislação penal brasileira, o tráfico de pessoas é considerado um crime comum, mas apresenta diversas elementares, como agenciar, aliciar, recrutar e até mesmo comprar pessoas. Como elemento subjetivo, é necessário que haja o dolo. Esse crime atinge diretamente a liberdade individual das vítimas, configurando um atentado às normas constitucionais fundamentais de um Estado Democrático de Direito. As investigações sobre o tráfico de pessoas geralmente são conduzidas no âmbito federal e muitas vezes em cooperação com países vizinhos ao Brasil.

A crescente migração de refugiados, para Estados fronteiriços ou que não estejam em guerra, tem contribuído e facilitado para que as ações de grupos aliciadores tenham êxito, uma vez que o deslocamento forçado dessas pessoas, muitas vezes de forma irregular, pressupõe a falta de proteção e amparo social no novo país.

A presente pesquisa se classifica como bibliográfica, qualitativa e dedutiva, tendo em vista que possui como objetivo principal explicar e descrever o tráfico de pessoas tanto no cenário global quanto no âmbito interno. Em seguida, serão abordados os motivos que ensejam as altas taxas do crime em relação aos imigrantes e, por fim, serão discutidas a eficácia das leis, políticas públicas e qual é o papel das mídias sociais nesse contexto.

Por meio deste estudo, espera-se contribuir para o aprimoramento das políticas públicas e do combate ao tráfico de pessoas, além de conscientizar a sociedade sobre a gravidade desse crime e a necessidade de sua mitigação/erradicação.

1. TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS GLOBAIS E INTERNOS

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Organização das Nações Unidas - ONU, conceituou o tráfico de pessoas, em seu Protocolo de Palermo de 2003, como:

(...) o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega

ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

Por sua vez, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) fez a diferenciação entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de contrabando de migrantes, sendo que o primeiro ocorrerá sem o consentimento da pessoa, e persistirá mesmo após a chegada do indivíduo ao Estado destino, posto que o interesse primordial dos traficantes consubstancia-se na obtenção de algum lucro ou benefício derivado da exploração de suas vítimas. Já o segundo, contrabando de migrantes, possui como pressupostos o conhecimento e o consentimento do indivíduo, para tanto, o contrabando terminará quando o indivíduo chegar ao local destinado.

De acordo com Organização das Nações Unidas (ONU), o comércio ilícito se divide em exploração de trabalho escravo, preferencialmente, atingindo homens, exploração sexual, mulheres e crianças, e tráfico de órgãos. Insta salientar que existem diversas normas, tanto brasileiras quanto alienígenas, que versam sobre a prevenção, repressão e punição ao tráfico de pessoas.

O tráfico de pessoas, contemporaneamente, é um dos mercados mais lucrativos, ocupando a terceira posição no ranking mundial. Dados do Senado Federal demonstram que anualmente o respectivo crime é responsável por movimentar cerca de 30 (trinta) bilhões de dólares (RESENDE, 2020).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) mais de 50 (cinquenta) milhões de pessoas, em todo o mundo, são vítimas da escravidão moderna. Esta nova modalidade, infelizmente, ainda não possui legislação própria, mas abrange práticas como trabalho forçado, servidão por dívida e tráfico de seres humanos. Essencialmente, refere-se à situações de exploração em que uma pessoa não pode se recusar ou deixar de fazê-lo devido às ameaças, violências, coerções, enganos ou mesmo abuso de poder.

No Brasil entre os anos de 2005 e 2011, a Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores identificou 337 brasilei-

ros(as) vítimas de Tráfico para fins de Exploração Sexual. Já o Relatório do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2017) identificou entre os anos de 2014 e 2016 cerca de 488 (quatrocentos e oitenta e oito) pessoas que foram vítimas do tráfico com a mesma finalidade, atingindo assim uma realidade preocupante.

Para Gay (2021, p. 168), a violência sexual é mais rapidamente transformada em arma nos lugares onde outros instrumentos sociais se desequilibram, possuindo, assim, uma interface entre duas sociedades. Logo, “a dominação sexual, aquele alicerce familiar da cultura de todos os Estados-nações, preenche os espaços liminares abertos pelo deslocamento em massa”.

No que concerne aos refugiados, no mundo, existem cerca de 65 milhões de pessoas oficialmente reconhecidas que foram deslocadas à força, dentre elas pode-se citar crianças em idade escolar, fugindo desacompanhadas. Gay (2021, p. 169) ainda afirma que:

Os padrões da violência sexual perpetrada contra esses imigrantes são praticamente impossíveis de medir em termos estritamente numéricos. De uma forma geral, as agências de ajuda e os pesquisadores informam que, nas rotas típicas de migração “irregular”, a violência de gênero é endêmica. Violações sexuais – cujo alvo primário são mulheres e meninas em trânsito, que formam uma grande minoria da população migrante global – se alinham ao prisma da violência estrutural, com raízes dos dois lados da fronteira.

Com o advento da Constituição da República de 1988, fica evidente que tais condutas são inadmissíveis, uma vez que o pilar do ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada uma expressão polissêmica, isto é, pode ter muitos sentidos em razão da dinamicidade e evolução constante da sociedade, porém seu valor fonte será sempre a proteção dos indivíduos, em relação às arbitrariedades do Estado ou mesmo entre particulares.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 102) afirma que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”. Logo, é preciso compreender que proteger os direitos humanos é proteger a dignidade humana e, assim, automaticamente proteger seus direitos fundamentais para se viver de forma plena.

Dessa forma, dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, está intimamente ligada aos Direitos Humanos, entretanto a principal diferença entre ambas é que esta tem uma maior incidência na esfera internacional. Ainda assim, não se pode deixar de citar que o princípio dos direitos humanos está previsto no artigo 4º, inciso II, bem como a vedação a tortura e tratamento desumano e degradante no artigo 5º, inciso III, ambos da CRFB/88.

Outrossim, o Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (PROTOCOLO DE PALERMO), adotado em Nova York e ratificado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.017/04, é um dos principais instrumentos internacionais que define o tráfico e recomenda ações para os Estados.

1.1. O ORDENAMENTOS JURÍDICO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS

A Lei 13.344/16 versa sobre o Tráfico de Pessoas no Brasil, fora responsável por revogar os artigos 231 e 231-A, ambos do Código Penal, que instituíram o crime de tráfico de pessoas, no âmbito interno e externo, com fins sexuais. Para NUCCI, tais normas não seriam eficientes, tendo em vista as diversas finalidades do tráfico de pessoas, note-se:

O tráfico de pessoas dá-se em todas as hipóteses descritas nos cinco incisos do novel artigo, além do que também criticávamos o uso do termo prostituição, como meta do traficante e da vítima. Foi alterado para forma correta: exploração sexual. Nem sempre

a prostituição é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. Ademais, a prostituição individualizada não é crime no Brasil, de modo que muitas mulheres (e homens) seguem para o exterior justamente com esse propósito e não são vítimas de traficantes algum (NUCCI, 2019, p. 382).

O artigo 149-A, do Código Penal (BRASIL, 2018), dispõe: Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função;
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminoso.

Compreende-se, então, que o crime em questão é classificado como crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, possui várias elementares e não menos importante comporta apenas o dolo, não admitindo culpa em sua prática; como objeto jurídico tem-se a liberdade individual e, ainda, é considerado um crime formal, tendo em vista que sua consumação se dará apenas com a simples prática da conduta, não necessitando de um resultado naturalístico.

As investigações se dão no âmbito federal, onde vários órgãos públicos atuam em conjunto, dentre eles podemos citar a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a ABIN. Muitas vezes, há a cooperação internacional, principalmente, por conta da atuação do crime organizado. O interesse na dissolução dessa associação e por conseguinte do tráfico enseja preocupações em várias dimensões, sejam elas sociais, econômicas ou políticas.

De acordo com a Lei n. 12.850/2013, a organização criminosa pode ser considerada uma associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. Sendo assim, pode-se inferir a relevância do tema tanto para o Brasil quanto para o mundo.

Para que o problema seja solucionado faz-se necessária uma profunda reflexão acerca das medidas e estratégias que devem ser adotadas, visando diminuir a incidência do crime que assola, sobretudo, os mais necessitados. A falta de conscientização e efetividade das políticas públicas é realmente alarmante. Na teoria, *a priori*, são excelentes, mas sua efetividade é insuficiente.

Em 2007, foi divulgada pelo Ministério da Justiça uma cartilha referente à “Política Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas”. Nela constam conceitos e possíveis soluções de como combater a atividade criminosa, dentre eles pode-se mencionar o investimento na mão de obra local, abrangendo ambos os sexos, diminuir a desigualdade social, cultural, a pobreza com a intenção de globalizar os direitos, cidadania, desenvolvimento e crescimento para todos.

Não obstante, em 2019, o Decreto 9.833 passou a vigorar dispondo sobre as competências do CONATRAP (Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas), órgão colegiado, composto por integrantes de governo e da sociedade civil organizada, cuja missão é articular a atuação dos órgãos e entidades públicas e privadas no enfrentamento ao tráfico de pessoas, a fim de qualificar o processo de tomada de decisões da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5.948/2006), por meio de diálogos construtivos, apoiando o fortalecimento da Rede Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

A Rede Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas, por sua vez, é composta pela sociedade civil organizada, instituições de pesquisa, organismos internacionais, em conjunto com a Rede de Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante, bem como dos Comitês Estaduais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Essas instituições, de acordo com suas respectivas atribuições, são responsáveis por materializar os princípios da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas nos estados e municípios.

Embora o tráfico de pessoas seja considerado um crime complexo e transnacional, carecendo de proteção integral em suas diferentes modalidades, a repercussão na mídia e consequentemente sua conscientização são bastante precárias, haja vista o número crescente de sua incidência. Não basta a criação de inúmeras políticas públicas e campanhas realizadas uma vez ao ano, se as informações não conseguem atingir seu público alvo.

Para Luciana C. R. de Almeida, exposto no IBAM:

[...] o enfrentamento ao tráfico de pessoas passa pela prevenção, que inclui tanto a informação como o acesso a direitos fundamentais, direito à educação, aos serviços de saúde, emprego e renda, como também a repressão e responsabilização dos criminosos, além da atenção e proteção às vítimas e potenciais vítimas. A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e subsequentes Planos Nacionais voltados a essa temática reforçam exatamente isso.

É imprescindível a articulação de ações políticas para o combate efetivo a esse crime.

1.1.1. O COMBATE À EXPLORAÇÃO ATRAVÉS DAS MÍDIAS SOCIAIS

A liberdade de expressão, na modalidade comunicação, é uma das principais conquistas de uma sociedade democrática, principalmente quando comparada à censura sofrida na época da ditadura militar. Para Spagnol (2013), a liberdade de comunicação é um direito fundamental do ser humano de ser livre para expressar suas ideias e posicionar-se diante do social. É necessário que a comunicação seja livre e independente e que pertença ao conjunto da sociedade.

A mídia, como um todo, sempre exerceu uma forte influência na formação da consciência, seja no agir ou no pensar. Sua relevância se estende para as esferas políticas, econômicas ou sociais. De acordo com Schecaira (BAYER, 2013):

[...] entende que a mídia é uma fábrica ideológica condicionadora, pois não hesitam em alterar a realidade dos fatos criando um processo permanente de indução criminalizante. Assim, os meios de comunicação desvirtuam o senso comum através da dominação e manipulação popular, através de informações que, nem sempre, são totalmente verdadeiras.

Sendo assim, a mídia refletirá o conteúdo que mais lhe trouxer lucro. A informação passa a ter qualidade de produto e fica submetida às leis de mercado. Não obstante, Spagnol (2013, p. 90), expõe que:

[...] para críticos da comunicação, a mensagem que os indivíduos recebem é previamente orientada por uma classe dominante que cria certos parâmetros de comportamento, os quais são ditados, via comunicação, principalmente, a uma classe considerada inferior. Esses parâmetros formatam determinado objetivo que seria único

para todos e coloca como sendo o ideal para a sociedade. A criação de indivíduos “famosos” e o consumismo são exemplos disso.

A despeito do que fora descrito, podemos citar também as leis penais simbólicas que são, a princípio, criadas para dar uma ideia de segurança à sociedade que exige uma resposta rápida e efetiva do legislativo diante de circunstâncias graves que acabam tendo notoriedade nacional. Kerstenet-zky (2012) reforça a questão ao expor que:

[...] geralmente, a lei penal simbólica é sancionada a partir do impacto dos efeitos provocados, especialmente, pelos meios de comunicação que veiculam informações deturpadas e diretamente dirigidas aos interesses de uma maioria de determinada sociedade e, dessa maneira, provocam radicais consequências ao Direito Penal e ramos afins, posto que, acabam servindo como verdadeira panaceia para os males resultantes da criminalidade e violência atualmente existente.

À sua vez, Spagnol (2013, p. 92) evidencia que:

[...] domínio da mídia para a manipulação da opinião pública torna-se estratégico em muitos países. Esse é um poder simbólico extraordinário na medida em que o uso da força nem é necessário. Ela é um instrumento que pode transformar o comportamento do sujeito, orientando seu pensamento, sua orientação política a serviço de determinados grupos. (...) quando se consegue transformar a opinião da maioria, por exemplo, podemos criar leis, transformar o Estado, mudar governos, fazer revoluções.

Diante de tudo o que fora exposto é possível depreender o porquê de não haver tanta repercussão perante o tráfico de pessoas, já que a classe mais baixa da sociedade é quem acaba sendo acometida pelas barbáries do crime em questão. Não é interesse da classe dominante promover educação e, respectivamente, conscientização acerca das mazelas sofridas pelo povo, não obstante, falar sobre os mais desfavorecidos não gera lucro.

Quando falamos de crimes, a curiosidade da sociedade é gerada, justamente, por proporcionar uma ameaça às pessoas. Quando a mídia brasileira aborda determinados assuntos, acaba expondo o lado frágil do ser humano, salientando, assim, o sentimento de insegurança. Ou também, pode ser visto como algo normal, que faz parte do cotidiano. Isso se deve ao fato de sermos bombardeados constantemente com infinitas informações sobre crimes de diversas espécies, em todos os veículos de comunicação.

Hoje, grande parte da violência vivida não causa estranheza e perplexidade pela barbárie, mas traz um sentimento de algo que é normal, inerente à sociedade. Nesse sentido:

(...) assim, resta à sociedade acreditar naquilo que é transmitido pela mídia e esperar por um futuro melhor, com menos violência e crimes hediondos. Até lá, a vida segue com uma completa divisão social, na medida em que a elite escolhe seus inimigos nas camadas mais pobres da população e continuam condenando aqueles que menos recursos têm: os já predestinados ao fracasso no sistema (BAYER, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o tráfico de pessoas comporta três modalidades em sua essência, sendo que as mulheres e crianças são as mais atingidas quando se trata de questões relacionadas à exploração sexual e homens em relação ao trabalho escravo, podendo ainda os três sujeitos passivos figurarem no mercado oculto para o transplante de órgãos. O combate ao respectivo mercado ilícito tem-se demonstrado ineficaz, tendo em vista o elevado número de crimes aliado, principalmente, a falta de informação da população mais afetada, isto é, pessoas de baixa renda e refugiados.

A desigualdade social é um dos principais pilares de uma sociedade, que contribui para que a incidência do tráfico seja cada vez maior. Mesmo o trabalho da polícia federal, doutrina da inteligência e demais órgãos de apoio, em conjunto com outros países, que fazem fronteira com o Brasil, não são suficientes para a repressão do tráfico de pessoas.

Um das formas mais simples, que possivelmente surtiria efeito rápido, é a conscientização da população vulnerável, através da publicidade em massa seja na tv, jornais ou mídias sociais. Posteriormente, pensar em soluções a médio e longo prazo a fim de diminuir a desigualdade social e cultural, como investir na mão de obra local, promovendo uma globalização que atinja tanto os direitos populacionais, quanto da cidadania, do desenvolvimento e do crescimento.

Garantir maiores oportunidades, que possam de fato permitir que tais demandas, pelo menos, possam alcançar a igualdade material, já que a igualdade formal, a princípio, assemelha-se a algo inalcançável. Parece-nos um tanto pretencioso acreditarmos que todos são iguais perante a lei havendo tantas discrepâncias entre as realidades de vida da classe média e classe média alta com os demais.

Em relação a mídia, a liberdade de expressão e a comunicação contribuem para a formação de ideias, posicionamentos, formação da consciência, ações na política, economia e, sobretudo, na esfera social. A imprensa midiática é responsável pela manipulação e persuasão da grande massa de pessoas e como tal deveria colaborar para minimizar o tráfico de pessoas.

A mídia reverbera o que gera lucro (lei do mercado), e o tráfico atinge as classes mais baixas, assim, subentende-se que as classes dominantes e o Estado, não possuem interesse em promover educação, conscientização de forma eficaz, pois não gera lucro. O que é divulgado adentra dois planos, algo que gera ameaça e insegurança a população contrapondo-se a algo que é normal, cotidiano.

Portanto, a pergunta que nos afigura é: O Estado por não estar atuando efetivamente e prevenindo que atos como esses se tornem recorrentes, poderia ser punido? Não caberia indenização as vítimas ou mesmo a seus familiares, já que aquele tem falhado constantemente?

A dor de perder sua liberdade, ser submetido à tortura, à tratamento desumano e degradante a todo instante, vedado pela Magna Carta, por falta de conscientização, algo que é tão simples de ser realizado quando de fato esta é a intenção, deveria doer aos cofres públicos. Tanto quanto a dor de não poder mais ver um familiar que deixou seu lar a pretexto de conquistar uma vida melhor para ele e para sua família e nunca mais voltou.

Infelizmente, encontra-los novamente faz parte da exceção e não da regra. Garantir uma vida digna a essas pessoas é o mínimo que o Estado deve fazer, haja vista vivermos em um Estado Democrático de Direito onde a desigualdade social é imperativo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Campello Ribeiro de. Combate ao Tráfico de Pessoas: um desafio para as políticas públicas. **IBAM**. Disponível em: <http://www.ibam.org.br/noticia/314>. Acesso em: 22/04/23.

ALMEIDA, Vinícius Margato. Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/2016: O marco regulatório do tráfico de pessoas. **JusBrasil**. Disponível em: <https://margato10.jusbrasil.com.br/artigos/474235018/trafico-de-pessoas-e-a-lei-13344-2016>. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Decreto n. 5.017/2004**: Protocolo de Palermo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Decreto n. 5.948/2006**: Política nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Decreto n. 9.833/2019**: Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9833.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Lei n. 2.848/1940**: Código Penal Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Lei n. 12.850/2013**: Lei das Organizações Criminosas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Lei n. 13.344/2016**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL. **Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas>. Acesso em: 22/04/23.

BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Tráfico de pessoas**: uma abordagem para os direitos humanos. Ministério da Justiça. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-08/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 22/04/23;

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Tráfico de Pessoas**. CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/trabalho-escravo-e-trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas/>. Acesso em: 22/04/23.

AY, Roxane. **Precisamos falar sobre abuso**: conversas e memórias sobre a cultura do estupro. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

GOMES, Leonardo Filgueiras; CUNHA, Marcilene Fernandes; SANTOS, Vanderlei Bento dos. Estado democrático de Direito, tráfico de pessoas e responsabilidade do Estado. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44670/estado-democratico-de-direito-trafico-de-pessoas-e-responsabilidade-do-estado>. Acesso em: 22/04/23.

IGNACIO, Julia. Tráfico de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo?. **Politize**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 22/04/23.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático: **Revis-**

ta Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-penal-simbolico-criacao-de-leis-mais-rigorosas-diante-do-clamor-social-e-midiatico/>. Acesso em: 22/04/23.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Política Nacional de enfrentamento do Tráfico de pessoas.** Ministério da Justiça, Brasília, DF. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal:** arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OIT. **50 milhões de pessoas no mundo são vítimas da escravidão moderna.** OIT: Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/noticias/WCMS_855426/lang-pt/index.htm. Acesso em: 22/04/23.

ONU, Organização das Nações Unidas. **ONU: mundo tem mais de 40 milhões de vítimas da escravidão moderna.** ONU. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/12/1696261>. Acesso em: 22/04/23.

RESENDE, Rodrigo. **Tráfico de pessoas movimenta mais de 30 bilhões de dólares anualmente. Senado Federal.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/07/27/trafico-de-pessoas-movimenta-mais-de-30-bilhoes-de-dolares-anualmente>. Acesso em: 22/04/23.

RIBEIRO, Letícia Ferreira. **Atuação do MPGO no combate ao tráfico de pessoas e exploração sexual e a promoção da Lei 13.344.** Anápolis/GO: UniEvangélica, 2019.

ROSÁRIO, Raquel do; BAYER, Diego Augusto. A formação de uma sociedade do medo através da influência da mídia. **Justificando.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/12/a-formacao-de-uma-sociedade-do-medo-atraves-da-influencia-da-midia/>. Acesso em: 22/04/23.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SPAGNOL, José Fábio Rodrigues. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

TV BRASIL EBC. **Tráfico de pessoas é o terceiro crime mais rentável do mundo**. EBC (Empresa Brasil de Comunicação). Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2019/07/trafico-de-pessoas-e-terceiro-crime-mais-rentavel-do-mundo>. Acesso em: 22/04/23.

UNODC. **Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes**. UNODC: Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html#:~:text=O%20contrabando%20termina%20com%20a,lucro%2C%20por%20meio%20da%20explora%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22/04/23.

A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DOS DIREITOS HUMANOS NA ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA: ATIVISMO JUDICIAL OU EXERCÍCIO PELO PODER LEGISLATIVO?

*Arley Cavalcante de Oliveira*²⁹

*Lis Pereira Maia*³⁰

INTRODUÇÃO

O reconhecimento e a proteção da unidade familiar homoafetiva atingiram indubitável garantia jurídica com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental 132-RJ, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República inicialmente como ADPF 178 (BRASIL, 2011).

Em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal – STF assegurou o direito ao reconhecimento de união estável e da unidade familiar homoafetiva, garantindo, posteriormente, o direito ao casamento civil, que

29 Procurador Estadual da Bahia. Mestrando em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

30 Mestre em Direito Econômico, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

foi concretizado, na prática, com a Resolução nº 175/2013 do CNJ – clara determinação dos procedimentos a serem seguidos pelos cartórios para realizarem uniões de pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2013) –, editada para efetivar imediatamente os direitos consolidados, sem esperar a atividade do Legislativo em confirmar o reconhecimento de tais direitos.

Ao estabelecer uma interpretação conforme a constituição ao art. 226 da Constituição Federal de 1988, que traz o texto “família”, sem lhe atribuir adjetivos, sendo-lhe dada certas qualidades nos parágrafos subsequentes – por meio da utilização de princípios como fundamento jurídico para a decisão judicial, além das regras contidas no texto legal, que, por si só, evidenciam um passo além do juspositivismo de Kelsen na busca por Justiça, já que nem todo caso de fato possui uma regra positivada, entretanto tendo o juízo a obrigação de decidir (*non liquet*) –, a Corte Constitucional, de fato, definiu o próprio conceito de família e entidade familiar, em busca de gerar uma decisão justa e coerente com os preceitos constitucionais de liberdade, igualdade, proibição do preconceito, promover o bem de todos, além de inovar por deixar explícito que o preceito da dignidade humana está fundamentalmente ligado ao direito à busca da felicidade.

Tal decisão é, até mesmo, aparentemente contrária ao texto constitucional nos parágrafos 3º e 5º do art. 226 da CF/1988, bem como ao texto infraconstitucional presente no Código Civil em seus artigos 1.514, 1.517, 1.565, 1.723 e 1.727, entretanto, observando-se a norma fundamental como um todo, com interpretação a ser realizada em concordância com os objetivos e garantias de direitos humanos fundamentais, visando ao bem de todos, e a dignidade humana pautada em assegurar às pessoas o direito à busca da felicidade, foi estabelecida a Interpretação Conforme a Constituição, para reconhecer a união estável como família – por meio da ponderação de princípios e aplicação da razoabilidade e proporcionalidade em prol da efetivação da igualdade dos indivíduos e das entidades familiares.

Vale ressaltar que a decisão se pautou principalmente no direito à busca da felicidade, que repercutiu também em outros julgamentos, como, por exemplo, a retirada de expressões pejorativas à homossexualidade no Código Penal Militar, o RE 898060, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado em 24/08/2017, o qual reconheceu o direito à pluriparentali-

dade no geral, e o RE 670.422/RS, que reconheceu o direito subjetivo à alteração de gênero no assento de nascimento em solicitação realizada por transexual, independente de cirurgia de transgenitalização, sem qualquer menção ao termo “transexual” no registro civil (CONTARINI, 2021).

O direito à felicidade em si já seria um direito de quinta dimensão ou geração de direitos humanos, como define Paulo Bonavides (2008), segundo o qual são direitos que perpassam todas as dimensões do Direito, enquanto elementares para preencher o conceito de dignidade humana como qualidade de vida, paz interior e exterior, reconhecimento e respeito à qualidade de sujeito de direitos, detentor de garantias e de deveres para a manutenção do sistema do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, vislumbrando esse aspecto de que a construção de uma sociedade justa, igualitária e focada no bem-estar de todos necessitava reconhecer e conferir segurança jurídica às situações de fato de afetividade já existentes, em esforço para reparar a injustiça pela ausência de opção clara pelo Legislativo em positivar a entidade familiar homoafetiva, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, o STF reconheceu a legalidade da união estável e, posteriormente, o casamento homoafetivo, bem como suas repercussões patrimoniais e sucessórias em verdadeiro ativismo do Judiciário.

Exposto o cenário jurídico e administrativo em que se situa o presente tema, seguir-se-á para a resposta legislativa ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, cujo raciocínio também pode ser aplicado a outras situações em que há uma discussão entre moralidades e o preceito da busca da felicidade, isto é, quando envolve direitos humanos não positivados que podem ser vistos como inerentes e naturais a cada indivíduo, por estarem diretamente relacionados à sensação de bem-estar, pertencimento e acolhimento humano dentro da proposta de Estado Democrático de Direito.

1. O PL 6583/2013: “ESTATUTO DA FAMÍLIA” E O DISCURSO DA USURPAÇÃO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO

Em resposta à atividade supostamente legiferante realizada pelo STF, quando da decisão da ADPF 132 e ADI 4.277, em conjunto com a edição

da Resolução nº 175/2013 do CNJ – ou seja, todas as medidas afirmativas por parte do Poder Judiciário –, a bancada evangélica propôs o Projeto de Lei Nº 6.583/2013, com o intuito de delimitar e definir o conceito de unidade familiar, consoante com a perspectiva moral e ética pregada por tal setor da sociedade. Assim, o art. 2º do referido PL traz o seguinte texto:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013)

Como fundamento de tal proposta, está uma ideia de manutenção e proteção da família formada por homem e mulher, em prol da procriação e criação de crianças, colocando como argumento que a afetividade individual não poderia ser contrária à família e aos propósitos a que se destina. Em outras palavras, trata-se de uma proposta com o intuito de manter a “família tradicional brasileira”, como escrevem Fontanelle e Madeira (2021):

O argumento utilizado pelos que compactuam com o projeto de lei é o “insulto” que o matrimônio vem sofrendo atualmente, sendo o contexto social atual responsável por isso. Alegam a necessidade de valorização da entidade familiar por meio de políticas públicas que efetivem o art. 226 da Constituição Federal.

Ademais, na justificativa do Projeto de Lei, estão como argumentos que o Judiciário se excedeu no exercício de seu Poder constitucional, afirmando, inclusive, que o legislador constituinte foi propositalmente omissivo acerca do reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, além de que tais uniões não se prestam para o que seria o “verdadeiro propósito” da família: reprodução. Além disso, alegou-se que o afeto não deveria ser a base legal para preencher o conceito de família, pois este se modifica, não sendo relevante que as pessoas fossem felizes ou buscassem isso nas uniões.

Como alternativa ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, é debatido o conceito de “parceria vital”:

Sob tal denominação – “parceria vital” – sem necessária conexão com a procriação ou a criação da família, base da sociedade, poder-se-ia reconhecer o enlace de solidariedade entre duas pessoas, que entre si estabeleceriam vínculo de peculiar interdependência, ajustando a lei, entre tais, o caráter de dependência para efeitos previdenciários.

(...) Poderiam estar sob tal denominação as uniões de irmãos, amigos e outras quaisquer, independentemente da orientação sexual. Sob tal instituto se albergariam todas situações não subsumíveis às categorias do art. 226.

(...) A fundamentação da “parceria vital” seria, portanto, a especial solidariedade entre duas pessoas, desvinculadas de conjugalidade, e que se reunissem na manutenção do lar comum.

(...) Tal procedimento iria ao encontro da realização da sociedade livre, justa e solidária, objetivo da República Federativa do Brasil, segundo art. 1º, III (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, p. 464-465).

Ao fim do debate, vê-se que a proposta “substitutiva” de inserir as relações homoafetivas em algum grau de proteção jurídica ainda assim esbarraria em uma posição claramente pior até mesmo frente a um concubinato, pois sequer seria legítimo o dever de prestar alimentos após a dissolução dos vínculos afetivos – em opção clara por relegá-los a mera convivência.

Mais perturbador ainda é como tais deputados e suas equipes tratam o afeto e a afetividade entre pessoas do mesmo sexo e em outras relações não heteronormativas, comparando em termos gerais aos pedófilos que nutrem “afeto” pelas crianças que abusam, assim como dos zoófilos pelo engajamento sexual com animais (BRASIL, 2015, p. 460) – como se fossem a mesma coisa, em uma completa e ofensiva falácia acerca da representação do que realmente é afeto, que é um tema, por si só, muito

complexo, para ser levianamente equiparado ao abuso dentro de situações sem qualquer nível de paridade de entendimento e consentimento entre as partes envolvidas.

Outra questão importante a ser tratada envolve o modo como se colocam a família e as suas finalidades frente à sociedade brasileira e a Constituição:

A família é tratada no título VIII da Constituição Federal de 1988, que trata “Da Ordem Social”. Sob tal denominação, o Constituinte descreve direitos e deveres de interesse social. Impera, portanto, a preocupação pelo bem comum, antes do interesse individual. Não é prioridade do constituinte, aqui, tratar dos direitos e garantias fundamentais, desde uma perspectiva do indivíduo, como o faz quando trata dos direitos e garantias individuais no art. 5º. No artigo 226, o protagonista é a sociedade civil, em especial seu núcleo essencial, a família. Não se pode desvirtuar esse fato para afirmar primazia dos afetos individuais, muitas vezes fonte de comportamentos contrários à família, base da sociedade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, p. 460).

Ocorre que ignorar solenemente o objetivo da República Federativa de promover o bem-estar de todos em prol da manutenção de uma visão maniqueísta e infeliz acerca de família afronta claramente a autonomia privada das pessoas, além de esquecer a facilidade com que as famílias heteronormativas se dissolvem atualmente, ficando comprometida a participação integral (emocional e/ou financeira) de pais e mães no dever de criação dos filhos. É taxar também que pessoas homoafetivas não têm direito à reprodução ou não fossem capazes de fazê-lo – o que não é verdade. Mesmo que não passem por processos de reprodução assistida ou inseminação artificial, ou que não desejem filhos biológicos, ainda assim sempre haveria a possibilidade de adoção e de construção dos vínculos afetivos de parentalidade com os filhos de um dos parceiros ou de ambos os parceiros advindos de outras relações.

Portanto, a conclusão inicial a que se pode chegar é que o PL 6.583/2013 é, na melhor das hipóteses, um exemplo de falta de empatia e

de compreensão de vínculos que fogem à moral cristã e conservadora, e, na pior das hipóteses, é clara afronta e lesão a direitos humanos fundamentais, além de uma prescrição de que o fim da família não é felicidade, mas sim o dever de procriação e criação.

2. REGRAS X PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A HIPÓTESE DE PROMULGAÇÃO DO “ESTATUTO DA FAMÍLIA”: CRISE DOS DIREITOS HUMANOS E A DISCUSSÃO SOBRE SUA RELATIVIDADE

Nesse diapasão, depara-se com uma genuína preocupação de retrocesso na aplicação dos Direitos Humanos em sua base principiológica e inserida no ordenamento jurídico não por medida legislativa, mas sim por ativismo judicial, o que é passível de revisão no Poder Legislativo por força do Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, a qual poderia ter como resultado, teoricamente, a aprovação do PL do “Estatuto da Família”, cerceando-se, assim, o direito à formação de unidades familiares homoafetivas, tanto por meio de união estável como também por casamento civil.

Atualmente, a regra jurídica prevista no Código Civil, tanto com relação ao casamento (art. 1.514), como também com relação à união estável (art. 1.723) estabelece a união de homem e mulher, porém, nos casos concretos, são admitidos e reconhecidos tanto o casamento como a união estável de pessoas do mesmo sexo, exatamente com a utilização do postulado normativo da interpretação conforme a Constituição fixado na decisão da ADPF 132 e ADI 4.277 em 2011, além de concretizado com a Resolução nº 175/2013 do CNJ.

Na hipótese em que o Poder Legislativo, no exercício da sua potestade de estabelecer regras jurídicas e positivar princípios, aprovasse o “Estatuto da Família”, seja por meio de plebiscito ou de maioria legislativa, com a promulgação pelo presente Presidente da República, poderia haver um retrocesso frente à interpretação dada pelo STF na ADPF 132 e ADI 4.277?

Sendo caso de aprovação por meio do processo legislativo ordinário estabelecido na Constituição Federal, não haveria muito o que se discutir, pois não necessariamente a maioria simples do Congresso Nacional e a opção do atual Presidente da República refletiriam legitimamente o sentimento de Justiça da maioria da população brasileira acerca do tema, de maneira que uma ação direta de inconstitucionalidade poderia sustar facilmente a eficácia da legislação infraconstitucional até o julgamento do mérito, que se embasaria em toda a principiologia constitucional para garantir a isonomia para as famílias homoafetivas.

O problema, contudo, configurar-se-ia no caso de aprovação da legislação por meio de plebiscito, de maneira que a rejeição da unidade familiar homoafetiva refletisse o sentimento da maioria da população brasileira, ao passo que a decisão do Judiciário estaria assegurando o direito à igualdade de uma minoria.

Nesse caso, travar-se-ia a discussão tanto sobre o Estado Democrático de Direito não poder ser uma ditadura da maioria, além dos limites do ativismo do Judiciário, quanto sobre a legitimidade e representatividade do Poder Judiciário em legislar de fato, mesmo fugindo dos limites da separação de poderes e não tendo seus membros eleitos pelo voto popular, mas ingressos por via de concursos públicos ou nomeação pelo respectivo Chefe do Executivo.

Uma solução legislativa proibitiva da união homoafetiva – que necessariamente se refletiria na autoafirmação, autoimagem e sentimento de segurança de casais e de indivíduos homossexuais – implicaria em indubitável diminuição da autonomia da vontade das pessoas com orientação sexual homossexual e afins, ao passo que consolidaria um respeito à “ética” cristã mais conservadora e repressiva, eternamente vigilante acerca de pecados, julgamentos e condenações morais dos que saíssem das normas religiosas do que se configuraria como família.

A partir da ótica de interpretação normativa pelo Judiciário – em que desembocariam as discussões sobre a constitucionalidade e sobre violação internacional de Direitos Humanos –, seria impossível retroceder para a proibição dos casamentos e uniões homoafetivas com base em princípios e no caráter de sopesamento de tais diretrizes normativas.

Há o caso concreto, há a norma de primeiro grau, e aplicam-se o princípio e a regra para resolver o caso concreto. Por outro lado, ques-

tiona-se: como argumentar e raciocinar com os princípios? Para tanto, existem normas de segundo grau que têm status metodológico, não são aplicadas para resolver o caso concreto e são usadas para determinar que princípio prevalece. Um exemplo é o postulado da proporcionalidade, que, na forma como é trabalhada na doutrina alemã (no trinômio adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), é usada para ponderar os princípios.

Como o Supremo Tribunal Federal adota a teoria da ponderação dos princípios – utilizando também a ideia de postulado normativo em conjunto com o princípio da proporcionalidade, para observar qual princípio gera a decisão mais razoável no caso concreto – deparar-nos-íamos, assim, com a ponderação entre o princípio da liberdade religiosa (ou seja, professar a crença cristã com todas as proibições conferidas pelas interpretações dos textos sagrados da religião, especialmente visões mais conservadoras que têm surgido junto à bancada religiosa do Congresso) e o princípio da dignidade humana (posto que a proibição de convivência com o intuito de compartilhar a vida, de equiparação a qualquer outra família protegida pelo texto constitucional e demais normativas significaria desigualdade frente a casais heteroafetivos, além de repercutir em efeitos de frustração na busca pela felicidade e plenitude de cada indivíduo, bem como os demais efeitos negativos que tamanha negação à existência do homossexual pode gerar no psicológico de cada um que for submetido a tal sofrimento).

Diante desse cenário de ponderação, fica claro que, de um lado, busca-se a negação do diferente, sob a desculpa de obedecer à ética e aos bons costumes, ao passo que, do outro lado, procura-se o direito à liberdade de simplesmente ser quem é, sem medo e sem vergonha e de progredir em direção à autossatisfação e à felicidade.

Para que tal dilema realmente se resolva de forma justa, devemos observar o que escreve Kant (2014, p. 34), que entende que “O direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade.”

Sopesando essas liberdades de arbítrio e a máxima de que cada um pode ser livre, mesmo que internamente a liberdade do outro incomode os preceitos morais de uns, desde que estes não externem ações direta-

mente para prejudicar e suprimir a liberdade dos que lhes incomodam, não é possível vislumbrar uma resposta em que seja realmente legítima e justa a aplicação de um Estatuto da Família que taxativamente limite o conceito de unidade familiar apenas para aquelas formadas por homem e mulher, simplesmente com o intuito de reprimir a orientação sexual, o afeto, a pluriparentalidade e o direito à formação de família (com todas as situações jurídicas daí derivadas) das pessoas homossexuais e afins.

Portanto, no sentido de garantias de direitos, é necessário que a liberdade religiosa “abra espaço” para incluir também a autodeterminação e a busca da felicidade, ou seja, a dignidade humana de grupos anteriormente excluídos de voz, espaço e proteção jurídica e politização para grupos que busquem a vivência diária de sua justa busca pela plenitude e dignidade.

CONCLUSÕES

O reconhecimento da unidade familiar homoafetiva atingiu indubitável garantia jurídica com o julgamento da ADPF 132-RJ, bem como da ADI 4.277-DF, em que o STF assegurou o direito ao casamento civil, que foi concretizado, na prática, com a Resolução nº 175/2013 do CNJ, bem como com suas repercussões patrimoniais e sucessórias em verdadeiro ativismo do Poder Judiciário.

Ao estabelecer uma interpretação conforme a constituição ao art. 226 da Constituição Federal de 1988, a Corte Constitucional definiu o próprio conceito de família e entidade familiar, em busca de gerar uma decisão justa e coerente com os preceitos constitucionais de liberdade, igualdade, proibição do preconceito, promover o bem de todos, além de inovar por deixar explícito que o preceito da dignidade humana está fundamentalmente ligado ao direito à busca da felicidade.

Na contramão desse julgamento, a bancada evangélica propôs o Projeto de Lei Nº 6.583/2013 – Estatuto da Família, com o intuito de delimitar e definir o conceito de unidade familiar, consoante com a perspectiva moral e ética pregada por tal setor da sociedade.

Expostas as normas propostas no Estatuto da Família, o presente artigo buscou, então, analisar as implicações e possível solução em caso de aprovação de supracitada legislação em decorrência de um plebiscito, de

maneira que a rejeição da unidade familiar homoafetiva refletisse o sentimento da maioria da população brasileira.

Com a utilização do postulado normativo da proporcionalidade e da aplicação da Teoria de ponderação entre princípios, vê-se que a aprovação e permanência de uma legislação proibitiva da união homoafetiva implicaria em verdadeira diminuição da autonomia da vontade das pessoas com orientação sexual homossexual e afins, ao passo que consolidaria um respeito à “ética” cristã mais conservadora e repressiva.

Assim, sopesando essas liberdades de arbítrio e a máxima de que cada um pode ser livre, conclui-se que não é possível vislumbrar qualquer legitimidade e justiça na aplicação de um Estatuto da Família que taxativamente limite o conceito de unidade familiar apenas para aquelas formadas por homem e mulher, sob pena de indubitável retrocesso na aplicação dos Direitos Humanos em sua base principiológica e inserida no ordenamento jurídico não por medida legislativa, mas por ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**, [S.l.], n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 01/11/2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano LXX, n. 175, 14 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://>

imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020151014001750000.
PDF#page=450. Acesso em: 25/11/2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583**, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 22/11/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175**, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 15/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. **Jusbrasil**, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2674087/supremo-reconhece-uniao-homoafetiva-e-seus-efeitos>. Acesso em: 01/11/2022.

CONTARINI, Gabriel Gomes. Dez anos do julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277: Como anda a aplicação do direito à busca da felicidade no direito de família pelo STF?. **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1668/Dez+anos+do+julgamento+conjunto+da+ADPF+132+e+ADI+4277.+Como+anda+a+aplica%C3%A7%C3%A3o+do+direito+%C3%A0+busca+da+felicidade+no+direito+de+fam%C3%ADlia+pelo+STF%3F>. Acesso em: 20/11/2022.

DWORKIN, Robert. **Taking rights seriously**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

FONTANELLE, Neíse; MADEIRA, Daniel. O Retrocesso do Estatuto da Família. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 345-359, maio/ago. 2022.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Dworkin. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 2, n. 2, p. 425-447, 2001. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2412/1647>. Acesso em: 25/11/2022.

MULTICULTURALISMO E A GARANTIA DA IGUALDADE MEDIANTE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA COIBIR A DISCRIMINAÇÃO RACIAL

*Iris Cristina Fernandes Vieira*³¹

*Márcio Pedrosa dos Santos*³²

INTRODUÇÃO

As “ações afirmativas” têm a finalidade de garantir a igualdade principalmente aos grupos estigmatizados socialmente: os grupos minoritários, vulneráveis e de deficientes – grupos que possuem situação diferenciada entre si, pelo sentimento de pertença e o forte apelo de solidariedade e identificação entre os primeiros.

Aludidas ações são políticas de inclusão social. Porém, há um equívoco no Brasil, que passou a confundir o conceito de espécie, com o de

31 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2022). Especialista em Direito Municipal pela Escola Paulista de Direito – EPD (2021). Possui MBA em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia (2019). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019) e em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2014). Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (2012).

32 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2022).

gênero, de forma que “ação afirmativa” é entendida por muitos como cotas para ingresso em universidades ou aprovação em concursos públicos; o conceito, entretanto, é muito mais abrangente: as cotas são uma espécie/modalidade de “ação afirmativa”, que é o gênero, e que decorre também do multiculturalismo e da diversidade.

Portanto, o questionamento que se pretende sanar com o presente artigo, sem esgotar o debate, é se as ações afirmativas em busca da igualdade racial substancial estão em consonância com as necessidades oriundas do multiculturalismo e os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, com ênfase principal no direito à igualdade entre raças.

O método de abordagem utilizado é o indutivo, responsável por fazer generalização. Isto é, parte-se de algo particular, que é o direito individual de ser minoria ou diferente, para uma questão mais ampla; ou seja, um aspecto geral, multicultural.

2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O MULTICULTURALISMO

O “multiculturalismo” surge com a antropologia, pelo reconhecimento da diversidade cultural dos povos que compõem o mesmo território e formam uma única sociedade.

A essencialidade de que o indivíduo seja reconhecido por membros da comunidade com a qual se identifique por homogeneidade interior, ainda que externamente diferentes, faz com que nasçam grupos heterogêneos em uma sociedade cada vez mais pluralista.

Antônio Flávio Moreira (MOREIRA, 2008, p. 18) ensina que uma das características fundamentais das questões multiculturais é o fato de abrangerem tanto o acadêmico, quanto o social, a produção de conhecimento, a militância e as políticas públicas.

Referido autor ensina que são as lutas dos grupos sociais discriminados e excluídos; dos movimentos sociais; especialmente, os referidos às questões étnicas e, entre eles, de modo particularmente significativo entre nós, os referidos às identidades negras, que constituem o *locus* de produção do multiculturalismo.

Nas palavras de SILVA (2010, p. 131-166), o problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis e, em especial, as pessoas com deficiência,

radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não acultramento no *ethos* do direito e do respeito à diferença.

No particular, há que se salientar, como efetuado na Introdução, a distinção que existe entre grupos de fragilidade (ou vulneráveis) e minorias, cujo fator central é o sentimento de pertencimento que nutre a ligação destes últimos entre si (deriva da comunhão de tradições culturais ou semelhanças étnicas, religiosas ou linguísticas, e que, portanto, diferem do padrão determinado pela maioria) (SILVA, 2010). Essa diferenciação, contudo, salvo para fins de que a proposição e execução de ações afirmativas atinjam seus objetivos, pouco ou nada importa sob a perspectiva de merecerem igualmente a proteção de seus direitos.

As “ações afirmativas”, para todos os efeitos, integram uma série de políticas que buscam mediar para reduzir as barreiras criadas com a diversidade. Como, por exemplo, e apenas a esse título, as chamadas cotas para ingresso nas universidades e concursos; as bolsas; auxílios; vagas em creches; empréstimos preferenciais; redistribuição de terras; prioridades em programas habitacionais; cotas eleitorais de gênero etc.

As ações de tal natureza são, portanto, uma série de medidas, seja de políticas públicas ou privadas, com o fim de promover iniciativas objetivando evitar a desigualdade, e que devem favorecer mais fortemente os grupos desfavorecidos; independente, nesse ponto, de comungarem os mesmos interesses. O que não se confunde somente com as “cotas raciais”, pois são medidas garantidoras de igualdade: desde um contrato com a administração pública, até um termo de *compliance* nas empresas privadas como medida para coibir a discriminação de gênero, raça, etnia ou até mesmo desigualdade social.

Ainda que se relute em aceitar essas soluções, por algumas representarem providências conjunturais, a realidade é que do ponto de vista de seus destinatários, a criticada temporariedade ainda é bálsamo inadiável a trazer alívio à ignorância com que foram (e são) tratados historicamente, até que um dia possa se falar em estabelecimento ou restabelecimento de condições niveladas com os socialmente dominantes; para esse fim, a chamada “discriminação inversa”, propugnada e alardeada por setores da

maioria que estruturalmente vem se impondo ao longo do tempo, não deve ser levada a sério.

2.1 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO EXTERIOR E NO BRASIL

As ações afirmativas foram implementadas, inicialmente, no começo do século XX na Índia, onde se criaram políticas de tratamento que buscavam beneficiar grupos raciais, étnicos e também sociais.

Nessa esteira, há que se registrar, ainda: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; o Programa de Ação Mundial Para as Pessoas Deficientes, de 1982; o Protocolo de San Salvador de 1988.

O ponto alto, no entanto, em termos de importância, se deu nos EUA, onde as ações afirmativas foram colocadas em prática desde a década de 1960, resultantes da luta por direitos civis e igualdade racial, enfatizando o acesso a espaços educacionais, políticos e econômicos; e que diante do reflexo de sua efetivação, passaram a ser discutidas de forma mundial, inclusive, no Brasil.

No Brasil, diante das discussões sobre a necessidade das ações afirmativas, Abdias Nascimento, deputado federal pelo PDT/RJ, propôs o Projeto de Lei nº 1.332/1983, visando criar cotas raciais (reserva de vagas), mas que não chegou a vingar.

A primeira ação afirmativa concreta no Brasil e que pode ser considerada marco inicial de medidas buscando a proteção de coletividades é a previsão constitucional no art. 37, inc. VIII, da Constituição Federal de 1988, que trata da reserva de vagas para pessoas com deficiência tanto no ensino superior quanto no mercado de trabalho; deste ponto angular, surgiu a Lei 8.112 de 1990, que no art. 5º, par. 2º, regulamentou expressamente essa previsão de reserva de vagas aos deficientes.

Após, na década de 2000, a discussão tornou-se cada vez mais premente, em razão do multiculturalismo acelerado. Com isso, em maio de 2002, foi publicado o Decreto nº 4.228, que estabeleceu o “Programa

Nacional de Ações Afirmativas”. Depois disso, as universidades começaram a criar as ações afirmativas.

Em 2012 o STF, ao julgar a ADPF nº 186 DF, reconheceu que as políticas criadas pelas Universidades eram constitucionais, e em razão da importante decisão, foi instituída a “Lei de cotas” nº 12.711/2012, que estabeleceu a reserva de vagas para estudantes que cursaram integralmente em escola pública.

Posteriormente, foi aprovada a Lei nº 12.990/2014, que determinou a “reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos”.

Em 2016, o MEC emitiu a Portaria nº 13, estabelecendo que as universidades promovessem ações afirmativas voltadas para negros, indígenas e pessoas com deficiência na Pós-graduação.

Recentemente, a discussão passou a ser também no âmbito das empresas privadas, passando-se a buscar ações afirmativas também no mercado de trabalho, procurando trazer igualdade aos vulneráveis ou àqueles que historicamente não obtiveram as mesmas oportunidades de ingresso ou ascensão ao mercado de trabalho.

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA ALÉM DO ESTADO: IGUALDADE E DIGNIDADE

Neste estudo, independente do título, e embora indiretamente, busca-se repercutir aspectos da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, que é entendido como alicerce moral dos direitos fundamentais; de seu conteúdo, faz parte também, a ideia de liberdade, além de igualdade, traduzindo respeito e consideração, como preconizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

É pertinente referir-se à dignidade da pessoa humana como valor ou princípio, pois ressalta Cleber Francisco Alves:

[...] parece acertado concluir que a designação de “valor” ou de “princípio”, quando referida ao papel reservado à ideia de dignidade da pessoa humana inscrita no ordenamento constitucional,

quase sempre é feita em sentido unívoco, na medida em que tais expressões se prestam a indicar, quase que de maneira uniforme em todos os doutrinadores que se debruçam sobre essa temática, um sentido de normatividade e cogência, e não de meras cláusulas retóricas ou de estilo, ou manifestações de bons propósitos. Reveste-se, pois, ao contrário, verdadeira força vinculante, de caráter jurídico, apta a disciplinar as relações sociais pertinentes, como “fonte de direito subjetivo, ou seja, como supedâneo e pretensões jurídicas deduzíveis em juízo” (ALVES, 2001, p. 125).

Se, historicamente, a dignidade humana, em sua Gênese, era atribuída tanto na Grécia, como em Roma, apenas a uma parcela da sociedade, com a propagação do cristianismo, na Idade Média, e a ideia de semelhança de todos os indivíduos perante Deus, estendeu-se a consideração para todas as pessoas (JUNIOR, 2003, p. 155).

Conforme dito, a igualdade, que também em sua evolução, em período remoto foi privilégio de poucos, é, na atualidade, extensão do direito à dignidade da pessoa humana, de acordo com o que aduz o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: “igualdade é uma maneira digna de se viver em sociedade”, que visa num primeiro momento “propiciar garantia individual”, e num segundo, “tolher favoritismos” (MELLO, 1984, p. 23):

O princípio da igualdade interdita tratamento desigual às pessoas sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (MELLO, 1984, p. 12-13).

Ingo Sarlet destaca que o primado da igualdade está ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se lê:

Não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material (SARLET, 2001, p. 89).

Com o desenvolvimento da sociedade e o crescimento da necessidade de garantir igualdade às minorias, o direito à igualdade é explicado em três dimensões, que foram evidenciadas ao longo do desenvolver da sociedade e com o surgimento do multiculturalismo:

A primeira é a igualdade formal, que veda as desequiparações, que teve início no estado liberal e progressivamente passou a ser compreendida como igualdade perante a lei, em que o interprete não poderia aplicar a lei de forma desigual ou fora da razoabilidade: se o fundamento for razoável, a desequiparação poderá ser aceita pelo ordenamento jurídico.

Reforçando esse entendimento, salienta André de Carvalho Ramos:

Na primeira dimensão, concretiza-se a igualdade exigindo-se que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos indistintamente, evitando discriminações odiosas. A discriminação odiosa consiste em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, sexo ou orientação sexual, religião, convicção política, nacionalidade, pertença a grupo social ou outro traço social que gera o efeito de impedir ou prejudicar a plena fruição, em igualdade de condições, dos direitos humanos (RAMOS, 2019, p. 615).

A segunda dimensão é a da igualdade material (ou substancial), desenvolvida já no estado social, e está ligada ao oferecimento de oportunidades iguais a todas as pessoas, à redistribuição de riqueza e poder, trazendo a ideia de ganho existencial na sociedade assegurando a todos a

condição de vida digna. Começa pela prestação de serviços públicos para que todos possam ter acesso à saúde, educação, moradia, de forma igual (BARROSO, 2017).

Por outro lado, entende Daniel Hachem (2014) que quando investido de igualdade material, “critérios discriminatórios de acesso podem ser aplicados conforme as distinções existentes no mundo dos fatos”.

No mesmo rumo, Rawls destaca que “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos” (RAWLS, 1997, p. 66).

A terceira dimensão é ideia de igualdade com reconhecimento³³, respeito à identidade do outro e a possibilidade de o outro ser diferente: ter outra religião, outra raça, outro sexo, ter direito de ser como é. Tudo em razão da necessidade de universalidade e de garantias ao multiculturalismo.

A definir sobre as diferenças, Boaventura de Sousa Santos assevera da seguinte forma:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, 2003, p. 56).

Portanto, assim como a distribuição de riquezas trazida pela igualdade material, o direito ao reconhecimento tornou-se necessário.

33 O jurista Dalmo Dallari é enfático ao analisar o tratamento dado aos direitos humanos no Brasil: “Exatamente pela existência do contexto político, econômico e social de desigualdade, é fundamental que se proclame com todo o vigor, sem reticências ou concessões, a universalidade dos direitos humanos”. Aqui nesta entrevista, Dallari analisa a 11ª Conferência dos Direitos Humanos do país e também atenta para alguns fatos que marcaram os debates acerca deste tema no Brasil. Gentil, como sempre, Dalmo Dallari concedeu à IHU On-Line a entrevista em meio a uma viagem pela França através de e-mail.

A fim de exemplificar, tem-se como citada a ADC nº 41, em que o STF trata sobre a temática do PROUNI e o acesso de negros à universidade por meio de cotas raciais, na qual se decidiu pela constitucionalidade da alhures reportada Lei nº 12.990/2014, “que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta”.

A despeito disso, conforme já ressaltado, a desigualdade e a necessidade de ações afirmativas não se resumem somente à criação de cotas: é possível a todo tempo identificar a necessidade, dentre tantas outras, de ações afirmativas do estado para controle também da garantia de igualdade de reconhecimento também nas empresas.

2.3 DISCRIMINAÇÃO DIRETA, INDIRETA E OCULTA POR RAÇA/ETNIA/COR NAS EMPRESAS: UM TRISTE EXEMPLO DO PROBLEMA

Relevante destacar que as ações afirmativas devem ter também a finalidade de coibir práticas racistas nas empresas e promover a igualdade substancial.

Sabe-se que a discriminação não se inicia nos tempos modernos, ela é histórica e nunca irá ser extinta de uma vez por todas; porém, cabe ao Estado e às empresas privadas – enquanto extensão da pessoa natural, garantir e exigir um tratamento isonômico a todos.

No art. 7º da Constituição Federal, nos incs. XXX até XXXII e XXXIV, impõe-se a vedação de distinção quanto aos direitos dos trabalhadores, seja com relação à salários, funções, bem como critérios de admissão em razão de sexo, cor, estado civil, ou até mesmo sobre discriminação com relação à portadores de deficiência.

Inobstante, um quadro ilustrativo da pesquisa realizada pelo IBGE (2018), “composto por temas essenciais à reprodução das condições de vida da população brasileira, como mercado de trabalho, distribuição de rendimento e condições de moradia, e educação”; demonstra o disparate:



São analisados, da mesma forma, indicadores relativos à violência e à representação política. Todos esses temas estão contemplados no Programa de Atividades para a Implementação da Década Internacional de Afrodescendentes (2015–2024),³⁴ aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Resolução 68/237, de 23.12.2013, com o objetivo de promover o respeito, a proteção e o cumprimento de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais dessa população.³⁵

O informativo citado esclarece ainda que:

A maior parte das informações ora apresentadas provêm da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua, realizada pelo IBGE, as análises estão concentradas em apontar as desigualdades entre as pessoas de cor ou raça branca e as pretas ou pardas. Juntos, esses três grupos respondiam por cerca de 99% da população brasileira em 2018: os brancos eram 43,1%; os pretos, 9,3%; e os pardos, 46,5%.³⁶

34 Para informações mais detalhadas sobre a Década Internacional de Afrodescendentes, consultar o endereço: <http://decada-afro-onu.org/index.shtml>.

35 Para fins de divulgação, as populações preta e parda foram agregadas para garantir representatividade em todos os indicadores divulgados.

36 Para fins de análise dos indicadores construídos nesta publicação, será mantido o conceito de ocupação informal, utilizado como proxy da definição apresentada na 17ª Conferência Internacional de Estadísticos del Trabajo – CIET, realizada, em Genebra, pela Organização

Infelizmente, o cenário da discriminação é amplo, além de ser comum se presenciar esse estigma em diversos segmentos da sociedade; entretanto, no âmbito das relações de trabalho.

Conforme demonstrado, tragicamente, o mercado de trabalho apresenta clara discriminação a trabalhadores em decorrência da cor.

Com o fito de coibir tais práticas, a Constituição Federal, no seu art. 4º, VIII, instituiu o princípio de repúdio ao racismo, nos seguintes termos: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

Um pouco mais adiante, a mesma Carta Política proibiu, no art. 7º, inc. XXX, a diferença de salários por motivo de cor:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (grifo do autor).

Já o art. 1º da Lei nº 9.029/1995 obstou a prática discriminatória na relação jurídica de trabalho:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Cons-

Internacional do Trabalho - OIT (INTERNATIONAL CONFERENCE OF LABOUR STATISTICIANS, 2003). Essa conceituação, também utilizada em edições da Síntese de indicadores sociais, compreende: empregados do setor privado e trabalhadores domésticos sem carteira de trabalho assinada, trabalhadores por conta própria, empregadores que não contribuem para a previdência social, e trabalhadores familiares auxiliares (PERFIL..., 2009; PERFIL..., 2012).

tituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vi-gência).

Além disso, a proibição também pode ser encontrada no art.. 373-A, incs. I, II, III e V, da CLT:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; [...]

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez”

No âmbito jurisprudencial, o TST tem atuado com ênfase contra a discriminação racial; segue parte de ementa que pertine ao assunto:

[...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. Comprovado o excesso do poder diretivo da reclamada, bem como o ato ilícito decorrente de discriminação racial praticada por seu empregado, resulta devida a reparação. O preconceito racial não é tolerado e deve ter inibição pela indenização reparatória contra o infrator do princípio constitucional que reza a igualdade. O sofrimento decorrente da discriminação racial,

embora não possa ser mensurada a dor, faz necessário que o julgador determine o valor a ser pago pelo empregador pelo sofrimento causado ao empregado. Busca-se imputar ao empregador uma pena pelo ato ilícito e ao empregado atenuar o sentimento de injustiça. Decisão que tem fundamento o princípio da não discriminação racial não deve ser reformada. Recurso de revista não conhecido (VEIGA, 2013).

Segundo Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins:

O estudo da discriminação e dos mecanismos que pretendem combatê-la revela a importância do trato igual para todos, sem distinção, sem que qualquer condição pessoal de nascença ou por opção venha a desencadear um trato diferenciado e prejudicial de seus direitos. Sobretudo nas relações do trabalho, nas quais as pessoas buscam os meios econômicos para a sua sobrevivência e a de seus dependentes, o trato diferenciado prejudicial é muito doloroso para a vítima, que possui poucos elementos para reagir. Ainda mais em um mundo onde o desemprego é alto, onde as oportunidades sociais são cada dia mais difíceis, onde cresce o número dos abrangidos pela exclusão social, essa igualdade merece ser respeitada (FERRARI; RODRIGUES; 2008, p. 311).

Emblematicamente, apesar de o legislador e o Judiciário tentarem criar e aplicar normas com o fim de coibir práticas discriminatórias, nota-se que não tem sido suficiente; os números colacionados neste tópico, contendo a estatística do IBGE, densificam que apesar da legislação, a prática nas empresas ainda é discriminatória e raramente se vê um negro em cargo de direção.

3. O TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE NEGROS E BRANCOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO RESPOSTA

O art. 5º da Constituição Federal (CF), precisa que se assente, contempla em seu bojo outras formas expressas de igualdade e de combate ao

racismo, de que é exemplo, o inc. XLII, versando sobre a imprescritibilidade do crime desta natureza.

Demonstrados, alhures, os parâmetros estatísticos em vários setores, relevante se faz a análise sobre a distinção entre as diversas formas de discriminação: discriminação direta, indireta e oculta.

Alice Monteiro de Barros classifica as formas de discriminação da seguinte forma:

A Discriminação direta é conceituada como o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. Já a discriminação oculta, prevista no direito francês, se funda em motivo proibido, mas não confessado. Ela pressupõe a intenção de discriminar, traço que a distingue da discriminação indireta, em que está ausente tal intenção. A discriminação oculta vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado, daí sua intenção de discriminar (BARROS, 2007, p. 1102).

Interessa a este trabalho, ainda que sem aprofundamento, emergir a conclusão de BENTO (2014, p. 28-30), diretora do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades, ao diferenciar: discriminação racial como preconceito, de defesa de interesses:

No campo da teoria da discriminação como interesse, a noção de privilégio é essencial. A discriminação teria como motor a manutenção e a conquista de privilégios de um grupo sobre outro, independentemente do fato de ser intencional ou apoiada em preconceito. O desejo de manter o próprio privilégio branco (teoria da discriminação com base no interesse), combinado ou não com um sentimento de rejeição aos negros, pode gerar discriminação. É essa perspectiva de análise que levou Antonovski a advogar a dis-

tinção entre discriminação provocada por preconceito e discriminação provocada por interesse.

O silêncio, a omissão, a distorção do lugar do branco na situação das desigualdades raciais no Brasil têm um forte componente narcísico, de autopreservação, porque vem acompanhado de um pesado investimento na colocação desse grupo como grupo de referência da condição humana.

Revolvendo ao tempo da época da emancipação, a autora narra que, além de se soltar das correntes da escravidão, os negros tiveram de passar por duras provas relacionadas à pobreza, de inércia sociocultural e do estereótipo de que possuíam, biologicamente, inferioridade intelectual, o que levou à sua exclusão dos postos de trabalho:

Outrossim, a monopolização dos postos de trabalho pelos imigrantes europeus, na sociedade de classes que emergia, interpretado como fruto de um melhor preparo desses imigrantes, foi posteriormente contestado por vários estudiosos. Na verdade, o que seu foi a mais cristalina discriminação racial com o objetivo explícito, (*omissis*), de excluir o negro, uma vez que os imigrantes que aqui vieram tinham o mesmo nível de preparo que o negro. Assim, omissão e inércia não são bons conceitos para caracterizar a atitude da elite branca da época. O que se pode observar é que uma questão de fundo sempre permanece: a dificuldade de olhar para o seu grupo (BENTO, 2014, p. 50).

Na mesma obra, ao discorrer no texto “Porta de vidro: entrada para a branquitude”, sobre a “inter-racialidade”, o discurso branco e seu olhar sobre o “preconceito racial”, a psicóloga e ativista ensina que:

Talvez uma metáfora possa resumir o que comecei a perceber: bater contra uma porta de vidro aparentemente inexistente é um impacto fortíssimo e, depois do susto e da dor, a surpresa de não ter percebido o contorno do vidro, a fechadura, os gonzos de metal que mantinham a porta de vidro. Isso resume, em parte, o des-

cobrir-se racializado, quando tudo o que se fez, leu ou informou (e formou) atitudes e comportamentos diante das experiências sociais, públicas e principalmente privadas, não incluiu explicitamente nem a mínima parcela da racialidade atribuída ao outro. Tudo parece acessível, mas, na realidade, há uma fronteira invisível que se impõe entre o muito que se sabe sobre o outro e o quase nada se sabe sobre si mesmo (BENTO, 2014, p. 61).

Finalmente, do texto “Branquitude – o lado oculto do discurso sobre o negro” da mesma consagrada escritora, se extrai sua compreensão a respeito dos progressistas brancos que se aventuram nas relações raciais e nas opressões daí surgidas:

Ao discutir sobre racismo, elas esperam abordar uma opressão que “está lá” na sociedade, e não em algo que as envolva diretamente, ou que envolva a instituição da qual fazem parte.

Nem sempre estão desejosas de admitir que, se são brancas, em alguma instância são beneficiárias do racismo. Por outro lado, a condição de discriminado, sempre associada ao insucesso, incompetência e inferioridade, nem sempre é assumida prontamente.

Desta forma, em diferentes momentos, o tema pode provocar reações intensas e contraditórias nos participantes, tais como dor, raiva, tristeza, sentimentos de impotência, culpa, agressividade etc.

Não raro, por conta desses sentimentos, surgem argumentações que visam desqualificar o debate, colocar em dúvida dados estatísticos que estejam sendo apresentados, tentativas de relativizar o problema com expressões que já se tornaram clássicas, do tipo “os gordos e os japoneses também são discriminados”, ou, a mais frequente, culpabilizar os próprios negros: “é, mas os próprios negros se discriminam, os negros não assumem sua identidade” etc. (BENTO, 2014, p. 148).

Chamado de “Ações afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas”, organizado por Santos (2005), foi publicada interessante obra que

sugere diversas atitudes que podem ser tomadas pelo Estado visando à erradicação das práticas discriminatórias.

Apesar de ser notório o fato de que nunca haverá eliminação total, tais medidas podem e são muito importantes para reduzir consideravelmente tais práticas.

No citado livro, Joaquim B. Barbosa descreve que:

No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser utilizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privado) (GOMES, 2001, p. 444).

No que diz respeito às cautelas a serem observadas, a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha aduz que:

É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados, primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo

a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade (ROCHA, 1996, p. 88).

A Lei nº 10.639/2003, por exemplo, é uma resposta às demandas históricas de um movimento social. Faz parte de ação afirmativa. Para Moreira (2008), a referida Lei tem como objetivo “a correção das desigualdades, a construção de oportunidades iguais para os grupos sociais e étnico-raciais com um comprovado histórico de exclusão e primam pelo reconhecimento e valorização da história, da cultura e da identidade desses segmentos” (essa Lei e a 11.645/2008, regulamentam o ensino de “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena” na educação básica do Brasil).

Trilham a mesma rota as palavras do autor e também ex-ministro do mesmo sodalício (STF), Daniel Sarmento, ao definir as políticas de ações afirmativas como aquelas, de caráter coercitivo ou não, que “[...] visam promover a igualdade substancial, através da descriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social”:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (SARMENTO, 2007, p. 202).

Releva inolvidar que, no âmago da questão há a discriminação como geradora de desigualdades. Nesse sentido, as políticas públicas voltadas para as ações afirmativas têm o condão de abandonar a igualdade meramente formal, à medida que promovem a igualdade de oportunidades. Não por outra razão, para o ex-ministro Joaquim Barbosa: “[...] as ações

afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação” (BARBOSA, 2012).

Ilustrativo, como elemento a conformar a direção das políticas públicas mitigadoras das desigualdades em nível racial como norte ao legislador, já no limiar do séc. XXI, é o levantamento apresentado por PIOVE-SAN (2007, p. 227):

[...] Em um país em que os afrodescendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes (dados do IPEA), em que o índice de desenvolvimento humano geral (IDH, 2000) figura o país em 74º lugar, mas que, sob o recente recorte étnico –racial, o IDH relativo à população afrodescendente indica a 108ª posição (enquanto o IDH relativo à população branca indica a 43ª posição), faz-se essencial a adoção de ações afirmativas em benefício da população afrodescendente, em especial nas áreas de educação e trabalho.

[...]

Considerando as especialidades de ações afirmativas em benefício da população afrodescendente (45% da população brasileira, perdendo apenas para Nigéria) tendo sido, contudo, o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão, faz-se urgente a aplicação de medidas eficazes para romper com o legado histórico de exclusão étnico-racial e com as desigualdades estruturantes que compõem a realidade brasileira.

Para além do Estado, contudo, conforme exposto por Joaquim Gomes, as empresas privadas, visando reconhecimento e crescimento, deveriam adotar medidas de *compliance* moral ou antidiscriminatório (CARLOTA, 2021), para que a regra seja a contratação de negros em percentual crescente em seu corpo operacional e direcional.

CONCLUSÃO

A necessidade de garantia de igualdade não é surpresa, nasce da observância de desigualdades entre as pessoas, que pode ser racial, social, de gênero, entre outros.

Assim, diante do multiculturalismo presente e o aumento dos casos de discriminação, o presente estudo demonstrou algumas formas de tratamento desigual na atualidade, trouxe à tona referências sobre ações afirmativas e questão racial, discutiu fatores limitantes que vêm impedindo ao longo do tempo o tratamento isonômico dos negros em relação às demais raças.

Fez-se este trabalho, partindo-se de conceitos mais amplos, com o intuito de colaborar, demonstrando formas de discriminação atual e trazendo à tona, também, a necessidade de maiores, ativas e incisivas atuações estatais, para mitigação da discriminação racial; incluindo, no âmbito das empresas.

Isso porque, para além do Estado, conforme exposto por Canotilho (2007, p. 419), as empresas privadas, visando reconhecimento e crescimento, devem adotar medidas de *compliance* moral ou antidiscriminatório.

Apesar disso, restou evidente que ainda é papel do Estado desenvolver, ser a referência de medidas que possam coibir práticas de ausência da garantia da igualdade e do decorrente tratamento isonômico a todos os grupos de algum modo desvalidos; bem como cabe a ele o papel de impulsionar; e também, de vigília e fiscalização para que se observem as normas constitucionais e legais já existentes e vigentes no país, que, se representam um mínimo de avanço, não admitem qualquer forma de negligência ou retrocesso.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cléber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social na igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 41 / DF**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento: 08/06/2017 – Órgão julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF nº 186 DF.**

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de Julgamento: 26/04/2012. Data de Publicação: DJe Public 20/10/2014.

BRASIL. TST. RECURSO DE REVISTA: **RR – 167500 –**

63.2008.5.04.0232. Data de Julgamento: 20/02/2013. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma. Data de Publicação: DEJT 22/02/2013.

CARLOTA, Isadora Carolina Rodrigues. **Diversidade racial e racismo dentro das organizações.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/32196>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva *et al.* **Psicologia social do racismo:** estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. 6. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

FERRARI, Iray; RODRIGUES, Melchíades. **Dano Moral:** múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 311.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 155.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Site **Mundo Jurídico**, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito Fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, jan./mar. 2014.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça do Brasil - Informação Demográfica e socioeconômica nº 41**. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, Antonio Flávio. **Multiculturalismo: Diferenças Culturais e Práticas Pedagógicas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativa no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2007, p. 227.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. *In*: CAMARGO, Marcelo Novellino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2007, p. 202.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Alteridade: a identificação da diferença. **Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em direito – Mestrado – URI Santo Ângelo**. Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos *et al.* **O Princípio da igualdade e as ações afirmativas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=75b9b6dc7fe44437>.

INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS EM DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

*Anderson Lopes*³⁷

*Felipe de Magalhães*³⁸

INTRODUÇÃO

A mídia é considerada um dos pilares da democracia, exercendo influência em todos os aspectos da sociedade. Jornais, rádios, televisão e novas mídias, como as redes sociais, não apenas espalham informações, mas também ajudam a determinar sobre quais tópicos e histórias as pessoas falam. A liberdade de imprensa é considerada como “a mãe de todas as liberdades em uma sociedade democrática”, sendo, talvez, o direito mais significativo e útil em nossa Constituição.

A oportunidade de articulação fundida no artigo 19º da DUDH³⁹ continua sendo um facilitador significativo para um amplo compromisso da mídia dentro de um ambiente de regra majoritária. É utilizando essa oportunidade que a mídia pode trabalhar.

A Constituição Federal de 1988 busca garantir o direito, de todas as partes, a um processo justo e imparcial, especialmente em um tribunal de júri, onde se espera que os júris escolhidos possuam uma neutralidade

37 Graduando em direito cursando o 8º período na instituição CNEC de Rio das Ostras/RJ.

38 Mestrando em Direito pela UCAM. Advogado e Professor Universitário.

39 Declaração Universal dos Direitos Humanos.

e não façam juízo de valor, nem criem um pré-conceito baseando suas opiniões em informações que não tenham sido disponibilizadas ao longo do julgamento.

Desempenhando e assumindo um papel crucial na moldagem da avaliação do público em geral, a mídia vem abusando dessa liberdade de expressão e articulação permitindo que muitos crimes recebam cobertura excessiva da mídia, fornecendo um desafio para os promotores, bem como réus e advogados de defesa, no momento de julgar um caso.

Essa intensa cobertura da mídia influencia a forma com que os jurados irão decidir seus veredictos ou isso os impede de decidir casos apenas com base nas provas apresentadas no julgamento? É possível identificar vários casos recentes que demonstram que a publicidade pré-julgamento é prejudicial aos vereditos e existem poucas razões que levam a crer que esses preconceitos sejam removidos antes que os jurados ouçam o testemunho e cheguem às decisões.

Desse modo, o estudo busca comprovar a violação do instituto do tribunal do júri pela massiva propagação de informações veiculadas pelas mídias que interferem diretamente no poder de julgamento e discernimento de cada jurado que comporá o conselho de sentença em audiências do Júri Popular.

A metodologia utilizada para abordagem do assunto é de modo exploratório com a finalidade de comparação de casos concretos, tomada de conhecimentos doutrinários e conteúdos que versem sobre o tema, e descritiva, com a apresentação de coleta de dados estatísticos da opinião pública.

Após arguido de todo o conhecimento doutrinário e estatístico sendo possível concluir se há eficácia no instituto do tribunal do júri, sendo ainda um meio respeitado em sua aplicação, ou um meio violável por mecanismos apropriados e respaldados pela mídia e suas diversas fontes de produção.

1. O TRIBUNAL DO JÚRI

1.1. DEFINIÇÃO E COMPOSIÇÃO

Previsto pela Constituição Federal no Brasil desde 1982, o tribunal do júri é o instituto responsável para apreciar e julgar os crimes dolosos

contra a vida. É um dos poucos mecanismos de exercer a jurisdição com a participação ativa do povo, pois são sorteados, para cada processo, 25 cidadãos para comparecerem ao julgamento com o intuito de exercerem seu papel como jurados e apenas sete irão compor o conselho de sentença que proferirá a decisão sobre o acusado, condenando ou absolvendo.

O procedimento adotado pelo júri é dividido em duas fases processuais: *Judicium accusatione* (formação de culpa) e a *Judicium causae* (julgamento da causa). A primeira fase, como também reconhecida como juízo de acusação, tem o objetivo de identificar se o crime denunciado pela acusação deverá ser julgado pelo tribunal do júri, tal fase têm início pelo oferecimento da denúncia e termina com a sentença proferida pelo Juiz, podendo ser: Pronúncia; Impronúncia; Desclassificação do Crime ou Absolvição Sumária.

A segunda fase, objeto de investigação por este estudo, é o juízo da causa, trata-se então da fase de julgamento pelo próprio Júri, corpo de jurados ou conselho de sentença. Esta fase somente tem início com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia da fase anterior e termina com a sentença do Juiz presidente do Tribunal do Júri.

unal do júri retrata a ferramenta jurisdicional com exercício da cidadania e a importância da democracia social, pelo fato de possibilitar que os próprios jurados semelhantes ao acusado determinem sobre seu julgamento, e, por fim, assegurando a participação popular direta nos julgamentos do júri.

1.2. PRINCÍPIOS REGENTES

O tribunal do júri detém de expressão dada pela Constituição Federal a proteção e garantia de 4 princípios específicos para sua organização, que são: Plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência mínima para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988.

1.2.1. PLENITUDE DE DEFESA

A plenitude de defesa é mais abrangente do que o princípio processual da ampla defesa. Exercida em audiência do tribunal do júri, permite que

a defesa use todos os meios possíveis para convencer os jurados, como argumentos não jurídicos, ilustrações, histórias até mesmo conhecer a vida dos jurados.

1.2.2. SIGILO DAS VOTAÇÕES

A votação dos jurados é realizada em sala especial, sem a presença do acusado ou se houver também a vítima, onde cada jurado proferirá o seu voto em urnas entregue ao oficial de justiça, e em audiência será declarado o quantitativo de votos de cada quesito de forma coletiva.

1.2.3. SOBERANIA DOS VEREDITOS

Traz o entendimento que o povo é soberano, é então o poder supremo manifesto pelo povo no papel dos jurados, que torna a decisão irrecorrível, sem possibilidade de rejeição de qualquer magistrado togado.

1.2.4. COMPETÊNCIA MÍNIMA PARA O JULGAMENTO DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

É o estabelecimento que a competência para julgar os crimes dolosos conta a vida é do tribunal do júri e não pode ser suprimida, somente o júri pode julgar crimes desta natureza.

1.3. LIVRE CONVENCIMENTO E IMPARCIALIDADE OU PRÉ-CONCEITOS FUNDADOS

O tribunal do júri é um dos poucos meios da jurisdição brasileira que concede ao cidadão comum o poder de julgar e votar pela condenação ou absolvição sobre processos de crimes hediondos. Dessa maneira, o júri, ou melhor, o conselho de sentença que proferirá a decisão sobre o acusado representa a justiça social perante este processo, pois será esse conselho que decidirá pela sociedade se esse acusado será condenado ou não.

A prestação do serviço de jurado é uma disposição determinada pela legislação em benefício da coletividade, porém, constitui-se de princípios

norteadores de cidadania e ética, pois o jurado estará determinando sobre uns dos bens jurídicos mais tutelados não só pela Constituição Federal, mas também por toda normatização brasileira, que são: “A Liberdade e a Vida”. Sua decisão impacta muito além do(s) acusado(s) ou as pessoas ligadas à(s) vítima(s), mas também em toda a sociedade que sofre das repercussões da violência praticada ou repelida.

Além dos requisitos estabelecidos qualificadores para ser jurado, requer-se também que o indivíduo seja independente aos fatos do processo em questão, em outras palavras, ele deve ser imparcial perante o caso em evidência e transcendência de caráter para melhor discernimento de julgamento.

Conforme definição, “... os jurados são leigos, ou seja, não possuem conhecimentos técnicos, e julgam de acordo com os sentimentos e convicção íntima, a fim de dar um aspecto mais humanitário e social as ações penais” (FERREIRA, 2016, p. 471).

Não podemos deixar de falar que a cobertura excessiva da mídia em alguns casos pode afetar o princípio da plenitude da defesa, já que o jurado, cidadão comum, pode já estar com sua opinião formada pela mídia e não tenha condições de separar aquilo que a imprensa falou ou escreveu dos fatos. Muitas vezes, de forma parcial e sensacionalista a mídia acaba interferindo negativamente sobre o conteúdo daquilo que efetivamente restou como fato comprovado nos autos através do devido processo legal. Ao divulgar ou disseminar algumas opiniões e informações, fatalmente a mídia interfere na opinião pública. O constituinte, na verdade, deliberou, clara e incontestavelmente, que a ampla defesa no júri deve ser exercida na sua plenitude e essência (VINCENÇO, 2012, p. 16).

De tal forma, a massiva e intensa propagação de informações pela mídia que abordem informações sobre as partes envolvidas no processo que será levado ao tribunal do Júri produz no cidadão comum a criação de pré-conceitos que vão se fundando como verdades absolutas para seu senso de discernimento de justiça, porém, informações essas que diversas vezes não são comprovadas de fato sua veracidade, podendo levar um jurado a determinar sua justiça por falácias de convencimento.

Fato é que para muitos a verdade se torna exatamente aquilo que é prazeroso aos nossos olhos, e muitas das vezes consideramos a oposição dessa realidade enxergado como mentiras, tornando qualquer contraposição caluniosa ou de difícil compreensão. Se perante uma audiência de um acusado pela prática do crime de homicídio, as mídias reportarem que o crime foi praticado por um homem identificado como supostamente um agressor recorrente, de uma localidade de reconhecimento social como perigosa, automaticamente, qualquer receptor desta informação irá julgar sua condenação com receios já fundados de que muito provavelmente este acusado tenha de fato cometido o crime, independente de seus motivos.

Temos em nossa sociedade a habitualidade da concepção da predisposição biológica para a prática de crimes, teoria essa desenvolvida por Cesare Lombroso,⁴⁰ defina pelo mesmo que certas pessoas já nascem com características e predisposições para a prática de crimes. No entanto, essa teoria retrata estereótipos raciais ao enquadrar essas características geralmente a pessoas: negras; moradoras de periferias; de baixa renda e sem formação educacional.

Se por essa teoria, que não há fundamento científico algum, mas sim consequências da deficiência de desenvolvimento social e governamental de uma determinada nação e a desigualdade de classes, conforme defendida por Karl Marx, pode afetar no discernimento de um cidadão ao pré-julgar pessoas pretensas a cometerem crimes, o que dizer de propagação de informações de pessoas que de fato já estão em processo de acusação.

2. A MÍDIA

2.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO/IMPREENSA X SEGREDO DE JUSTIÇA

Segundo Daniele Medina Vicenço (2012), a liberdade de imprensa surgiu originalmente na França, em torno do ano de 1789, o pensamento encontrava-se conectado aos anseios da Revolução Francesa, que mani-

40 - Cesare Lombroso foi um psiquiatra, cirurgião, higienista, criminologista, antropólogo e cientista italiano.

festava a luta da burguesia e plebeus contra a nobreza e o clero. A primeira expressão que determina sobre a liberdade de imprensa consta descrita na Declaração do Homem e do Cidadão, que narra: “A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, embora deva responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei” (DECLARAÇÃO DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

A Constituição Federal brasileira traz o entendimento pela proteção e manutenção aos direitos de liberdade de expressão; pensamento e acesso à informação, ao ponto que esta conquista da humanidade é reconhecida como direito fundamento possibilita ao cidadão criar, compartilhar ou até mesmo ter acesso a várias fontes de informações, como através de noticiários; livros; jornais; televisões, sem a interferência do poder Estatal.

Porém, a doutrina compreende que a mídia de modo geral ganhou força e ativismo de modo que a informação chega aos cidadãos com extrema rapidez e nem sempre é possível verificar a veracidade da informação divulgada, possibilitando a influência de entendimento da opinião pública com fatos inverídicos.

Nossa Constituição Federal de 1988 explicitou a liberdade de informação no art. 5º, incisos IV (liberdade de pensamento); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação) e no art. 220, § 1º (liberdade de informação propriamente dita). Mas a imprensa viola com frequência o art. 5º, inciso LVII da CF que anuncia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se do Princípio da Presunção de Inocência (VINCENÇO, 2012, p. 26).

Já o entendimento do Segredo de Justiça é estabelecido no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 189, aplicado nos casos que: exija o interesse público ou social; versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento

de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

A norma ainda dispõe que o direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores, ou seja, não caberia à mídia ter acesso a tais informações, por versarem de cunho particular de cada um, ao mesmo ponto que, a prática de crimes hediondos, é de interesse social e se deve pela publicidade, onde impera a questão, até que ponto essa liberdade de expressão poderia violar o segredo de justiça para atender a demanda do interesse social?

Importante destacar que o segredo de justiça tende a proteger as pessoas envolvidas e tutelar valores sociais, como o direito à imagem, intimidade e dignidade. Mas como ressaltado acima, os crimes hediondos são de interesse social, porém a liberdade de imprensa não reconhece os limites de sua capacidade, aprofundando-se cada vez mais para trazer a público as informações encontradas, violando até o sigilo de investigações policiais em andamento, afetando desta maneira estas investigações e também formando a opinião pública com tais valores expostos.

A imprensa precisa, com certeza, ser livre. Sem liberdade ela não cumprirá seu papel primordial que é o de informar a sociedade. Contudo, essa liberdade não pode permitir que o veículo de comunicação social agrida outros direitos atribuídos à pessoa humana, porque nenhum direito é completamente absoluto. Quem sabe a máxima “A censura” é “um mal menor que as injúrias da imprensa” seja uma ideia a ser melhor valorizada e analisada (MARX, 2006, p. 200).

Pode se concluir, portanto, a necessidade de suplementação na definição da liberdade de expressão para haver limites que respeitem os desdobramentos do poder jurisdicional, ao aplicar a proteção do segredo de justiça e determinar o que de fato seria de relevante valor social para ser divulgado com o intuito de atender a demanda do interesse público, evitando assim, a formação de pré-conceitos por parte da sociedade perante

acusados em curso processual possibilitando o julgamento imparcial e a decisão pautada pelos fatos narrados e alegado perante o júri apenas.

2.2. DECISÕES MAIS ENFATIZADAS PELOS NOTICIÁRIOS

2.2.1 CASO “DANIELLA PEREZ”

Um dos casos que gerou grande repercussão foi o da atriz Daniella Perez, filha da dramaturga Glória Perez. A atriz foi morta a tesouradas pelo então companheiro de cena, Guilherme de Pádua, e sua companheira Paula Nogueira.

O crime ocorreu em 1992 e repercutiu por todo o país, devido a sua ampla cobertura midiática, causando grande comoção aos telespectadores. A proporção foi tamanha, que devido à grande pressão midiática e popular o Crime de Homicídio Qualificado⁴¹ passou a compor a lei de Crimes Hediondos.

Ocorre, portanto, que quando o processo recebe muita atenção da mídia o papel da imprensa se confunde com o do poder judiciário. Tal alegação é corroborada pelo fato de que, originalmente, a Lei 8.072/90 não previa a possibilidade de fiança e nem progressão de regime. Era visto que isto desrespeitava o art. 5o, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a individualização da pena. O STF, em 23 de fevereiro de 2006, reconheceu a inconstitucionalidade desta proibição e a Lei 11.464/07, em seu texto, incluiu no art. 2º, II a possibilidade de fiança e no art. 2º, § 2o, a possibilidade de progressão de regime (KUSTER, 2019, p. 28).

Além de toda mudança acarretada pela fatalidade, ao final do processo, durante o julgamento dos acusados, já havia uma posição firmada do público em prol da condenação dos mesmos.

41 Ocorre quando o crime é praticado por motivo fútil ou torpe, ou cometido com crueldade. Está disposto no Art.121, §2º do CP.

Guilherme de Pádua foi condenado a 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de prisão. após cumprir um terço da pena, ele ganhou liberdade em 14 de outubro de 1999. A sua companheira Paula Nogueira foi condenada a 18 (dezoito) anos e 6 (seis) meses de prisão como cúmplice pela morte de Daniella.

2.2.2. CASO “ALEXANDRE NARDONI E ANNA JATOBÁ”

Também um dos casos que mais chocou o País, Isabella Oliveira Nardoni, a criança teria sido atirada do 6º andar do prédio em que residia seu pai, Alexandre, e sua companheira, Anna. A criança chegou a ser atendida pelos paramédicos, mas não resistiu aos ferimentos.

A influência da mídia sobre o caso começou a ser exercida de forma latente quando revistas conceituadas na época, como a VEJA, já trazia em destaque a foto do casal, já os citando como responsáveis pela morte da criança.

É importante ressaltar que mesmo que todos os indícios levassem a crer que estes seria os autores do fato, era necessário que durante a apuração do crime fosse respeitado o devido processo legal, elencado no art. 5º, LVI, da Constituição Federal⁴².

Tal princípio evita decisões arbitrárias de autoridade de qualquer nível, criando um modelo que assegure ao cidadão receber o devido processo legal. Entretanto, nesse caso, verificamos que houve a violação desse princípio no caso de Alexandre Nardoni e Anna Jatobá.

A prova de tal fato tem-se pela decretação da prisão cautelar dos mesmos, enquanto se seguia o inquérito policial, logo após a prisão temporária e, por fim, a prisão preventiva já no curso do processo.

Apesar de existirem indícios suficientes de autoria, demonstrando a periculosidade do casal, pode-se observar que o Judiciário justificou o decreto da prisão preventiva, constado no art. 312, do CPP, exclusi-

42 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] (BRASIL, 1988).

vamente pelo seu potencial de repercussão social, tendo movida a sua decisão pela exposição do caso dada pela imprensa. Segundo Nucci (2007, p. 591):

Crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal. Não se pode, naturalmente, considerar que publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva. Entretanto, não menos verdadeiro é o fato de que o abalo emocional pode dissipar-se pela sociedade, quando o agente ou a vítima é pessoa conhecida, fazendo com que os olhos se voltem ao destino dado ao autor do crime. Nesse aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia de ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave.

É correto afirmar que houve grande envolvimento da população, dado a gravidade do crime, mas não podemos ignorar que a atenção dada pela mídia aumentou a comoção popular. Esta interferência fez da imprensa um julgador popular, pois dependendo da visibilidade que o caso ganhar, as chances de o acusado ser preso aumentam. Se a notícia é ignorada, o caso segue seu curso normal, sem prisões preventivas desnecessárias ou pressões para assegurar a ordem pública, como citou o magistrado.

O tribunal do júri, como sabemos, é formado por uma parcela da população que deverá analisar o caso e decidir sobre a sentença do acusado.

Se os jurados, que são uma parcela da população, estão recebendo a enxurrada de informação despejada pela mídia, de certo que tais informações influenciarão em suas decisões.

Bem como não se pode ignorar que a mídia exerce muita pressão sobre todo esse processo que envolve os jurados e o juiz e consequentemente as decisões finais.

É preciso muita cautela ao tratar casos criminais desta natureza na mídia, e não a tratar como show, pois o reflexo perante a população é enorme e já está provado sua influência dentro do processo.

Para visualizar melhor como a mídia influenciou neste caso, cabe comparar outro caso muito semelhante ao de Nardoni, mas sem a exposição excessiva da imprensa. Segue conforme Neto (2010, p. 1-2):

Kátia Marques e Juliano Aparecido Gunello foram denunciados como incurso no artigo 1º, inciso II, parágrafo 3º, parte final e parágrafo 4º, inciso II, da Lei nº 9.455/97, combinado com o artigo 61, inciso II, letras “e” e “f”, do Código Penal, porque expuseram à perigo a vida e a saúde da criança Pedro Henrique Marques Rodrigues, com cinco anos de idade, pessoa que tinham sob seu poder e guarda, privando-a de alimentos e cuidados indispensáveis, aplicando castigos pessoais e abusando dos meios de correção e disciplina com violência, e submetendo-a a intenso sofrimento físico e mental, donde adveio a sua morte agônica. Consta da inicial que no dia 12 de junho de 2008, por volta das 11h45min, no Hospital SantaLydia, neste município, a criança faleceu; os acusados Kátia e Juliano justificaram, na ocasião, que a vítima havia ingerido o produto denominado Semorin; todavia, a equipe médica constatou, de início, que não existia indicativo de ingestão de referida substância e que o corpo de Pedro apresentava inúmeras equimoses e fratura no punho direito; médicos legistas realizaram exame necroscópico no cadáver e constataram que a vítima morreu devido à insuficiência respiratória decorrente dos efeitos da embolia gordurosa pulmonar em virtude de politraumatismos característicos de violência contra a criança. Narra, ainda, a inicial que o acusado Juliano torturava a vítima por intermédio de ofensas, humilhação e agressões, estas múltiplas e graves, a título de correção e imposição de disciplina, com o que consentia a acusada Kátia, que a tudo assistia e de nada discordava, pelo contrário, contribuía com sua postura agressiva e intencionalmente omissiva; essa tortura a Pedro prolongou-se por mais de um ano, dela advindo os problemas que deram causa à morte, vez que a diagnosticada síndrome da criança espancada, processo lento e gradual de deterioração da saúde.

As sentenças dos casos foram que Alexandre Nardoni foi condenado a 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês, e 10 (dez) dias de reclusão, a iniciar-se em regime fechado, e Anna Carolina Jatobá a 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, também devendo iniciar-se em regime fechado. No caso Pedro Henrique, ambos os acusados, Juliano e Kátia, foram condenados a 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Ao analisar cada caso, é possível verificar que o caso Pedro Henrique é até mais cruel do que o caso Nardoni, visto que os maus-tratos à criança perduraram por anos. Mas a diferença está justamente em que o caso Pedro Henrique não teve o mesmo tratamento na mídia e por isso mesmo seu julgamento foi diferenciado.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após realizada a pesquisa de campo através de uma enquête desenvolvida para captar a opinião pública acerca do Tribunal do Júri, foram criadas três simulações de julgamentos hipotéticos, onde o participante da enquête iria julgar sobre o caso narrado. Porém, em cada caso, após ser narrado os fatos dos autos, e o participante ter definido sua decisão, era apresentada uma informação adicional, representando o papel da mídia de modo geral, dando a possibilidade de, através desta nova informação, o jurado poder alterar sua decisão.

Deste modo, caso houver qualquer alteração de decisão devido ao conhecimento dessa nova informação, independentemente de ser comprovada sua veracidade ou não, poderemos identificar que a propagação de informações por parte da mídia pode afetar o senso de discernimento de um jurado, violando o princípio da imparcialidade e julgando por pré-conceitos já fundados e estereotipados pela sociedade.

1º Caso, narra a história hipotética de uma mãe que após ter gerado uma criança, horas após o parto, ainda sobre efeitos do estado puerperal, inconformada pelo fato de ter uma criança não desejada, que já havia tentado abortar 3 vezes durante o período de sua gravidez, de forma silenciosa e escondida, joga sua filha recém-nascida pela janela da maternidade onde se encontrava. A janela pela qual a criança foi arremessada era do terceiro andar do prédio em que estavam. A criança veio a óbito no exa-

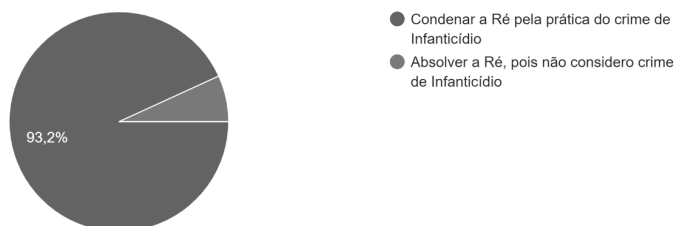
to momento do impacto ao solo. Portanto, essa mãe foi indiciada pelo Ministério Público pela prática do crime de infanticídio⁴³ (Art. 123 do Código Penal).

A culpabilidade da acusada vem demonstrada por acentuado grau de reprovabilidade, porquanto ela possuía o potencial conhecimento da ilicitude do fato. Tanto que tentou a todo custo escamotear o crime, praticando-o às escondidas, no interior da maternidade que se encontrava. Ademais, a conduta da acusada é socialmente reprovável, quando dela se exigia comportamento diverso.

Após expostos os fatos hipotéticos narrados e apresentados, os participantes da enquete, no total de 44 (quarenta e quatro) jurados votantes, quarenta e um votaram a favor da condenação da ré e apenas 3 votaram pela absolvição, conforme podemos conferir no gráfico a seguir:

Você Condena ou Absolve?

44 respostas



Após a decisão deste primeiro fato, foram apresentadas novas informações, representando uma matéria jornalística hipotética sobre o caso, relatando que após o julgamento da Mulher, foi informado pela mídia que a mesma havia sido estuprada em meio a uma via pública, e inconformada com a violência e com sua gravidez indesejada, ela teria tentado abortar a criança por 3 vezes seguidas durante o período de gestação. Além do fato de que a mulher perdeu a possibilidade de ingressar em uma empresa

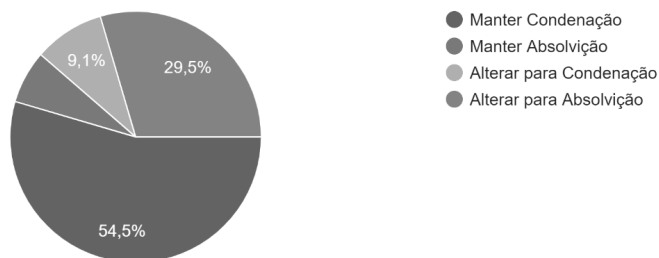
⁴³ Infanticídio é o homicídio praticado pela mãe contra o filho, sob a influência do estado puerperal, que ocorre durante ou logo após o parto. A pena prevista é de 2 a 6 anos de detenção.

muito renomada que era o seu sonho, pois, pelo fato de estar grávida, a impossibilitou de participar do processo seletivo de contratação de gestores para essa empresa.

Devido ao conhecimento destes novos fatos, foi possibilitado ao júri novamente votar, porém com a possibilidade de alterar sua decisão, no caso, quem votou pela condenação poder agora absolver e vice-versa. Dessa maneira, percebe-se que 13 jurados optaram por alterar sua decisão de condenação para absolvição, por acharem que a informação que foi apresentada, mudaria a situação pela qual a ré fora condenada, conforme desprende-se do gráfico a seguir:

Após essas novas informações como pretende proceder?

44 respostas



Destaque importante que no final da enquete foi esclarecido que a notícia hipotética que foi apresentada teve sua fonte confirmada e tratava-se de uma Fake News,⁴⁴ ou seja, ao ter uma informação falsa divulgada, sem ao menos ter sido confirmada sua fonte, percebe-se o poder de alteração no julgamento de um jurado para decidir sobre um crime de infanticídio.

O 2º Caso hipotético narrado na enquete abordava que O Tribunal do Júri da Comarca de Tão Tão Distante⁴⁵ está julgando um jovem de 25 anos acusado de homicídio qualificado. O caso diz respeito a uma briga de bar que resultou em um assassinato. De acordo com os autos, um dos envolvidos na discussão deixou o estabelecimento, mas foi seguido por

⁴⁴ Termo utilizado para retratar uma notícia falsa.

⁴⁵ Nome fictício no caso hipotético.

dois sujeitos que estavam em uma moto. Após ser alcançado, acabou recebendo quatro facadas do jovem criminoso, que estava na garupa.

O jovem foi reconhecido como o autor do ataque, após análise dos vídeos de uma câmera de segurança encontrada no local do crime, ele foi identificado pelo modelo do casaco que estava usando e pela sua aparência facial. A polícia de prontidão prosseguiu com o mandado de prisão preventiva contra o jovem de 25 anos.

Durante o curso da audiência, o motorista é convidado a testemunhar, e a acusação lhe pergunta se ele reconhece o réu? O motorista afirma conhecer o jovem! A acusação pergunta se de fato o jovem cometeu o crime? E a testemunha afirma que um jovem desferiu as facadas na vítima. O jovem de 25 anos está sendo julgado pela prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil – Artigo 121, inciso II do §2 do Código Penal.

Em decisão pelos jurados da enquete, acerca dos fatos narrados, teve-se um total de 37 votos favoráveis pela condenação do jovem, pela prática de homicídio qualificado por motivo fútil, conforme desprende-se do gráfico a seguir:

Após narrados os fatos, qual será sua decisão?
44 respostas



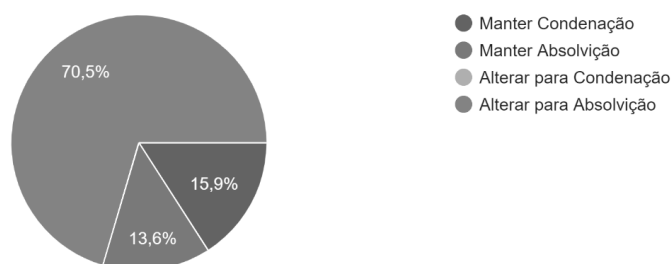
Após a decisão, assim como no 1º caso hipotético, foram esclarecidas novas informações propagadas pela mídia, dizendo que o Jovem foi condenado pelo Júri, e após 3 anos de sua condenação, já cumprindo sua pena, é revelado que o Jovem de 25 anos que foi identificado como o autor do crime, na verdade, tem sua estatura menor do que o real assassino. E o

motorista que foi testemunha em seu julgamento se retrata afirmando que foi aconselhado pelo Ministério Público a relatar que conhecia o jovem e identificar que teria sido ele o real praticante do crime, porém a testemunha reafirma que “Um jovem cometeu o crime, mas que hora nenhuma teria dito que aquele jovem de 25 anos teria sido o real infrator”, além também de confirmar que o jovem de 25 anos era seu conhecido por morarem no mesmo bairro.

Interrogado o júri novamente se após o conhecimento desta matéria gostaria de alterar sua decisão, encontramos um resultado surpreendente de 31 votos pela alteração de condenação para absolvição, conforme o gráfico abaixo:

Após essas novas informações, como você irá proceder?

44 respostas



No final do formulário foi informado que este caso era uma adaptação de um caso real, e que o jovem verdadeiro haveria passado por 3 anos de condenação mesmo sendo inocente, onde os jurados que votaram pela sua condenação se deixaram ser levados pelos boatos que percorriam na mídia e falhas no trâmite do processo.

É notória a ineficácia do tribunal do júri quando se há grande repercussão midiática acerca da pessoa que está sendo julgada ou até mesmo sobre a matéria debatida. Em virtude dos fatos mencionados, não há como negar que a mídia tem um papel relevante para a sociedade onde ela propaga as informações e notícias rapidamente. Nessa lógica, a Constituição

Federal defende expressamente a liberdade de expressão e a livre escolha da profissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tribunal do júri é um instituto constitucional que se utiliza da democracia para julgar os casos de crimes dolosos contra a vida, um instituto humano e democrático e não visa apenas a punição do réu, mas toda uma participação social no sistema jurídico brasileiro, entretanto a mídia o influencia negativamente, não podendo afirmar então que seja um instituto totalmente justo, onde cada vez mais tem influenciado os resultados desses julgamentos.

Após toda tomada de conhecimento, é notório o papel fundamentado das mídias para difusão de conhecimento geral para a população, no entanto, a maneira que essas informações são propagadas possibilitam diversas interpretações acerca de um determinado assunto/tema, conforme comprovada pela pesquisa de campo, que ao entrevistar um grupo seletivo de pessoas foi constatada que é possível gerar impacto na decisão de um jurado ao decidir sobre um acusado pelo fato de ter notícias relevantes à respeito deste indivíduo, sendo propagadas nas mídias, independentemente se forem notícias favoráveis ou contrárias.

De tal modo cabe enfatizar que a mídia exerce um aspecto negativo sobre os jurados do tribunal do júri, que chegam ao julgamento com conceitos pré-formados, de modo que a mídia excede o papel de divulgadora para julgadora e assim desvalorizando os princípios defendidos pela Constituição Federal.

Portanto, conclui-se que a grande propagação de informações gera impactos nas decisões de um tribunal do júri, violando os princípios basilares do corpo de sentença respaldados pela liberdade de expressão e de imprensa, no entanto, faz-se necessária a revisão dos limites norteadores desta liberdade, pois em audiências do tribunal do júri lida-se com um dos bens mais valiosos do ser humano, pois trata-se da “Vida” e da “Liberdade”.

REFERÊNCIAS

- ARBEX JÚNIOR, José. **Showrnlismo**: a notícia como espetáculo. São Paulo – SP: Casa Amarela, 2001. Acesso em: 05/06/2022.
- BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e Mídia. In: TUCCI, Rogério Lauria (org.). **Tribunal do Júri**: Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Acesso em: 20/06/2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 05/06/2022.
- CAMARGO, Aline. Para a mídia, não há suspeitos. **Plural: Observatório de Comunicação e Cidadania**. 2011. Disponível em: <http://www2.faac.unesp.br/obsmidia/2011/05/31/para-a-midia-nao-ha-suspeitos/>. Acesso em: 05/06/2022.
- FERREIRA, Cleia Simone. Oitavo Jurado: Mídia. **Anais Colóquio Estadual de Pesquisa Multidisciplinar & Congresso Nacional de Pesquisa Multidisciplinar (online)**. 2016, p. 468-480. Disponível em: <https://publicacoes.unifimes.edu.br/index.php/coloquio/issue/view/4/7>. Acesso em: 20 junho 2022. ISSN-2527-2500.
- KUSTER, Sergio Fernando. **A influência da mídia no Tribunal do Júri**. Lajes: UNIFACVEST, 2019. Disponível em: <https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/efec-kuster,-sergio-fernando.-a-influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri.-lajes.-unifacvest,-2019.pdf>. Acesso em: 18/07/2022.
- MARX, Karl. **Liberdade de imprensa:1818-1883**. Trad. Cláudia Schilling Eiosé Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006. Acesso em: 20/06/2022.
- MENDONÇA, Fernanda Graebin. A (má) influência da mídia nas decisões pelo Tribunal do Júri. 2 Congresso internacional direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. **Anais**,

2013 3-6. Santa Maria (RS): UFSM, 2013, p. 370-383. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf>. Acesso em: 28/07/2022. ISSN 2238-9121.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Acesso em: 25/10/2022.

NUNES, D. H.; LIMA, R. C.; SILVA, J. S. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI. **Dom Helder - Revista de Direito**, v. 2, n. 2, p. 153-170, 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1470>, Epub 08 Ago 2019. ISSN 2596-0601. <https://doi.org/10.36598/dhrd.v2i2.1470>. Acesso em: 15/07/2022.

PALOMARES, Caroline de Souza Vieira. **A fragilização do tribunal do júri pela influência midiática**: caso Eloá. 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/5275>. Acesso em: 30/05/2022.

SILVA, Gustavo Teodoro Mendes. **A influência da mídia no Tribunal do Júri**. 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/823>. Acesso em: 25/05/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. HABEAS CORPUS: HC 106742 SP 2008/0108867-9. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7065364/habeas-corpus-hc-106742-sp-2008-0108867-9-stj/relatorio-e-voto-12814355>. Acesso em: 28/05/2022.

THOMPSON, J. B. Ideologia e Cultura Moderna - Teoria Social Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa. In: GUARESCHI, Pedrinho Arcides. **Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder**. **Revista Debates**, Porto Alegre/RS, v. 1, n. 1, p. 6-25, jul.-dez. 2007. Acesso em: 15/07/2022.

VINCENÇO, Daniele Medina. **O poder da mídia na decisão do tribunal do júri.** 2012. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2014/03/OPODER-DAMIDIA-NA-DECI-SAO-DO-TRIBUNAL-DO-JURI.pdf>. Acesso em: 20/07/2022.

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER: VOZES SILENCIADAS NO AMBIENTE DOMÉSTICO

*Nathalia Caroline da Silva Costa*⁴⁶

*Ediana di Francco Matos da Silva Santos*⁴⁷

INTRODUÇÃO

É sabido que ao longo da história a mulher enfrenta em várias esferas da sociedade situações de discriminação, preconceito, assédio, violência simbólica, física ou sexual, que violam seus direitos e sua dignidade. Nesse sentido, se fazem necessárias a continuidade dos estudos, reflexões e discussões sobre os fatores que impulsionam o agressor à prática de atos contra a mulher, reprováveis pela sociedade e tipificado na Lei Penal como crime.

A Organização Mundial da Saúde (2021) revela que uma a cada três mulheres em todo o mundo sofre violência e a presente pesquisa aborda a reflexão e a discussão crítica de que esse dado não é por acaso, de modo a compreender de que forma a organização social aqui analisada reflete nos

46 Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT.

47 Doutora em Função Social do Direito, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional, Especialista em Didática Universitária, Licenciada em História, Bacharel em Direito.

entraves de um efetivo amparo do Poder Público às mulheres vítimas de violência psicológica.

A pesquisa se reveste de caráter qualitativo, consistindo em uma revisão bibliográfica e discurso normativo e busca analisar a violência psicológica contra a mulher no ambiente familiar e as evidências da violação dos seus direitos, com o intuito promover uma reflexão crítica acerca das bases do patriarcado enquanto organização social vigente e como essas são, com constância, alimentadas para a manutenção de uma estrutura que violenta mulheres diariamente. É necessário notar essas violências não como fatos isolados, mas como uma cultura que foi desenvolvida para ser funcional à manutenção da desigualdade de gênero e, por consequência, da violência cotidiana sofrida pelas mulheres.

Além disso, foi feita a análise dos direitos da mulheres violados na atualidade, de modo a constatar o avanço da violência contra a mulher sendo diretamente proporcional ao seu processo de emancipação social ao longo das últimas décadas, uma vez que desafia o modelo patriarcal enraizado na sociedade, tendo em vista os dados de pesquisas que demonstram que a mudança na percepção social da violência doméstica e familiar não significou, ainda, sua diminuição (IPEA/FBSP, 2018; 2019; CNJ, 2018).

Assim, foi objeto desta pesquisa a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, com o intuito de analisar os aspectos da lei referentes aos seus objetivos e compromisso com a sociedade quanto à prevenção e ao combate da violência de gênero, como também aspectos dos seus dispositivos que delimitam as formas de violência contra a mulher ao passo em que promovem um rol exemplificativo e não taxativo, de modo a promover um caminho não reducionista às variadas formas que a violência contra a mulher pode se apresentar, o capítulo também vem reforçar que o amparo do sistema de justiça brasileiro deve ser efetivo no combate às violências psicológicas sofridas no campo emocional e mental das mulheres.

Portanto, também foram objeto de investigação os aspectos do Código Penal Brasileiro, além de contemplar e reiterar o reconhecimento legal, no Brasil, da violência psicológica contra a mulher enquanto crime, tendo sido tipificada no art. 147-B, Código Penal, através da Lei nº 14.188, de

28 de julho de 2021, assim como a observação de outros tipos penais que também podem se enquadrar no conceito de violência psicológica. Desse modo, conforme aponta Echeverría (2018), demonstra-se necessária a ampliação da discussão sobre esta temática, com o objetivo de diminuir a invisibilidade da violência psicológica, sendo preciso este diálogo dentro da academia para que se possa refletir fora dela, em diversos segmentos sociais.

1 A CONSTRUÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER ENQUANTO PROJETO DE DOMINAÇÃO MASCULINA: REFLEXÕES ACERCA DO SISTEMA SOCIAL VIGENTE

Beauvoir (2016, p. 17) aduz que o presente vai envolver o passado, e no passado toda a história foi feita pelos homens. Portanto, como definir o marco inicial de uma violência silenciosa e permanente (a psicológica)? A essa, no entanto, foi dada a característica de “normal”, mas quem definiu o que é normal? Será analisado, através do presente estudo, que o marco inicial poderá ser identificado enquanto um sistema social implantado e as condutas violentas de gênero são uma forma de sustentá-lo. O termo “violência” é conhecido desde a Antiguidade, no entanto, apenas passou a ser questionado em meados do século XIX, a partir de teóricos como Hegel, Marx e Nietzsche (MARCONDES FILHO, 2001). Segundo Marcondes Filho (2001), a palavra violência vem tanto do significado de abuso de força – através do latim “violentia”, como também de “violare” – que significa a transgressão do respeito devido a uma pessoa.

A violência de gênero não deve ser confundida com ações isoladas e desconexas, mas sim lida como um fato social, revelando-se, portanto, que não estamos falando de ações sem ligação entre uma e outra, mas o contrário. Para Durkheim (2007), o fato social passa a ser reconhecível pelo seu poder de coerção externa que passa a exercer ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos em uma sociedade; a presença dessa manifestação de poder é reconhecível, seja pela existência de uma sanção determinada ou pela resistência que o fato passa a ter a qualquer empreendimento individual que indique o risco de violentar esse poder.

Passa a ser, portanto, um mecanismo de coerção do exterior para com o indivíduo; nesse caso, uma coerção violenta em sua essência de uma sociedade estruturalmente patriarcal⁴⁸ que impõe ao indivíduo mulher dificuldades ao seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano, se comparado com o tratamento social para com os homens nessa sociedade. Além do mais, mesmo nos dias atuais existindo penalidades jurídicas para as violências contra a mulher, segue a resistência, por parte de quem se beneficia delas, para que não se perca a hierarquia social, por meio da manutenção contínua dessas violências.

Isso reflete um questionamento importante: “por que a mulher é violentada pelo fato de ser mulher?”, e ele leva a um ponto comum: à sua subjugação e, posteriormente, à misoginia; esses pontos irão fundamentar o histórico da violência de gênero e pautar o patriarcado enquanto sistema social. Subjugar a mulher unicamente pela sua condição de mulher revela um olhar que diz “você é menor, você vale menos, você pode menos e/ou você tem de menos”, quando isso começou? A misoginia, por sua vez, provém da aversão, repulsa, ódio ou do desprezo pela mulher, o que traduz o forte sexismo⁴⁹ vigente em uma sociedade patriarcal.

A consciência sobre a consistente misoginia dentro da nossa sociedade se faz mais do que relevante no presente estudo, por estar relacionada diretamente com as inúmeras violências contra a mulher presentes desde os tempos antigos até os dias atuais. É importe notar: A estrutura patriarcal de poder não seria tão sólida se não fosse alimentada todos os dias com doses de misoginia, sexismo, machismo estrutural⁵⁰ e transfobia⁵¹ relati-

48 Patriarcado: Substantivo masculino. Sistema social segundo o qual os homens estão no centro, como chefes de família, na vida social e política, na transmissão de valores patrimoniais pelo lado paterno.

49 Sexismo: Substantivo masculino. Atitude, discurso ou comportamento, que se baseia no preconceito e na discriminação sexual.

50 Machismo: Substantivo masculino. Opinião ou atitudes que discriminam ou recusam a ideia de igualdade dos direitos entre homens e mulheres.

51 Transfobia: Substantivo feminino. Ódio patológico direcionado aos transexuais, às pessoas que não se identificam com o seu gênero de nascimento, esse ódio pode ser manifestado pela violência física ou verbal contra essas pessoas.

va a mulheres trans, gerando desigualdades entre homens e mulheres no campo das relações afetivas e de trabalho.

Faz-se coerente também notar a solidificação do patriarcado na sociedade como o aval definitivo para normalizar a conduta de violência de gênero. A estruturação de uma violência constante contra a mulher se determinou com o desempenho crescente da valoração da mulher versus a valoração do homem na sociedade e quem valorou a mulher foi o próprio homem, enquanto quem valorou o homem foi ele mesmo. O patriarcado, segundo Xavier (2022, p. 51), é conceituado como uma organização social regida pela égide masculina e isso significa que tudo o que é conhecido sobre o mundo foi transmitido pela perspectiva masculina.

Diante desse sistema social no qual o homem é o legislador, o magistrado e o advogado de si mesmo enquanto também atua como parte, vigora na sociedade o sexo masculino como centro e o feminino, como a margem. Segundo Simone de Beauvoir (BEAUVOIR, 2016, p. 12-13):

Ela (a mulher) não é senão o que o homem decide que seja;

(...)

A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro.

Beauvoir (2016, p. 14), em concordância com o raciocínio hegeliano, entende que o sujeito pretende se afirmar como o que é essencial e fazer do outro o inessencial, o objeto. O homem passa a ditar, portanto, o que é ou não normal na sociedade, e a mulher passa a ser socializada para obedecer como norma. Segundo Xavier (2022, p. 50):

A socialização feminina é um fenômeno que se dá a partir da transmissão cultural que funda a subjetividade de cada um, pois a subjetividade de cada um compõe um coletivo que determinará o pacto cultural. Se estabelecemos uma organização social a partir da divisão sexual, construímos uma sociedade sexista que vai ope-

rar diferenças e posições predeterminadas destinadas a homens e a mulheres.

A violação do campo psicológico e emocional da mulher, a partir de violências psicológicas e tendo a manipulação emocional como uma das principais armas de dominação, também não ficou de fora, o que possibilitou uma cegueira ensaiada e projetada nas mulheres, de modo a ficar turvo o que é ou não aceitável, o que é ou não ser mulher na sociedade. Beauvoir (2016, p. 95) aponta que quando uma categoria humana é privilegiada em relação a outra, ela vai fazer de tudo para dominá-la e para mantê-la na opressão. Assim sendo, segundo Bandeira (2017, p. 21):

(...) É necessário reconhecer que a violência contra a mulher é uma força social herdada da ordem patriarcal e dotada de capacidade estruturante da realidade social. Essa se torna uma modalidade expressiva em nossa sociedade, posta que está carregada de significados e significações, e cujas relações sociais são permeadas por relações de dominação e de poder, nas quais a carga simbólica é tão determinante quanto as demais. Ou dito de outro modo, esta violência posta como uma força estruturadora das relações de gênero ‘fixa’ ou tem a ilusão de fixar, por um lado, a identidade da agredida e do agressor como se cada um deles tivesse uma ‘essência’ definida; por outro, porque se impõe de maneira deletéria, e sobre a qual há escasso controle e pouca resistência social e institucional.

Pensar na conquista dos direitos das mulheres é constatar um avanço e aspectos de ruptura com esse pacto unilateral que as violenta, no entanto, é também refletir a constância que esses direitos serão atravessados, relativizados e violados, tendo em vista que para manter o sistema social vigente funcionando, as várias formas de violência contra a mulher são um projeto para manter a estrutura em atuação. Notar os direitos das mulheres assegurados pela Constituição Federal e legislações próprias sendo violados como uma crescente no seio social demonstra que não basta assegurar esses direitos, mas também lutar pela sua manutenção e efetividade na esfera jurídica e social.

2 DIREITOS DA MULHER VIOLADOS NA ATUALIDADE E A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A conjuntura atual traz uma herança arraigada de preconceito, discriminação e violência, num cenário em que a mulher é alvo de várias formas e demonstrações de violências e, enquanto sujeito de direitos, a sua dignidade é violada como uma constante de modo a marcar as suas vivências em uma história de vida apontada por perseguição, medo, vergonha, humilhação e assédio, tendo como consequência traumas que refletem uma saúde mental adoecida de forma silenciosa, invisível e relativizada perante ao corpo social e também em doenças físicas. Dessa forma,

A história das mulheres na sociedade capitalista, desde a sua origem, foi marcada por um cenário de exclusão, desigualdade e violência. As diversas formas de violência praticadas contra as mulheres caracterizam um fenômeno multifacetário (político, econômico, cultural) que perpassa gerações e entrelaça as perspectivas de raça, classe social e gênero. Negras, brancas, pardas, ricas ou pobres, mulheres foram e ainda são vitimadas por violências de natureza física, psicológica, patrimonial e/ou sexual. (...). Nesse cenário de dominação a sociedade e, consequentemente, as cidades contemporâneas foram predominantemente formadas por valores machistas, patriarcais e capitalistas, que reproduzem as violências contra as mulheres através de violações de direitos humanos, instrumentos protetivos criados e reconhecidos a elas em paralelo pelos ordenamentos jurídicos (BELLO; BELEZA, 2019, p. 2).

Desse modo, Moraes (2018) menciona como atuais direitos violados das mulheres transgredidos as relações trabalhistas com diferenças salariais entre homens e mulheres em desacordo com a Lei nº 5.452 de 1943, e o art. 7º da Constituição Federal – em que “proíbe a diferença salarial, exercício de função e admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”; estupro – em que, na maioria das vezes pela forma de atendimento, fazem as vítimas se sentirem culpadas pelo fato; violência doméstica – a mulher se sente submissa ao cônjuge ou companheiro, refém de ameaças

com receio de perder a guarda dos filhos e a subsistência pela dependência financeira; casamento de menor de idade e gravidez na adolescência – quando engravidam e são direcionadas a casar-se ou conviver por causa dos padrões sociais conservadores.

Nesse sentido, mesmo com a evolução das legislações para alcançar cada vez mais a proteção e efetivação dos direitos das mulheres, é público e notório que os avanços tecnológicos e o uso cada vez mais maior das redes sociais, a rapidez da informação instantânea que alcança um número maior de pessoas e ultrapassa as fronteiras têm seus benefícios, mas também são utilizados para disseminar publicações de vídeos e fotos íntimas, conversas e áudios de WhatsApp ou notícias falsas quando o agressor se sente ofendido pelo término de um relacionamento, por exemplo. Assim,

(...) na prática eles (os avanços em relação aos direitos da mulher) precisam sair do papel e serem efetivados, visto que, cotidianamente vemos notícias de pessoas que tiveram seus direitos violados. Esses episódios nos fazem refletir sobre quais vidas devem ser protegidas e quais vidas possuem direito aos direitos humanos. Diante disso, são inúmeros os desafios e impasses para que esses direitos sejam implementados, por isso a importância de debater a temática e buscar formas de superar os obstáculos, para que, ao fim, os direitos humanos sejam assegurados a todos (SILVA; OLIVEIRA, 2019, n.p.).

Nesse sentido, a mulher vítima de violência em vários ambientes sendo eles de trabalho, social, internet ou doméstico, que sejam esses fenômenos avaliados de forma detalhada e os crimes e danos, assim configurados de acordo com as legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, que tenham eficácia na prevenção e combate a todas as formas de violência contra mulher. Afinal, conforme Silva e Oliveira (2019, n.p.):

(...) não se pode desvincular a violência contra a mulher dos direitos humanos, visto que, esses devem ser inalienáveis e inerentes à pessoa humana, ou seja, independe de sexo, raça/etnia, classe so-

cial, orientação sexual. Logo, todos os humanos possuem direitos humanos. Todavia, as mulheres são vítimas de violência todos os dias. Todo dia uma mulher é vítima de feminicídio.

Desse modo, cabe salutar que a violência contra a mulher tem sido ampliada em larga escala face à propagação de assédios e abusos veiculado nas redes sociais, sendo, pois, um ambiente que compõe a cadeia de ruptura na integridade física, sexual, moral, patrimonial e psicológica em função do gênero, o que reforça a existência na atualidade de uma sociedade enraizada pelo patriarcado, por muitas vezes utilizando da dissimulação e invisibilizando a violência de gênero. O ambiente virtual apresenta-se como um local propício, obscuro e oculto, capaz de negar a existência do fato como estratégia do agressor para se colocar no lugar de vítima e redirecionando a mulher como culpada, além de promover um terror psicológico à mulher vítima de violência. Assim,

(...) violência contra as mulheres é bem mais ampla do que se imagina, se já não bastasse serem vítimas no ambiente real (mundo físico), as mulheres são, também no ambiente virtual (mundo cibernético), as maiores vítimas de várias formas de violência. O ambiente virtual possui um caráter ainda mais cruel, pois em pouco espaço de tempo uma mulher pode ser humilhada perante seus parentes, amigos, contatos e milhares de desconhecidos (MONTEIRO, 2019, p. 21).

Ainda que o texto constitucional busque assegurar “o direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas” (art. 5º, BRASIL, 1988), lamentavelmente, cresce o número de mulheres que têm suas intimidades violadas.

Com o avanço da tecnologia ocorrido nas últimas décadas e a massificação do uso dessas novas tecnologias, como internet, redes sociais e smartphones, a violência contra as mulheres ganhou uma implacável ferramenta. Todos os dias, milhões de mulheres país afora são vítimas de várias formas de violência,

praticadas, em sua maioria, por homens motivados por questões de ódio, vingança ou de vantagem financeira (MONTEIRO, 2019, p. 22).

A violência contra a mulher ocasiona uma série de prejuízos para a vítima. No caso da violência psicológica, sua voz é silenciada, uma vez que essa violência gera consequências para a sua saúde emocional e mental, a exemplo da insônia, baixa imunidade, depressão, estresse, culpa, insegurança, baixa estima, ansiedade, transtorno de estresse pós-traumático e síndrome do pânico (ROSAS; SILVA; FARAON, 2021). Assim sendo, Monteiro (2019, p. 41) aduz que a Lei Maria da Penha tem figurado como pilar entre as medidas protetivas no país, alcançando as mais diversas formas de violação dos direitos humanos das mulheres no âmbito doméstico e familiar.

Nesse sentido, a violência psicológica contra a mulher foi finalmente tipificada como crime através da Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021, configurando essa violência como um dano causado ao emocional da mulher que “a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodestruição” (art. 147-B).

Ressaltam ainda Rosas, Silva e Faraon (2021) outras condutas mais graves, que também podem configurar violência psicológica contra a mulher e continuam a possuir tipos penais próprios como, por exemplo, a perseguição (art. 147-A, § 1º, II, do CPB) e cárcere privado (art. 148, §1º, I, do CPB). Desse modo trazem, no caso da violência moral e psicológica, que não são raros os casos em que a saúde física e mental da mulher é afetada de forma profunda, sobretudo quando é praticada por muito tempo. Além disso, sendo a violência contra a mulher praticada geralmente em uma escala gradual, é essencial a solicitação de proteção nos primeiros atos de violência para que a situação não evolua.

3. A LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006) E AS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha (LMP) foi elaborada por meio de uma participação ativa de variados atores sociais e políticos e contou com a colaboração de organizações não governamentais (ONGs), movimentos feministas e atuação dos poderes executivo e legislativo, no âmbito federal. Em sua origem, destaca-se o processo de produção, proposição e aprovação do projeto de lei de violência doméstica, que foi pensado e elaborado por um Consórcio de ONGs feministas durante mais de dois anos (MATOS; CORTES, 2011).

A legislação está de acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém de Pará, OEA, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, ONU, de 1979), a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e contempla, em seu artigo 5º, a proteção aos casos de violência que ocorrem dentro da unidade doméstica (independente de vínculo familiar), no âmbito da família ou em relações íntimas de afeto (independente de coabitação), Pasinato (2010) argumenta que a presente delimitação se deve também ao fato de esses serem os contextos e situações em que as mulheres mais sofrem violência.

A Lei nº 11.340/2006 traz em seu Capítulo II as medidas protetivas de urgência como uma forma de salvaguardar a proteção da mulher e carrega em seu texto, entre outros aspectos, a garantia de que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, desde que esse seja prontamente comunicado (BRASIL, 2006) e tipifica o seu descumprimento em pena de detenção de três meses a dois anos, não sendo possível excluir a aplicação de outras sanções cabíveis ao caso concreto, elencado na seção IV da lei em seu artigo 24-A.

A violência doméstica e familiar contra a mulher é caracterizada a partir da presença de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que

cause à mulher a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. A lei traz um rol exemplificativo de quais são as violências domésticas e familiares contra a mulher quando promove em seu texto que “são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: (...)” (BRASIL, 2006).

Desse modo, a violência física, de acordo com a lei supracitada, é compreendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, sendo que a ausência de hematomas não irá significar uma ausência de violência, tendo em vista que qualquer ação ou omissão que gere ofensa ao corpo da mulher é uma forma de agressão. A violência sexual, por sua vez, é definida na referida lei como qualquer conduta que a constranja a mulher a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, quer seja por meio de intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (artigo 7º, inciso III).

A violência patrimonial se trata de qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer às necessidades da mulher (artigo 7º, inciso IV), enquanto a violência moral se trata de conduta que possa ser configurada como calúnia, difamação ou injúria (artigo 7º, inciso V). Assim, segundo Echeverria (2018, p. 140), lidar com esse tipo de violência ainda é um desafio, haja vista que muitos dos seus comportamentos já estão muito naturalizados.

Durante a década de 70 e 80, era comum na justiça brasileira os agressores serem absolvidos por alegarem “defesa da honra”, de acordo com Silva (2019, p.13). Falava-se de defesa da honra do agressor em um tempo passado como forma de reafirmar, com respaldo do Poder Público, a delimitação coercitiva de quem detém o poder. Defesa da honra, nesse aspecto e em uma década não tão distante, se mostrou como uma chancela

para agredir corpos majoritariamente femininos, já que nesse período da história havia o acolhimento da tese da “legítima defesa da honra masculina” (PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE; 2006) para homens que matavam mulheres por suposto adultério. Nos tempos atuais e sobre a violência psicológica, a chancela parte da conduta de invisibilizar o caráter agressivo e perigoso dessa forma de violentar mulheres, pois para manter o *status quo* de dominação há de se relativizar a violência sofrida pelo objeto inessencial, há de se ter um polo submisso e não letrado em violência de gênero, no entanto, é preciso reparar a deturpação criada sobre quem é a mulher na sociedade, tendo em vista que ela não é “o que” mas sim “quem”: um sujeito de direitos.

Direcionar a culpa à vítima e desacreditar de um relato de violência por não ter sido essa uma agressão física promove a manutenção da violência de gênero. Mostra-se de caráter imprescindível a mudança de tais paradigmas para uma real proteção à mulher vítima de violência psicológica, tendo em vista que definir em vida mediante a violência sofrida e sem o efetivo amparo devido no momento da denúncia, ao promover uma ineficaz e não humanizada oitiva da vítima, é falhar enquanto Poder Público com o compromisso firmado de assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, objetivos esses elencados no artigo 2º da LMP.

A violência psicológica foi introduzida na Lei Maria da Penha para que a violência doméstica não ficasse atrelada apenas a um corpo físico, mas que abrangesse, também e majoritariamente, a visão de um corpo psicofísico dessas mulheres (MACHADO, 2013 *apud* MACHADO; DEZANOSKI, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para abordar a violência é preciso um olhar mais profundo para o tema do que apenas o sentido desenvolvido por um senso comum de “aquilo que acontece em dado momento a partir do abuso da força”, se faz necessário perceber a violência também enquanto uma cultura que foi desenvolvida, muitas vezes em um lugar normótico de conduta, e

notá-la, também, como algo estrutural e simbólico que foi sendo construído na história.

Por isso a pertinência temática da continuidade dos estudos, reflexões e discussões sobre o assunto, para que não mais seja naturalizado como uma condição biológica dos sexos, mas sim analisado de forma crítica enquanto um processo de socialização, para que as mulheres tenham voz cada vez mais ativa na sociedade, conheçam os seus direitos e as legislações que as amparam, denunciem os seus agressores e passem a identificar, com mais clareza, a violência psicológica e reconhecê-la também enquanto crime.

Coisificar e objetificar mulheres é, por si só, um ato violento, por constantemente tentar tirar delas o direito de habitar o mundo enquanto sujeitos com interesses e desejos legítimos, e não manipulados ou manipuláveis pelo patriarcado. Projetar a mulher na sociedade enquanto alguém com essência definida, para se enxergar e ser vista como menor em valoração enquanto ser humano, como alguém que vale menos, que pode menos e/ou tem de menos a oferecer, tem sido uma forma eficaz de alimentar a violência nas relações de gênero e a construir uma sociedade enviesada a subjugar a mulher. É importante, nesse aspecto, não petrificar a dinâmica violenta com as mulheres e não condicionar o raciocínio para a perspectiva de que se algo foi implantado na nossa sociedade, esse não poderá ser modificado.

Destaca-se na Lei Maria da Penha o “entre outras” no texto da lei, como a possibilidade hermenêutica de interpretar a presente norma jurídica sobre a violência de gênero na unidade doméstica e familiar não como algo reducionista e findado em si mesmo, mas suscetível a ter várias faces e que essas, ao serem identificadas, sejam reconhecidas e combatidas pelo sistema de justiça brasileiro. Na legislação vigente, as violências elencadas são a violência física, sexual, patrimonial, moral e psicológica, que foram brevemente contempladas na presente análise para, por fim, aprofundar a discussão sobre a última.

Desse forma, a violência contra a mulher que atinge o seu campo psicológico tem se mostrado, desde os tempos antigos, como uma forma mais sofisticada de achar uma brecha relativista ao criar uma linha tênue entre o que é violento e o que é comum nas relações interpessoais e amo-

rosas. Se instaura, portanto, violações cotidianas que criam um caráter endêmico de conduta que permanece em águas turvas, como consequência de uma leitura majoritária social que ora relativiza, ora invisibiliza a violência psicológica enquanto uma violência verdadeira e não fictícia.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. Mulheres e violências. Interseccionalidades, p. 14-35, 2017. Acesso em: 03/03/2023.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: fatos e mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BELLO, Enzo; BELEZA, Larissa. **Violações de direitos humanos das mulheres e as suas lutas anticapitalistas pelo direito à cidade**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefind-mkaj/http://ole.uff.br/wp-com>. Acesso em: 15/03/2023.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 19/04/2023.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17/03/2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2023.

CAMPOS, C. H. (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Carina Suelen de; FERREIRA, Débora Nayara; SANTOS, Moara Karla Rodrigues dos. Analisando a Lei Maria da Penha:

a violência sexual contra a mulher cometida por seu companheiro.

Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, Londrina, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/download/31890482/LEI_MARIA_DA_PENHA.pdf. Acesso em: 19/04/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/06/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>. Acesso em: 22/04/2023.

CUNHA, Barbara Madruga. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero**. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/62320145/Artigo-Barbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar-120200309-109870-v1f5py.pdf>. Acesso em: 06/04/2023.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3. ed. Lisboa: Editorial, 2007.

ECHEVERRIA, Gabriela Bothrel. A violência psicológica contra a mulher: reconhecimento e visibilidade. **Cadernos de Gênero e diversidade**, v. 4, n. 1, p. 131-145, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25651>. Acesso em: 20/04/2023.

IOP, Elizandra. **Condição da mulher como propriedade em sociedades patriarcais**. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/index.php/visaoglobal/article/view/623>. Acesso em: 27/03/2023.

IPEA/FBSP. **Atlas da violência 2018**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 22/04/2023.

MACHADO, I. V. **Da dor no corpo à dor na alma [tese]:** uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha. Prêmio CAPES de Tese. Florianópolis, SC., UFSC, 2013. 283 p. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2013/41001010037P0/TES.PDF>. Acesso em: 20/04/2023.

MACHADO, I. V.; DEZANOSKI, M. Exploração Do Conceito De Violência Psicológica Na Lei 11.340/06. **Revista Gênero & Direito** (1) 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/18063/10568>. Acesso em: 19/04/2023.

MARCONDES FILHO, C. Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira. **Perspectiva**, São Paulo, v. 15 n. 2, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://scholar.archive.org/work/deri3ydauszgffilo6kgbyrgo7e/access/wayback/http://www.scielo.br/pdf/spp/v15n2/8573.pdf>. Acesso em: 23/03/2023.

MATOS, Myllena C.; CORTES, Lâris. O processo de criação, aprovação e implementação Lei Maria da Penha. In: **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 193, 2011, p. 39-63. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_3_criacao-e-aprovacao.pdf. Acesso em: 22/04/2023.

MONTEIRO. Eduardo Pinheiro. **A violência contra as mulheres no ambiente digital**. 2019. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória, EMESCAM, 2019. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://emescam.br/wp->. Acesso em: 15/03/2023.

MORAIS, Pâmela. 7 Direitos das mulheres negados ao redor do mundo. **Direitos Humanos**, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/7-direitos-das-mulheres-negados-no-mundo/>. Acesso em: 15/03/2023.

OMS: uma em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência, 10 março 2021. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/115652-oms-uma-em-cada-3-mulheres-em-todo-o-mundo-sofre-viol%C3%Aancia>. Acesso em: 21/04/2023.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 216-232, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650004.pdf>. Acesso em: 22/04/2023.

PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. **Legítima Defesa da Honra Ilegítima impunidade de assassinatos um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina**, 2006. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal_legitimadefesadahonra2006.pdf. Acesso em: 22/04/2023.

ROSAS, Larissa de Almeida Beltrão; SILVA, Mislene Lima; FARAON, Rosana Maria Freitas de Lemos. Cartilha da mulher. **Violência psicológica**. Defensoria Pública do Estado do Pará. Núcleo de prevenção e enfrentamento à violência de gênero. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/cartilha-da-mulher-violencia-psicologica-versao-digital-belem-julho-2021.Pdf>. Acesso em: 15/03/2023.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. Ministério Público do Estado da Bahia, 2004.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. **A Violência Contra a Mulher: Antecedentes Históricos**. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313>. Acesso em: 23/03/2023.

SILVA, Ângela Scarlett da Silva. **O reconhecimento da violência psicológica no âmbito da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06): análise dos julgados no Tribunal de Santa Catarina**. 2019. Acesso em: 19/04/2023.

SILVA, Elainny Albino da; OLIVEIRA, Viviane Braga de. Violência contra a mulher e os Direitos Humanos. IX Jornada Internacional de Políticas Públicas. **Civilização ou barbárie: o futuro da humanidade**. 20 a 23 de agosto de 2019. Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/190/o/programacao-joinpp-caderno-programa2.pdf?1566494689>. Acesso em: 15/03/2023.

SILVA, Sérgio Gomes da. **Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher**. **Psicol. cienc. prof. [online]**, v. 30, n. 3, 2010. ISSN 1414-9893.

SIQUEIRA, Camila Alves; ROCHA, Ellen Sue Soares. Violência psicológica contra a mulher: Uma análise bibliográfica sobre causa e consequência desse fenômeno. **Revista Arquivos Científicos (IMMES)**, v. 2, n. 1, p. 12-23, 2019. Disponível em: <http://arqcientificosimmes.emnuvens.com.br/abi/article/view/107>. Acesso em: 03/03/2023.

XAVIER, Manuela. **De olhos abertos: Uma história não contada sobre relacionamento abusivo**. BestSeller, 2022.

O ENCARCERAMENTO DA MULHER TRAVESTI E TRANSEXUAL

*Jennifer dos Reis Wakugawa de Menezes*⁵²

*Rejane Alves de Arruda*⁵³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade discorrer sobre o encarceramento da mulher travesti e transexual, analisando os pressupostos da transgeneridade, que é um fenômeno cultural que não deve ser explicado através da biologia, da anatomia ou até mesmo da genética, pois o conceito de transgênero está ligado única e exclusivamente a um processo de construção cultural, que acontece de forma subjetiva para cada sujeito.

De acordo com o documento “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, documento técnico que contém o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no ano de 2020, no Brasil

52 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Pós-|Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2022).

53 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995).

há 101 (cento e uma) unidades prisionais destinadas à população LGBT-QIA+, subdivididas em alas/galerias e celas, sendo que no estado do Mato Grosso do Sul existem 45 (quarenta e cinco) Estabelecimentos Penais e apenas 1 (um) deles há unidades com celas/alas destinados à custódia de LGBT, qual seja o Instituto Penal de Campo Grande, estabelecimento penal de segurança média destinado a presos condenados do gênero masculino que cumprem pena em regime fechado. E, ainda, o relatório mostra que as mulheres travestis e transexuais sofrem violência emocional, física e sexual por serem, intrinsecamente, travestis e transexuais.

De acordo com o levantamento realizado pela ONG *Transgender Europe* (TGEU), através do projeto *Trans Murder Monitoring*, que monitora os números de assassinatos de transexuais em todo o mundo, a violência contra transexuais e pessoas com diversidade de gênero, com frequência, se sobrepõe a outras modalidades de opressão social, como o racismo, o sexismo, a xenofobia e a discriminação contra profissionais do sexo.

Foram analisados Tratados e Convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Regras de Nelson Mandela, analisou-se também instrumentos do ordenamento jurídico nacional, como a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, bem como resoluções do Conselho Nacional de Justiça e algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange à proteção normativa internacional e nacional, são vários os instrumentos disponíveis, no entanto, a existência desses instrumentos não implica, necessariamente, que estes estejam sendo aplicados e respeitados em sua integralidade.

Urge repensar a estrutura da sociedade para que uma mulher travesti ou transexual possa sentir-se segura dentro e fora do contexto do cárcere, que possa ter acesso ao sistema de ensino e ao mercado de trabalho, com seus direitos e garantias fundamentais (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança) devidamente resguardados.

1. ANTECEDENTES E JUSTIFICATIVA

A transgeneridade é um fenômeno cultural ao passo que não deve ser explicada através da biologia, da anatomia ou até mesmo da genética, pois

o conceito de transgênero está ligado única e exclusivamente a um processo de construção cultural, que acontece de forma subjetiva para cada sujeito.

No Banquete (PLATÃO, 1991), Aristófanes discorre sobre o Mito do Andrógino, explicando que, em princípio, no início do mundo, havia seres humanos cujas formas eram arredondadas, tinham quatros mãos, quatro pés, quatro orelhas, um único pescoço e dois rostos, sendo cada um voltado para o lado oposto do outro. Estes homens poderiam apresentar três tipos de sexo: alguns apresentavam dois sexos femininos; outros apresentavam dois sexos masculinos; e por último, havia aqueles que apresentavam um sexo feminino e um sexo masculino, os quais eram denominados andróginos. Eram dotados de muita força e também presunção, ao passo que decidiram subir aos céus e atacar os deuses. Diante do ataque, Zeus, como forma de puni-los, cortou-lhes ao meio, para que se tornassem mais fracos e por consequência, mais numerosos e úteis aos deuses. A partir do momento em que Zeus opera o corte sobre estes homens e os separa em dois, as duas metades passam a se procurar.

Para os autores Jorge e Travassos (2018, p. 36), a intenção do mito é expor as possibilidades que o sujeito tem ao escolher o seu objeto de desejo sexual: homens podem amar homens, e também podem amar mulheres. Mulheres podem amar mulheres e também podem amar homens.

É precisamente este arranjo de possibilidades que Jorge e Travassos (2018) lembram que Freud utiliza para ilustrar a diferença que existe entre a identificação sexual (identidade sexual) e o objeto de desejo sexual (heterossexual e homossexual) corriqueiramente confundidos.

A transexualidade já foi percebida, do ponto de vista dos manuais médicos de diagnóstico, DSM-5 (Manual diagnóstico e estatístico de distúrbios mentais) e CID-10 (Código Internacional de Doenças) como disforia de gênero e transexualismo, respectivamente.

De acordo com o DSM-5 (2014), a disforia de gênero refere-se ao sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa.

A CID-10 definiu “transexualismo” (F64.0) como:

Um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido (CID-10, 1993).

Tendo em vista a discussão em torno do emprego do sufixo “ismo”, que acentua a questão da patologização, Jorge e Travassos (2018, p. 57), explicam que a tendência é a utilização do termo “transsexualidade”, dando espaço para a ideia de um modo de ser. Enquanto a “disforia de gênero” forneceu subsídios para que a diferença dos sexos seja considerada como fenômeno cultural e não como transtorno de identidade sexual.

Tem-se, ainda, conforme relembram Jorge e Travasso (2018, p. 49), as referências de Hipócrates e Heródoto no séc. V. a.C. que falam sobre a “doença dos citas”, um povo nômade migrado da Ásia para a Rússia nos séculos VIII e VII a.C., que marcharam contra o Egito e saqueando o templo da deusa Afrodite foram castigados, este castigo custou-lhes a virilidade. O fracasso sexual com as mulheres, portanto, ao perpetuar nas gerações, fez crer o povo de Cita que pairava sobre seus homens uma maldição divina. Assim sendo, estes homens passaram a se comportar como mulheres, executando atividades femininas, vestindo-se e falando como mulheres.

Na Índia há as Hijras, consideradas como o terceiro sexo, uma vez que apresentam características comportamentais que são atribuídas ao sexo feminino. Em sua maioria são homens castrados que vivem em clãs e sobrevivem concedendo benção aos recém-nascidos, além da dança e da música.

Quando uma criança nasce na Índia ela é submetida à inspeção de sua genitália, as que forem hermafroditas, ou intersexuais em nova nomenclatura, são as hijras natas. Por outro lado, os sujeitos que não possuem todas as características ditas masculinas, pressuposto para exercer o papel de homem na sociedade, passam a ser consideradas hijras.

As hijras que não se encaixam em nenhum clã ao longo de sua vida são consideradas como tendo menor valor e são excluídas do convívio social, recorrendo à prostituição.

1.1. A DINÂMICA DO ENCARCERAMENTO

De acordo com os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no período de Julho a Dezembro de 2021 a população carcerária do Brasil era de 670.714 (seiscentos e setenta mil setecentos e quatorze). Estes números excluem os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

Segundo os dados divulgados em dezembro de 2021 pela *World Prison Brief* (WPB), principal banco de dados mundial no que tange o sistema carcerário, compilado pelo Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça (ICPR) do Reino Unido, o Brasil lidera a terceira posição do *ranking* de países com a maior população carcerária do mundo (oitocentos e onze mil presos), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (mais de dois milhões) e China (um milhão seiscentos e noventa mil). Estes números versam sobre presos provisórios, condenados e sentenciados.

As contribuições da criminologia, da sociologia e das ciências correlatas mostram que o encarceramento não é uma ferramenta de controle social e ressocialização, pelo contrário, funciona como um instrumento de recrutamento de pessoas para composição de facções criminosas.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do período entre julho e dezembro de 2020, indicam que no Estado do Mato Grosso do Sul a população carcerária é de 18.109 (dezoito mil cento e nove), sendo 7.080 (sete mil e oitenta) somente na capital, Campo Grande.

De acordo com o documento “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, documento técnico que contém o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no ano de 2020, no Brasil há 101 (cento e uma) unidades prisionais destinadas à população LGBT-QIA+, subdivididas em alas/galerias e celas, sendo que no estado do Mato Grosso do Sul existem 45 (quarenta e cinco) Estabelecimentos Penais e apenas 1 (um) deles há unidades com celas/alas destinados à custódia de LGBT, qual seja o Instituto Penal de Campo Grande, estabelecimento

penal de segurança média destinado a presos condenados do gênero masculino que cumprem pena em regime fechado.

E, ainda, o relatório mostra que as mulheres travestis e transexuais sofrem violência emocional, física e sexual por serem, intrinsecamente, travestis e transexuais.

De acordo com o levantamento realizado pela ONG *Transgender Europe* (TGEU), através do projeto *Trans Murder Monitoring*, que monitora os números de assassinatos de transexuais em todo o mundo, a violência contra transexuais e pessoas com diversidade de gênero, com frequência, se sobrepõe a outras modalidades de opressão social, como o racismo, o sexismo, a xenofobia e a discriminação contra profissionais do sexo.

O sistema prisional evidencia a vulnerabilidade das mulheres travestis e transexuais na sociedade, tendo em vista que vulnerabilidade é a “condição dos segmentos sociais que, em razão de uma determinada especificidade, são submetidos a uma situação de subalternização e exclusão social, que lhes impõe maior suscetibilidade de negação e violação de direitos” (BARRETO, 2016, p. 98).

2. TRATADOS E CONVENÇÕES

Antes de tudo, é importante ressaltar que as declarações são compromissos políticos, portanto, não são um documento jurídico, entretanto, fazem compromisso político entre os países membros para regulamentar os direitos ali declarados, enquanto os Tratados Internacionais têm densidade normativa de lei. Entretanto, deve-se destacar que os termos “trado” e “convenção” são sinônimos e mais usualmente utilizados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) assegura que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, e podem invocar os direitos e liberdades desta, independente de raça, cor, sexo ou qualquer outra situação, protegendo direitos universais, e a sua proteção aos direitos humanos básicos se estende a todos os seres humanos, e é pautada, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Nelson Mandela (1955) apontam, como um dos princípios básicos, que todas as pessoas reclusas devem ser tratadas com respeito

e dignidade, valores inerentes ao ser humano, e que essas regras devem ser aplicadas sem qualquer tipo de discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição (princípio da não discriminação).

Para que o princípio da não discriminação seja aplicado, a administração prisional deve considerar as necessidades individuais de cada recluso, sobretudo daqueles em situação de maior vulnerabilidade.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica” (1969) declara que toda pessoa tem direito à integridade pessoal, não devendo ser submetida a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ao contrário, deve ser tratada com respeito e dignidade inerente ao ser humano. E, ainda, que todas as pessoas são iguais perante a lei, assim dizendo, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

A Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata (2001) – ou apenas Declaração de Durban, expõe:

[...] profundo repúdio ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata que persistem em alguns Estados no funcionamento dos sistemas penais e na aplicação da lei, assim como, nas ações e atitudes de instituições e indivíduos responsáveis pelo cumprimento da lei, especialmente nos casos em que isto tem contribuído para que certos grupos estejam excessivamente representados entre aqueles que estão sob custódia ou encarcerados. (Declaração da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, 2001).

Importante ressaltar que, primeiramente, 2001 (ano da Declaração de Durban) foi o Ano Internacional de Mobilização contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, e teve como objetivo o compromisso político para eliminar todas as formas de racismo,

Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, enfatizando a tolerância e o respeito pela diversidade.

Em segundo momento, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal julgou em 2019, via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF), a equiparação da homofobia ao crime de racismo, de modo que a discriminação direcionada às pessoas LGBTI+ se enquadrem no art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989 (Lei do Racismo), com pena prevista de reclusão de um a três anos e multa.

Os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero (Yogyakarta, 2006) assinalam preocupação com a violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceitos direcionados às pessoas em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, e pontuam o desdobramento dessas experiências na autoestima dos indivíduos, de modo que esses indivíduos passam a reprimir suas identidades, vivendo sob o medo e a invisibilidade.

O Princípio 3 de Yogyakarta traz o “direito ao reconhecimento perante a lei”, designando alguns deveres dos Estados, como garantir o pleno respeito e reconhecimento da identidade de gênero autodefinida por cada pessoa, bem como garantir que “todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado indiquem o sexo/gênero da pessoa, refletindo a identidade de gênero autodefinida”, garantindo que tais “mudanças nos documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas”, por último, “Instituir programas com foco em apoiar socialmente pessoas que vivem em situação de transição ou mudança de gênero”.

O Princípio 9 discorre acerca do “Direito a tratamento humano durante a detenção”, dispondo que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito, inerentes à dignidade da pessoa humana, considerando, ainda, a orientação sexual e identidade de gênero essenciais no que tange a dignidade de cada pessoa.

Imprime que os Estados devem garantir que a detenção deve evitar a marginalização das pessoas, motivada por questões de orientação sexual

ou identidade de gênero, o que as expõe a riscos de violência física, mental e sexual, abusos e maus tratos.

Por último, há o princípio 29, que trata da “responsabilização”, exprimindo que toda pessoa que tiver seus direitos humanos violados tem o direito de responsabilizar a pessoa quem, direta ou indiretamente, praticou a violação, visto que não deve haver impunidade para aqueles que violam direitos humanos alusivos à orientação sexual ou identidade de gênero.

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, ou “Regras de Bangkok” (2010), consideram que as mulheres em situação de cárcere são vulneráveis e têm necessidades específicas. Consideram, ainda, que sua aplicação deve obedecer ao princípio de não discriminação, tendo em vista as diversas necessidades das mulheres presas. No documento, no entanto, não há previsão de aplicabilidade no tratamento de presas travestis ou transexuais.

As Regras de Bangkok refletem sobre a construção dos estabelecimentos penitenciários ao redor do mundo, colocando que estes foram idealizados para presos do sexo masculino, ao mesmo tempo em que tem aumentado o número de mulheres presas.

E, ainda, pontuam que a solução dos problemas judiciais alternativa-mente ao encarceramento deveria ser prioridade, principalmente naqueles casos em que não houve sentença condenatória com trânsito em julgado.

2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, documento político mais importante no contexto da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, em seu preâmbulo, explicita seu objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais dos sujeitos, através da liberdade, segurança e bem-estar, adotando como valor supremo da sociedade a igualdade e a justiça.

Acerca do princípio constitucional da igualdade, tem-se o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), propondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos bra-

sileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A Lei Federal nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - dispõe, entre outros, acerca do dever de respeito à integridade física e moral das pessoas condenadas e presas provisórias (art. 40) e os direitos da pessoa presa (art.41).

A Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP/MJ), estabelece parâmetros para o acolhimento de pessoas LGBT em privação de liberdade no Brasil, e dispõe “que a pessoa travesti ou transexual, quando em situação de privação de liberdade, tem o direito de ser chamada pelo nome social, que deve constar no registro de admissão no estabelecimento prisional” (art. 2º); “que às mulheres travestis em privação de liberdade devem ser oferecidos espaços de vivência específicos, tendo em vista a sua segurança e vulnerabilidade” (art. 3º); que “serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas e a manutenção de cabelos compridos” (art. 5º); “que é garantida à população LGBT a atenção integral à saúde, em conformidade com os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP” (art. 7º), bem como “será garantida a manutenção do tratamento hormonal” (art. 7º, parágrafo único); por último, “que o Estado deverá garantir capacitação contínua aos profissionais dos estabelecimentos penais, tendo em vista os direitos humanos e os princípios de igualdade e não discriminação, sobretudo em relação à orientação sexual e identidade de gênero” (art. 10).

O Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016 “dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, decretando ser vedado usar expressões pejorativas e discriminatórias para tratar as pessoas travestis ou transexuais.

A Nota Técnica nº 9/2020 da Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE), da Coordenação-Geral da Cidadania e

Alternativas Penais (CGCAP), da Diretoria de Políticas Penitenciárias, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e do Ministério da Justiça (MJ), ao considerar a necessidade de serem estabelecidos procedimentos no que tange à custódia das pessoas LGBTI no sistema prisional brasileiro realizou um mapeamento nacional da população LGBTI encarcerada, através de ofício-circular, cujo resultado é demonstrado a seguir:

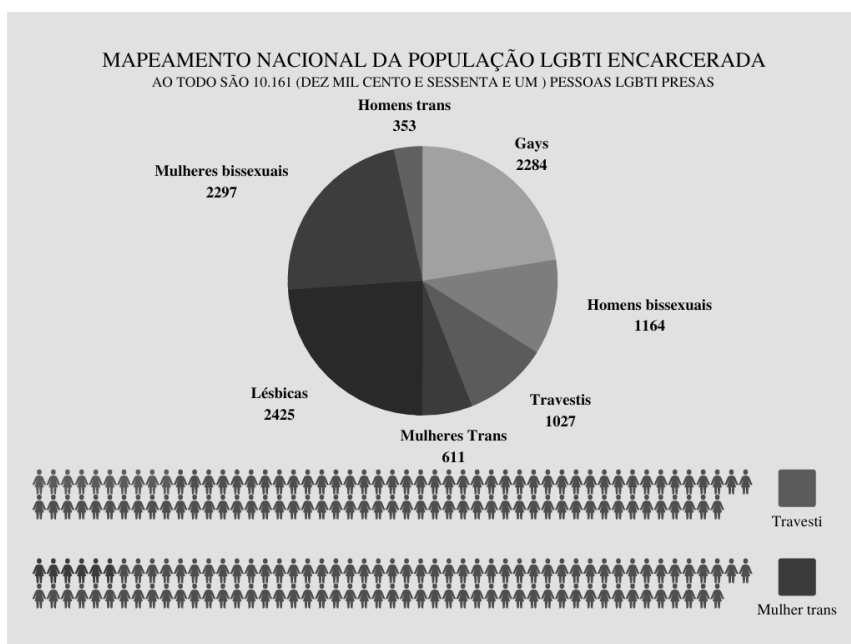


Figura 1 - Nota Técnica n.º 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ : Custódia de pessoas LGBTI (2021).

A nota técnica recomenda, em consonância com outros instrumentos que também tratam do assunto, que as presas travestis ou mulheres transexuais sejam encaminhadas para a unidade prisional feminina ou masculina, de acordo com a manifestação de vontade da pessoa, independentemente se já houve retificação de seus documentos, ou cirurgia de redesignação sexual (no caso das mulheres transexuais). De toda sorte, devem permanecer em espaços de vivência específicos.

De acordo com o documento “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, documento técnico que contém o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no ano de 2020, no Brasil há 101 (cento e uma) unidades prisionais destinadas à população LGBTQIA+, subdivididas em alas/galerias e celas, sendo que no estado do Mato Grosso do Sul existem 45 (quarenta e cinco) Estabelecimentos Penais e apenas 1 (um) deles há unidades com celas/alas destinados à custódia de LGBT, qual seja o Instituto Penal de Campo Grande, estabelecimento penal de segurança média destinado a presos condenados do gênero masculino que cumprem pena em regime fechado.

E, ainda, o relatório mostra que as mulheres travestis e transexuais sofrem violência emocional, física e sexual por serem, intrinsecamente, travestis e transexuais.

2.2 RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução nº 270 de 11 de dezembro de 2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “[...] dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros”, devendo, os agentes públicos, respeitar a identidade de gênero da pessoa, e tratá-la pelo prenome indicado, em todos os atos processuais, devendo, ainda, constar nos atos que forem escritos.

A Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece algumas diretrizes e padrões que devem ser observados pelo Poder Judiciário no que tange o tratamento das pessoas que são gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis ou intersexo, que sejam custodiadas, acusadas, ré, condenadas, privadas de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitoradas eletronicamente, e tem como objetivo “a garantia do direito à vida e à integridade física e mental da população LGBTI, assim como à sua integridade sexual, segu-

rança do corpo, liberdade de expressão da identidade de gênero e orientação sexual”.

Determina também que em casos de violência ou grave ameaça à pessoa autodeclarada LGBTI em situação de privação de liberdade, cabe ao magistrado priorizar a análise de pedidos de transferência para outro estabelecimento prisional, desde que haja requerimento prévio pela parte interessada.

2.3 DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.275 / DF - versa sobre o direito constitucional e registral da pessoa transgênero de alterar o seu prenome e sexo em seu registro civil independentemente de ter sido submetida à cirurgia de transgenitalização.

A Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 527/DF preconiza o direito das pessoas LGBTI cumprirem pena em unidades prisionais femininas ou masculinas, ou em alas específicas, de forma que lhe sejam garantidas segurança.

Analisando o posicionamento jurisprudencial do STF é possível perceber que estas são importantes para a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que versam sobre Direitos Fundamentais, como a honra e dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho propôs-se a analisar o encarceramento da mulher tranvesti e transexual, tendo em mente tratar-se de uma população extremamente vulnerável, dentro do contexto do cárcere superlotado e precário.

De acordo com os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no período de Julho a Dezembro de 2021 a população carcerária do Brasil era de 670.714 (seiscentos e setenta mil setecentos e quatorze). Estes números excluem os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

Segundo os dados divulgados em dezembro de 2021 pela *World Prison Brief* (WPB), principal banco de dados mundial no que tange o sistema carcerário, compilado pelo Instituto de Pesquisa de Políticas de Crime e Justiça (ICPR) do Reino Unido, o Brasil lidera a terceira posição do ranking de países com a maior população carcerária do mundo (oitocentos e onze mil presos), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (mais de dois milhões) e China (um milhão seiscentos e noventa mil). Estes números versam sobre presos provisórios, condenados e sentenciados.

As contribuições da criminologia, da sociologia e das ciências correlatas mostram que o encarceramento não é uma ferramenta de controle social e ressocialização, pelo contrário, funciona como um instrumento de recrutamento de pessoas para composição de facções criminosas.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do período entre julho e dezembro de 2020, indicam que no Estado do Mato Grosso do Sul a população carcerária é de 18.109 (dezoito mil cento e nove), sendo 7.080 (sete mil e oitenta) somente na capital, Campo Grande.

De acordo com o documento “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”, documento técnico que contém o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, elaborado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos no ano de 2020, no Brasil há 101 (cento e uma) unidades prisionais destinadas à população LGBTQIA+, subdivididas em alas/galerias e celas, sendo que no estado do Mato Grosso do Sul existem 45 (quarenta e cinco) Estabelecimentos Penais e apenas 1 (um) deles há unidades com celas/alas destinados à custódia de LGBT, qual seja o Instituto Penal de Campo Grande, estabelecimento penal de segurança média destinado a presos condenados do gênero masculino que cumprem pena em regime fechado.

E, ainda, o relatório mostra que as mulheres travestis e transexuais sofrem violência emocional, física e sexual por serem, intrinsecamente, travestis e transexuais.

De acordo com o levantamento realizado pela ONG *Transgender Europe* (TGEU), através do projeto Trans Murder Monitoring, que monitora os números de assassinatos de transexuais em todo o mundo, a violência

contra transexuais e pessoas com diversidade de gênero, com frequência, se sobrepõe a outras modalidades de opressão social, como o racismo, o sexismo, a xenofobia e a discriminação contra profissionais do sexo.

A vulnerabilidade das mulheres travestis e transexuais é agravada ao passo que a transfobia é estrutural na sociedade, na qual o padrão é ser cisgênero e heterossexual. E, ainda, as modalidades de opressão se sobrepõem à outras, como o fato de ser negra, de baixa renda, profissional do sexo, entre outros aspectos. No que tange ao encarceramento de pessoas LGBTQIA+, sabe-se que há reiterada violação de Direitos Humanos, também como efeito do precário sistema prisional brasileiro.

No que tange à proteção normativa internacional e nacional, são muitos os instrumentos disponíveis, bem como deliberações do Conselho Nacional de Justiça e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, a existência desses instrumentos não implica, necessariamente, que estes estejam sendo aplicados e respeitados em sua integralidade.

Urge repensar a estrutura da sociedade para que uma mulher travesti ou transexual possa sentir-se segura dentro e fora do contexto do cárcere, que possa ter acesso ao sistema de ensino e ao mercado de trabalho, com seus direitos e garantias fundamentais (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança) devidamente resguardados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8727-28-abril-2016-782951-publicacaooriginal-150197-pe.html>.

Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/17IaXnNEUWiiyv21xZy-5L3h7utaoNYM2/view>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. **Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária- CNP-CP**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, 24 de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>[. Acesso em 29 maio 2022.

BRASIL. Nota Técnica n.º 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DE-PEN/MJ : Custódia de pessoas LGBTI. (2021). **REVISTA BRASILEIRA DE EXECUÇÃO PENAL - RBEP**, 2(2). <https://doi.org/10.1234/rbep.v2i2.395>.

Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas - Coord. Organiz. Mund. da Saúde; trad. Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artmed, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/403>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 348, de 13 de Outubro de 2020.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153750202101266010374e46045.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/404>. Acesso em: 25 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 270, de 11 de dezembro de 2018 do Conselho Nacional de Justiça.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_270_11122018_12122018112523.pdf. Acesso em 12 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 348, de 13 de Outubro de 2020.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153750202101266010374e46045.pdf>. Acesso em 12 maio 2022.

JORGE, M. A. C.; TRAVASSOS, N. P. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5.

5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Dispo-

nível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 03 jun. 2022.

ONU. Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance.

Durban, 31 August - 8 September 2001. A/CONF.189/12, Genebra, United Nations Digital Library, setembro de 2001. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/declaracao-de-durban>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/451476?ln=en>. Acesso em: 16 abr. 2022.

PLATÃO. O Banquete. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Victor Civita, 1972. (Coleção Os Pensadores.)

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

O RESPEITO AO DIREITO DA PERSONALIDADE À INTIMIDADE E A NÃO LESÃO À JURISDIÇÃO

*Luís Fernando Centurião*⁵⁴

*Marcelo Negri Soares*⁵⁵

*Alender Max de Souza Moraes*⁵⁶

INTRODUÇÃO

O presente se propõe a auxiliar na delimitação adequada ao complexo conceito inerente ao direito da personalidade à intimidade, para tanto realizar-se-á uma análise doutrinária, nacional e estrangeira, com a finalidade de evidenciar os limites de aplicação de tal direito, uma vez que o interesse social se sobrepõe ao interesse pessoal, como já alerta o art. 189, I do Código de Processo Civil, o que por si evidencia que o direito à intimidade, como outros direitos, não é absoluto.

54 Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – UNICESUMAR - Bolsista da CAPES.

55 Orientador, Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017), Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UNICESUMAR, na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade.

56 Doutorando em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – UNICESUMAR.

Em sequência adentrar-se-á em uma análise que se propõe a esclarecer acerca da inexistência de lesão à jurisdição quando da adoção de mitigação do sigilo processual proposto no art. 189 do Código de Processo Civil, já que diversas informações contidas em processos judiciais não possuem qualquer vinculação ao interesse público que deve ser garantido nos termos da lei.

Desta feita, conclui-se, por meio do método dedutivo, que a jurisdição pode realizar sua função social, entregando ao jurisdicionado a sua prestação justa, adequada e em tempo razoável sem macular a intimidade de quaisquer dos polos processuais, quando se declarar o sigilo processual (integral ou parcial) como finalidade de se consagrar o direito da personalidade a intimidade do cidadão.

1. O DIREITO À INTIMIDADE E A COMPLEXIDADE DE SUA CONCEITUAÇÃO

Comum a confusão que se faz entre a intimidade do indivíduo e a sua privacidade. Apesar de ambas tratarem de situações que cuidam de condições ligadas ao âmago interior da pessoa, estas refletem cuidados distintos.

Da lição de Matilde M. Zavala de Gonzáles (1982) se extrai que o indivíduo é composto por no mínimo duas projeções de sua personalidade, uma delas busca retratar seu modo de agir e conviver junto do meio social em que convive, enquanto a outra volta-se ao seu íntimo e ao convívio com pessoas próximas.

A intimidade da pessoa é local desconhecido para os demais que o circundam, chegando ao conhecimento dos demais apenas quando, o quê e se o indivíduo externar suas emoções.

Nesse sentido, grande parte das vezes, estas angústias são depositadas nos balcões do Poder Judiciário, como se este fosse responsável em dar uma resposta de alívio ao sentimento dos demandantes.

Ocorre que a essência do processo denota condão diverso. Para tal, Cássio Scarpinella Bueno (2014) leciona:

Um conflito que não envolva, contudo, pelo menos duas pessoas, que não seja intersubjetivo, portanto, é estranho ao direito pro-

cessual civil e, verdade seja dita, ao próprio direito. As dúvidas, as ansiedades, **as inquietações de um indivíduo, no fundo de sua intimidade e de sua subjetividade, são estranhas ao estudo do direito como um todo.** São relevantes quando aquelas sensações são exteriorizadas. Aí sim, pode ser que uma atitude ou uma omissão digam respeito a outras pessoas. Caso contrário, não. (Destaque nosso)

O direito a intimidade moderno vai à busca da proteção da vida privada do indivíduo, o que nos remete à obra de Samuel D. Warren e Louis Brandeis, que trouxe grande reflexão acerca do tema. O estudo apresenta uma análise acerca da definição de privacidade trazida pelo juiz Cooley que em 1873 identificou o *the right to be let alone*, em sua obra *The elements of torts*, em que evidencia a necessidade de atuação do Estado em busca de proteger a intimidade do cidadão, conforme destaca Dorothy J. Glancy (1979):

Warren e Brandeis argumentaram que era necessário para o sistema reconhecer o direito à privacidade porque, quando a informação sobre a vida privada de um indivíduo é disponibilizada para os outros, ele tende a ser influenciado pelas repercussões externas, chegando ao ponto de ferir seu próprio núcleo pessoal, sua estimativa de si mesmo. Para Warren e Brandeis, o direito à privacidade incorporava, assim, uma visão psicológica, naquela época relativamente inexplorada, de que a personalidade de um indivíduo, especialmente sua autoimagem, pode ser afetada e às vezes distorcida ou ferida, quando as informações sobre sua vida privada são tornadas disponíveis para outras pessoas. Em termos mais simples, para Warren e Brandeis o direito à privacidade era o direito de cada indivíduo de proteger sua integridade psicológica exercendo controle sobre as informações que afetavam sua personalidade.

O pensamento acima exposto trata-se de uma revolução para a época, já que desvincula o direito à intimidade dos direitos inerentes à propriedade privada, situação comum até aquele momento, uma vez que elenca

o direito à privacidade, e de certo modo à intimidade, como um direito inviolável da personalidade do cidadão.

[...] o princípio que protege os escritos pessoais e todas as outras produções particulares, não contra roubo ou apropriação física, mas contra qualquer forma de publicação, na realidade não se constitui um princípio relativo à propriedade privada, mas sim direito da personalidade inviolável do indivíduo (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Na mesma linha de pensamento caminha a doutrina brasileira, que correlaciona a intimidade da pessoa com as informações que não se gostaria que chegassem ao conhecimento público, situação que em tese não caracterizaria como interesse público inerente à garantia da publicidade processual, seja por expor situações ou fatos ocorridos entre no aconchego de seu lar, ou mesmo por pensamentos inerentes a órbita individual do ser.

Nesse sentido, René Ariel Dotti (1980, p. 71) leciona:

Genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna.

Ocorre que as diversas tentativas de delimitação da intimidade que ocorreram na história da civilização não lograram êxito em delimitar de forma objetiva o conteúdo, bem como apontar quais seriam os aspectos da vida da pessoa que não integram o interesse público, critério necessário para se impor a publicidade processual.

Assim, é evidente a necessidade de que sejam estudados critérios, quantificando-os na intenção de englobar o senso comum encontrado na época e no lugar da análise, ainda que seja observada a possibilidade de determinação dos aspectos da vida privada em consonância com os padrões de vida privada conforme os valores sociais vigentes.

William Finley Swindler (1955), em sua obra *Problems of law In: journalism*, faz ponderações quanto à publicidade de atos em que a pessoa não

deseja, pode lhe provocar danos, situação de flagrante desrespeito à intimidade da pessoa, nas palavras do autor:

O direito à privacidade pode ser definido como o direito do indivíduo de viver sua vida em reclusão, sem estar sujeito a publicidade indesejada e/ou não provocada. Em suma, é o direito de ser deixado sozinho. (Tradução livre)

Diante da complexidade do tema, afinal a definição conceitual do direito à intimidade não pode se furtar de refletir quanto à complexidade do tema, uma vez que existem interesses particulares dos indivíduos, que ao não serem observados trazem prejuízos íntimos ao titular do direito violado, ao passo que se depara com algumas situações que assegurada a reserva legal, não podem ser tutelados pelos desejos íntimos do indivíduo.

Afinal, se assim o fosse, o condenado por uma conduta criminosa poderia invocar o seu direito à intimidade e ter assegurado o sigilo processual de sua pena, mesmo enquanto estiver em cumprimento daquela, o que por si seria um extravasar de razão além do aceitável.

Ainda, é de eficaz lembrança que se impõe à intimidade critério lógico que é vinculado exclusivamente ao indivíduo que poderá ser atingido com a exposição de informações vinculadas à sua intimidade.

Pelo exposto até o momento, faz-se salutar observar a lição de Claudio Lembo (2007, p. 179), que apresenta de forma sintética uma evolução de atores junto ao direito à intimidade, bem como apresenta pontuação interessante acerca desse evoluir.

A intimidade na sociedade contemporânea é objeto de violações contínuas, pela utilização indiscriminada da informática e dos mais diferentes meios de captação de imagem e som. A leitura jurídica estrangeira arrola até quatrocentas maneiras de transgredir a intimidade, [...] o que leva os estudiosos a refletir sobre uma situação paradoxal: no passado, o agressor da privacidade das pessoas era o Estado; hoje, o Estado é convocado a preservar a intimidade delas. Outra diferença entre o passado e o presente se coloca. No passado, a intimidade era considerada o viver em **solidão – *ius solitudinis***

– e, contemporaneamente, o que necessita de proteção é a **privacidade nas relações sociais**, pois a convivência é indispensável para se viver em sociedade. (Destaque nosso)

A lembrança invocada é de latente destaque, haja vista a lição de Edilson Pereira de Farias (2000, p. 142-143), que destaca o precedente americano do caso *Schuyler v. Curtis*, que fora processado em 1892 no Estado de Nova York, quando o julgador da demanda asseverou:

O momento em que alguém se coloca diante do público, ou aceitando cargo público, ou ao tornar-se candidato a cargo público, ou como artista ou homem de letras, ele rende-se ao seu direito à privacidade e obviamente não pode reclamar de nenhuma descrição justa ou de como o expõem.

Desta feita, comprovada a complexidade em se delimitar a conceitualização para o direito à intimidade, haja vista sua mutabilidade, imprecisão, inconstância e diversificação derivada dos fatores, que estão subordinados a cada época, costumes e valores encontrados na sociedade.

Assim, a intimidade possui estreita ligação com o sentimento individualizado do ser, sem esquecer a necessidade de se observar a época e o contexto social do pensamento ou tratamento ao princípio, quando da análise, de um julgado, ou pensamento doutrinário acerca do tema.

Edson Ferreira da Silva (1998, p. 38) destaca:

A intimidade tem que ver com o sentimento das pessoas, a respeito das questões que elas não se incomodam de participar aos outros e daquelas outras que preferem manter sob certa reserva. Esse sentimento, evidentemente, varia de pessoa para pessoa e é também diferenciado em cada cultura, em cada época e nos diferentes lugares. Está, ainda, em constante mutação no tempo e no espaço.

Essa mutação conceitual e a necessidade de observância aos valores culturais e sociais também são destacadas por Raymond Lindon (1974, p. 14):

As limitações variam conforme os países, na França é proibida a divulgação acerca dos processos de divórcio, já na Grã Bretanha os divórcios das personalidades são notícias constante dos tabloides, enquanto nos Estados Unidos a divulgação das fortunas individuais são manchetes recorrentes, enquanto que no judiciário Francês as informações relativas ao patrimônio individual das pessoas, possui proteção extrema... ressalvada a participação social do indivíduo na comunidade, onde um homem comum, um político, ou mesmo um esportista possuem proteção as suas questões patrimoniais, porém, com flexibilidade em atenção ao interesse público e a exposição sobre suas vidas.

Na mesma linha de pensamento, Nathalie Mallet-Poujol (1999, p. 51-68) descreve:

Embora incerta a fronteira entre privacidade e a vida pública quando as pessoas são, mais ou menos, expostas aos outros, em sua intimidade ou imagem, por suas funções ou por eventos. Assim, a flexibilização da noção de vida pública, tem estrita dependência com o indivíduo em questão, bem como aos costumes da sociedade em que vive, o que pode ou não tornar aceitável certas divulgações de cunho pessoal. Portanto, inequívoca a fronteira entre a vida privada e pública permanecer muito difusa, variando de acordo com a notoriedade da pessoa em causa.

Por conta das peculiaridades já evidenciadas, necessário lançar olhar ao fato de que os personagens públicos não têm o direito à intimidade totalmente suprimido; sendo correto afirmar que o direito à intimidade destes é limitado parcialmente por conta de sua exposição voluntária. Seja em seus compromissos profissionais, seja por encontrarem-se em locais públicos, provocando a curiosidade dos populares, que se encontram no mesmo contexto.

Assim, evidencia-se a existência de personagens públicos e de indivíduos que necessitam de atenção e proteção quanto à sua intimidade, conforme destaca Matilde M. Zavala de Gonzáles (1982, p. 12), que ressalta: “Deste modo, a dupla faceta humana – a máscara e o rosto a que ela se

aplica – permite concluir pela existência e alcance da intimidade, noção intrinsecamente vinculada a pessoa existente na pessoa.”

Observa-se que o direito à intimidade possui raiz fincada nas origens humanas, variando sua interpretação e alcance conforme se desenvolve a vida da pessoa, ainda que esta conceituação não seja tarefa das mais fáceis.

Rememora-se que para buscar se delimitar qualquer conceito, deve-se observar e ponderar tantos fatores sociais, históricos e culturais, quanto fatores particulares da pessoa a ser aplicada tal interpretação, já que existe a possibilidade de flexibilização da intimidade ao observarmos o grau de exposição voluntária do indivíduo.

Assim, entende-se que o direito à intimidade deve ser garantido pelo Estado que o institui, por meio das previsões legais existentes, não se excluindo, inclusive, ações do Poder Judiciário, para que seja garantida a intimidade dos indivíduos que possuem previsão legal de proteção, bem como os demais que buscam albergue jurisdicional, proibindo-se acesso e divulgação de informações de foro íntimo a indivíduos que não possuam interesse público claro e inequívoco, observados o contexto do qual se deriva o fato, o lugar, a época e os costumes aplicáveis à situação.

2. A INEXISTÊNCIA DE LESÃO À JURISDIÇÃO COM A APLICAÇÃO MITIGADA DO SIGILO PROCESSUAL E A ADEQUADA PROTEÇÃO À INTIMIDADE DO INDIVÍDUO.

Mesmo que de forma breve faz-se sensato rememorar algumas propriedades da jurisdição quanto ao processo civil brasileiro atual, para tanto tem-se as palavras de Misael Montenegro Filho (2016. p. 81), que leciona:

A jurisdição representa o poder conferido ao Estado de solucionar conflitos de interesses não resolvidos no âmbito extrajudicial, diferenciando-se dos demais poderes do Estado em decorrência da característica da decisão proferida pelo representante do ente estatal em resposta à solicitação de pacificação do conflito, que, se for acobertada pela coisa julgada, não mais pode ser revista nem pelo Poder Judiciário, nem por outro poder do Estado, exceto através do ajuizamento da ação rescisória.

Eficaz lembrança, ainda, a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu (1996), que evidencia a participação da jurisdição, para além do Poder Judiciário, uma vez que o poder conferido ao Estado é refletido nos demais poderes da República.

Destacando-se que os reflexos das mudanças sociais e culturais são contínuos e deve expandir-se buscando a inclusão dos que ainda pode se encontrar segregado da atenção Estatal.

A evolução vivida pelo processo, quando se aceitou a jurisdição como meio de resolução permanente dos conflitos, é uma marca rumo à diminuição de conflitos violentos, com intenção de propagação de uma solução menos dolorosa, conforme descreve Mauro Cappelletti (2001, p. 20):

Significa que os povos renunciaram em confiar à força e à vingança a proteção ou a reintegração dos direitos subjetivos substantivos, para confiá-la, pelo contrário, ao sujeito imparcial, o juiz, que opera em um procedimento disposto e ordenado pelas normas e pelos costumes.

No mesmo pensamento caminha Piero Calamandrei (1999, p. 152-154), que vai além e apresenta sua análise não apenas voltada ao Poder Judiciário:

O Poder Legislativo se manifesta em estabelecer novas normas jurídicas; **o poder jurisdicional se manifesta em fazer observar concretamente as normas já estabelecidas.** [...] Enquanto a atividade jurisdicional oferece o caráter de uma extrema *ratio* guardada em reserva pelo Estado para colocá-la em prática só quando o direito seja transgredido ou ameaçado. (destaque nosso)

Entendimento complementado pelas lições de Giuseppe Chiovenda (1980) que traz o papel do Estado na jurisdição, por meio de uma participação de um juiz ativo ao processo, em que se flexibiliza, mesmo que em tom moderado, a inércia da jurisdição, já que a ela compete a prestação do serviço ao jurisdicionado.

Pelo exposto resta evidente o avanço no sentido clássico de jurisdição consagrado no Código de Processo Civil vigente, para confirmação basta a leitura dos artigos 13 e 16 do diploma, uma vez que estes consagram que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, com ressalvas a tratados, convenções ou acordos internacionais que o Brasil integre, ainda, quando aponta os juízes e tribunais como responsáveis pela execução da jurisdição.

Assim, o artigo 139, V, do Código de Processo Civil, quando trata das funções do juiz na condução do processo, destacando sua atuação na promoção a qualquer tempo da autocomposição da demanda, o que no entendimento de Francesco Carnelutti (1944) vem ao encontro da integração da parte processual ao processo, sendo reflexo da evolução do processo civil:

Acerca deste ponto de reflexão, importante destacar as palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 63), quando asseveram que a grande maioria de casos que são apresentados para apreciação do Poder Judiciário é resolvida por iniciativa das partes, sem necessitar findar o processo.

Na grande maioria dos casos não penais os preceitos cumprem-se pela vontade livre das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição. Essa é a vida normal do direito, [...] o Estado, se estimulado por aquele que tem poder para tal (ação), exercerá soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo.

Com o novo diploma processual civil, a consagração de um processo constitucional é cada vez mais uma realidade no judiciário brasileiro, haja vista termos uma crescente demanda de pretensões que envolvem relações com estrita ligação com direitos e/ou princípios fundamentais.

Esse alerta já era feito por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 9-10), quando alertava:

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança pública. [...] Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Assim, tem-se que o processo moderno é atento à proteção do direito constitucional consagrado da pessoa, devendo o Estado por meio da jurisdição abarcar o indivíduo e sua pretensão com a atenção merecida.

A constitucionalização do processo, ou a maior proteção aos direitos/princípios fundamentais, não sedimenta ao processo a obrigatoriedade de que este ceda invariavelmente à pretensão do particular, devendo sempre ser observado o interesse público, pois, este sim, é inviolável, como previsto de forma expressa no art. 189 do Código de Processo Civil.

José Eduardo Faria (2003) alerta para o entendimento consolidado na sociedade quanto ao interesse público, apontando alguns questionamentos, que merecem certa atenção, pois, em seu entendimento, as reformas jurídicas dos últimos anos vêm dizimando o que se pode ter por interesse público clássico, já que vêm enfraquecendo o Judiciário, como decorrência do enfraquecimento do Estado, muito por conta dos escândalos políticos que existiram na década passada, panorama similar ao vivido nos dias atuais.

Porém, tem-se um sopro de esperança que não existia na época dos escândalos do Mensalão, já que hoje se vive dias de um Judiciário mais pujante, com um Ministério Público atuante, sendo necessária uma res-salva oposta à lançada acima.

Nessa seara, Luiz Antônio Freiras de Almeida (2014. p. 141) apresenta que:

A eficácia dos direitos fundamentais atrela-se à possibilidade de aplicação imediata, que depende de fatores e pressupostos materiais e organizacionais que permitam o gozo do direito, bem como da precisão do conteúdo normativo, os quais devem ser apurados caso a caso, conforme o âmbito parcelar do conteúdo do direito que esteja em tela.

Uma vez que os direitos inerentes à personalidade são de cunho personalíssimo, não se pode questionar a titularidade para invocação de sua proteção, ou a legitimidade para a busca de cuidado frente a qualquer grave ameaça que este direito possa estar sofrendo

Desta feita, verifica-se a necessidade de prevalência do interesse público para que a jurisdição se abstenha de conhecer a súplica calçada pelo indivíduo que busca acolhida de sua pretensão no art. 189, III, do Código de Processo Civil vigente.

O dispositivo alhures invocado provém tutela à possível afronta ao direito à intimidade do indivíduo que o invoca, assim, a pessoa que se sentir prejudicada deve requerer a declaração de sigilo sobre o processo que verse sobre dados que afrontem sua intimidade.

Sendo possível a realização dos atos processuais, em observância do sigilo, apenas com a participação das partes, seus procuradores e do Ministério Público, quando necessário, conforme destaca Flávio Tartuce (2015, p. 20).

A mitigação da publicidade dos atos processuais, bem como o trâmite de todas suas informações, publicações e/ou outros que seriam de natureza pública caso não fossem abrigadas pela matriz da intimidade, vão ao encontro da necessidade de albergar-se a proteção do direito à intimidade do indivíduo, elevando, assim, o processo civil a uma condição constitucional.

Como forma de corroborar o condão constitucional da proteção do direito à intimidade, urge atentar para a lição de José Miguel Garcia Medina (2016), que esclarece quanto à possibilidade de flexibilização da

publicidade absoluta, em respeito às ressalvas constitucionais, no caso da preservação da intimidade, quando assevera que:

A ressalva constante do final do art. 93, IX, da CF/1988 diz respeito aos limites do direito de preservação da intimidade (art. 5.º, X, da CF/1988), que poderá ceder quando houver “interesse público à informação”, a que se refere também o art. 5.º, XIV, da CF/1988. Não se deve pensar, de antemão, que o “interesse público à informação” está acima do direito à preservação da intimidade, ou vice-versa. Será necessário identificar, no caso, qual dos direitos prevalece. Os problemas devem ser resolvidos a partir da correta definição dos direitos fundamentais e de seus limites, sem necessidade de se recorrer à ponderação entre tais direitos (ou ponderação entre princípios). [...] O Novo Código de Processo Civil prevê textualmente a ressalva constitucional acima referida, (*possível determinação de segredo de justiça*) ao dispor que, como exceção à regra da publicidade dos atos processuais, tramitam em segredo de justiça os processos “em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade” (art. 189, III do Novo Código de Processo Civil). Aplica-se o princípio ora examinado também aos procedimentos de jurisdição não contenciosa, ou jurisdição voluntária (cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Jurisdição voluntária...*, *RePro* 69/31). A proteção à intimidade, que repercute em relação à publicidade dos atos processuais, também interessa quando do exame dos limites a serem observados, no decorrer da atividade probatória (cf. comentário ao art. 369 do Novo Código de Processo Civil). (Grifos do autor)

Por fim, cabe expressar quais seriam as proteções que o Código de Processo Civil dispõe para com o indivíduo figurante em processo que tramite em crivo de segredo de justiça, sendo-as nas palavras de Misael Montenegro Filho (2018, p. 47-48):

Forma de proteção: A proteção dos protagonistas do processo (para preservar a sua intimidade das partes e o interesse público)

é conferida através da limitação do acesso aos autos às partes e aos advogados que as representam, da não indicação dos nomes das partes nas capas dos processos e nos sistemas de acompanhamento processual disponibilizados pela Internet, da vedação do comparecimento de terceiros às audiências e da impossibilidade de obtenção de cópias de peças que compõem o processo e de certidões. (Destaque original)

Dessa feita, inconcebível sustentar pensamento que defenda a impossibilidade de mitigação da publicidade processual, em detrimento à proteção ao direito à intimidade sob a justificativa de lesão à jurisdição, afinal, é evidente que a própria jurisdição prevê e possibilita aplicação de proteção à intimidade dos indivíduos que se sentem lesados, cabendo a pronta análise dos fatos, buscando uma aplicação proporcional e justa para que tanto o interesse particular quanto o interesse público coexistam em harmonia no processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o direito à intimidade é um direito personalíssimo que evoluiu em constante ritmo com a evolução social, consequentemente com o processo civil.

Mostra disso é a existência do art. 189 no Código de Processo Civil, que vem ao encontro à proteção do jurisdicionado por meio da imposição da publicidade dos atos processuais, afinal, esta publicidade é uma das garantias de lisura e transparência do Poder Judiciário, já que este não pode julgar com suas portas fechadas.

Contudo, deve o Poder Judiciário, ponderar os desafios provocados pelos avanços tecnológicos ao direito à privacidade e suas nefastas consequências, correlacionando estes com o desvirtuamento do entendimento dado ao interesse público, que garante a publicidade processual às demandas revestidas deste.

Assim, não é crível a imposição da publicidade processual, sem que se analise seu possível impacto na proteção constitucional da intimidade do indivíduo, que não pode ser desprezada pelo Estado, uma vez que ao

cidadão deve ser garantido o respeito à sua dignidade enquanto pessoa, como consagrado no art. 1º, III da Constituição de 1988.

O modelo neoprocessualista que se impõe hodiernamente finca raiz constitucional ao processo, fortalecendo os princípios que de lá emanam, sobretudo quando se consideram as recentes decisões fundamentadas exclusivamente em substrato constitucional, não vislumbradas até então.

Assim, a jurisdição pode e consegue desenvolver seu papel adequado, mesmo acolhendo o direito à intimidade do indivíduo que a invoca, uma vez que a proteção a este direito vem ao encontro do direito constitucionalizado que se enraíza em nossos tribunais. Afinal, o que interessa ao público não é, necessariamente, interesse público, que é o protegido pela lei.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. A. F. de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**: ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, Seção 1, 17 mar. 2015.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

CALAMANDREI, P. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

- CAPPELLETTI, M. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CARNELUTTI, F. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.
- CHIOVENDA, G. **Principii di diritto processuale civile**. Nápoles: Eugenio Jovene, 1980.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DOTTI, R. A. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- GLANCY, D. J. The invention of the right to privacy. **Arizona Law Review**, v. 21, n. 1, 1979. Disponível em: <http://law.scu.edu/wp-content/uploads/Privacy.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- GONZALES, M. M. Z. de. **Derecho a la intimidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- LEMBO, C. **A pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007.
- LINDON, R. **La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille**. Paris: Dalloz, 1974.
- MALLET-POUJOL, N. Vie privée et droit à l'image: les franchises de l'histoire. **Legicom**, n. 20, p. 51-68, 1999/4. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-legicom-1999-4-page-51.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil comentado, com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de direito processual civil**: de acordo com o novo CPC. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTENEGRO FILHO, M. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MONTESQUIEU, C. de S., B. de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, C. A. A. de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**. n. 113, p. 9-21, jan.-fev. 2004.

SILVA, E. F. da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SWINDLER, W. F. **Problems of law in journalism**. USA: The Macmillan Company, 1955. Disponível em: <https://ia600302.us.archive.org/15/items/problemsoflawin00swin/problemsoflawin00swin.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

TARTUCE, F. **Impactos do novo CPC no direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, 15 Dec. 1890. Disponível em: groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2. Acesso em: 1 abr. 2021.

COVID-19 E EMPREGADAS DOMÉSTICAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: EFEITOS-SENTIDO DE CÁRCERE-PRIVADO E CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO

*Nayane de Macedo*⁵⁷

*Maria da Conceição Fonseca-Silva*⁵⁸

*Joseane Silva Bittencourt*⁵⁹

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT),⁶⁰ mais de 40 milhões de pessoas no mundo foram vítimas de escravidão moderna em 2016, sendo que 71% desses indivíduos eram mulheres e meninas. Desse total, cerca de 25 milhões de pessoas foram submetidas a trabalho forçado e 15,4 milhões foram forçadas a se casar. Das 24,9 mi-

57 Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia-UESB, Brasil.

58 Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia-UESB, Brasil.

59 Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia-UESB, Brasil.

60 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: Notícias. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_575482/lang--pt/index.htm . Acesso em: 02 de maio de 2021.

lhões de pessoas submetidas a trabalho forçado, 16 milhões foram exploradas no setor privado (por exemplo, trabalho doméstico, construção civil ou agricultura), 4,8 milhões sofreram exploração sexual forçada e 4 milhões estavam em situação de trabalho forçado imposto por autoridades de governos. Em relação à empregada doméstica, nem sempre esses dados refletem a realidade, pois o ambiente de trabalho das domésticas é privado, onde não há uma situação exposta, o que dificulta a fiscalização por parte das autoridades, que dependem, na maioria das vezes, de denúncias para que, de fato, seja verificado a ocorrência da conduta.

Atualmente, o Brasil possui a maior população de trabalhadores domésticos do mundo. Segundo dados da OIT, o país emprega formalmente 7 milhões de pessoas no setor. Se levarmos em conta a grande resistência da população frente às reformas de 2013 e 2015,⁶¹ que ampliaram o rol de direitos das domésticas na Constituição, esse número é bem maior, considerando a grande informalidade em torno desse serviço. Além disso, é evidente a predominância no trabalho doméstico de mulheres, negras e de baixa ou nenhuma escolaridade, devido, dentre outras questões, ao nosso recente passado escravocrata. Após a abolição brasileira, algumas pessoas escravizadas continuaram nas fazendas em troca de moradia e alimentação. Esses sujeitos escravizados, depois de libertos, não tinham qualquer perspectiva de inserção no mundo do trabalho e isso fazia com que buscassem trabalhos que lhe permitissem apenas sobreviver. Segundo Pereira (2017), nos anos finais do século XIX e início do século XX, mais de 70% da população economicamente ativa ex-escrava estava inserida no trabalho doméstico.

No dia 25 de outubro de 2020, foram divulgados, pela *TV Globo*, vídeos do circuito de segurança da embaixada Filipina no Brasil que flagrou a embaixadora do país asiático, Marichu Mauro, agredindo fisicamente, no interior da residência diplomática, a sua empregada doméstica,

61 Em 2013, a Emenda Constitucional nº 72/2013, regulamentada pela Lei Complementar nº 150/2015, estendeu às empregadas domésticas os direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988 aos trabalhadores urbanos, entre eles o limite de jornada de trabalho de 44 horas semanais e 8 horas diárias, horas extras, adicional noturno e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

também filipina. Em decorrência do acordo de Viena, embaixadores são processados e julgados pelo país de origem, o que possibilitou o retorno da embaixadora às Filipinas, onde será conduzida a investigação e elucidação dos fatos.⁶²

Ainda no dia 20 de dezembro do mesmo ano, o programa *Fantástico*, da *TV Globo*, revelou que uma mulher, Madalena Gordiano, negra, de 46 anos, foi resgatada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), após denúncia de que vivia em situação análoga à escravidão na casa de uma família, em Pato de Minas (MG). A vítima realizava serviços domésticos na residência sem receber salários, dependia financeiramente da família e não tinha direito a descanso. A história de Madalena com a família que a mantinha como escrava doméstica teve início aos 8 (oito) anos de idade, quando ela bateu na porta da casa da mãe de seu empregador e pediu um pão para comer e, a partir desse momento, passou a morar com essa família. De acordo com a reportagem, os vizinhos desconfiaram da situação após receber bilhetes da empregada pedindo dinheiro para comprar produtos de higiene. Conforme nota expedida pela defesa de Dalton Cezar Rigueira, patrão de Madalena, ela não era empregada doméstica, mas “parte da família”.⁶³

Em junho de 2021, a Polícia Federal resgatou uma outra mulher, em São José dos Campos (SP), que foi contratada ainda na adolescência pela família e há 20 anos trabalhava sem acesso aos seus documentos pessoais ou à comunicação com pessoas de fora da casa. Além disso, a vítima também contou em depoimento que recebia ameaças constantes por parte da família dos patrões.⁶⁴ Essas são algumas notícias veiculadas pela grande

62 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/10/25/embaixadora-das-filipinas-no-brasil-foi-filmada-agredindo-empregada-diz-tv.htm>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

63 Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/mulher-negra-e-resgatada-em-casa-de-familia-em-mg-em-condicoes-analogas-a-escravidao.shtml>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

64 Fonte: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2021/06/19/pf-resgata-empregada-domestica-em-condicoes-de-escravidao-em-condominio-em-sao-jose.ghtml>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

mídia a respeito da realidade dos trabalhadores domésticos, principalmente em relação às condições degradantes de trabalho e de dignidade.

De acordo com a OIT,⁶⁵ o trabalho forçado é um **fenômeno global e dinâmico**, que pode assumir diversas formas, incluindo a servidão por dívidas, o tráfico de pessoas e outras formas de escravidão moderna. Reduzir alguém à condição análoga de escravidão consiste em praticar uma das seguintes condutas: submeter um indivíduo a trabalhos forçados ou à condição exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, bem como cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; ou manter vigilância ostensiva ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Diante dessas constatações a respeito da escravidão doméstica moderna, uma outra problemática nos chamou a atenção. Nos últimos anos, vivemos em um contexto pandêmico mundial, no qual se adotou o distanciamento social como forma de frear ou reduzir o contágio. A pandemia da Covid-19, segundo estudos ainda não finalizados, começou na China em janeiro de 2020 e se propagou pelo mundo causando prejuízos econômicos e milhares de mortes. Vários serviços tiveram suas ocupações diminuídas e várias pequenas e médias empresas encerraram suas atividades, e milhares de empregos no mundo todo foram perdidos. Segundo uma reportagem do jornal *Folha de São Paulo*,⁶⁶ no Brasil, a pandemia acabou com mais de sete milhões de empregos. Além disso, muitas vidas foram perdidas.

No Brasil, a primeira morte por Coronavírus⁶⁷ foi registrada no dia 12 de março de 2020. E a primeira morte registrada no estado do Rio de

65 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: Trabalho forçado. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393066/lang--pt/index.htm. Acesso em: 2 de maio de 2021.

66 Jornal Folha de São Paulo. Coronavírus. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/06/desemprego-chega-a-129-em-meio-a-pandemia-da-covid-19.shtml>. Acesso em: 3 de junho de 2021.

67 No dia 19 de junho de 2021, o Brasil alcançou a marca de 500 mil mortes por Covid-19,

Janeiro, por Covid-19, foi de uma empregada doméstica que trabalhava no Leblon, bairro nobre da cidade do Rio de Janeiro, e que contraiu a doença na casa da patroa que havia voltado da Itália, país que, naquele momento, registrava o maior número de mortes pela doença. A doméstica de 63 anos foi trabalhar normalmente, apresentou os primeiros sintomas e morreu no dia seguinte.⁶⁸ Assim como ela, tantas outras contraíram a doença em seu local de trabalho, muitas perderam o emprego, outras, a própria vida.

Diante de tudo o que foi exposto e considerando a realidade fática de escravidão em ambiente doméstico, levantamos os seguintes questionamentos: Qual era a condição da trabalhadora doméstica no que diz respeito às jornadas abusivas de trabalho no período anterior à pandemia? E como ficou essa jornada durante o surto de Covid-19? Quais efeitos-sentidos são produzidos na análise dos dados levantados sobre a situação laboral das trabalhadoras domésticas, considerando o âmbito trabalhista e criminal? Essas questões foram levantadas com o intuito de atingir o objetivo deste trabalho que foi o de compreender a que condições as trabalhadoras domésticas foram submetidas para continuar em seus empregos, além da jornada normal de trabalho regulada por lei, nesse contexto de Covid-19.

cerca de 15 meses após a confirmação da primeira morte pela doença. (Fonte: Portal UOL <http://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/06/19/brasil-ultrapassa-500-mil-mortes-pode-covid-19.htm>. Acesso em: 3 de junho de 2021). Os coronavírus são uma grande família viral, conhecidos desde meados de 1960, que causam infecções respiratórias em seres humanos e em animais. Geralmente, infecções por coronavírus causam doenças respiratórias leves a moderadas, semelhantes a um resfriado comum. Alguns coronavírus podem causar doenças graves com impacto importante em termos de saúde pública, como a Sars (Síndrome Respiratória Aguda Grave), identificada em 2002 e a Mers (Síndrome Respiratória do Oriente Médio), identificada em 2012. A covid -19 é o nome que se deu a uma infecção respiratória causada por um agente coronavírus identificado em dezembro de 2019 na China (Fonte: Portal UOL <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/01/25/tire-suas-principais-duvidas-sobre-o-coronavirus-que-se-espalha-pelo-mundo.htm> Acesso em 3 de junho de 2021).

68 Fonte: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-do-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm>. Acesso em: 3 de junho de 2021.

1. METODOLOGIA

O *corpus* deste trabalho foi constituído por dois processos trabalhistas de empregadas domésticas, em tramitação na Justiça do Trabalho, e de uma reportagem selecionada na plataforma *Universa* do portal de notícias *UOL*. O estudo foi de carácter qualitativo, de natureza-descritivo interpretativa. Em relação aos procedimentos, envolveu a análise de sequências discursivas⁶⁹ extraídas dos processos trabalhistas e da matéria veiculada.

Para a organização do *corpus* e a análise das SDs selecionadas para este estudo, mobilizamos princípios e procedimentos da Escola Francesa de Análise de Discurso (AD), fundada pelos franceses Jean Dubois e Michel Pêcheux, no final da década de 1960 e constituída na articulação de três grandes pilares, a saber: materialismo histórico (Marx e Althusser), Linguística (Saussure) e Psicanálise (Freud e Lacan). Orlandi (2005, p. 15) afirma que Pêcheux, ao instituir a Análise de Discurso, busca entender a língua fazendo sentido, em relação ao homem e a sua realidade natural e social, uma vez que o trabalho simbólico é uma dimensão constitutiva própria do homem e de sua história.

Na obra intitulada *Análise Automática do Discurso* (AAD), Pêcheux (1969) postula que, na língua, há uma exterioridade que não está fora, mas que está dentro da própria língua. E esta exterioridade – que está dentro – é o que o autor denomina de discurso, definido não como objeto empírico pragmático, mas como efeito-sentido produzido entre os interlocutores.

Ainda segundo Pêcheux ([1975] 1995), o lugar do sujeito não é vazio; é preenchido por aquilo que ele chama de forma-sujeito, ou o sujeito do saber de uma definida formação discursiva (FD), que tem como conceito “[...] aquilo que numa formação ideológica dada – ou seja, a partir de uma posição dada em uma conjuntura sócio-histórica dada determina o que pode e deve ser dito” (ORLANDI, 2005, p. 43). O sujeito falante identi-

69 Segundo Courtine (2009, p. 101) sequências discursivas (SDs) são as materialidades que compõem o corpus discursivo, desde que já determinadas previamente suas condições de produção. O autor também relaciona sequência discursiva ao intradiscurso, isto é, “ao lugar onde se realiza a sequencialização dos elementos do saber, onde o desnivelamento interdiscursivo [E] (enunciado) está linearizado, colocado em uma superfície única de [e] (formulações) articuladas”.

fica-se com a forma-sujeito, que determina o que pode e o que não pode ou o que deve e não deve ser dito. (FONSECA-SILVA, 2007, p. 95). Posto isto, Pêcheux denomina como posição-sujeito a relação de identificação entre o sujeito enunciador e o sujeito do saber (forma-sujeito) de dada FD. Na perspectiva da AD, o que o sujeito diz e os sentidos que lhe são atribuídos estão relacionados com a FD, na qual o sujeito está inserido (AMORIM; FONSECA-SILVA, 2015, p. 170). Ou seja, na abordagem pecheutiana, o sujeito não é fonte do dizer, não se trata do sujeito pragmático, e, sim, de uma posição-sujeito.

Isto posto, para análise aqui empreendida, utilizaremos os conceitos de posição-sujeito e efeitos-sentidos postulados por Pêcheux, para, nessa relação entre linguagem e direitos humanos, identificar as problemáticas em torno do trabalho doméstico no Brasil, mais precisamente no contexto da pandemia da Covid-19.

2. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente, as SDs 1 e 2 foram extraídas de processos trabalhistas que tramitaram na justiça entre 2014 e 2018, portanto, em período anterior à pandemia da Covid-19, e apresenta o dia a dia de trabalho de uma empregada, que foi contratada para prestar serviços domésticos. Logo depois, apresentaremos as análises das SDs 3 e 4 da reportagem do portal *UOL* que divulgou denúncias de violações de contrato de trabalho doméstico e de direitos humanos durante a pandemia da Covid-19.

A SD1 seguinte apresenta um caso de uma doméstica, no Brasil, que recorreu à justiça para relatar a jornada diária de trabalho de até 17 horas na casa de seus patrões. Vejamos:

SD1⁷⁰: Sua jornada de trabalho diária começava às 06:00 e se estendia até depois da janta da família, por muitas vezes perfazendo 17 horas de trabalho diário (MACEDO, 2020, p. 2).⁷¹

70 Esta sequência discursiva e as demais analisadas são numeradas em ordem crescente no texto. Em todas as sequências foram mantidas a grafia original e os grifos.

71 As referências das sequências discursivas recortadas dos processos adotam a seguinte

Na SD1, a narrativa do advogado descreve a jornada de trabalho de uma doméstica. O termo “diária” dá o sentido de repetição e constância do evento (trabalho doméstico), cuja duração é indicada pelos marcadores de tempo desse evento, as horas (06 da manhã), e o advérbio “depois” em “até depois da janta da família”. Nesse sentido, o enunciado marca uma duração de trabalho elástica, uma vez que não há limite claro do fim do expediente porque a família poderia jantar tanto às 19h quanto às 22h, fato que estendia o trabalho da doméstica após o jantar, pois, provavelmente precisaria recolher e lavar a louça da última refeição. A extensão e o abuso de horas trabalhadas são reforçados no encadeamento da formulação, com a apresentação do número de horas da jornada de trabalho a que essa trabalhadora estava submetida: 17 horas/dia. A constância dessa carga horária de trabalho é reafirmada na formulação da expressão adverbial “por muitas vezes”. Trabalhar 17 horas por dia, tendo começado às 6:00, significa trabalhar das 6 às 23h, uma jornada ilegal tanto do ponto de vista trabalhista como do ponto de vista criminal, como veremos a seguir.

A Constituição Federal de 1988 (CF) prevê para os trabalhadores urbanos, rurais e para as empregadas domésticas a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (CF, 1988, art. 7º, inciso XIII). O código penal (CP) de 1940 apresenta como crime de condições análogas à escravidão:

reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (CP, 1940, art. 149).

Dessa forma, os patrões da doméstica cujo caso é apresentado na SD1 seriam responsabilizados a pagar as horas extras, no mínimo, em

estrutura: numeração nossa corresponde ao processo, número da sequência discursiva e página em que aparecem no processo.

cinquenta por cento à do normal, bem como uma indenização por dano moral⁷² em decorrência do abalo psicológico e física diante da jornada abusiva de trabalho. Por fim, os empregadores podem, ainda, responder criminalmente de acordo com o ordenamento penal e processual brasileiro, podendo pegar até oito anos de reclusão⁷³ e multa pelo crime do art. 149 do CP.

Em junho de 2021, uma influenciadora digital, Adriana Santana, com 4,8 milhões de seguidores no seu perfil da rede social *Instagram* postou uma série de vídeos, no qual reclamava que não conseguia encontrar nos Estados Unidos da América (EUA) uma empregada doméstica que pudesse fazer de tudo e que ficasse disponível 24 horas por dia, como no Brasil. Em pedido de ajuda para encontrar a tal doméstica naquele país, Adriana Santana relata: “Gente, por favor. Acha alguém para trabalhar aqui em casa, fazer tudo. Eu imploro, indica alguém aqui dos EUA. A gente paga bem. Eu só preciso que limpe, lave, passe, guarde, cozinhe e olhe as crianças quando eu precisar”, e ela continua: “E quero alguém para ficar aqui o tempo todo, fazendo tudo pra mim e não acho”. Para finalizar, a influencer diz:

Aproveitar e fazer ressalva, a gente no Brasil estava feita. Porque lá uma pessoa faz tudo. Aqui, para passar, 25 dólares a hora a mais, para dobrar, 25 dólares. Ah, para poder esticar o braço, mais 10 dólares. É assim. Então, você que tem alguém no Brasil, ajoelha e agradeça a Jesus.⁷⁴

72 Em 2004 a Constituição Federal de 1988 passou a estipular a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

73 A pena de reclusão é aplicada a condenações mais severas, o regime de cumprimento pode ser fechado, semiaberto ou aberto, e normalmente é cumprida em estabelecimentos de segurança máxima ou média. A detenção é aplicada para condenações mais leves e não admite que o início do cumprimento seja no regime fechado.

74 Fonte: <https://www.uol.com.br/universa/colunas/nina-lemos/2021/06/24/adriana-santana-lamenta-preco-de-empregada-dos-eua-queria-uma-serva.htm>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

As declarações de Adriana Santana causaram grande revolta nas redes sociais, como a de uma doméstica brasileira que trabalha e mora nos EUA, que afirmou que a influencer queria uma escrava e não uma empregada doméstica. Manifestações públicas como a da influenciadora digital não são raras em se tratando de brasileiros, assim como se observa nas SDs que apresentam um efeito-sentido de normalização de jornadas abusivas no ambiente doméstico. Assim, os empregadores e a própria doméstica negligenciam as jornadas de trabalho excessivas, por necessidade ou por falta de conhecimento de direitos fundamentais e das consequências legais de tais ações e ignoram os efeitos trabalhistas, criminais e humanos em face do problema.

As SDs 3 e 4 a seguir, como já mencionado, apresentam narrativas relatadas pela advogada do Sindicato de empregadas domésticas oriundas de denúncias realizadas pelas próprias domésticas de situação de vulnerabilidade diante da dualidade de ou ficar sem emprego ou de permanecer trabalhando em condições desumanas durante a pandemia de Covid-19. Essa realidade se tornou pública após reportagem veiculada pela plataforma *Universa* do portal de notícias *UOL*, em 2021.

A SD3 apresenta uma cuidadora de idosos que se encontra na casa dos patrões sem poder sair há mais de dez (10) meses:

SD3: Ela procurou o sindicato por telefone e pediu socorro, pois estava sem sair do trabalho há mais de dez meses, conta Valdirene. É cuidadora de idosos e mandava mensagem para a empregadora, a filha dos idosos, dizendo que precisava sair, queria sua folga. A empregadora visualizava a mensagem e não respondia nem atendia ao telefone. Ela não saía porque não tinha como deixar os idosos sozinhos temendo ser acusada juridicamente de abandono de incapazes (BOCHICCHIO, 2021, p. 3).

Na SD3 verifica-se a produção do efeito-sentido de violação de direitos trabalhistas marcado na seguinte formulação: “[...] e mandava mensagem para a empregadora, a filha dos idosos, dizendo que precisava sair, queria sua folga.” Na narrativa, identificamos o desespero da doméstica que pedia para a filha da patroa que a deixasse sair, porque

necessitava da folga, usurpada pelos empregadores há mais de 10 meses. A empregadora desrespeita a legislação do trabalho, uma vez que a empregada tinha que implorar por sua folga, algo que já se encontra estabelecido no ordenamento brasileiro e não deveria nem ao menos ser objeto de questionamento em qualquer situação. Segundo a CF, é garantido aos domésticos “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.” (CF, 1988, art. 7.º, inciso XV). Logo depois, na formulação linguística, “a empregadora visualizava a mensagem e não respondia nem atendia ao telefone”, aponta-se para um efeito-sentido de normalização do desrespeito ao contrato de trabalho doméstico por parte da patroa. Ainda, a empregadora ignora o aspecto humano do clamor da doméstica pela sua folga, já que ela não saía do seu local de trabalho há quase 1 ano. Desse modo, a SD3 apresenta não apenas um efeito-sentido de jornada abusiva de trabalho, mas também de cárcere privado que, com base no Código Penal Brasileiro, significa “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado” (CP, 1940, art.148, *caput*), sujeito à reclusão de dois a cinco anos. Além disso, o enunciado aponta para um efeito-sentido de condições análogas à escravidão quando restringe a sua locomoção utilizando a pandemia como desculpa para reter a empregada doméstica no trabalho pelo tempo que achasse conveniente.

Por fim, a doméstica ainda se mostra preocupada em não cometer um crime deixando os idosos sozinhos. No trecho “ela não saía porque não tinha como deixar os idosos sozinhos temendo ser acusada juridicamente de “abandono de incapazes”, o efeito que se produz é o de que a empregada doméstica ocupou a posição-sujeito de tutora ou responsável pelos idosos, para além da carga horária de trabalho, posição que deveria ser ocupada pela empregadora, que é filha dos idosos. Dessa forma, a filha da patroa, além de desrespeitar direitos humanos e trabalhistas da doméstica, poderá incorrer em crime de abandono de incapazes previsto no art. 133 do CP, em relação à responsabilidade que ela deveria exercer pelos cuidados com seus pais idosos e não atribuir a outrem esse encargo.

A SD4 apresenta a história de uma empregada doméstica que morava com o filho e o neto e estava há meses sem nenhum contato com eles,

uma vez que, com a desculpa da pandemia, fora impedida de sair da casa dos patrões ou ter qualquer contato físico com a sua família.

SD4: Ela dizia que não estava vivendo, estava vegetando, conta Boaventura. O filho ia para a residência visitar a mãe e levava o neto. Mas ela não era liberada para voltar para casa para não contrair o vírus e levar para lá. Levou quase três meses para os patrões deixarem ela receber a visita do filho. Ela morava na mesma casa que o filho e era responsável por esse neto (BOCHICCHIO, 2021, p. 4).

A SD4 apresenta o efeito-sentido de cárcere-privado identificado na posição-sujeito empregada doméstica e da advogada do sindicato em confronto com o efeito-sentido de proteção à saúde, da posição-sujeito empregador, marcado na formulação “mas ela não era liberada para voltar para casa para não contrair o vírus e levar para lá.” O cuidado com a saúde foi utilizado como argumento para não liberar a empregada do trabalho doméstico, fazendo com que ela ficasse à mercê de seus empregadores, vinte e quatro horas por dia, todos os dias da semana. No trecho “ela dizia que não estava vivendo, estava vegetando”, as expressões “não estava vivendo” e “estava vegetando” produz um efeito-sentido de cárcere-privado e de trabalho análogo à escravidão, no qual as domésticas enfrentam uma situação de perda de suas garantias fundamentais em favor dos patrões, como a vida, a liberdade e o direito social ao lazer, ambos garantidos a todos na Constituição Federal Brasileira. Conforme apontado na introdução deste estudo com as denúncias veiculadas em jornal sobre domésticas que estavam sendo escravizadas, essas mulheres perdem o direito sobre suas vidas, passam a viver em função de outras pessoas, de outra família, perdendo a sua individualidade e o seu direito à felicidade. Ademais, na formulação “levou quase três meses para os patrões deixarem ela receber a visita do filho”, é identificada a produção do efeito-sentido de posse dos patrões em relação a empregada doméstica, como se ela não prestasse apenas serviço para eles, mas que ela fosse também sua propriedade, o que acarreta ainda um efeito de memória da escravidão, no qual as escravas domésticas eram desprovidas de direitos como humanos e eram

considerados bens semoventes⁷⁵. Por fim, na mesma formulação, identificamos que a empregadora cede a visita do filho da doméstica, mas não deixa que ela volte para casa, e restringe a liberdade da doméstica, produzindo também o efeito-sentido de condições análogas à escravidão.

Em junho de 2020, em um momento de pico da pandemia de Covid-19, no qual as medidas restritivas estavam mais severas, alguns empregadores domésticos optavam por deixar que as domésticas ficassem em suas casas, mantendo normalmente o vínculo trabalhista e as verbas salariais, outros as demitiram respeitando ou não as determinações de extinção do contrato de trabalho previsto em legislação. No entanto, houve casos de empregadores que preferiram manter o vínculo normal de trabalho, como o da patroa de Mirtes, Sari Corte Real, esposa de Sérgio Hacker – prefeito de Tamandaré, no estado de Pernambuco. Em 2 de junho de 2020, Mirtes, que, por conta do fechamento de escolas e creches em decorrência da pandemia não tinha com quem deixar o filho, Miguel, enquanto trabalhava, o levou então ao trabalho (um prédio de luxo no centro de Recife). Enquanto passeava com o cachorro da família, Mirtes deixou Miguel com a patroa no apartamento. Segundo as imagens do vídeo do circuito interno do prédio, é possível ver que Miguel entra correndo no elevador. A patroa chega logo depois, conversa com o menino e toca no alto do painel de botões. As portas do elevador se fecham e Miguel fica sozinho. Ele então aperta outros botões: primeiro para em um andar, mas não sai. Quando chega ao 9º andar, Miguel sai do elevador e abre uma porta. De acordo com a conclusão da perícia, o garoto de 5 anos subiu em uma estrutura para ar-condicionado e caiu de altura de 35 metros. Quando Mirtes voltou do passeio, o seu filho já se encontrava caído e com grave risco de morte. Miguel não resistiu e morreu no hospital.⁷⁶

Situações como a de Mirtes e Miguel não são isoladas, mesmo antes da pandemia. A Covid-19 só ampliou uma realidade sofrida de domésticas

75 Na atual legislação brasileira, bem semoventes são aqueles constituídos por animais selvagens, domesticados ou domésticos.

76 Fonte: <https://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/2129388-apos-negligencia-de-patroa-filho-de-domestica-morre-ao-cair-do-nono-andar>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

no Brasil, com desrespeito as suas necessidades básicas, aos direitos trabalhistas e as condições de dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, objetivamos, à luz da Análise de Discurso, analisar os efeitos-sentido de cárcere privado e de condições análogas à escravidão no ambiente de trabalho doméstico, antes e durante a pandemia. Os resultados das análises indicaram que, antes da pandemia de Covid-19, os empregadores já sujeitavam as empregadas a situações de jornadas de trabalhos abusivas e desrespeito às condições mínimas de dignidade do ser humano e que, durante a pandemia, produziu-se um novo efeito-sentido da posição-sujeito empregador, o de proteção à saúde, em confronto com o da posição-sujeito da empregada, a de privação de liberdade. Ainda, as análises apontaram para a produção de efeitos-sentidos de violação de direitos trabalhistas, de negligência, de normalização e efeitos-sentido de crime de cárcere privado e de condições análogas à escravidão.

Na introdução deste artigo, apresentamos por meio de matérias veiculadas na mídia alguns casos de denúncias de empregadores que mantiveram empregadas domésticas em condições análogas à escravidão, muitas vezes durante anos ou a vida inteira, não permitindo que a trabalhadora tivesse qualquer contato com o mundo externo. Além disso, apresentamos ainda nas análises trechos de depoimento de uma patroa brasileira que gostaria de ter uma empregada doméstica à disposição vinte e quatro horas por dia nos EUA, e uma outra doméstica que teve seu filho morto por omissão da empregadora, pois a trabalhadora não tinha com quem deixar o filho e teve que levá-lo ao trabalho. Apresentamos, também, duas sequências discursivas que foram retiradas de processos trabalhistas e que reforçam que o judiciário brasileiro está ciente de algumas dessas situações, sendo que tais alegações deveriam ser levadas ao conhecimento do Ministério Público do Trabalho (MPT) para a devida investigação e punição.

Uma das principais funções do MPT⁷⁷ é a erradicação do trabalho escravo, porém, principalmente por se tratar de crime que ocorre em am-

77 O Ministério Público do Trabalho (MPT) é uma instituição permanente, essencial à fun-

biente privado, as denúncias por parte das empregadas domésticas e da sociedade em geral tem fundamental importância no combate ao crime de condições análogas à escravidão em ambiente doméstico. Sem elas, o crime fica silenciado, como se não existisse, fazendo com que tal prática seja abraçada pelos costumes. No entanto, como verificamos no presente trabalho, a denúncia, por si só não basta para mudar uma realidade que está enraizada nas práticas e nos discursos de grande parte da sociedade brasileira. É necessário mudar a mentalidade, valorizar o serviço doméstico e que cada um busque mais autonomia nos afazeres de seu próprio lar, não necessitando que ninguém faça por você o que você pode fazer.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Mayara Archieris *et al.* Posição-sujeito utópico imbricada com efeitos-sentido de utopia. **Estudos da Língua(gem)**, [S.l.], v. 13, n. 2, p. 159-180, dez. 2015.
- BOCHICCHIO, Regina. **Sindicato da BA tem 28 pedidos de ajuda de domésticas sem folga na pandemia**. Salvador, BA: UNIVERSA, 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, dez. 1940.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 72, de 02 de Abril de 2013. **Emenda das Empregadas Domésticas**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, abr. 2013.

ção jurisdicional do Estado, ao qual incumbe além da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante dispõe o artigo 127 e seguintes da Constituição da República.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de Junho de 2015. **Lei das Empregadas Domésticas**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jun. 2015

FONSECA-SILVA, Maria da Conceição. **Poder-saber-ética nos discursos do cuidado de si e da sexualidade**. Vitória da Conquista: Edições UESB, 2007.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise do discurso**: princípios e procedimentos. 7. ed. Campinas: Pontes, 2007.

PÊCHEUX, Michel. **O Discurso Estrutura ou Acontecimento**. 5. ed. Campinas, Pontes, 2008

PÊCHEUX, Michel. Papel da Memória. *In*: _____. **Papel da Memória**. Campinas: Pontes, 1999, p. 49-56. Edição Original: 1983.

SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Método, 2012

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo a abolição necessária**. São Paulo: LTr, 2006.

PEREIRA, Bergman de Paula. De escravas a empregadas domésticas - A dimensão social e o lugar das mulheres negras no pós-abolição. **Anpuh**, São Paulo, v. 5, n. 29, p. 91-109, jul./dez. 2011.

O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO FATOR LIMITANTE AO ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ RISCO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL?

*Helena de Andrade Piovezan*⁷⁸

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará (i) da conceituação do princípio da reserva do possível, (ii) da contextualização histórica e aplicação na legislação brasileira do princípio da reserva do possível, (iii) da aplicação prática da reserva do possível no Brasil a partir da análise de duas ações constitucionais (iii.1) a ADPF 45 pelo Supremo Tribunal Federal em 2004 e (iii.2) o Recurso Extraordinário 1.339.961 em 2021.

Cada um desses temas de estudo terá por finalidade entender se a aplicação do princípio da reserva do possível tem resultado em uma limitação

78 Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. cursando, em intercâmbio, Economia Política e História pela Universidade de Salamanca, em 2023. Experiência profissional em Direito Criminal e Direito Econômico.

do alcance dos direitos fundamentais e em caso positivo, se haveria riscos de violação ao princípio do retrocesso social.

1. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

1.1. CONCEITUAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Lei suprema que rege o ordenamento jurídico brasileiro, é, em seu conjunto, um sistema aberto de princípios e regras em que se podem permear valores jurídicos com ideias de justiça e de direitos fundamentais (BARROSO, 2002).

De acordo com Alexy (2008, p. 90-91), a assimetria entre regras e princípios estaria no plano da estrutura da norma, retratando que:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para o autor, portanto, os direitos fundamentais assegurados no Artigo 5º da Constituição da República podem ser tanto princípios quanto regras.⁷⁹

79 Para fins do presente artigo, válido observar o seguinte trecho acerca da conceituação dos direitos fundamentais: "(...) os direitos sociais — por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do art. 60, §4, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5, §1, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto

Os direitos fundamentais na forma de regras seriam dispositivos objetivos, com incidência restrita a situações específicas, uma espécie de “tudo ou nada” que incide sobre o caso concreto de maneira direta e automática, como por exemplo o direito à educação e à saúde, ao devido processo legal, à assistência jurídica gratuita, entre outros.

Quando assumem a forma de princípios, portanto, os direitos fundamentais têm maior grau de abstração, com teor valorativo. Se dá por meio de ponderações feitas pelo intérprete da lei, sem a possibilidade do “tudo ou nada”. Como por exemplo o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade humana, à reserva do possível, entre outros.

A reserva do possível é um princípio constitucional, isto é, uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Mediante a existência, portanto, de diversos princípios constitucionais, para a correta subsunção dos fatos às normas, ou seja, para possibilitar a aplicação do texto constitucional às mais diversas situações jurídicas em que a Constituição é chamada para dar uma solução, utiliza-se o ato de interpretar,⁸⁰ o qual consiste em extrair da norma jurídica o seu significado, seu conteúdo e seu alcance e objeto de interpretação é a Constituição que abrange o conjunto de normas jurídicas postas.

Al Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB prevê que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a

de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17-18.

80 Canotilho acredita que o intérprete deve buscar a máxima efetividade, considerando a força normativa da Constituição Federal. Isso significa buscar na aplicação dos princípios que eles sejam realizados no maior grau possível. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Da redação literal, diante de omissão da lei é possível a aplicação de princípios gerais. Por isso, se diz que não é método de interpretação, mas de integração da lei. Portanto, há determinadas situações, denominadas lacunas jurídicas, em que não há norma que se aplique e resolva o caso concreto. A partir disso, no Brasil, costuma-se decidir os casos de lacuna jurídica com a aplicação dos princípios.

Na prática, ocorre uma ponderação de princípios. Quando da aplicação do princípio da reserva do possível, por sua vez, resulta em uma possível limitação de alcance dos direitos fundamentais em função das possibilidades econômicas e financeiras do Estado. (ALEXY, 2008), como será abordado a seguir.

1.2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E APLICAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É um consenso entre renomados juristas que os primeiros usos acerca da expressão reserva do possível foram feitos pelo Poder Judiciário alemão, em um julgamento proferido em 18 de julho de 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal⁸¹. (TORRES, 2009, p. 103; NUNES JUNIOR, 2009, p. 173). O conflito constitucional originou-se a partir da instituição de limitações de vagas para cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. A capacidade máxima de alunos tinha sido atingida e, portanto, foi realizado um controle de constitucionalidade sobre as normas de direito estadual que regiam a temática sob o fundamento de que era necessário assegurar a garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão.

O Tribunal Constitucional Federal decidiu pela permissividade ao Estado de conceder benefícios à sociedade apenas na medida em que não prejudica as condições socioeconômicas, observado o princípio da razoa-

81 Decisão consultada em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667. Para conferir no idioma original, v. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

bilidade e da proporcionalidade. Ou seja, no caso em tela, o direito social de acesso à educação exigiria uma prestação de fazer pelo Estado, qual seja, a criação de mais vagas nas universidades de medicina. E essa prestação de fazer está sujeita à reserva do possível, sendo possível restringir o acesso aos cursos de medicina.

Após essa decisão paradigma, a expressão reserva do possível ganhou força de teoria, sendo absorvida por ordenamentos jurídicos de outros países. Em Portugal, a título de exemplificação, a reserva do possível seria uma construção dogmática acerca da ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Tal entendimento é uma crítica à ausência de vinculação jurídica na garantia de direitos sociais quando priorizado o princípio da reserva do possível. (CANOTILHO, 2004, p. 481).

O Brasil, por sua vez, incorporou o princípio da reserva do possível em decisões judiciais semelhantes ao julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que serão analisadas a título exemplificativo, como a ADPF 45 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2004 e o Recurso Extraordinário 1.339.961 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2021.

Não apenas como será observado na aplicação legislativa do princípio da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal, mas da vasta doutrina acerca do tema, é possível inferir que a corrente jurídica brasileira aplica com mais frequência o princípio da reserva do possível a partir de uma ótica financeira, qual seja analisa a possibilidade de limitar o alcance de algum direito fundamental em geral a partir da existência, ou ausência, de recursos para a concretização do investimento eventualmente necessário.

Ao passo que o conceito de reserva do possível formulado pela jurisprudência alemã aproxima-se mais da reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável e proporcional da sociedade.

De acordo com Alexy (2011, p. 69):

Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as nor-

mas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade.

Assim como em Portugal, alguns juristas brasileiros trazem um contraponto à aplicação do princípio da reserva do possível, qual seja, o fato de que os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro possuem diferenças semânticas e sociais significativas, de modo que a absorção de um princípio nascido em outra legislação acarreta riscos para a nação que o internaliza sem proceder com eventuais adaptações necessárias às suas condições jurídico-positivas (NUNES JUNIOR, 2009, p. 196).

Outro contraponto relevante é o risco da aplicação desse princípio resultar em uma limitação contingente à realização de direitos sociais na medida em que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade. (TORRES, 2009, p. 106-110).

Observa-se, portanto, no processo de internalização brasileiro do princípio da reserva do possível a aplicação do artigo 167 da Constituição da República⁸² como fundamento para determinar a necessidade de previsão orçamentária como um limite à atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais.

Ainda nesse tema, outro conceito relevante é o do “mínimo existencial” que consiste em um princípio constitucional que preceitua que todos os indivíduos devem ter condições materiais essenciais e elementares relativas à garantia da dignidade humana (BARROSO, 2011).

82 Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (...).

A lógica jurídica que fundamenta o princípio do mínimo existencial é construída a partir da garantia constitucional à dignidade humana, um dos pilares dos princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, conforme artigo 170, *caput*, da Carta de 1988.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17-18) tratam do tema:

De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos.

Para mais, a legislação nacional preleciona que não apenas a disponibilidade de recurso financeiro estatal deve ser considerada para o sopesamento dos princípios, mas, também, a previsão legislativa referida pela Lei de Responsabilidade Fiscal que permita embasar o investimento pleiteado. (SCHIER, SCHIER, 2018, p. 73).

Dessa forma, conclui-se que, no Brasil, a aplicação do princípio da reserva do possível implica em assegurar o mínimo existencial, sem ter como aspecto principal do sopesamento dos princípios a razoabilidade da pretensão, mas tão somente a disponibilidade ou não de recursos.

O risco é evidente: a depender do pleito constitucional desatendido, o Poder Judiciário incorre no perigo de permitir algum retrocesso social,⁸³

83 Dentre os princípios protetores de direitos sociais, está o da proibição de retrocesso social, dotado de um elemento finalístico, traduzido na garantia do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e a permanente imposição constitucional de desenvolvimento dessa concretização. O princípio possui conteúdos positivo e negativo. O conteúdo positivo encontra-se no dever de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente

princípio esse que tem a finalidade de proteger aos direitos e garantias individuais, estampados no inciso IV, § 4º, artigo 60, da Constituição da República, as cláusulas pétreas. A proibição do retrocesso social estatui que não se pode invocar o princípio da reserva do possível quando há risco de prejudicar a garantia de direitos fundamentais.

2. A APLICAÇÃO PRÁTICA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

2.1. DO JULGAMENTO DA ADPF 45 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2004

Em 2003 foi publicado o Projeto de Lei nº 2, de 2003 – CN que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências.

O artigo 59 assegurava que “A proposta e a lei orçamentária incluirão os recursos necessários ao atendimento: § 2º Para efeito do inciso II do *caput*, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.”

“A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face

e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Não se trata de mera manutenção do status quo, mas de imposição da obrigação de avanço social. O conteúdo negativo - subjacente a qualquer princípio - que, no caso, prevalece sobre o positivo, refere-se à imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não-supressão ou a não-redução, pelo menos de modo desproporcional ou irrazoável, do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional, isto é, por meio da legislação concretizadora dos direitos fundamentais sociais insertos na Constituição. DERBLI, Felipe. O Princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.”

Esse parágrafo foi objeto de veto presencial mediante a seguinte justificativa: “A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.”

Diante desse fato, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB ajuizou em 15 de outubro de 2003 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face do Presidente da República, à época Luiz Inácio Lula da Silva, contra o veto presidencial que importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000⁸⁴, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Ao decorrer do processo, em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio o fato de que após o veto parcial ora questionado na ADPF, o Presidente da República veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do artigo 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo e supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

Por essa razão, a ADPF 45 foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto em 29 de abril de 2004.

Não obstante, o Ministro Relator Celso de Mello assegurou que não poderia deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, que qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias gover-

84 A Emenda Constitucional nº 29/2000 define os percentuais mínimos de aplicação em ações e serviços públicos de saúde e estabelece regras para o período de 2000 a 2004.

namentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Por essa razão, destaca-se o seguinte trecho da decisão:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Grifou-se).

Em resumo foi decidido que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar, mas que o intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

O Ministro entendeu, portanto, que a impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República justifica-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, vez que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

2.2. DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.339.961 EM 2021

Nesse caso, originariamente, Davi Machado Monteiro Braga e outros, representados por Aline Cardoso De Almeida Machado, ajuizaram ação contra uma escola próxima às suas residências pleiteando ordem judicial para condenar a escola a disponibilizar vagas. A sentença de procedência da primeira instância foi reformada pelo acórdão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, em suma, aplicou o princípio da reserva do possível ao caso e decidiu que o acolhimento da pretensão de transferência dos demandantes para outra unidade de ensino da rede pública, mais próxima da atual residência, desafia o Princípio da Isonomia, porquanto seriam colocados à frente das crianças que já aguardam vaga nas unidades pretendidas.

Dessa forma, Davi Machado Monteiro Braga e outros interpuseram recurso extraordinário em face de acórdão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

O Ministro Relator Edson Fachin, do julgamento do recurso extraordinário, preleciona que a controvérsia se desenvolve em torno da abrangência do disposto no art. 208, I, da Constituição da República⁸⁵ e, que da análise dos referidos precedentes⁸⁶, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem dado a máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição da República em defesa do direito à educação infantil. Desse modo, o acórdão recorrido divergiu do entendimento da Suprema Corte, razão pela qual foi reformado. Diante do exposto, com base no art. 21, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi dado provimento ao recurso extraordinário, para restabelecer a sentença.

No julgamento, o Supremo entendeu, portanto, que a reserva do possível não pode ser usada como um escudo para o Estado se eximir de sua obrigação de garantir o direito à educação. O Estado deve buscar alternativas para cumprir suas obrigações, como a realocação de recursos, a criação de programas de financiamento ou outras medidas que não comprometam a efetivação desse direito fundamental.

2.3. POLÍTICAS PÚBLICAS

As decisões do Supremo Tribunal Federal tornaram-se paradigmas frente demais conflitos judiciais, como por exemplo no julgamento da Apelação Cível nº 5003114-31.2016.4.04.7119, de relatoria da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, em 18 de outubro 2017, Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

85 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

86 (AI 568.491-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 7/5/2012), (RE 410.715-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 3/2/2006) e (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011).

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. DO RESSARCIMENTO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. – A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal). O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde. **A interferência judicial na área da saúde não pode desconsiderar as políticas estabelecidas pelo legislador e pela Administração. Todavia, o Poder Público não pode invocar a cláusula da “reserva do possível”, para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sem demonstrar, concretamente, a impossibilidade de fazê-lo.** A questão relativa ao reembolso e/ou cobrança dos custos suportados por determinado ente federativo em decorrência do fornecimento do medicamento pleiteado, trata-se de medida a ser resolvida no âmbito administrativo, sem necessidade de intervenção judicial. Tratando-se de causa relacionada à garantia do direito à saúde, cujo valor material é inestimável, correta a aplicação do § 8º do art. 85 do novo CPC, que remete à apreciação equitativa considerando os incisos do § 2º do artigo citado (grau de zelo profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço). (grifou-se).

Tal entendimento constitucional teve, também, responsabilidade na criação de programas sociais, como por exemplo o Programa de Medicamentos Excepcionais, criado em 2006 que tem como objetivo fornecer

medicamentos de alto custo gratuitamente para pacientes que não têm condições financeiras de arcar com os custos no Sistema Único de Saúde (SUS) e, em 2011, a criação da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, que busca garantir o acesso da população a medicamentos de qualidade, eficazes e seguros.

Na área da educação, por sua vez, além das decisões constitucionais que tratam da aplicação do princípio da reserva do possível apenas na medida em que não se negue a garantia de algum direito fundamental, terem assegurado, em diversos momentos, o acesso aos direitos fundamentais à sociedade como por exemplo acesso à educação básica, aumento de vagas em creches, incremento de vagas para escolas especiais, entre outros, também resultaram em criação de algumas políticas públicas.

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o Plano Nacional de Educação (PNE), criados em 2007 e 2014, respectivamente, têm como objetivo a construção de novas escolas e a expansão da rede de ensino fundamental, ampliando o acesso à educação básica de qualidade no país; e estabelecer metas e estratégias para a expansão e melhoria da educação básica no país, incluindo a ampliação do acesso ao ensino fundamental de nove anos, respectivamente.

Essas políticas públicas são exemplos de como as decisões do Supremo Tribunal Federal, através do adequado sopesamento dos princípios constitucionais, podem influenciar a implementação de políticas públicas que visam garantir o acesso a direitos fundamentais no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reserva do possível é, em sua origem, um conceito jurídico que se refere à possibilidade de o Estado não realizar alguma política pública na medida mediante a escassez de recursos e análise do princípio da razoabilidade e da proporcionabilidade.

No Brasil, no entanto, a aplicação desse princípio esteve realizada, em um primeiro momento, apenas com a impossibilidade de aumentar os gastos públicos.

Mediante a análise do presente artigo, conclui-se, também, que o termo é frequentemente utilizado em casos em que se discute a efetivação de direitos sociais, como saúde, educação, moradia, entre outros.

No entanto, a reserva do possível não pode ser usada como um argumento absoluto para justificar a inércia estatal, sob grave risco de limitar o alcance dos direitos fundamentais e violar o princípio do retrocesso social ao negar à sociedade direitos sociais já garantidos constitucionalmente.

É preciso analisar caso a caso, levando em conta a capacidade financeira do Estado, a relevância do direito envolvido e a possibilidade de adoção de medidas alternativas para atendê-lo considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De acordo com a jurisprudência majoritária do STF, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo Estado para se eximir de suas obrigações em relação aos direitos fundamentais, mas deve ser interpretado de forma restritiva, mediante o sopesamento com outros princípios constitucionais, a fim de garantir que as restrições aos direitos fundamentais sejam proporcionais e razoáveis.

Em outras palavras, a reserva do possível não pode ser usada como um pretexto para se negar a realização dos direitos fundamentais, incidindo, portanto, em grave violação ao princípio do retrocesso social, mas deve ser entendida como uma limitação que deve ser equilibrada com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 540).

Segundo o Ministro Celso de Mello (1997), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, uma vez configurado esse dilema, as razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Considerando o entendimento majoritário e pacificado do Supremo Tribunal Federal, o princípio da reserva do possível pode e deve ser utilizado, não como justificativa de ineficácia pública e inércia estatal na ga-

rantia de direitos fundamentais, mas contribuindo para a efetivação desses direitos na prática como única forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção da nova modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3208>. Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1.339.961**. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 27.10.2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RE_1339961_1ccdd.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1682146277&Signature=XCn01RmPEv3u70V4F8FSou-kEElEs%3D. Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em petição nº 1246-SC**. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado

em 31/01/1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>. Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. TRF-4. Apelação Cível nº 5003114-31.2016.4.04.7119-RS. Relatora Desembargadora Dra. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 18/10/2017, Quarta Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/825685768>. Acesso em: 21.04.2023.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora JusPodium, 2011.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direitos sociais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-2/direitos-sociais>. Acesso em: 21.04.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.).

Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 74, out./dez. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AÇÃO POPULAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: A (IM) POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO PELO ESTRANGEIRO

*Rafael Pinto dos Santos*⁸⁷

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por temática abordar a aplicabilidade de impetração de ação popular como ferramenta de proteção de direitos e garantias fundamentais por quaisquer pessoas. Sendo assim, a questão problema norteadora da pesquisa foi: existe a possibilidade da ação popular ser proposta por estrangeiros?

A fim de alcançar o objeto proposto, o trabalho inicialmente abordou o histórico, conceito e características da ação popular, para, posteriormente, apreciar a sua natureza jurídica. Em seguida, almejou-se examinar a proteção do meio ambiente com base na Constituição e na lei nº 4.717/65. Por último, a pesquisa empenhou-se em analisar o estrangeiro e a legitimidade na propositura da ação popular.

A legislação brasileira tem feito progressos significativos no campo do processo civil coletivo. A doutrina parece ser consistente com as mudanças substanciais ocorridas no cenário internacional de jurisdição coletiva.

87 Mestre em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

Segundo a Lei nº 4.741 /65, somente os cidadãos têm legitimidade para propor ação coletiva que vise à anulação de atos lesivos aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Nesse sentido, cidadão é o indivíduo em gozo dos direitos civis e políticos, e a prova da cidadania será feita com a apresentação do título eleitoral ou outro documento que a comprove.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXII, ampliou o objeto da ação popular, estabelecendo que esta é um direito fundamental do indivíduo, um remédio constitucional que qualquer pessoa pode utilizar com vistas à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural e do meio ambiente . O próprio artigo 5º, *caput* , determina que não haverá diferenciação entre brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, e estes também gozarão dos direitos e garantias fundamentais elencados no ordenamento jurídico pátrio, entre os quais está o direito de propor ação popular. Impende salientar que ao Ministério Público incumbe acompanhar a ação popular proposta pelo cidadão, atuando como fiscal da lei.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente estudo foi analisar a possibilidade de impetração de ação popular por estrangeiro. Os objetivos específicos foram conceituar historicamente os aspectos gerais da Ação Popular; discorrer acerca da natureza jurídica da Ação Popular; explicar a Lei nº 4.717/65 e a proteção do Meio Ambiente.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, que diz respeito a um estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, ou seja, material acessível ao público em geral.

1. HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO POPULAR

A ação popular teve o seu nascimento em Roma, onde, segundo Silva (2013, p. 465), a sua origem foi lapidada na cronologia do Direito Romano. O nome ação popular decorre do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela deste, legitimidade para reivindicar, por qualquer de seus integrantes,

a tutela jurisdicional de propósito que não lhe pertence, *uti singuli*, mas à coletividade.

No território brasileiro, a corrente demanda, como o mandado de segurança, caracteriza um dos intitulados “remédios constitucionais”, e foi prevista pela primeira vez na Lei Maior de 1934 e removida na Constituição seguinte, a de 1937. Entretanto, a mesma retornou na Carta de 1946 e continua até o momento presente.

Ação popular é uma ação constitucional essencial para a atuação dos sujeitos no âmbito do Estado, na proteção dos bens públicos. Qualquer cidadão, ou seja, o indivíduo que esteja no proveito dos seus direitos políticos (possui o título de eleitor), poderá propor a corrente demanda com o intuito de anular ato lesivo ao acervo público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o agente, ressalvado a evidenciada desonestidade, dispensado das expensas judiciais e do encargo da sucumbência. A ação popular pode ser preventiva, no sentido de frustrar o incidente da prática prejudicial, ou repressiva, quando o feito danoso já aconteceu e pretende-se a retificação e o aperfeiçoamento. (GUERRA, 2017, p.19)

Bulos (2014, p. 616) declara que é “...um mecanismo que permite a qualquer cidadão, no pleno gozo de seus direitos políticos, invocar a tutela jurisdicional de interesses difusos”. Esse pleito é uma prerrogativa jurídica propiciada ao cidadão, com fundamento em uma norma constitucional originária, e, portanto, não submetida ao controle de constitucionalidade. O art. 5º, LXXIII, da Lei Maior enuncia que:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ação popular é um instrumento constitucional posto às ordens de qualquer cidadão para lograr a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou equivalentes – ilícitos e danosos ao acervo federal, estadual e

municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subsidiadas com receitas públicas (MORAES, 2020, p. 129).

A presente ferramenta concretiza-se num direito político constitucional de supervisão efetiva em face da Administração Pública aliada ao exercício processual de ação, sendo um dos meios de fiscalização pelo cidadão sobre as realizações do Estado. Esse dispositivo caracteriza-se pelo interesse do povo e está entre as possibilidades disponíveis para a salvaguarda do patrimônio e do interesse comum da nação (DUTRA, 2017, p. 376).

A legitimidade ativa para o desencadeamento de uma ação popular pertence ao cidadão, compreendido como a pessoa humana brasileira ou naturalizado que usufrui de plenos direitos políticos, conforme consta no documento denominado título eleitoral. Dessa forma, não terão a possibilidade de integrar o polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas segundo o entendimento do STF publicado na súmula 365 e aqueles que tiveram os seus direitos políticos suspensos ou perdidos na visão do Art. 15 CF. Interessante mencionar que os eleitores compreendidos entre 16 e 18 anos não necessitam de assistência por serem incapazes relativamente, sendo suficiente a fruição dos direitos políticos (NEVES, 2020, p. 329). Esse expediente constitucional é regido pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Ainda na legitimidade ativa, o § 5º do artigo 6º prevê a oportunidade dada a todo cidadão de se qualificar como litisconsorte ou mesmo como assistente do autor na ação popular, e configura a existência de intervenção de terceiros no processo da referida ação, porque a decisão final é do interesse de todos. (FARIAS, 2010, p.89).

De acordo com o Art. 6º da Lei nº 4.717/1965, podem constituir o polo passivo os servidores estatais que efetuaram a conduta não condizente, as instituições prejudicadas e os favorecidos pelo ato ou pela transação danosa ao erário público. A ação coletiva pode assumir uma configuração preventiva, ou seja, ajuizada antes da consumação da atitude infracional, e repressiva, que almeja corrigir os malefícios já executados. Essa compreensão é derivada do conteúdo constitucional, sendo plausível citar as opiniões de Meirelles; Wald e Mendes (2014, p. 186) “A ação popular tem

fins preventivos e repressivos da atividade administrativa ilegal e lesiva ao patrimônio público, pelo que sempre propugnamos pela suspensão liminar do ato impugnado...”.

Deve-se ressaltar que a ação popular é uma forma de expressão da participação direta do povo na fiscalização dos feitos da administração pública, com base em preceitos administrativos, em especial os da legalidade e da moralidade (MORAES, 2020, p. 130).

O Ministério Público exercerá a função de fiscalizador da norma e por ocasião do pronunciamento final deverá deliberar pelo cabimento ou não da ação. Assim, o *Parquet* desempenha o papel de uma parte pública autônoma com ampla liberdade de atuação. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 195)

Na hipótese de abandono da ação por parte do cidadão responsável, os membros da promotoria darão continuidade à demanda, ocorrendo uma sucessão processual no polo ativo caracterizando uma espécie de legitimidade ativa superveniente. (NEVES, 2020, p. 342)

Ação popular caracteriza-se pela prevenção e possibilidade de uma sanção, sendo uma ferramenta única tão útil para assegurar o direito objetivo, bem como para impor o subjetivo, já que, mesmo isoladamente, não atinge a efetividade desejada, pois a garantia decorre da identidade de diversos poderes, todos eles remontando a sua fonte original: a Lei. O propósito da ação popular é a inquietação aos atos antijurídicos ou imorais lesivos aos bens de toda a coletividade, porém, não se vindica o esvaziamento de todos os instrumentos administrativos e jurídicos reservados a acautelar ou penalizar práticas ilícitas ou indecorosas (DUTRA, 2017, p. 378).

A lei de ação popular enfrenta na doutrina e jurisprudência divergências quanto aos seus requisitos ilegitimidade e lesividade. Para alguns doutrinadores, os dois estarão presentes para a propositura de tal demanda e Temer (1998, p. 200) afirma que “embora o texto constitucional não aluda à ilegalidade, ela está sempre presente nos casos de lesividade ao patrimônio público”. Outros autores defendem a viabilidade de autonomia entre as duas condições, sendo possível mencionar a posição de Silva (1992, p. 462), “na medida em que a Constituição amplia o âmbito da

ação popular, a tendência é erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato”. Já Marques (1949, p. 843) declara “O controle judiciário, na ação popular contra atos lesivos, apenas pode ser exercido se esse ato for também nulo ou anulável”.

O STJ pacificou o entendimento de que, para a possibilidade de ajuizamento de uma ação popular, são necessárias duas condições além da exigência eleitoral do proponente: a ilegitimidade juntamente com a ilegalidade do ato e o ressarcimento dos danos decorrentes dos feitos praticados. Tal posicionamento pode ser observado em um trecho do julgamento do Resp. 1.447.237:

Tem-se como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da ação popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.

No tocante à competência, a primeira instância será a responsável pela execução do processo e julgamento, sendo compatível com o entendimento de Nunes Júnior (2019, p. 1213) “... a ação deverá ser deflagrada nos juízos de primeira instância da Justiça federal ou da Justiça Estadual, conforme o foro apropriado para a pessoa jurídica”. Cumpre frisar que não há a previsão de competência originária das cortes judiciais para processo e julgamento das demandas coletivas, sendo que esta posição foi adotada pelo STF na Medida Cautelar na Petição nº 1.026, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello:

A competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição.

A ação popular será sempre proposta em juízo comum, ou seja, em 1º grau. Ao contrário de outros recursos constitucionais, em termos de competência, os grupos de ação não permitem regras, portanto não há

foro privilegiado de certas autoridades, a competência para o julgamento está diretamente ligada à origem do ato e também leva em conta a finalidade da questão.

De forma mais prática, a jurisdição para processar e julgar as ações coletivas será a do local onde ocorreu o ato lesivo, sendo necessária a identificação de quem cometeu o ato para que seja possível a sua competência.

O artigo 5º da Lei nº 4.717/65 designa ainda que, nos casos em que haja estado e município conjuntamente, a competência para dirigir a ação coletiva é atribuída, observando-se os mandamentos estabelecidos no ordenamento jurídico, para, nos casos em que o ato lesivo afetar o patrimônio da União, sua competência será a da Justiça Federal, observado o disposto no art. 109 da Constituição (MACHADO, 2016, p. 116).

O prazo de prescrição para ajuizamento de ação coletiva será de cinco anos na sua modalidade repressiva, ou seja, se o dano já ocorreu, a partir do momento em que aconteceu a lesão, porém, cabe ressaltar que o prazo de prescrição abrange apenas problemas de caráter privado. Não há regra de limitação da ação popular na modalidade preventiva, pois nesta, como se nota, apenas está a ameaça da ação prejudicial.

Caso a impetração de duas ou mais ações coletivas ocasionem cenários de conexão ou continência, a jurisdição responsável fundamentada no art. 5º, §3º da Lei nº 4.717/65 será do juízo que primeiro encaminhar a demanda ou estabelecer a intimação adequada (MORAES, 2019, p. 389).

O proponente da causa atuando com boa fé encontra-se dispensado das despesas e do encargo de sucumbência em consonância com o texto constitucional, inibindo a utilização política desse instrumento democrático. Esse posicionamento é adotado pelo STF como ocorreu no Recurso Extraordinário nº 335.428 de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

a única hipótese autorizadora do afastamento da isenção de custas e honorários advocatícios prevista no aludido texto constitucional se daria em casos de comprovada má-fé. Como isso não se verifica nestes autos, inviável falar-se na imposição, ao recorrente, do ônus da sucumbência, tal como feito pelo acórdão proferido pelo Tribunal de origem.

Registra-se que a ação popular é uma garantia enunciada na Carta Maior, sendo um remédio constitucional de natureza difusa, proposta por qualquer cidadão, no exercício dos seus direitos políticos, perante o judiciário, para invalidar qualquer feito prejudicial à propriedade pública, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

2. AÇÃO POPULAR QUANTO A SUA NATUREZA JURÍDICA

A finalidade da ação popular é propiciar ao cidadão o direito de depositá-la para a tutela de bens comunitários (tangíveis e intangíveis), cabendo ressaltar que por ser pública pertence à integralidade da sociedade pátria, não sendo possível determinar um titular específico do direito protegido.

Destaca-se a dupla natureza jurídica da ação popular, que é um direito político constitucional de participação como também de controle imediato da Administração Pública. Nos termos do Art. 1º, parágrafo único, da Constituição, o pleito popular enxerga no exercício pleno da cidadania um formato de concretização, por intermédio do Poder Judiciário, do Estado Democrático de Direito, sendo um expediente legítimo, onde o cidadão a manuseia com autonomia de acordo com as palavras de Mendes (2014, p. 497):

Considerando-se o caráter marcadamente público dessa ação constitucional, o autor está, em princípio, isento de custas judiciais e de ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 5º, LXXIII, DA CF/88). A ação popular é um instrumento típico da cidadania e somente pode ser propostas pelo cidadão, aqui entendido como aquele que não apresente pendências no que concerne às obrigações cívicas, militares e eleitorais que, por lei, sejam exigíveis.

Embora o direito à preservação da propriedade pública possua um aspecto particular – já que cada cidadão é apontado individualmente como um detentor desse benefício – o objeto do corrente repertório se desloca para o plano da coletividade, justamente porque cada pessoa tem uma par-

te dessa prerrogativa, que é exercitada conjuntamente pelos sujeitos que integram todo o corpo social (MENDES, 2014, p. 498).

Mostra-se a importância de ser uma questão voltada não apenas para os proveitos individuais, mas também destinada à salvaguarda de interesses generalizados e coletivos. A ação popular é o mecanismo pelo qual os cidadãos postulam a reparação dos atos desenvolvidos pela administração pública nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A ação popular pode apresentar uma perspectiva constitucional exercendo um papel de remédio constitucional com o intuito de salvaguardar pretensões públicas e difusas pertencentes à sociedade. Mas também é possível exibir uma feição de ação cível. (MORAES, 2019, p. 384)

A Constituição de 1988 prevê um amplo conjunto de instrumentos que visam tutelar direitos que não pertencem a uma pessoa, mas a uma coletividade. A Carta atual, em suma, tem a função de proteger as liberdades dos sujeitos, absorvendo não apenas os direitos individuais que a bandeira das primeiras constituições escritas do constitucionalismo apareceu no século XVIII, mas também os direitos sociais que surgiram na segunda metade do século XIX e com a elaboração da primeira Lei Constitucional, do México em 1917, contendo tais benefícios para o povo, mas de todas as pessoas cuja identificação em uma determinada classe não parecia possível, como no caso dos responsáveis pela ação popular, que se manifestam nesse sentido como um instrumento de salvaguarda de toda a comunidade.

A Carta Política é explícita quando ressalta que a autoridade vem do povo e que este a concretiza direta ou indiretamente. A ação popular, alicerçada em conformidade com o art. 5º, inciso LXXIII CF, configura-se como mecanismo processual pelo qual a soberania popular é exercida prontamente. (DUTRA, 2017, p. 378)

Apesar da complexidade do tema, a compreensão mais apropriada é aquela que entende a ação popular como uma conformação direta de participação cívica, a este respeito infelizmente limitado à concepção dos eleitores. O presente instrumento não poderia então ser visto afastado das definições de soberania e de cidadania. Não é por acaso que o cidadão fiscaliza e atua como controlador visando prevenir e corrigir qualquer dano

ao ordenamento jurídico. Na Reclamação nº 424, o STF adotou o seguinte posicionamento quanto à demanda coletiva:

um caso singular de substituição processual, pois se é certo que o cidadão exerce um direito político seu e, por isso, age em nome próprio, não menos certo é que o faz não para perseguir interesse de que seja titular, mas, sim, em defesa do patrimônio público, vale dizer, de direito alheio, isto é, do Estado.

Além disso, como já mencionado, a ação coletiva também é uma garantia processual, amparada no texto constitucional, com o intuito de atender os interesses da comunidade, que segundo Meirelles, Wald e Mendes (2014, p. 179):

O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.

Na verdade, a ação popular não é observada como pertencente à listagem dos direitos políticos. No entanto, essa ferramenta processual foi incorporada aos incisos do art. 5º da CF/1988, podendo afirmar que se trata de uma garantia fundamental estabelecida pelo poder constituinte originário.

3. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COM BASE NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI Nº 4.717/65

Torna-se significativo o fato de que o artigo 225 da Carta da República de 1988 pode ser atribuído à condição de dispositivo básico mais relevante do ordenamento jurídico nacional quanto ao aspecto ambiental. (MORAES, 2020, p. 131)

Esta previsão constitucional foi vigorosamente influenciada por duas passagens mundiais de tutela ambiental. Levou-se em consideração a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em

Estocolmo em 1972, e o Relatório Brundtland de 1987, designado de Nosso Futuro Comum com a propagação da noção de expansão sustentável. Dessa forma, observada a natureza sistemática da atual legislação do ecossistema pátrio, percebe-se que seu conteúdo dissemina força legal estrutural a todo o plano regulatório, com repercussão imediata no desempenho da administração pública e da comunidade em relação à salvaguarda dos recursos naturais. Portanto, partindo do pressuposto de que o estudo do direito ambiental deve ter como base a Constituição, especialmente a compreensão do sentido e do alcance do art. 225, *caput*, apresentando uma função educativa para toda a sociedade que convive com a questão do meio ambiente.

Já a Lei nº 4.717/65 trata da ação popular de forma particularizada, ou seja, é um mecanismo que se destina à tutela do patrimônio público, histórico e cultural e, em especial, do meio ambiente. Este é hoje um tema de extensa inquietação, tanto que a ciência jurídica procura continuamente preservar os bens e valores dessa natureza, salientando o direito ambiental como o “Direito do século 21” (FIORILLO, 2021, p. 137).

No que diz respeito à legislação ambiental, observa-se que a proteção do ecossistema é uma das exigências de validade da ação popular, podendo ser apresentada preventivamente, quando o autor atua de maneira antecipada evitando dano à natureza. Sendo possível citar o exemplo de instalação de uma indústria de calçados aos arredores de um rio que ocasiona poluição e pode ter como consequências a morte de espécies animais locais no futuro e também afetar a saúde da população que utiliza essa fonte de água. Assim, a demanda coletiva será deflagrada de forma prévia.

Há também a figura do instrumento processual na modalidade repressiva, nesse caso a deterioração ao meio ambiente já aconteceu, que o autor busca com sua propositura reparar o dano ocorrido, além de outras sanções previstas na legislação específica que será aplicada ao episódio concreto (FIORILLO, 2021, p. 137).

A ação popular evidencia-se como um instrumento abrangente imprescindível a toda coletividade com a finalidade de amparar e de conservar, em proveito dos atuais e dos vindouros descendentes, um meio possível de viver de maneira saudável e harmoniosa.

4. O ESTRANGEIRO E A LEGITIMIDADE NA PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR

A ação coletiva, embora possua legislação específica, que é regulamentada pela Lei nº 4.717/65, segue o rito ordinário percorrendo o processo de conhecimento, bem como a produção de provas e a sentença (FERREIRA, 2018, s./p.).

O primeiro requisito fundamental para a propositura da ação diz respeito à legitimidade ativa. Esta é limitada ao cidadão, no exercício dos seus direitos civis e políticos. Portanto, não basta ser cidadão: o indivíduo deve ter posição de votante. Além disso, a exibição do título de eleitor não é satisfatória, pois o sufragista deve estar no pleno gozo de seus direitos políticos. Já o próximo pressuposto da Ação Popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, ou seja, que a atividade seja contrária ao Direito, por contrariar as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que orientam a Administração Pública. Quanto ao terceiro requisito para que seja intentada a ação popular, necessária a existência de malefício do ato ou da omissão no que diz respeito à moralidade administrativa, ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Dessa forma, basta que o Estado participe da entidade, seja de forma majoritária ou minoritária que estará protegido pela ação popular. (FERREIRA, 2018, s/p)

A maioria dos autores afirma que o cidadão é apenas aquele que pode exercer os seus direitos políticos (votar, ser votado). Outros defendem a concepção de uma expressão mais ampla, incluindo todos que sujeitos à soberania nacional podem adquirir direitos e obrigações contratuais. Adotando a primeira corrente, é correto dizer que só terá direito de propor ação popular quem, a partir dos dezesseis anos, se inscrever como eleitor.

Para o STF, consoante o princípio da universalidade, todos que se encontram no território nacional são possuidores dos direitos fundamentais. Dessa forma, o estrangeiro em terras brasileiras fará jus aos direitos previstos na Carta Magna, inclusive a possibilidade de requisitar um *habeas corpus*, sendo excepcionada a possibilidade de mover uma ação popular que se reserva somente aos brasileiros (Nunes Júnior, 2019, p. 831). O

Supremo Tribunal Federal, em julgamento de habeas corpus impetrado por estrangeiro, assim decidiu:

É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de habeas corpus, eis que esse remédio constitucional – por qualificar-se como verdadeira ação popular – pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional (HC 83691/DF, Relator: Min. Carlos Velloso, 17/02/2004).

Cabe salientar que os portugueses equiparados, desde que exercendo os direitos políticos, serão os estrangeiros possuidores de legitimidade atuante para impetrar uma Ação Popular.

O termo “cidadão” como legitimador ativo para a propositura da ação popular refere-se a uma questão jurídica delicada, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro considera cidadão aquele que possui direitos políticos, logo será nativo ou naturalizado, seja brasileiro, como o equivalente português, que cumpre os requisitos de inscrição política. Essa é a ideia defendida pela corrente clássica (majoritária), com maior respaldo jurídico.

Por fim, a legitimidade ativa para propor ação popular na forma da lei cabe ao cidadão, visto que este deve ser brasileiro nativo ou naturalizado, como seu equivalente português, que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos, na prática, a legitimidade para tal ação está diretamente ligada ao conceito do termo cidadão no caso concreto (MACHADO, 2016, p. 115).

Para a corrente clássica (majoritária), somente o eleitor possui tal legitimidade. No entanto, atualmente o conceito vem sendo ampliado para abranger a noção ampliada de cidadania. Ao adotar esta corrente, não só os votantes, mas qualquer pessoa (nacional ou estrangeira) teria o justo interesse na defesa do interesse da coletividade, nos termos e limites da Lei de Ação Popular.

Declaram os partidários à posição moderna, que o artigo 1.º da Lei de Ação Popular não foi recepcionado pela Constituição vigente. É que o inciso LXXIII, do art. 5º, da Carta Maior, não demarca a capacidade ativa

aos eleitores, mas a qualquer cidadão. A posição ganha ainda mais adeptos quando trata de matéria ambiental.

Existem posições da doutrina com a percepção de viabilidade de ação popular impetrada por qualquer pessoa residente no país, sendo brasileiro ou estrangeiro, no tocante à seara ambiental. O presente entendimento seria defendido por dois motivos:

a) o conceito de cidadão deve ser preenchido a partir de dados fornecidos pela própria Constituição de 1988; b) o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, está indissociavelmente relacionado ao direito à vida, tendo natureza de direito fundamental. Logo, ele é assegurado a todos os brasileiros (não apenas aos eleitores) e estrangeiros aqui residentes (CF, art. 225, *caput*, c.c. art. 5.º, *caput*). Em sendo assim, ao menos no que toca à defesa do meio ambiente, a Constituição Federal confere o *status* de cidadão a todos eles. Essa posição vem sendo adotada reiteradamente nos concursos para o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP 2006 e MP/SP 2010) (ANDRADE; MASSON; ANDRADE L, 2015, p. 306).

A proteção ao meio ambiente, como necessidade imprescindível à própria existência do ser humano, é preocupação relativamente recente. Há bem pouco tempo deu-se conta que os recursos naturais são limitados e devem, a todo custo, ser assegurados e resguardados.

Na atualidade, o direito ao meio ambiente saudável é erigido à categoria de uma garantia fundamental. Tal argumento, por si só, já justificaria o alargamento do conceito de cidadania para fins protetivos. Do exposto, conclui-se que a legitimidade ativa para a propositura da ação popular deriva da concepção de cidadania adotada.

Cabe ressaltar que, no que se refere às questões ambientais, a legitimidade ativa para demandar a ação coletiva é de enorme importância, enquanto a preservação do meio ambiente é um tema de relevância global. Proteger o meio ambiente é o mesmo que salvaguardar a longevidade da vida humana, devido à restrição do patrimônio natural presente, sendo

necessário ampliar ou transformar o conceito jurídico de “cidadão” em “pessoa”.

CONCLUSÃO

Este trabalho foi uma reflexão sobre o histórico, o conceito, as características e a natureza jurídica da ação coletiva como também a proteção do meio ambiente com base no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional com o intuito de verificar a plausibilidade da legitimidade do estrangeiro para impetrar uma ação.

A garantia de acesso à justiça deve ser entendida a partir dos ingredientes essenciais que constituem a proteção judicial adequada, como a legitimidade, a oportunidade, a eficácia e a universalidade. O caráter universal da proteção judicial representa a dimensão social da garantia que deve proporcionar o mais amplo acesso possível aos sujeitos e instituições representativas do tecido social. A Constituição Federal de 1988 não acatou a exigência de registro eleitoral ou documento equivalente, contida no § 3º do art. 1º da Lei nº 4.717 / 65, como condição de admissibilidade da ação coletiva.

O princípio da cidadania consiste no direito de votar e ser votado, mas inclui também o direito de participar ativamente na vida social para exigir dos agentes públicos e privados o devido respeito aos valores constitucionais salvaguardados em benefício de toda a comunidade. A ação popular é uma garantia constitucional do povo e de seus órgãos representativos para a defesa do patrimônio público e dos direitos coletivos. Dentro do conceito amplo de cidadania, o sistema constitucional vigente autoriza a legitimidade de qualquer pessoa para propor o presente instrumento comum – eleitores e não eleitores, cidadãos e estrangeiros, pessoas jurídicas de direito público e privado, órgãos representativos e Ministério Público.

Por fim, em relação ao questionamento apresentado no início do trabalho, pode-se depreender a possibilidade de proposição de uma ação popular por qualquer estrangeiro, não somente nas questões ambientais, com o intento de tutelar os direitos e garantias fundamentais fortalecendo o estado democrático de direito vigente no território brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 12 set. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na petição nº 1.026**. DF. Min. relator Celso de Mello. 1995. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14759128/medida-cautelar-na-peticao-pet-1026-df-stf>. Acesso em: 14 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 424**. Rio de Janeiro. Min. relator Sepúlveda Pertence. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118481/false>. Acesso em: 13 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 335.428**. São Paulo. Min. relator Dias Toffoli. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=152328&ori=1>. Acesso em: 13 set. 2021.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráphico da Nobrega. **Direito ambiental** – O meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA, Carina Estephany. A ampliação do conceito de cidadão como legitimado ativo para propor a ação popular. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5545, 6 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64242>. Acesso em: 30 jun. 2021.

FIORILLO, Celso Antonio. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 21. ed. 2021.

GUERRA, Arthur. **Remédios Constitucionais**. E-book Arthur Guerra, 2017.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo, 2016.

MARQUES, José Frederico. Ação popular. Ato lesivo ao patrimônio do Estado, sem ser, todavia, nulo ou anulável. Impossibilidade jurídica do pedido. **Revista dos Tribunais**, nº 181, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES; Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual Ambiental**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

EQUIDADE E INCLUSÃO NAS POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO: DESAFIOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS

*Douglas Rubens Nogueira*⁸⁸

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo fundamental uma análise das questões de inclusão dentro do ambiente escolar, considerando a educação como um dos pilares de uma estrutura social e um direito fundamental do indivíduo, todos deveriam ter o mesmo acesso quanto a estrutura física, capacidade profissional dos educadores e integração ao ambiente escolar. A escola é um espaço de construção social historicamente instituído, carrega intrinsecamente características da sociedade a qual está firmada. Consequentemente, constrói e reproduz distinções e desigualdades a partir do modelo de referência que é disponibilizado na vivência social, em contrapartida é a escola um dos meios de conscientização e evolução do modo de pensar. É dever do Estado a construção e implementação de

88 Graduado em Direito e Sociologia; Especialista em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas; Mestrando em Educação, Conhecimento e Sociedade (PPGEduCS); Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – FAPEMIG; Membro do Grupo de pesquisa: Educação como garantia da dignidade humana.

políticas públicas que tragam para o centro acadêmico aqueles que por razões sociais e/ou físicas são colocados à margem da estrutura educacional, tornando o ambiente escolar um local sem distinções de raça, cor, credo ou sexo, sendo assim garantido o acesso à educação conforme preconiza os artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica e análise documental relativa ao tema.

1. A ESCOLA COMO MEIO DE FORMAÇÃO SOCIAL E SEUS PROCESSOS DE EXCLUSÃO

A escola, assim como o seio familiar é um dos pilares formadores do cidadão, são nesse ambientes que se adquirem valores, conhecimentos e processos de sociabilização. Não se pode deixar de pensar que por vezes um ambiente acaba por interferir em outro, em um processo de embate ideológico, uma vez que tanto o ambiente escolar, quanto o seio familiar são formados por pessoas com características e pensamentos sociais diferentes.

A escola é um espaço social que exerce grande importância na sociedade, uma vez que ali se cria e difunde conhecimento das mais diversas áreas. A escola possui o dever de fornecer uma preparação intelectual e moral aos estudantes. Ocorre também nesse espaço a inserção social, isso se dá pelo fato de a escola ser um importante meio social que é frequentado pelos indivíduos, depois do âmbito familiar.

Para Tosta (2013), “o âmbito familiar é o primeiro socializador de todo indivíduo”. O núcleo familiar é o primeiro espaço social onde o indivíduo começa a exercer seu papel como ser social no decorrer de sua trajetória. São as vivências experienciadas dentro desse contexto familiar enquanto ainda criança que irá contribuir para uma formação adulta.

Canivez (1991) refere-se à escola como um espaço social importante, depois da família:

A escola, de fato, institui a cidadania. É ela o lugar onde as crianças deixam de pertencer exclusivamente à família para integrarem-se numa comunidade mais ampla em que os indivíduos estão reunidos não por vínculos de parentesco ou de afinidade, mas pela obri-

gação de viver em comum. A escola institui, em outras palavras, a coabitação de seres diferentes sob a autoridade de uma mesma regra (CANIVEZ, 1991, p. 33).

Compreende-se escola como um espaço destinado aos indivíduos e que propicia que estes comecem a ter as relações para além do seio familiar, ou seja, a escola é o local de convivência com pessoas de diferentes raças, cor, etnia, religião, cultura.

Santos(1992) elenca que o conhecimento que é produzido na escola é um conhecimento sistematizado, e não baseado no senso comum:

Independente das novas funções sociais que a escola assume, decorrentes da complexidade da sociedade atual, permanece a sua função precípua: socialização do saber sistematizado. A escola, como instituição social, não se encarrega daquele saber empírico, espontâneo, do senso comum, que surge da experiência cotidiana dos indivíduos. Este tipo de conhecimento é doxa e diz respeito a opinião, conseqüentemente não deve ser objeto de trabalho escolar. [...] o conhecimento que diz respeito a escola é episteme, é ciência, o conhecimento metódico, conhecimento sistematizado. Assim o papel da escola como instituição é precisamente o de socializar o saber sistematizado (SANTOS, 1992, p. 19).

Segundo Louro (1997), o Brasil opera, explícita ou implicitamente, com uma identidade referência: o homem branco, heterossexual, de classe média urbana e cristão. As demais identidades são tidas, precisamente, como marginais em relação a essa referência, por ser um modelo central da construção de uma sociedade, goza de uma posição de privilégio. “[...] a identidade que foge à norma, que se diferencia do padrão, que se toma marcada. Ela escapa ou contraria aquilo que é esperado, ela se desvia do modelo” (LOURO, 2000).

Sob essa perspectiva, a escola se torna um espaço de disseminação de preconceitos que colocam em movimento discriminações por gênero, orientação sexual, cor de pele e outras, e acabam por se tornar um espaço de fomento dessas discriminações (JUNQUEIRA, 2012), os preconcei-

tos desencadeiam ações fortemente discriminatórias que se transformam em dificuldades de acesso ou negação de direitos.

A contribuição do ambiente escolar não está relacionada apenas a disseminação do saber científico, onde se dá a construção e desconstrução do próprio conhecimento. Está relacionada também com a história, a cultura e a ideologia de um país, lugar, grupo ou sociedade. Com isso, um dos eixos da escola deve ser a construção de um processo acolhedor do indivíduo que é conceituado como diferente, evitando atos de preconceitos, que acabam por afastar esses indivíduos do direito inato à educação. A escola nada mais é do que um meio educativo que deve preparar o estudante para viver no mundo social.

A educação, sendo um direito garantido a todos, também possui suas leis e diretrizes. O direito a educação, priorizando o seu acesso e a permanência do aluno na escola, tem sido garantido nos aportes legais, na Constituição Federal de 1988, na Lei Federal 8069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB 9.394/96, objetivando a formação do usuário para o exercício da cidadania, preparação para o trabalho, e sua participação social.

A educação é um direito que está garantido na Constituição Federal Brasileira, desde 1988, no artigo 205, que diz: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [...]”, sendo assim, todos sem exceção devem ter acesso à educação.

Bem como consta no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (2009):

Art.53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania, e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes:

- I. igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II. direito de ser respeitado por seus educadores;
- III. direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- IV. direito de organização e participação em entidades estudantis;

V. acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (Estatuto da Criança e do Adolescente, 2009, art. 53).

Diante disso, o Estado acaba criando um mecanismo para garantir os direitos aos cidadãos, que são as Políticas Públicas, que correspondem a direitos assegurados constitucionalmente. Sendo assim, para assegurá-la e promovê-la, é instituída a política pública de educação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Percebe-se que na Declaração, a educação aparece para além de um direito tutelado, mas também como um alicerce para que se alcance todos os outros objetivos que estão propostos no documento. Em seu preâmbulo, ela elenca “que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades”. Ainda numa perspectiva legal, a Constituição Federal do Brasil o Art. 205 define a educação como um direito de todos e obrigação do Estado e da família com a colaboração da própria sociedade, onde auxiliada pelo Art. 5 da mesma Constituição, disciplina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, promovendo assim, a educação como um direito acessível a todos e de cunho público e participativo.

Percebe-se que muitas são as demandas percebidas na sociedade atual que contribuem para uma evasão escolar, principalmente da classe minimizada, mas dentre as que são produzidas dentro do próprio ambiente escolar, pode-se destacar, entre elas o preconceito, a discriminação, desobediência, intolerância, violência escolar, bullying, entre outros.

Entretanto, Silva e Ristum (2010) e Oliveira e Barbosa (2012) apontam que um dos fenômenos mais presentes dos dias atuais da escola, são a violência escolar e o bullying, respectivamente. Os primeiros autores conceituam a violência como um problema de caráter eterno e que acaba por existir em todas as sociedades, e por ser a escola um reprodutor da vida

social de seu entorno, esta também é vista no ambiente escolar, dessa vez chamada de violência escolar.

Silva e Ristum (2010) apontam que o conceito de violência escolar se classifica em três níveis, o da violência física, o das imoralidades e o da violência simbólica ou institucional. Estes comportamentos de segregação e agressão são usualmente voltados para pessoas com algumas características que fogem do padrão social dominante definido por Louro (1997), que podem ser características físicas, socioeconômicas, de etnia e orientação sexual específicas, ou seja, aquele grupo tido como marginal socialmente. Entre eles estão: pessoas com composição corporal diferenciada, os pretos, indígenas, os estrangeiros, classe LGBTQIAP+ e seus filho, os de baixa estatura, entre outros. Esse fenômeno de segregação é originado por diversas causas e não se limita apenas a questão econômica, social ou cultural, ainda acabam existindo outros fatores tais como o temperamento do indivíduo, a formação da família, a comunidade ao qual está inserido ou se formou, os amigos e até mesmo da própria escola que influenciam no comportamento por vezes violento dos próprios estudantes.

1.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito de acesso à educação é assegurado por inúmeros tratados internacionais e pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi firmado por instrumentos juridicamente vinculantes e não vinculantes. O Estado, portanto, tem a obrigação de respeitar, proteger e cumprir o direito de todos os estudantes à educação.

O direito à educação trata-se de um direito fundamental, porque institui um processo de desenvolvimento individual que é inerente à própria condição humana. Além disso, ele deve ser visto, sobretudo, como um direito de caráter coletivo, com ações afirmativas do Estado que ofereça à sociedade instrumentos para que se alcance seus objetivos.

Segundo Marcelo Lima:

Historicamente, os governos vêm promovendo reformas na educação, não necessariamente para alterar pela educação a condição de classe dos trabalhadores ou produzir uma maior homogenei-

dade social. Os governos mudam a política educacional em parte para reproduzir a força de trabalho necessária para o mercado de trabalho segmentado e em parte para ganhar legitimidade perante a sociedade, pois estariam corrigindo as falhas da sociedade por meio da educação (LIMA, 2010, p. 6).

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu 26º artigo, a educação primária é obrigatoriamente gratuita para todos, independentemente de qualquer característica, a pessoa pode ter acesso à educação e à alfabetização. O acesso à educação está nacionalmente amparado pela Constituição Federal de 1988.

A educação é classificada como um direito fundamental social, nos termos do artigo 6.º da CF, regida pelos parâmetros estabelecidos no Capítulo III, artigos 205 a 214 da CF.

Em seu Art. 205 a Constituição Federal de 1988, elenca o acesso à educação como um direito e insere a família e o Estado como responsáveis por promover esse acesso, visando a qualificação para o trabalho e o exercício da cidadania. A Constituição Federal ainda elenca princípios a serem observados e implementados no processo escolar.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988, art. 206).

A Carta Magna em seu artigo 208 traça quais as obrigações do Estado para que o acesso à educação seja completo e inclusivo.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988, art. 208).

Há ainda outros artigos da Carta Magna que estruturam o processo de ensino em seus mais diversos pilares, como estruturação e financiamento, onde a União divide essas obrigações com os municípios e os estados da federação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, partiu de um pressuposto de que é somente através do “*ensino e da educação*” que será possível uma correta promoção da efetividade aos direitos e liberdade por ela proclamados.

O Pacto Internacional de Direitos Sociais Econômicos e Culturais, de 1966, reconhecia a importância da família na criação e educação dos filhos, especial destaque deve ser dado ao art. 13, que prevê o direito de toda pessoa à educação, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana, vinculando-o como parâmetro para estabelecer a dignidade,

as liberdades fundamentais, a participação na sociedade livre, tolerância, paz entre as nações, inclusão social e a paz, nos seguintes termos:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentimento de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. (PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS SOCIAIS ECONÔMICOS E CULTURAIS, 1976, art. 13).

1.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO

As discussões que abrangem as políticas inclusivas em sua grande maioria centram-se nos eixos da organização sociopolítica necessária para sua efetivação e dos direitos individuais do público a que se destina. É possível perceber importantes avanços que foram produzidos pela democratização da sociedade brasileira, em muito alavancada pelos movimentos de direitos humanos, é possível perceber a emergência da construção de espaços sociais menos excludentes e de alternativas para o convívio na diversidade.

A capacidade que uma determinada sociedade tem de lidar com as heterogeneidades que a compõe representa seu estágio evolutivo perante um ideal social, especialmente em tempos em que imperam o fundamentalismo e uma ascendente intolerância de todas as ordens. Nessa perspectiva, a inclusão social acaba por deixar de ser uma preocupação a ser dividida apenas entre governantes, especialistas educacionais e um grupo delimitado de cidadãos que carregam consigo alguma diferença e passa a ser uma questão fundamental da própria sociedade.

Percebe-se que o ambiente escolar tende a reproduzir o meio social ao seu redor, contudo, a escola sofre institucionalmente pressões para que se acompanhe os novos tempos e lide melhor com a diversidade do público que deve atender, inserindo a mesma capacidade educacional a todos, com equidade em seu processo de ensino.

Uma política para ser considerada inclusiva e efetiva deve ocupar-se com a desinstitucionalização do preconceito e da exclusão, no espaço escolar e em todas as outras estruturas sociais, como a própria família. Assim, a implementação de políticas que pretendem ser inclusivas, efetivas e duradouras deve incidir sobre toda uma rede de relacionamento dos estudantes, já que as práticas discriminatórias que elas produzem e reproduzem extrapolam, em muito, os muros e regulamentos dos territórios organizacionais que as evidenciam.

Há um pensamento frequente que a questão da inclusão está diretamente ligada ao próprio professor, onde seria esse o responsável por reger essa estrutura de maneira solitária. Sabemos que um professor sozinho pouco pode fazer diante da complexa rede de questões que envolvem seus alunos, necessita-se para que o processo de inclusão seja efetivo uma gama de pessoas e estruturas comprometidas com o papel da mudança.

1.2.1. CONCEPÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL

A Declaração de Salamanca (1994) traz uma concepção de Educação Especial ao utilizar com significado o termo “pessoa com necessidades educacionais especiais” onde este conceito abrange a todas as crianças ou jovens que têm uma ou mais necessidades decorrentes de suas características de aprendizagem. As escolas devem acolher a todas as crianças, como preconiza nossa Carta Magna e Tratados internacionais do quais o Brasil é signatário, isso inclui as crianças e jovens com deficiências, alta dotação, moradores de rua, trabalhadores, de populações marginalizadas, nômades, pertencentes a uma minoria linguísticas, étnicas ou culturais, de ariadados grupos desfavorecidos ou marginalizados. Devemos pensar as escolas especiais, como um suporte ao processo de inclusão dos alunos com necessidades educacionais especiais na escola regular comum, e não como

estrutura excludente que visa separar os estudantes. A atuação conjunta dos serviços de educação, saúde e assistência social aparecem como fundamental para o desenvolvimento desse aluno, demonstrando, nesse sentido, a possibilidade das escolas especiais funcionarem como espaços de apoio e formação especializada para a escola regular, propiciando a inclusão dos alunos nas classes comuns ou mesmo a frequência concomitante nos dois lugares. Essa é uma das formas da escola não se isentar das responsabilidades de inclusão de seus alunos simplesmente limitando-se a encaminhá-los para atendimentos especializados e fora da estrutura escolar. Ao contrário, a manutenção dos serviços especializados de apoio pedagógico e social não caminha na contramão de uma educação inclusiva, mas é essencial para a sua concretização. A questão que deve ser colocada é como esse atendimento especializado integra o processo. Com isso, descaracterizam-se as necessidades educacionais especiais como exclusividade “para deficientes” e passa-se a entendê-las como algo que todo o aluno, em maior ou menor grau, ocasional ou permanentemente, pode vir a demandar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que há uma grande teia jurídica, nacional e internacional, que prioriza e defende o total acesso à educação sem distinções, contudo, as normas de forma solitária não garantem esse acesso na prática. O Estado enquanto ente organizador da sociedade, tem o dever de criar, promover e aplicar políticas públicas que garantam esse direito e que torne viável a manutenção desses estudantes dentro do seio educacional, tornando o processo de ensino algo acessível e mantendo os altos padrões regulatórios e práticos de uma estrutura de ensino. O aluno deve ser visto de uma forma individual, sendo observado suas mazelas sociais e dificuldades pertinentes, onde o processo de ensino deve se adaptar à necessidade desse estudante, garantindo sua formação intelectual e social. Dentro de um modelo onde o interior da instituição de ensino, por vezes reproduz seu exterior social, é necessário que as políticas públicas de educação atinjam não somente a escola,

mas também a sociedade em seu entorno, promovendo ações sociais a fim de uma formação em conjunto do individual, seja uma prática que englobe todas as estruturas sociais e não somente do meio escolar, garantindo assim o cumprimento da legislação pertinente.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991.
- DECLARAÇÃO DE SALAMANCA: **Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais**, 1994.
- JUNQUEIRA, Roberto Diniz. Pedagogia do armário e currículo em ação: heteronormatividade, heterossexismo e homofobia no cotidiano escolar. *In*: MISKOLCI, Richard (org.). **Discursos fora de ordem**: deslocamentos, reinvenções e direitos. São Paulo: Annablume, 2012.
- LIMA, M. O direito à educação no Brasil. **Revista on line de Política e Gestão Educacional**, Araraquara, n. 9, p. 67–80, 2010.
- LOURO, Claucira L. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. *In*: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- OLIVEIRA, J. C.; BARBOSA, Altemir J. G. Bullying entre estudantes com e sem características de dotação e talento. **Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 25, n. 4, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

SANTOS, Oder José dos. **Pedagogia do Conflitos Sociais**. Campinas: Papirus, 1992, p. 142.

SILVA, J. O. da; RISTUM, M. A violência escolar no contexto de privação de liberdade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 30, n. 2, jun. 2010.

TOSTA, M. C. **Síndrome de Alienação Parental**: a criança, a família e a lei. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre / RS, 2013.

DISCURSO DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM ESTUDO DAS RELAÇÕES DE PODER QUE LHE SÃO SUBJACENTES E DO IMPACTO À SUA IDENTIDADE E DIGNIDADE A PARTIR DA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO (ACD)

*Eveline Lima de Castro*⁸⁹

INTRODUÇÃO

O estudo do discurso é uma preocupação de pesquisas que buscam compreender questões ligadas às relações sociais por ele estimuladas e mantidas, sendo importante determinar a noção de discurso adotada, pois, a depender desta noção, a concepção de Análise do Discurso (AD) será diversa (IÑIGUEZ, 2004).

Nesta pesquisa, entende-se que discurso é o uso da linguagem como prática social (FAIRCLOUGH, 2001), ou seja, refere-se à concepção que

89 Mestra, Advogada, Professora, Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará Campus Parangaba, Bolsista do Programa Pesquisa Produtividade da Estácio Ceará.

considera os enunciados a partir de uma posição social ou ideológica específica (IÑIGUEZ, 2004), optando pelo uso da teoria da Análise Crítica do Discurso (ACD), cujo foco encontra-se na produção de relações assimétricas de poder.

As relações de poder são, muitas vezes, advindas de uma relação de dominação existente em todos os campos da sociedade moderna. Por isso, os analistas críticos do discurso preocupam-se em observar como ocorre essa relação de poder.

Dijk (2017) ressalta alguns requisitos da investigação crítica do discurso que justificam a aplicação desta teoria à presente pesquisa, quais sejam: a) a ACD se concentra nos problemas sociais; b) a análise crítica destes problemas é, em regra, multidisciplinar; c) a ACD não se limita a descrever estruturas do discurso, mas a explicá-las; d) a ACD enfoca o modo com as estruturas do discurso produzem, legitimam ou reproduzem as relações de poder e dominação social.

Esta pesquisa busca o estudo das relações de poder a partir da linguagem numa situação social, como já estudado fartamente por outros autores, todavia, a diferença reside no seu foco, que é o discurso da mulher vítima de violência doméstica e o impacto em sua identidade e dignidade.

A análise crítica do discurso das mulheres vítimas de violência doméstica é uma forma de investigar o teor ideológico e a relação de poder inserta nestas relações, buscando uma visão reflexiva de como estas mulheres têm sua identidade e dignidade afetada.

Assim como em outros eventos discursivos, o estabelecimento das relações de poder ocorre a partir da assimetria das relações dos participantes e pode ser analisado tendo como base as categorias da ACD. Neste caso, busca-se tratar das relações hegemônicas considerando o gênero masculino e feminino e suas diferenças.

Dessa forma, a escolha da categoria de análise leva em consideração aquela que melhor auxilia o alcance dos objetivos da pesquisa, concernentes à identificação das relações de poder no discurso da mulher vítima de violência doméstica. Tais categorias são o vocabulário, a força dos enunciados, a hegemonia e a representação dos atores sociais. Portanto, a ACD se aplica na medida em que se apresenta relevante verificar como é

manifestada a relação de poder subjacente ao discurso da mulher vítima de violência doméstica.

Nesse panorama, cabe a análise da relação de poder e os conflitos dela decorrentes que permeiam o discurso das mulheres vítimas de violência doméstica, mapeando as consequências danosas à sua identidade e dignidade.

1. A ANÁLISE DO DISCURSO E AS RELAÇÕES DE PODER SUBJACENTES AO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA REALIDADE

A língua, enquanto elemento de comunicação, é um fato social, ou seja, instituição social e sistema de valores ao mesmo tempo (SAUSSURE, 1987). Como instituição social, resiste às modificações isoladas do indivíduo (BARTHES, 1971) e é externada na fala, que é compreendida numa relação dialética com a língua, pois não existe língua abstraída da fala e nem esta (fala) sem aquela (BAKHTIN, 1979; ALVES; GOMES; SOUZA, 2006).

A fala não é, portanto, mero instrumento de comunicação, mas um discurso, permeado de aspectos ideológicos, sociais, históricos e temporais. O discurso cria uma dimensão capaz de estabelecer regras de comportamentos, condutas e diálogos comuns a uma classe social, agrupamento ou sociedade inteira, evitando o conflito entre os atores sociais (FARIA; MENEGHETTI, 2001) e representando uma forma de poder (FOUCAULT, 2007). Assim, o discurso busca incutir no indivíduo os valores sob os quais foi erigido.

Ao analisar-se um discurso, busca-se evidenciar que não é a realidade que está expressa no texto, mas o relato da realidade construído pelo sujeito, a partir da articulação com suas formações ideológicas e das relações de poder (CABRAL, 1999). Assim, a análise do discurso tem por intuito interpretar a realidade social revelando as relações de poder subjacentes ao processo de construção da realidade, operando crítica a concepções convencionais instauradas pela ideologia vigente.

Fairclough (2001) compreende o discurso como uma forma das pessoas agirem sobre o mundo e sobre as demais, bem como um modo de

representação e construção da realidade, tratando-se de uma prática de representação e significação do mundo, numa relação dialética entre discurso e estrutura social.

O modelo de Fairclough (2001) se interessa pela linguagem como processo e prática social, com foco no papel do discurso na produção de relações assimétricas de poder, desenvolvendo a Análise Crítica do Discurso (ACD).

Considerando o discurso uma prática de significação do mundo, Fairclough (2001) afirma que ele contribui para a construção de identidades sociais, relações sociais e sistemas de conhecimento e crença, propondo um conceito tridimensional para o discurso e a ACD que objetiva: a) explorar a relação de causalidade entre práticas discursivas, eventos e textos e estruturas sociais e culturais, relações e processos mais ampla; b) investigar como essas práticas surgem de relações e lutas de poder; e c) averiguar como a relação entre discurso e sociedade constitui fator que assegura o poder e a hegemonia.

2. AS CATEGORIAS DE ANÁLISE DO DISCURSO DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AS RELAÇÕES DE PODER DELA DECORRENTES COMO FATOR DE CONSTRUÇÃO DA REALIDADE E RECOMPOSIÇÃO DA IDENTIDADE E DIGNIDADE

Na aplicação da ACD serão utilizadas as seguintes categorias de análise, com o objetivo de avaliar “as circunstâncias institucionais e organizacionais do evento discursivo e de que maneira elas moldam a natureza da prática discursiva” (PEDROSA, 2004): vocabulário, força dos enunciados, hegemonia e distribuição dos papéis sociais.

a) Vocabulário: auxilia na análise textual do discurso da mulher vítima de violência doméstica, a partir do que será possível identificar o impacto sobre sua identidade e dignidade. Sendo a palavra, por excelência, um fenômeno ideológico (BAKHTIN, 2006), estudar-se-á como ocorre, por meio dela, a dominação e, por consequência, a configuração das relações de poder num determinado evento discursivo.

b) Força dos enunciados: trata dos atos de fala, ou seja, de características acionais da linguagem, tais como ordem, pedido, bênçãos etc. (COSTA, 2003). São os atos de fala que revelam as intenções do falante, determinam a força dos enunciados e estes podem ajudar a identificar quem está exercendo o poder no discurso.

construir, sustentar ou quebrar alianças e relações de dominação, subordinação, tomando formas econômicas, políticas e ideológicas (MAGALHÃES, 2001). Será utilizada para verificar como se configura a hegemonia nas relações domésticas homem x mulher.

d) A distribuição dos papéis dos atores sociais: Van Leeuwen (1997), apresenta que os atores sociais podem ser representados como agente e paciente, sendo importante esta análise dada a necessidade de congruência entre os papéis gramaticais que são atribuídos a estes atores sociais no texto e os papéis que desempenham nas práticas sociais.

A partir da observação do papel destes atores sociais (homem x mulher na relação doméstica) na prática social e o papel gramatical que lhes é atribuído na interação, busca-se perceber como as relações de poder são construídas.

As categorias acima descritas serão utilizadas para uma análise crítica do discurso de mulheres vítimas de violência doméstica e as relações de poder dela decorrentes, bem como o impacto desta violência à sua identidade e dignidade.

Assim, é preciso avaliar esta relação de poder instaurada e que justifica a utilização da ACD, pois, conforme Figueiredo (1997), como em todo discurso dominante, a relação de poder é assimétrica.

Hannah Arendt, refletindo sobre as causas da violência, entende que onde diminui o poder surge a violência, ensinando que esta, muitas vezes, está associada à questão da dominação do poder, portanto, a diminuição do poder, seja ele individual, coletivo ou institucional, pode conduzir à violência (ARENDT Apud VIEIRA, 2020, online).

O processo de instauração da violência é acompanhado, assim, de uma dominação que coage, paralisa, amedronta, envergonha, massacra. E todas estas sensações levam a uma perda de autopoder, autoestima e autorrespeito, deixando a mulher em situação de vulnerabilidade, exposta a toda espécie de agressão, sem que, muitas vezes, sequer se reconheça como vítima.

A imposição do poder do homem sobre a mulher é realizada com uma carga de dominação que a subjuga, criando barreiras que a afastam do mundo real, prendendo-a em uma teia de medos, inseguranças e eventos

fantasiosos que perpassam desde a esperança de mudança do parceiro até o pavor de ser morta.

Existe uma construção histórica que naturaliza a divisão entre os sexos, colocando a mulher em uma redoma invisível, de modo que ela mesma passa a reproduzir os comportamentos de dominação que a vitimam, mas que são, em verdade, “produto de um trabalho incessante (e, como tal, histórico) de reprodução, para o qual contribuem agentes específicos (entre os quais os homens, com suas armas como a violência física e a violência simbólica) e instituições, famílias, Igreja, Escola, Estado” (BORDIEU, 2003, p. 46).

Jung (2000) denomina este fenômeno de preponderância do coletivo e alienação do si-mesmo, significando que as pessoas abandonam as suas próprias concepções da realidade em favor do coletivo, que passa a ser considerado verdadeiro e aceitável por já estar arraigado à memória coletiva.

Essa violência que Bordieu (2003) compreende como simbólica é aquela desatrelada da coação física, mas que causa danos morais e psicológicos, atingindo, portanto, a personalidade da mulher agredida.

3. A ANÁLISE DO DISCURSO DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

É necessário compreender o reflexo das violências sobre os direitos da personalidade das mulheres que as sofrem, para que se possa propor ações para o enfrentamento da violência, o resgate de sua identidade e a ressignificação de sua dignidade.

Para alcançar este objetivo, foi realizada uma análise de relatos de mulheres vítimas de violência doméstica, colhidos na mídia (redes sociais, sítios eletrônicos), no período compreendido entre 2015 e julho de 2019.

Uma pesquisa dos relatos de mulheres que sofreram (ou ainda sofrem) violência doméstica evidencia que os casos são incontáveis e que ocorre um ciclo de repetição de comportamentos, mas a mulher, quando inserida no contexto da relação de poder muitas vezes sequer consegue identificar este ciclo. Isto significa que a mulher não se reconhece vítima, porque não vislumbra como agressão e violência os atos aos quais é submetida.

Entre tantas situações de mulheres submetidas a um contexto de violência, foram extraídos 20 (vinte) relatos para realizar a análise ora proposta.

Vanessa de Moura Raichaski, 21 anos, foi vítima de um homem romântico, cuidadoso, que justifica o excesso de ciúme com zelo, amor e proteção, barganhando presentes e gentilezas com concessões como não usar saia curta, decote ou uma maquiagem muito forte. Durante muito tempo Vanessa cedeu, mas ao discordar os abusos físicos começaram e após quase ser morta por estrangulamento, fingiu um desmaio e conseguiu se desvencilhar e pedir ajuda (CAGNINI, 2022, online).

Alice Verdade, de 37 anos, vivenciou diversos episódios de violência sexual, moral, psicológica e patrimonial sem que soubesse que eram atos violentos. Estes episódios culminaram com uma agressão física aguda, seguida pela necessidade de escolha, concedida pelo parceiro, entre ir à delegacia ou ao hospital. A vítima relata que, no hospital, para onde escolheu ir, foi perguntada pelo médico o que acontecera e ela respondeu que caíra de uma escada, tendo o profissional alertado que há mulheres que também caem da escada e, às vezes, é fatal (SIMÕES, 2022, online).

Um aspecto relevante do relato de Alice são as agressões morais, consistentes em apelidos que a vítima não quis descrever, mas lhe eram atribuídos pelo parceiro e que ela pedia para que ele não expressasse na frente de estranhos, o que nem sempre ele respeitava. A violência sexual também estava evidente nesta relação, pois Alice cedia a desejos do parceiro “para se livrar” e era obrigada a realizar o ato sexual pelo menos três vezes por dia, dada a declaração do parceiro de ser viciado em sexo.

Nilma Infran, que foi vítima de agressão pelo padrasto e depois pelo ex-marido, ajudou na fundação da Organização Não Governamental (ONG) Associação das Mulheres Independentes na Ativa do Município de Anastácio (Amina), que ampara e capacita mulheres vítimas de violência doméstica e os seus filhos (NUCCI, 2022, online).

Um caso que chama muita a atenção pelas partes envolvidas é o da agressão protagonizada por Roberto Caldas, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que agrediu a ex-mulher, Michella Marys Santana Pereira, que após a sua condenação declarou:

A sentença condenatória de qualquer pessoa é um evento triste e, por tal razão, não comemoro a condenação do pai dos meus filhos.

Por outro lado, vejo esperança para todas as mulheres que, como eu fui, foram/são vítimas de violência doméstica.

Fui submetida a toda sorte de humilhações e agressões durante praticamente 13 (treze) anos de relacionamento, mas – um dia – cansada, fragilizada, temendo pela minha vida e pela vida dos meus filhos, busquei ajuda da polícia e da justiça.

O processo foi lento e me vi sozinha, em situação difícil, sem credibilidade, enfrentando alguém muito poderoso, com amigos e parceiros na política, na imprensa, na alta sociedade e no Judiciário.

Fui acusada injustamente de ser mentirosa e ardilosa e muitas fake news foram plantadas revivendo toda a violência a cada humilhação.

Nem todo o poder, toda a fortuna e toda influência impediram a condenação dele e a verdade prevaleceu sendo um estímulo para todas as mulheres que sofreram/sofrem violência doméstica, pois se a Justiça conseguiu alcançar alguém tão poderoso, com advogados e assessores de imprensa caríssimos e influentes, posso afirmar – então – que ninguém está acima da lei.

Mulheres, se rebelem contra a violência: é libertador!

Reitero, não vou comentar sobre a condenação do pai dos meus filhos. Não comemorei e não vou comemorar a condenação.

O meu único desejo é que essa condenação sirva de exemplo para que a violência contra a mulher tenha fim em nosso país.

Paz, Luz e Serenidade para todas as mulheres que foram/são vítimas de violência doméstica! (ORTIZ; BOMFIM; ALVES, 2022, online).

Mais uma vítima, Verônica, de 53 anos, viveu em um relacionamento abusivo que só conseguiu identificar quando descobriu que o parceiro

mantinha um caso extraconjugal e decidiu pôr fim à relação. Seguem trechos de seu relato:

– Quando fiquei sabendo, coloquei as roupas dele para fora de casa. Então a violência psicológica aumentou. Ele me perseguia, me agredia na rua. Começaram as ameaças de morte. Eu já sabia da rede de apoio e proteção à mulher e fui buscar ajuda.

– Eu disse que não queria mais aquele relacionamento, que era para seguir com a vida dele. Ele foi intensificando as abordagens. Eu pedia socorro na rua. Falei que não iria ceder. Ele dizia que ia me matar caso não retomasse o namoro.

– O juiz me ligou no dia em que ele foi solto. Perguntou se eu me sentia segura, que ele havia dito que não iria mais me perseguir. Quando saiu do presídio, ele fazia ligação restrita para o meu telefone, ainda comenta por aí que é louco por mim.

– Eu me mudei de bairro, não frequento lugares que sei que ele pode estar. Só em ver ele, me sinto mal. Sei os horários dele, o carro que tem. Ando sempre me cuidando. A gente tem que fazer a denúncia, não pode aceitar viver essa repressão. Consegui apoio da Coordenadoria da Mulher, atendimento psicológico, que foi essencial. Resgatei minha dignidade e sei que posso dizer não. Muitas mulheres têm medo. Eu acho que temos que lutar pela liberdade. No dia em que saiu na mídia o caso, recebi mensagens de outras pessoas contando como era conviver com ele. Sempre que vejo uma mulher que sofre violência, converso e aconselho ela (Violência doméstica: vítimas..., 2022, online).

Juliana, de 46 anos, também foi vítima de um homem agressivo e controlador que a proibia de estudar e determinava os seus horários de se alimentar e dormir. Ela escondia tudo que sofria por vergonha e que chegou a denunciar, mas pelas ameaças de morte desistiu de prosseguir. As agressões, entretanto, eram constantes (Violência doméstica: vítimas..., 2022, online).

A vítima Nadia Krubskaya Bisch, psicóloga, 36 anos, relata o desespero, a falta de proteção, o medo, a insegurança, o julgamento das pessoas, a dificuldade para dormir, as sensações físicas decorrentes das agressões, a culpa, a vergonha de ter se envolvido numa relação desta natureza (Espancamentos e ameaças de morte..., 2022, online).

Outras quatro mulheres foram vítimas do mesmo agressor de Nadia: Juliana Dreissig, 38 anos, assistente social; Funcionária pública, 37 anos — não quis ser identificada; Manoela Etielle Gomes Pinto, 33 anos, professora; Nutricionista, 34 anos — não quis ser identificada.

Paula Veloso, médica, 30 anos, também foi vítima de um relacionamento abusivo que é retratado em suas palavras evidenciando o perfil do agressor, com comportamento incoerente e contraditório:

- Ele era muito gentil, muito atraente, cativava todo mundo. Era sempre muito parceiro.
- Ele me deu socos e pontapés. Tampava a minha boca, para eu não gritar. Por três vezes quase perdi a consciência.
- A pessoa não consegue ser o que ela não é. Então, a máscara começa a cair. No ciclo do abuso tem a explosão, os palavrões... No outro dia tem o arrependimento, mas ele nunca é verdadeiro (VALE, 2022, online).

Os demais relatos de vítimas analisados apresentam pontos de encontro com as transcrições acima, no que toca ao medo, à vergonha, sensação de insegurança, traumas psíquicos, marcas físicas, a revolta da mulher com ela mesma por ter se permitido passar por tantos atos violentos, a dependência emocional de um agressor que a manipula e faz acreditar que somente ele a ama, a confusão mental que distorce a realidade e os conceitos de amor e controle.

A manipulação promovida pelo parceiro gera na mulher a sensação de um falso amor, os pensamentos ficam confusos, e ela começa a acreditar que somente ele a ama e que, sem aquela companhia, estará fadada à solidão. Esta dependência emocional faz com que muitas mulheres permaneçam no anonimato, não se exponham, em virtude da vergonha pela

submissão a uma situação humilhante de aceitar uma relação abusiva, por não se enxergar capaz de alçar novos caminhos.

Exemplo disto são os diversos relatos anônimos enviados para o site do Projeto Não Aguento Quando (2012, online), que evidenciam a dor que as mulheres sofrem por não conseguirem se desvincular de seus relacionamentos abusivos, enquanto as pessoas as julgam e massacram com afirmações do tipo: “não termina porque não quer” ou “é fácil resolver isto, basta denunciar”. Isto deprecia ainda mais a dignidade da mulher, por reduzir a sua dor ao “nada”.

Como se vê dos relatos transcritos, estas vítimas contam com a agravante de muitas pessoas desacreditarem a sua condição, por não conseguirem explicar como é possível “amar” o outro a ponto de se eliminar enquanto mulher e ser humano. O desconhecimento, a intolerância e a ausência de compreensão da teia de manipulação em que as vítimas estão inseridas, o que as torna ainda mais suscetíveis aos abusos, pois o sentimento nelas gerado é de solidão e não acolhimento.

O medo do julgamento externo é um fator preponderante para que a mulher suporte as agressões em silêncio, o que agrava ainda mais o medo, a vergonha da exposição, baixa autoestima e insegurança.

É uma luta solitária que se inicia quando a mulher passa a se perceber como vítima das agressões, mas que ela não consegue vencer sozinha. Neste aspecto, um relato comum entre as vítimas é de que as medidas protetivas não cessam as agressões e nem retiram o agressor do seu caminho, evidenciando que o Estado não consegue proteger a vítima como ela espera e necessita. As perseguições continuam, o agressor ganha força e coragem pela certeza da desproteção e da impunidade, as violências se perpetuam e muitas mulheres entram nas estatísticas de feminicídio.

Por isto as próprias mulheres que vivem a experiência nefasta da violência criam uma rede de apoio mútuo que se inicia de forma tímida, contando suas histórias, estimulando outras mulheres a eliminar o ciclo da violência, fugir, gritar, resistir, a quebrar o silêncio que as acompanha nesta jornada dolorosa. Existem redes sociais específicas para tratar deste assunto e nestas as vítimas tem voz e conseguem o que elas mais precisam: a escuta e o acolhimento para conseguir a libertação.

Estas redes de apoio geram para estas mulheres o empoderamento, a certeza de não estarem sozinhas e não serem as únicas, a convicção de que se outra mulher conseguiu ela também conseguirá.

Os relatos analisados deixam claro, também, que a violência doméstica não escolhe idade, condição social, profissão ou qualquer outra característica. Ela atinge qualquer classe social, mulheres esclarecidas ou com menor conhecimento, mulheres empoderadas ou vulneráveis emocionalmente, mulheres com independência financeira ou não.

É mais perceptível e até aceitável socialmente quando a vítima permanece sob esse jugo de opressão por ter filho e depender financeiramente do agressor, mas também há casos em que a vítima não tem filhos, tem independência financeira e ainda assim sofre episódios de agressão por medo ou dependência emocional.

Os distúrbios causados por esses episódios repetidos de agressão geram doenças crônicas que marcam a mulher em toda a sua trajetória: crises de ansiedade, pânico, depressão, hipertensão, insônia, nervosismo, estresse.

Angulo-Tuesta (1997) pontua que a violência de gênero no âmbito doméstico é um problema quantitativamente relevante no Brasil, dado o número significativo de mulheres que atinge, refletindo também sobre as condições desfavoráveis em que se encontram as mulheres e as dificuldades que vivenciam no processo de romper o silêncio para denunciar uma situação de violência.

Sousa e Oliveira (2002) ressaltam fatores que dificultam o fim de uma relação violenta: baixa autoestima, crença de que a violência é temporária, dificuldades econômicas, o estigma do divórcio, medo de viver sozinha, dificuldade da mulher com filho encontrar trabalho, vergonha ou até mesmo o sentimento de pena ou amor pelo companheiro.

Estes sentimentos foram pontuados nos relatos transcritos.

As dificuldades enfrentadas por estas mulheres são muitas, o que foi constatado por Parente, Nascimento e Vieira (2009):

Montserrat Sagot entrevistou cerca de 400 mulheres, constatando que elas buscam diversas formas de apoio e meios de transformar a situação, mostrando que a falta de apoio, o sentimento de vergonha e o desprestígio em relação ao cumprimento de papel esperado pela

mulher, esposa e mãe bloqueiam internamente a decisão da denúncia. Também a qualidade do cuidado recebido em instituições foi muito importante: o encorajamento, a informação precisa e o não julgamento contribuem para a continuidade da rota, enquanto o descaso, a burocracia e a dificuldade de acesso foram grandes inibidores de denúncias.

Estudos demonstram que as pessoas em situação de violência são atingidas por dificuldades, obstáculos que caracterizam uma rota de idas e vindas, caminhos circulares repetidos, sem encontrar soluções e, sobretudo, investimento de energia que levam ao desgaste emocional e à “revitimização”.

Diante de todos os relatos analisados, e considerando as categorias de análise propostas nesta pesquisa, é importante tecer algumas considerações.

O vocabulário evidencia a situação de dominação em que as vítimas de violência doméstica estão envolvidas, demonstrando a clara relação de poder que lhes é imposta através de uma manipulação que as leva a se permitirem serem manipuladas.

A palavra também exerce um papel significativo quando representa espaço de indignação, luta e resistência, a partir do momento em que a mulher decide se opor à situação abusiva e quebrar o ciclo de violência, o que implica na quebra da hegemonia do masculino sobre o feminino nestas relações abusivas.

A força dos enunciados revelada nos relatos é determinante para evidenciar que, no curso da relação abusiva a mulher é subjugada, massacrada, silenciada e anulada, exercendo o homem o poder. Todavia, ao empoderar-se para sair da relação violenta a mulher assume o papel de poder no discurso.

Como esses enunciados são produzidos por atores sociais, deve-se observar a distribuição dos seus papéis. Os atores sociais exercem um papel ativo quando “são representados como forças ativas e dinâmicas numa atividade”, exercendo “a passivação quando são representados como ‘submetendo-se’ à atividade, ou como ‘sendo receptores dela’” (VAN LEEUWEN, 1997, p. 187).

Dessa forma, quando subjugada pelo homem, a mulher mostra a sua passividade, assumindo um papel ativo quando, ao empoderar-se para quebrar o ciclo de violência, retoma a sua identidade e ressignifica a sua dignidade.

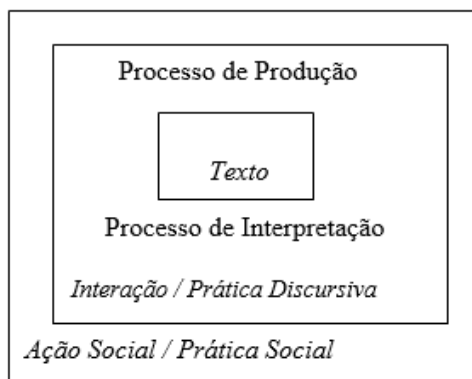
4. METODOLOGIA

O *corpus* utilizado na pesquisa foi constituído de relatos de mulheres vítimas de violência doméstica colhidos na mídia (redes sociais, sítios eletrônicos), do período de 2015 a julho de 2019.

O recorte temporal teve por objetivo dar consistência à pesquisa, abrangendo lapso de tempo hábil à coleta dos dados necessários à ACD nos referidos discursos, que representam o objeto deste estudo.

Obtido o *corpus*, passou-se para a fase da análise dos dados, através da qual se buscou identificar como se estabelece a relação de poder (FAIRCLOUGH, 2001) no discurso de mulheres vítimas de violência doméstica.

Para a análise dessa relação, foi adotada a metodologia de Fairclough (MAGALHÃES, 2001), que consiste numa análise tridimensional composta por uma combinação das três tradições analíticas indispensáveis para a Análise do Discurso: a análise linguística e textual da linguística, a análise da prática discursiva e a análise da prática social. Tal análise pode ser resumida pelo seguinte quadro (FAIRCLOUGH, 1992 *apud* MAGALHÃES, 2001):



Magalhães (2001) adverte que, ao contrário de outras análises, que são planas e, por isso, contemplam apenas duas dimensões, a análise ora proposta inclui a dimensão social. É a inserção do texto na ação social que possibilita o estudo da linguagem com um objetivo de comprometimento com a sociedade (MAGALHÃES, 2001).

Quanto às análises necessárias à compreensão do evento discursivo, foi utilizada: a) análise textual, em quatro categorias principais, que são vocabulário, gramática, coesão e estrutura textual, numa escala ascendente; b) a análise discursiva, que usa três categorias que envolvem traços textuais formais, quais sejam, força dos enunciados, coerência e intertextualidade; e c) a análise da prática social, que possui como matriz a hegemonia ou uma análise das relações de poder (MAGALHÃES, 2001).

Sendo necessária a delimitação da pesquisa, para fazer esta análise tri-dimensional, será adotada uma das categorias de análise, de cada um dos três momentos apontados.

Assim, ao analisar a construção das relações de poder no discurso de mulheres vítimas de violência doméstica, para o momento da análise textual será observada a colocação do vocabulário, para análise da prática discursiva, observar-se-á a força dos enunciados, e, para a análise da prática social, a hegemonia, que representa a instabilidade entre as classes. Esta divisão em três momentos de análise é meramente didática, pois estas ocorrem simultaneamente.

Além das três categorias apontadas, para auxiliar o entendimento de como a relação de poder é estabelecida, foi analisada a distribuição dos papéis dos atores sociais, presente no texto produzido a partir de conflitos relacionados à violência doméstica, considerando que os atores podem exercer um papel ativo ou passivo, dependendo da participação e dos processos (VAN LEEUWEN, 1997).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que a análise do discurso objetiva interpretar a realidade social, revelando as relações de poder subjacentes ao processo de construção da realidade, a aplicação da ACD aos relatos de mulheres vítimas de

violência doméstica evidenciam como as relações de poder subjacentes aos atos de violência interferem e impactam em sua identidade e dignidade.

Para a análise do discurso das vítimas foi adotada a linha inglesa (FAIRCLOUGH, 2001), com foco na comunicação cotidiana e nos sistemas sociológicos que a permeiam, para verificar as consequências sociais oriundas do discurso.

Através da análise discursiva que foi realizada nesta pesquisa, utilizando a Análise Crítica do Discurso (ACD), foi possível identificar a linguagem como processo e prática social, com foco nas relações assimétricas de poder (FAIRCLOUGH, 2001).

Com as categorias de análise utilizadas na aplicação da ACD percebeu-se: a) a palavra como fenômeno ideológico de dominação (vocabulário); b) a intenção do enunciador nos atos de fala (força dos enunciados); c) a construção das relações de dominação, subordinação e ideológicas (hegemonia); e d) como as relações de poder no ambiente doméstico afetam a identidade e dignidade da mulher, a partir do papel dos atores sociais (homem x mulher).

A presente pesquisa direcionou, também, à produção de artigos científicos, que serão submetidos à análise de periódicos na área do Direito e da Linguística, bem como a bancas de eventos acadêmicos de repercussão nacional e internacional, para a devida apresentação, buscando ampla socialização dos conhecimentos adquiridos.

REFERÊNCIAS

- BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1979.
- BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 12. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.
- BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- CABRAL, A. C. A análise do discurso como estratégia de pesquisa no campo da administração: um olhar inicial. In: EnANPAD, 23., 1999, Foz do Iguaçu. **Anais...** Foz do Iguaçu, ANPAD, 1999, p. 1-16.

CAGNINI, Lariane. Violência doméstica: conheça histórias de mulheres que lutaram contra a morte. **NSC Total**, 2020. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/violencia-domestica-conheca-historias-de-mulheres-que-lutaram-contr-a-morte>. Acesso em: 3 nov. 2022.

COSTA, A. F. Alfabetização de jovens e adultos e mudança social. *In*: MAGALHÃES, I.; LEAL, DIJK, T. A. V. **Discurso e Poder**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

Espancamentos e ameaças de morte: os relatos de cinco ex-namoradas agredidas pelo mesmo homem. **GZH Segurança**, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/01/esp-ancamentos-e-ameacas-de-morte-os-relatos-de-cinco-ex-namoradas-agredidas-pelo-mesmo-homem-ck5d5x0dg00uj01r2kvx-qdld4.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FAIRCLOUGH, N. A análise Crítica do Discurso e a Mercantilização do Discurso Básico: as Universidades. *In*: MAGALHÃES, C. **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: Faculdade de Letras, UFMG, 2001.

FARIA, J. H. F.; MENEGHETTI, F. K. Discursos organizacionais. *In*: EnANPAD, 25., 2001, Campinas. **Anais...** Campinas, ANPAD, 2001, p. 1-16.

FIGUEIREDO, D. C. Gênero e poder no discurso jurídico. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, n. 21, v. 15, 1997, p. 37-52.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

IÑIGUEZ, L. A análise do discurso nas ciências sociais: variedades, tradições e práticas. *In*: IÑIGUEZ, L. (coord). **Manual de Análise do Discurso em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

JUNG, Carl. **A natureza da psique**. Petrópolis: Vozes, 2000.

LEAL, M. C. Consciência linguística crítica e mudança nas características da identidade docente. In: MAGALHÃES, I.; LEAL, M. C. **Discurso, gênero e educação**. Brasília: Plano Editora: Oficina Editorial do Instituto de Letras da UnB, 2003, p. 139-158.

MAGALHÃES, C. A Análise Crítica do Discurso enquanto teoria e método de estudo. In: MAGALHÃES, C. **Reflexões sobre a análise crítica do discurso**. Belo Horizonte: Faculdade de Letras, UFMG, 2001.

NUCCI, Renan. “A dor não sai da cabeça da gente”, diz mulher vítima de violência doméstica. **Correio do Estado**, 2018. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/cidades/a-dor-nao-sai-da-cabeça-da-gente-diz-mulher-vitima-de-violencia-domestica/334005>. Acesso em: 3 nov. 2022.

ORTIZ, Delis; BOMFIM, Camila; ALVES, Pedro. Roberto Caldas, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é condenado por ameaça e agressão contra ex-mulher no DF. **G1**, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/09/01/roberto-caldas-ex-juiz-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-condenado-por-ameaca-e-agressao-contr-a-ex-mulher-no-df.gh.html>. Acesso em: 3 nov. 2022.

PARENTE, Eriza de Oliveira; NASCIMENTO, Rosana Oliveira do; VIEIRA, Luiza Jane Eyre de Souza. Enfrentamento da violência doméstica por um grupo de mulheres após a denúncia. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 445-465, ago. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2009000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 out. 2022.

PEDROSA, Cleide Emília Faye. **Análise crítica do discurso**: uma proposta para a análise crítica da linguagem. Disponível em: <https://www.filologia.org.br/ixcnlf/3/04.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

Projeto Não Aguento Quando. 2012. Disponível em: <https://naoaguentoquando.com.br/category/o-que-voce-tem-para-falar/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SAUSSURE, F. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1987.

SIMÕES, Marina; ALVES, Schirlei. A agressão física nunca é o primeiro sinal no ciclo da violência doméstica. **ND+**, 2020. Disponível em: <https://ndmais.com.br/seguranca/policia/depoimento-de-uma-sobrevivente-entenda-o-ciclo-da-violencia-domestica/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SOUSA, Fabio; OLIVEIRA, Eliany. Mulheres vítimas de violência doméstica: sofrimento, adoecimento e sobrevivência. **SANARE, Revista de Políticas Públicas**, Sobral, Ceará, v. 3, n. 2, p. 113-119, out./dez. 2002.

VALE, João Henrique do; KÜMPEL, Larissa. **Médica vence o medo e relata violência do companheiro**; casos sobem 700% em MG. Estado de Minas Gerais, 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/12/09/interna_gerais,1011698/médica-vence-medo-relata-violencia-do-companheiro-casos-sobem-700-mg.shtml. Acesso em: 3 nov. 2022.

VAN LEEUWEN, T. A representação dos atores sociais. In: PEDRO, E. R. (org.). **Análise Crítica do Discurso**. Lisboa: Caminho, 1997.

Violência doméstica: vítimas de relacionamentos contam suas histórias. **Seminário**, 2020. Disponível em: <https://jornalsemanario.com.br/violencia-domestica-vitimas-de-relacionamentos-contam-suas-historias/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

AS DIVERSAS FACES DA DISCRIMINAÇÃO NAS ESCOLAS

José Carlos Pistilli⁹⁰

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre o cotidiano de escolas públicas desperta nossa atenção para a relação entre as suas localizações, as suas diversas faces da discriminação e os desempenhos escolares de seus estudantes. Diversos pensadores apontam para a relação entre desigualdades escolares e diferenças espaciais (RIBEIRO, 2006; ZANTEN, 2001). Destaca-se o fato de que o trabalho pedagógico, os conteúdos de ensino e as expectativas dos docentes para com as aquisições dos estudantes diferem de um estabelecimento a outro em função geográfica de sua localidade, conforme expomos nesse trabalho investigativo realizado em duas escolas da rede pública Municipal do Rio de Janeiro, uma distante de favela a qual denominamos de Escola Municipal A (EM A) e a outra a qual denominamos de Escola Municipal B (EM B). O uso nomes fictícios se deve à necessidade e de se preservar o sigilo sobre essas duas unidades escolares.

90 Professor Civil da Rede Federal da Aeronáutica. Trabalhou durante 30 anos na Rede Pública Municipal do Rio de Janeiro em regência de turma. Engenharia (UFF), Licenciatura em Matemática e Ciências (FEUC), Mestre em Educação (UNESA) e em Engenharia (Coppe/UFRJ). Doutor em Planejamento Urbano e Regional (IPPUR/ UFRJ).

Acrescenta-se ainda que “Há as boas e as péssimas escolas públicas [...] lugares onde têm uma concentração maior de população pobre, pouco educada e vivendo várias situações de fragilidade, a escola, nesse local funciona de maneira pior, também” (RIBEIRO, 2006, p. 21).

A dicotomia gerada por práticas preconceituosas e discriminatórias contra estudantes, relacionada ao território alimenta desajustes relacionais, comportamentais e de cunho cognitivo de estudantes e esses desajustes se caracterizam por papéis altamente fragmentados entre seus habitantes. Os bairros e as escolas são palco de discriminações que fomentam segregação e fragmentação reforçadores da desigualdade social (SIMMEL, 1987).

Constatação importante é a de que a discriminação não é exclusividade das escolas localizadas em áreas pobres e violentas. A experiência profissional nos traz indícios de que a discriminação é prática possível de ser encontrada em qualquer escola da rede pública. Entretanto, em função, principalmente, de sua localização, essas violências assumem fisionomias próprias e específicas, em cada unidade escolar.

A despeito das constantes citações da legislação em defesa dos direitos dos nossos estudantes, em especial ao que se refere às crianças e aos adolescentes residentes nas favelas, professores da rede pública muitas vezes desconhecem ou desvalorizam e até desconsideram o fato de que o estudante dessa rede de escolas é um ser social situado no centro dos conflitos gerados pela grande explosão urbana dessa cidade, com as necessidades acumuladas e não satisfeitas com relação à moradia, ao transporte, à saúde e à educação. É segregado e excluído da sociedade cindida de classes formada por grupos sociais desiguais com marcas históricas específicas (FRIGOTTO, 2001). Seguindo uma visão simplista, imediatista, os conflitos na escola, em geral, são analisados, preponderantemente, sob a óptica da criminalização da pobreza (BUORO, 1999), caminho inevitável para o aprofundamento das históricas desigualdades sociais na rota da barbárie (ADORNO, 1995). Tal cenário segue na contramão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei no 8069, de 13 de julho de 1990). Uma visão sintética sobre o que apregoa essa lei, está no seu Artigo 5º quando afirma que:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990).

Por força dessas palavras destacamos que, no refluxo das práticas predatórias que desconsideram a problemática existencial, a identidade e a realidade dos nossos estudantes, é imprescindível carrear para a prática pedagógica a vida do estudante e o seu mundo, valorizá-lo, integrando suas raízes, seus credos e suas culturas (FREIRE, 1999). As diferenças locais e as questões urbanas associadas à escola são fenômenos sociais de importância universal que precisam ser melhor analisados a partir do cotidiano das escolas públicas. Dessa forma, em função do território, através de símbolos contidos nas representações ou seja, declarações, falas, expressões diversas de professores e de estudantes, o estudo norteou-se pela busca das especificidades, das diversas faces da discriminação e pontos em comum em cada uma das duas unidades escolares analisadas nesse estudo.

Importante para o melhor entendimento desse trabalho é registrar que representações “sempre carregam ecos de outros significados [...] são baseadas em proposições e premissas das quais nós não temos consciência, mas que são conduzidas na corrente sanguínea de nossa língua (HALL, 2004, p. 48). Nessa linha de pensamento importa considerar que a violência, em forma de discriminação, cujas origens podem ser diversas mesmo que de forma oculta, se dá nas representações de pessoas e de grupos dentre várias maneiras distintas através da linguagem, do uso de símbolos que rotulam e classificam. Certamente, as expressões da discriminação por símbolos de modo eficaz se afirmam instrumentos de estigmatização e de desvalorização e são capazes de cercear, silenciar, desvalorizar pessoas e grupos (BOURDIEU, 1989), conforme podemos verificar nos diversos ambientes escolares e transitando entre seus diversos atores.

METODOLOGIA

O presente estudo se desenvolveu em duas escolas da Rede Pública do Rio de Janeiro, a Escola Municipal A (EM A), distante de favela, e a

Escola Municipal B (EM B), dentro da favela, que receberam nomes fictícios para que a postura ética fosse mantida ao preservarmos o sigilo das duas escolas e de seus atores. A coleta de dados ocorreu ao longo dos anos letivos de 2008 e 2009 junto a direções das escolas e Secretaria Municipal de Educação (SME), a professores, a estudantes e a responsáveis de estudantes do Ensino Fundamental II. Foram realizadas análises comparativas através do cruzamento de dados coletados dos documentos oficiais das escolas e pela SME e das informações obtidas nas duas escolas junto a professores e estudantes. Optamos por uma abordagem mista que “trabalha com o universo de significados, crenças, privilegia valores e atitudes que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reproduzidos à operacionalização de variáveis” (MINAYO, 1994, p. 21).

A SME e as direções das escolas nos forneceram os seguintes documentos referentes aos desempenhos escolares nos aspectos cognitivo (aprendizagem) e comportamental: 1. boletins de desempenho escolar indicando os conceitos globais (desempenhos escolares) que apresentam as gradações muito bom (MB), bom (B), regular (R) e insuficiente (I), este acarretando reprovação; 2. resultado da Prova Rio 2009 que avaliou as 376 escolas da Rede Pública Municipal de Educação; 3. Registros nos livros de ocorrências de cada escola sobre desajustes comportamentais (indisciplinas) e 4. registros de indicadores estatísticos de evasão escolar (média dos ingressos em 2005 comparada com média dos concluintes em 2009). A análise de dados se consistiu na comparação dos percentuais dos desempenhos escolares por escola.

A coleta de dados junto aos professores da EM A (18 de um total de 21) e da EM B (18 de um total de 20) ocorreu através da consulta de suas anotações nos livros de ocorrência e através de entrevistas semiestruturadas, baseadas em questionário semiaberto sendo esse, um instrumento eficaz em pesquisas qualitativas pela facilitação da espontaneidade e da liberdade de expressão dos entrevistados (LUDKE & ANDRÉ, 1986). Através do questionário os professores entrevistados puderam falar sobre a escola, sobre o espaço urbano em que está inserida, sobre os problemas estudantis mais frequentes nas escolas nas dimensões comportamental e

cognitiva (aprendizagem) e sobre os fatores determinantes que influenciam a qualidade do trabalho docente referente a condições de trabalho e formação profissional. Ao final do questionário, os entrevistados foram convidados a pontuar de zero a dez: 1- o quanto professores conhecem sobre o ECA e 2- o quanto professores valorizam o ECA. Em ambos os momentos puderam tecer seus comentários acerca do assunto. A análise de dados consistiu na comparação dos percentuais das expressões depreciativas dirigidas a estudantes nos aspectos comportamental e cognitivo e relativas a sua condição sócio cultural, conforme contidas nos livros de ocorrência, o mesmo acontecendo nas citações referentes aos problemas estudantis e aos fatores determinantes que influenciam a qualidade do trabalho docente contidas nos questionários por escola. Por último os entrevistados puderam pontuar de zero a dez, suas percepções acerca do quanto seus colegas professores conhecem e o quanto valorizam o ECA, tendo ao final a oportunidade de fazerem os devidos comentários.

A coleta de dados junto a estudantes da EM A (350 de um total de 410) e da EM B (300 de um total de 460) foi obtida através de trabalho individual proposto aos alunos para que expressassem por linguagem escrita (redação) e desenhada em duas folhas de papel A4 sua percepção da escola, seu entorno e o que acontece dentro da escola. A análise dos dados contidos nas representações mais claras e significativas de estudante devido à sua extensão e complexidade, exigiu a organização por categorização em dimensões política, afetiva, subjetiva, social e identitária (EGLER, 2006). Cada uma dessas dimensões foi estruturada por elementos que formam pares de valores antagônicos, se confrontando dialeticamente. As dimensões política (consenso x conflito); afetiva (afeto x desafeto); subjetiva (satisfação x insatisfação); social (inclusão x exclusão) e identitária (alta autoestima x baixa autoestima) retratam as realidades inerentes ao mundo de nossos estudantes relacionado à escola e são recorrentes em suas representações. A quantidade de quadros (escritos/desenhados) elaborados por estudantes diferiu em cada uma das escolas, os elementos identificados nos quadros, foram quantificados percentualmente por escola. A coleta de dados junto a responsáveis de estudantes ocorreu através de informações contidas num questionário sobre o local de moradia e participação na vida

escolar de seus filhos e analisados através da comparação dos percentuais dos dados por escola.

As informações oficiais fornecidas pelas direções das duas escolas sobre conceitos globais (desempenho escolar) dos estudantes (média dos anos 2008 e 2009) demonstram predomínio dos conceitos MB (27 % dos alunos) e B (51 % dos alunos), na EM A, e R (44 % dos alunos) e I (30 % dos alunos), na EM B. Nos livros de ocorrência referentes a problemas comportamentais das duas escolas nos anos de 2008 e de 2009 foram registradas na EM A 305 anotações e na EM B 745 anotações. Os registros de indicadores estatísticos mostram que os percentuais de evasão escolar na EM A e na EM B foram de 18,5 % e de 49,5 %, respectivamente. Os dados da SME sobre o resultado final da Prova Rio demonstram que a EM A está entre as 25 % mais bem classificadas e que a EM B está entre as 10 % menos bem classificadas.

Nos dados obtidos das representações (declarações) de professores entrevistados sobre problemas estudantis, os percentuais dos que citaram problemas comportamentais foram de 28 % na EM A e de 89 % na EM B e cognitivos (aprendizagem), de 22 % na EM A e de 83 % na EM B. Para a resolução dos problemas estudantis, os professores da EM A (60 %) deram sugestões no sentido da transferência dos alunos da favela para lugares mais próximos de suas residências e professores da EM B (70 %) de “empurrar com a barriga” e de estimular alunos a “aprenderem um ofício para ganhar dinheiro honestamente”. Sobre fatores determinantes que afetam o trabalho docente, os percentuais de professores que citaram a formação profissional na EM A e na EM B são de 39 % e 44 %, respectivamente, e as condições de trabalho na EM A e na EM B são de 22 % e de 94 %, respectivamente. Os percentuais de expressões depreciativas contra estudantes contidas nos livros de ocorrência referentes ao cognitivo (aprendizagem) na EM A e na EM B foram de 9 % e de 36 %, respectivamente, e os referentes às condições sócio-econômico-cultural na EM A e na EM B foram de 4 % e de 60 %, respectivamente (Tabela 1). Ao final do questionário, entrevistados expressaram, quantitativamente, de zero a dez, com liberdade para tecerem comentários, suas percepções sobre o quanto professores conhecem e o quanto valorizam o ECA. Com relação

ao quanto professores conhecem o ECA, na EM A a média das anotações foi 3,8. Com relação à EM B a média das anotações foi 4,5. Com relação ao quanto professores valorizam o ECA, na EM A a média das anotações foi 4,2. Com relação à EM B a média das anotações foi 4,0. Quanto aos comentários, os mais expressivos estão apresentados, a seguir, como enriquecimento das discussões.

As representações (declarações por escrito e/ou por desenho) de estudantes sobre a escola e sobre as relações interpessoais no seu cotidiano e no seu entorno mostram que os percentuais na EM A e na EM B referentes a consenso foram de 22 % e 5 %, respectivamente, e a conflito foram de 15 % e 37 %, respectivamente; a afeto foram de 27 % e 10 %, respectivamente, e a desafeto foram de 17 % e 35 %, respectivamente; a satisfação foram de 37 % e 7 %, respectivamente, e a insatisfação foram de 10 % e 40 %, respectivamente; a inclusão foram de 27 % e 7 %, respectivamente, e a exclusão foram de 12 % e 32 %, respectivamente; a alta autoestima foram de 30 % e 7 %, respectivamente, e a baixa autoestima foram de 5 % e 37 %, respectivamente (Tabela 2). Tendo em vista a complexidade de informações cruzadas e a diferença quantitativa de representações de escola para escola, optamos por categorizar as informações em dimensões e em percentuais de ocorrência.

Tabela 1 – Representações de professores

EM	Problemas estudantis		Sugestões para resolução de problemas estudantis		Fatores determinantes que afetam o trabalho docente		Expressões depreciativas	
	Comportamentais	Cognitivo (Aprendizagem)	Transferir o estudante	“jogar a toalha”	Condições de trabalho	Formação profissional	Cognição	Condição social econômica cultural
A	28 %	22 %	60 %	-	22 %	39 %	9 %	4 %
B	89 %	83 %	-	70 %	94 %	44 %	36 %	60 %

Tabela 2 – Representações de estudantes

EM	Dimensões e seus pares dialéticos									
	Política		Afetiva		Subjetiva		Social		Identitária	
	Consenso	Conflito	Afeto	Desafeto	Satisfação	Insatisfação	Inclusão	Exclusão	Alta Autoestima	Baixa Autoestima
A	22 %	15 %	27 %	17 %	37 %	10 %	27 %	12 %	30 %	5 %
B	5 %	37 %	10 %	35 %	7 %	40 %	7 %	32 %	7 %	37 %

Interessa, para o melhor alcance dos propósitos desse estudo dizer que quanto aos responsáveis de estudantes que responderam ao questionário, a porcentagem dos que declararam morar distante da favela foi de 83 % na EM A e de 8 % na EM B e, dentro da favela, de 5 % na EM A e de 72 % na EM B. Quanto ao comparecimento à escola, atendendo a convocações escolares, na EM A 60% dos representantes declararam que sempre comparecem e 30 % quase sempre comparecem e, na EM B, 65% que quase nunca comparecem e 15% nunca comparecem.

DISCUSSÃO

Através de dados oficiais relativos às duas escolas analisadas e de representações de estudantes e de professores, identificamos discrepâncias no desempenho escolar de estudantes entre essas duas unidades escolares o que vem reforçar a ideia de que a localização geográfica da escola pode ter relação direta com o processo discriminatório que desencadeia o desestímulo do estudante e daí o seu insucesso escolar o que vem acarretar a evasão escolar.

Os resultados da primeira avaliação oficial para mensurar o rendimento de aprendizagem de todos os estudantes da Rede Pública Municipal do Rio de Janeiro, a Prova Rio – 2009 dão conta de que as unidades escolares mais próximas das favelas, em geral, apresentam os piores índices de desempenho escolar. Documentos pertinentes a cada escola tais como os seus boletins contendo os conceitos globais finais (desempenho esco-

lar), os seus livros de ocorrência e os indicadores de evasão escolar dos seus estudantes confirmam esse cenário.

Podemos constatar através das representações de professores fisio-nomias específicas nas tramas dos preconceitos e das discriminações presentes em cada unidade escolar pesquisada. Verificamos que o desprezo e o distanciamento de professores a estudantes por motivos diversos estão presentes nas escolas através de símbolos (BOURDIEU, 1989) contidos em expressões depreciativas contra alunos moradores de favela denunciadas pelos livros de ocorrência e pelas respostas de entrevistados ao questionário, quando falaram da problemática nas escolas e sobre percepções de professores sobre o ECA.

Sobre a EM A, essa escola recebe, prioritariamente, estudantes moradores do seu entorno, os quais são, na maioria, alunos que têm apoio familiar, que apresentam interesse e condições de bom desempenho escolar. Via de regra, a discriminação presente nas declarações de professores e de estudantes se direciona aos poucos estudantes moradores da favela. Estes, tidos como coisas do tipo “intrusos”, “estranhos”, “penetras indesejáveis”, acabam percebendo que são mal aceitos e refletem esse sentimento reverberando desajustes comportamentais. Essa reação é usada como justificativa de ações por parte da direção, de professores, de pais de alunos e de alunos, que culminam com o seu expurgo da escola. A EM B não faz restrições ao ingresso de estudantes e recebe, majoritariamente, moradores da favela, sem apoio familiar, que apresentam desinteresse e poucas condições de bom desempenho escolar. Os professores da EM B, com nível de insatisfação maior que os da EM A, muitas vezes, assumem postura da criminalização da pobreza relacionando, indiscriminadamente, o ambiente escolar inóspito à sua clientela, se distanciando dos estudantes e abrindo mão de qualquer tentativa pedagógica que possa melhorar a qualidade de seu trabalho docente. Não raro, adotam a postura de “ir deixando passar”, “deixar de lado”, “fazer vista grossa”, “empurrar com a barriga”, “jogar a toalha”, dentre tantas outras similares, até o aluno encerrar a sua permanência na escola ou abandonar o estudo para “ir ganhar a vida fazendo bico”. Inúmeras representações de professores e de estudantes revelam que as discriminações a estudantes moradores de favela são comuns às duas escolas e, através de símbolos estigmatizantes, elas se manifestam de

modos próprios em cada uma dessas unidades escolares. Numa tentativa de síntese das representações de professores, podemos dizer que na EM A, o “o expurgo dos marginais favelados” expressa preocupação em se “salvaguardar a qualidade dessa escola ainda não corrompida”. Na EM B, “ir deixando passar” significa dizer que “é inútil e improdutivo apostar nessa gente” pois “esses marmanjos, aprendizes de bandido não vão dar em nada”, “os caras precisam aprender um ofício pelo menos para não acabar na tráfico e ser morto pela polícia”.

Com bastante frequência professores citaram a sua inadequada formação profissional como justificativa de sua impotência diante de uma realidade na escola muito distante da que a academia lhes apresenta. As reclamações desses profissionais, legítimas, podem ser justificadas nas críticas de estudiosos ligados direta ou indiretamente à Educação (ABRAMOVAY, 2009; CHAUI, 1980; ROMANELLI, 1997), quando discutem os cursos de formação profissional e a necessidade de sua reformulação em face das constantes mudanças na sociedade que se refletem na escola.

Ao final do questionário, do ponto de vista quantitativo, entrevistados pontuaram de zero a dez suas percepções do quanto seus colegas professores conhecem e do quanto valorizam o ECA. Registros de professores tanto na EM A como na EM B, dão conta de que as médias foram inferiores a cinco, um indicativo de desconhecimento e desvalorização desse estatuto por parte dos entrevistados. Apesar disso, houve falas expressivas tais como as que focamos aqui e que nos levam a duas reflexões: sobre o que está na Lei e o que realmente nossos estudantes vivem e sobre a tendência de se reproduzir nas escolas discursos preconceituosos e discriminatórios contra aqueles que já são as maiores vítimas dessas violências. Assim, um entrevistado lembrou que “a vida dessa gente de favela é dura. As belas palavras da Lei não ajudam entender que seus direitos se resumem a apenas sobreviver. Eles nem se apercebem dessa tragédia existencial. Outro afirmou que “É muito comum vermos crianças mal tratadas, assediadas por pais, padrastos, irmãos e outros tantos e a escola tem que conviver com disparates mais absurdos e inimagináveis que desembocam no fracasso e na evasão escolar. Nós também sofremos ao ver tudo sem podermos fazer muita coisa por ignorância ou descuido em exigir cumprimento da lei”.

Houve quem dissesse: “Lazer no dicionário dessa gente da comunidade não é o que consta no dicionário escolar nem o que está na Lei. É o que rola todo fim de semana pra eles: ‘queimar carne, entornar cachaça e cair na gandaia até amanhecer’. É a pobreza cultural se alastrando, sem Lei e fora da Lei, que se naturalizou nas favelas, formando marginais, serezi-nhos discriminados até dentro da escola”. Ainda ouvimos indagações do tipo “Como podem seus filhos serem pessoas plenas? O que se pode esperar deles socialmente se não apenas seres revoltados, selvagenzinhos, sem perspectiva de vida decente? As leis estão no papel, mas pouco funcionam e nós professores não temos preparo para ajudar essa gente”. Em muito essas falas não raramente impregnadas de preconceitos nos fazem refletir sobre artigos do ECA e o quanto precisam se ajustar às realidades das escolas públicas. A esse respeito, o Artigo 71 fala que a criança e o adolescente têm direito a cultura, lazer e tudo o que respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Aqui nos perguntamos o que de fato temos feito nas escolas para exigirmos políticas públicas que venham contribuir com nossos estudantes para que os artigos da Lei se materializem em suas vidas de modo a dar-lhes melhores condições de conquistas e ascensões sociais, tal como explicita no artigo 53 quando diz que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa; ao preparo para o exercício da cidadania, assegurando-se-lhes o direito de ser respeitado por seus educadores. Cabe lembrar o artigo 70 quando afirma que é dever de todos prevenir a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Cabe frisar, nesse mesmo artigo, que o Estado deverá atuar na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir tratamento degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes. Para tanto imprescindem ações contidas no ECA e pontuadas pela Lei nº 13.010, de 2014, tais como a integração de órgãos que atuam na promoção, proteção e defesa de direitos de nossos estudantes, que visem o enfrentamento de todas as formas de violência a que estão expostos.

Sobre os inúmeros problemas presentes no cotidiano escolar é pertinente destacar queixas repetidas de entrevistados do tipo “São torturados pela vida lá fora e até na família e o ECA nada faz e depois vêm pra cá nos

torturar”; “Faltam às aulas e quando aparecem é sopra encher barriga e zoar. Vão repetindo até abandonar a escola para trabalharem de aviãozinho da boca. O que o a Lei faz para facilitar nossas vidas? Só cobranças e ameaças à escola”. Aqui destaca-se o artigo 56 segundo o qual os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental devem comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus-tratos, de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares. Ainda nessa linha de raciocínio, quando ouvimos denúncias tais como “o sistema educacional discrimina alunos por suas condições físicas, étnicas, intelectuais, sociais, culturais...” destacamos o Artigo 3 do ECA, o qual enfatiza que os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

De forma geral ao ouvirmos professores falando das limitações de suas ações voltadas para o respeito pelos direitos dos estudantes em conformidade com a Lei, destacamos o Artigo 4 do ECA segundo o qual é dever da sociedade em geral assegurar, como absoluta prioridade, a efetivação desses direitos. A partir das ideias aqui apresentadas fica lançado o desafio aos professores, em contraponto a discursos preconceituosos e discriminatórios, de voltarem um olhar mais atento e dedicado para os estudantes das classes pobres, historicamente, carentes de um tratamento mais humano.

No que se refere às representações de estudantes de ambas as escolas observadas, verificamos que no cotidiano da EM B prevalecem conflitos, desafetos, insatisfações, exclusões e baixas autoestimas, enquanto na EM A prevalecem consensos, afetos, satisfações, inclusões e altas autoestimas. As representações mais expressivas de estudantes retrataram as diversas formas de violências presentes nas escolas, especialmente a violência que transcende o físico e lhes afeta a alma, a violência simbólica (BOURDIEU, 1989). Essas representações denunciaram prática pedagógica desestimuladora e castradora do professor que implica na desvalorização, na discriminação, no cerceamento da liberdade de expressão contra estudan-

tes residentes em favela produzindo neles o desencantamento, o desprazer e o desinteresse pelo estudo e pela escola. Em diversas representações, por meio de palavras e/ou de desenhos, estudantes deram pistas de que a escola precisa ser espaço de liberdade de expressão e oferecer instrumentos que permitam a criatividade, a produção por parte deles e não apenas a reprodução de valores contidos nas grades curriculares vindas de cima para baixo, em geral tendo pouco a ver com a sua realidade. A esse respeito destacamos um desabafo, um verdadeiro pedido de socorro de um estudante quando diz a seguinte pérola: “O que sinto, o que quero nem posso falar. Não pode isso, não pode aquilo. Não pode nada! Eu vou estourar!”

O que não deve ser diferente das demais escolas dessa Rede Pública, o contexto observado nas escolas analisadas nesse estudo **é complexo por tratar** das vidas de nossos estudantes tantas vezes problemáticos, discriminados e distanciados de nós e por isso a todo tempo nos afrontando, mas de nós tão carentes. O conhecimento e a valorização da identidade do estudante, das relações entre ele e seu universo de vida: sua família, sua comunidade, sua cidade, são essenciais para o processo de inclusão escolar e social. É fundamental para alimentar a utopia de uma educação no caminho da liberdade de imaginação e de criação e portanto da democracia e da emancipação (ADORNO, 1995), trazer para a prática pedagógica a vida do aluno, seu mundo, sua cultura e seus sonhos, valorizando sua identidade, integrando suas raízes, seus credos e suas culturas (FREIRE, 1999), passos essenciais e imprescindíveis para construção uma escola inclusiva a serviço da humanização da nossa sociedade.

CONCLUSÃO

A identificação das diferentes fisionomias assumidas pela discriminação nas escolas, pressupõe o conhecimento das entranhas das tramas dessa forma de violência que transita no cotidiano de cada unidade escolar. Para tanto, como buscamos fazer no presente trabalho, traçamos paralelos entre as representações de professores e de estudantes, em duas escolas da Rede Pública levando sempre em consideração as suas queixas e as suas sugestões. Essa dinâmica é elemento fundamental para os momentos da tomada de decisões quanto às medidas que visam **à melhoria** das relações

interpessoais no ambiente escolar e, portanto, da qualidade da educação pública. Essa é a utopia que deve nortear o processo de elaboração e execução de qualquer projeto educacional comprometido em atender às necessidades e interesses da grande maioria da população que tem na escola pública sua única e talvez última chance de escolarização.

Os resultados objetivos obtidos durante a presente investigação, assim como as diversas mensagens emblemáticas contidas em representações de professores e de estudantes, nos levam a pensar que a escola assume seu papel inclusivo, conforme apregoadado em vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na medida em que torna o ambiente escolar um espaço de aceitação, de respeito, de valorização do estudante, o protagonista principal, enquanto cidadão em formação. A construção, na escola e a partir da escola, da cidadania para uma sociedade democrática e humana pressupõe aumento da autoestima do estudante e também do professor. Pressupõe a legitimação de suas identidades, oferecendo-lhes condições reais para que, durante todo o processo ensino aprendizagem, desempenhem dialogicamente seus papéis sociais.

Diante do que foi visto ao longo deste trabalho podemos refletir sobre a importância e as possibilidades de se implementar regularmente nas escolas o hábito da compreensão e da valorização da legislação em defesa dos estudantes, dos professores e da autonomia das escolas sintonizadas com suas realidades locais e temporais. Desse modo, fica a sugestão de se abrir espaços de reflexões sobre a imprescindibilidade da implementação de trabalhos com participação ativa de estudantes. Tais atividades precisam ser respaldadas e legitimadas por projetos escolares, interdisciplinares, institucionalizados, respaldados legalmente, para que se possa ampliar caminhos para formas diversas na dimensão do encantamento e da ludicidade (ALVES, 1995; PISTILLI, 2021b). Relevante nessa linha de pensamento é atentar para a importância cada vez mais evidente das linguagens que estão no universo das artes e das tecnologias (EGLER, 2003; PISTILLI & EGLER, 2021) linguagens que carregam a possibilidade de dar liberdade e vez à imaginação, à criatividade, à produtividade e à sociabilização dos nossos estudantes, valores almejados por eles como pudemos observar de forma frequente em suas representações.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam. **Revelando tramas, descobrindo segredos:** violência e convivência nas escolas. Brasília, DF: Ritla, 2009.
- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação.** São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- ALVES, Rubem. **Conversas com quem gosta de ensinar.** São Paulo: Ars Poética, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Lisboa: Difel, 1989.
- BRASIL. **Lei no 8069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 5 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei 13.010, de 26 de junho de 2014.** Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm. Acesso em: 7 abr. 2023.
- BUORO, Ana Amélia Bueno. **Violência urbana:** dilemas e desafios. São Paulo: Atual, 1999.
- EGLER, Tamara Tania Cohen. Espaços da coesão social na era informacional. In: GONDAR, Jô; ANGEL DE BARRENECHEA, Miguel (org.). **Memórias e espaço:** trilhas do contemporâneo. Rio de Janeiro: 7Letras, 2003.
- EGLER, Tamara Tania Cohen. Espaço social na metrópole. In: SILVA, Catia Antônia; FREIRE, Desirée Guichard; OLIVEIRA, Floriano José Godinho de (org.). **Metrópole, governo, sociedade e território.** Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FRIGOTTO, Galdêncio. **A produtividade da escola improdutiva:** um (re)exame das relações entre educação e estrutura econômico-social capitalista. São Paulo: Cortez, 2001.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004.

LUDKE, Menga; ANDRE, Marli. **Pesquisa em educação:** abordagens qualitativas. São Paulo: EPU, 1986.

MINAYO, Maria Cecília (org.). **Desafio do conhecimento:** pesquisa qualitativa em saúde. Rio de Janeiro: Hucitec, 1994.

PISTILLI, JCT. O incremento do rendimento escolar pelo uso da arte. *In:* Campos, AFM; Estephania CAA; Carvalho JL; Wiedemer ML (orgs.). **Desafios atuais da educação.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021b.

PISTILLI, JCT; EGLER, TTC. As escolas, as discriminações e os desempenhos escolares. *In:* JÚNIOR LAR; Almeida MP; Chaves MP; Velasco V; Brito, HR (orgs.). **Educação, estado e sociedade.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

RIBEIRO, Luis César. A desigualdade impedindo a igualdade. **Revista UFRJ**, Rio de Janeiro, 2006.

SIMMEL, George. A metrópole e a vida mental. *In:* VELHO, Otávio Guilherme (org.). **O fenômeno urbano.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

ZANTEN, Agnes Van. **L'école de la périphérie:** scolarité et ségrégation en banlieue. Paris: PUF, 2001.

O LIVRO DIDÁTICO E A EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS DE UMA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL CIDADÃ EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

*Thaís Stelzer Ramos*⁹¹

INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação dos Direitos Humanos em escala global passa necessariamente pela educação voltada aos Direitos Humanos (doravante DH), uma sociedade capacitada argumentativamente para o respeito a estes referidos direitos será mais eficiente, próspera e humana. Dessa maneira, defendemos a relevância do combate à desumanização e às opiniões desumanizantes como um dos escopos de todos os tipos de letramento.

Para Paulo Freire (1970), a desumanização consiste no “ser menos” e não seria essa a vocação ontológica do ser humano, mas sim o “ser mais”, a humanização das práticas sociais. Este conceito está intimamente ligado

91 Bacharel em Direito e Letras – Inglês pela Universidade Estadual de Londrina no Paraná. Atualmente, cursa o Programa de Pós-Graduação em Linguagem também na Universidade Estadual de Londrina no nível de mestrado.

à capacidade argumentativa como parte importante da pedagogia humanizadora de Freire. Esse entendimento rege este trabalho como lente, mas também contém o objetivo específico de refletir sobre sua relevância no impacto desta filosofia de humanização (ou da falta dela) no letramento acadêmico tardio quando do ingresso dos alunos em cursos de graduação logo após o ensino médio.

Há grande polissemia na expressão Educação em Direitos Humanos, esse aspecto certamente deriva das próprias divergências nas concepções do que são Direitos Humanos além das questões políticas e ideológicas que rondam os aspectos deste tipo de educação.

Para além do entendimento freiriano de uma pedagogia humanizadora, pretende-se analisar também a relação de gêneros presentes em livros didáticos aprovados no Plano Nacional do Livro Didático 2018-2020 com algumas concepções de educação em Direitos Humanos. Com o objetivo central de usá-las como lentes para a compreensão de como os discursos no tema são retratados nos livros didáticos analisados e qual o impacto desses discursos (ou da falta dele) no letramento acadêmico dos alunos ingressantes em cursos de nível superior.

As coleções analisadas foram escolhidas por serem as mais presentes no Núcleo Regional de Ensino de Londrina – PR. Buscando assim o mapeamento de como os Discursos em Direitos Humanos estão sendo retratados em sala de aula, ao menos da perspectiva do Livro Didático. Quais gêneros e esferas de atividades são utilizados e quais temas de Direitos Humanos são abordados, além da análise sobre a forma de abordagem baseada em teorias da Educação em Direitos Humanos.

Na seção de revisão de Literatura abordamos o debate da colonialidade de algumas visões de Direitos Humanos, explanamos quais são as visões aqui adotadas como categorias de análise para a Educação em DH, tais como a Educação Intercultural Cidadã de Byram (2008) e os processos formativos de Candau (2008), e correlacionamos essas categorias às de letramento acadêmico-crítico de Street (1995). Por fim, explicitamos a importância e pertinência legal do tema ao abordarmos o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (doravante PNEDH).

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O conceito básico de direitos humanos pode ser exprimido como o conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, nos moldes do lema da Revolução Francesa. Neste trabalho lidamos com a Educação em Direitos Humanos, motivo pelo qual é importante a explanação relacionada à complexidade da conceituação desses Direitos.

É comum a qualquer manual jurídico o elenco das marcas distintivas dos DH como: a Universalidade (direito de todos); Essencialidade (valores indispensáveis que devem ser protegidos por todos) e a Reciprocidade (são direitos de todos e não sujeitam apenas o Estado e os agentes políticos, mas toda a coletividade).

É importante frisar que, a visão acima de Direitos humanos é uma visão ligada a teorias da existência de um Direito Universal inerente ao humano em detrimento da visão de que esses direitos seriam fruto da elucubração histórica humana pautada em valores culturais hegemônicos. Em verdade, essa visão universalista é relevantemente criticada por suas concepções possivelmente colonialistas.

Em seu livro “A invenção dos direitos humanos”, a historiadora Lyn Hunt (2009) debate exaustivamente a questão do paradoxo da inerência destes Direitos à condição Humana (a que chama de paradoxo da autoevidência), a autora desenha um relato histórico a partir da seguinte indagação:

Como é que esses homens, vivendo em sociedades construídas sobre a escravidão, a subordinação e a subserviência aparentemente natural, chegaram a imaginar homens nada parecidos com eles, e em alguns casos também mulheres, como iguais? Como é que a igualdade de direitos se tornou uma verdade “autoevidente” em lugares tão improváveis? É espantoso que homens como Jefferson, um senhor de escravos, e Lafayette, um aristocrata, pudessem falar dessa forma dos direitos autoevidentes e inalienáveis de todos os homens (HUNT, 2009, p. 17).

É de nosso entendimento a partir da leitura supracitada que mais importante do que o paradoxo descrito é a vocação humana para os Direitos Humanos, o relato histórico demonstra a capacidade do ser humano de humanizar-se e é nessa pedra angular em que justificamos a importância da Educação em Direitos Humanos como importante no processo de desenvolvimento argumentativo científico.

Tendo em vista a importância do tema, no ano de 2007 após vários debates públicos e seguindo os ritos democráticos, foi promulgado o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH). Desse dispositivo legal, muito pertinente a este trabalho são as temáticas que devem ser previstas no currículo escolar da educação básica:

Fomentar a inclusão, no currículo escolar, das temáticas relativas a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, pessoas com deficiências, entre outros, bem como todas as formas de discriminação e violações de direitos, assegurando a formação continuada dos(as) trabalhadores(as) da educação para lidar criticamente com esses temas (BRASIL, 2007, p. 20).

Dada a prescrição de inclusão desses temas no currículo escolar, bem como o objetivo do PNEDH (2007) de incluir a Educação em Direitos Humanos no Plano Nacional do Livro Didático, previsto em sua página 16, o presente trabalho propõe-se a investigar a presença desses temas em atividades extraídas de coleções didáticas aprovadas no PNLD 2018-2020 para o Ensino Médio.

Ademais, a prescrição de como essa Educação em Direitos Humanos deve se dar na Educação básica, prevista nos objetivos da lei, também servirá de alicerce para a análise das atividades presentes nas coleções aprovadas pelo PNLD 2018-2020; na sequência lê-se:

A educação em direitos humanos deve ser promovida em três dimensões: a) conhecimentos e habilidades: compreender os direitos humanos e os mecanismos existentes para a sua proteção, assim como incentivar o exercício de habilidades na vida cotidiana; b) valores, atitudes e comportamentos: desenvolver valores e fortale-

cer atitudes e comportamentos que respeitem os direitos humanos;
c) ações: desencadear atividades para a promoção, defesa e reparação das violações aos direitos humanos (BRASIL, 2007, p. 17).

Conforme já mencionado com relação à expressão educação em Direitos Humanos, há várias concepções para o termo. Várias visões de DH culminam em diversas ideias para a Educação em DH, nesta revisão de literatura sobre o tema apresentaremos alguns autores que fazem proposições para o ensino visando a conscientização em DH que irão culminar em um quadro de categorias de análise das atividades visitadas nos livros pesquisados.

Vera Candau (2008, p. 285) afirma que a implementação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) foi marco para a visibilização do tema, e propõe discussão de concepções pedagógicas para uma educação *em* Direitos Humanos. A autora (CANDAU, 2008, p. 286) afirma que a maioria das práticas de Educação em Direitos Humanos fica restrita à transmissão de conhecimento sobre os Direitos Humanos. Por este motivo, Candau (2008, p. 286) articula diferentes concepções pedagógicas e a questão dos DH para que se pronuncie a problematização e a promoção dessa questão.

Em seguida, a mesma autora (CANDAU, 2008, p. 290) cita a definição do Seminário de Lima, promovido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) em 2000, dada sua importância histórica no continente, esta definição leva em consideração três componentes chave:

Estes três componentes, formar sujeitos de direito, favorecer processos de empoderamento e educar para o “nunca mais”, foram considerados prioritários na América Latina, referência e horizonte de sentido para a educação em Direitos Humanos, de acordo com a proposta do grupo de pesquisadores latino-americanos que participaram do estudo (CANDAU, 2008, p. 290).

É visível na definição supra os resquícios históricos de inúmeras ditaduras sofridas pelo continente americano, também salta aos olhos a presença das palavras ‘formação’ e ‘processos’, ressaltando que essa

perspectiva tem como objetivo central educar *em* Direitos Humanos em oposição a ensinar somente a história dos DH.

Candau (2008) apresenta ainda aspectos do que chama de processos formativos que devem ter como referência fundamental a realidade social e as experiências dos participantes:

No que diz respeito aos temas a serem trabalhados, devem ser definidos tendo-se presente as características e interesses de cada grupo, mas sempre situando as questões abordadas num contexto social amplo e em relação à problemática e conceitos fundamentais relacionados aos Direitos Humanos. A noção de dignidade humana deve perpassar os diferentes temas abordados e constituir-se num eixo vertebrador de todo o processo desenvolvido (CANDAU, 2008, p. 292).

Nessa perspectiva de processos formativos para a autora (CANDAU, 2008, p.292) são fundamentais os seguintes processos de ensino-aprendizagem:

- Ver: análise da realidade
- Saber: conhecimentos específicos do tema
- Celebrar: apropriação do trabalho (simulações, dramatizações, músicas, vídeos etc.)
- Sistematizar: construção coletiva
- Comprometer-se: identificação de atitudes e ações a serem realizadas pelo grupo
- Socializar: socialização da experiência vivida

A perspectiva apresentada por Candau (2008) é visível nas dimensões do próprio PNEDH que ao citar processos metodológicos participativos e de construção coletiva corrobora com a visão de Educação em Direitos Humanos já exposta.

A educação em direitos humanos é compreendida como um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: • apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; • afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; • formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político; • desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; • fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações (BRASIL, 2007, p. 11 e 12).

Já no que concerne à educação em prol dos Direitos Humanos e sua relação com a educação em línguas estrangeiras apresenta-se, na sequência, um discurso mais alinhado à linguística aplicada e seus anseios decoloniais, o da Educação Intercultural Cidadã.

Windle (2018) explica que as abordagens comuns à educação para os direitos humanos conflitam com os escopos da educação intercultural cidadã (EIC) por serem demasiadamente universalistas, aliadas a uma visão legalista destes mesmos direitos. Para o mesmo autor:

A EIC toma como ponto de partida pedagógica a figura do cidadão intercultural – definido como alguém que adquire competências para participar de comunidades transnacionais, sempre mantendo sua identidade de cidadão de um estado específico (WINDLE, 2018, p. 977).

Byram (2008) apresenta as diretrizes para a Educação Intercultural cidadã, para fazê-lo, combina as características e objetivos da competência comunicativa intercultural (BYRAM, 2008) com as características e ob-

jetivos da educação política e voltada para a democracia de Himmelman (2006), além de elencar os princípios da Educação Intercultural Cidadã.

Inspirado nas noções de educação política de autores alemães como Himmelman (2006) e Gagel (2000), Byram (2008) cria uma perspectiva derivada das competências interculturais comunicativas de sua própria autoria. Após a Segunda guerra Mundial, os autores supra na Alemanha dedicaram-se a formar diretrizes para uma educação voltada à democracia (por motivos históricos mais do que relevantes), no entanto, como o próprio Byram (2008) afirma, no mundo anglófono a educação política tende a ser malvista por motivos ideológicos, em geral relacionados a doutrinação.

Pelos motivos supracitados, Byram (2008) enfrenta a corrente e se insere no campo da educação ideológica, afirmando que uma educação para a comunicação política transnacional é de primeira ordem, nesse sentido relaciona seu trabalhos anteriores com o dos autores supracitados para formar o que chama de Educação Intercultural Cidadã, de fato, vai além da educação para a democracia, à medida em que critica a visão deste modelo político como unificado e hegemônico, declarando a existência de mais de uma democracia e prezando uma visão pluralista de mundo.

Evidentemente o autor (BYRAM, 2008) posiciona logo de início a EIC como uma forma de educação política. Apresenta os seguintes princípios e características para a EIC:

QUADRO 1: Princípios e Características da EIC (BYRAM, 2008)

Princípios da EIC	Características da EIC
Experiências interculturais pressupõem pessoas de grupos, valores, países, crenças, comportamentos (culturas) diferentes se encontrando.	Justaposição comparativa de ideias, processos políticos e etc.; perspectiva crítica sobre essa justaposição.
Ser intercultural envolve análise e reflexão sobre a experiência e ação sobre essa reflexão.	Ênfase na identidade, tornar-se consciente do outro (e de si mesmo) por meio da linguagem, notar a influência da língua (L1/L2/L3...) nas percepções.

Princípios da EIC	Características da EIC
Cidadania Intercultural acontece quando pessoas de diferentes grupos sociais engajam em atividades políticas e sociais.	Criar uma comunidade de ação e comunicação com pessoas de diferentes grupos (preferencialmente em conflito) sem esperar uma relação de conformidade ou soluções harmoniosas e fáceis.
A EIC envolve a facilitação das experiências dos princípios anteriores, por meio de atividades que envolvam trabalhar com outros para atingir uma finalidade consensual; a criação de mudança (cognitiva, comportamental, atitudinal) que seja baseada no particular mas relacionada ao universal	Foco de ação diferente daquele disponível quando não se trabalha com outros.
	Ênfase em se tornar consciente de sua própria identidade, regional e nacional e abrir opções para identidades sociais adicionais. Comprometimento com valores compartilhados.

FONTE: A autora.

Ou seja, a EIC preza por uma visão individualizada, local e decolonial como abordagem para uma educação mais igualitária e pautada na manutenção da identidade do indivíduo. Esta visão culmina também em ideias já consagradas no estudo da linguística aplicada como a promoção da língua franca e a preocupação com as identidades culturais dos falantes não nativos de língua Inglesa.

Para além das visões legalista dos Direitos Humanos, da interculturalidade cidadã e das concepções pedagógicas de Candau (2008), há também uma terceira visão em prol da humanização nos letramentos e a importância dos letramentos ideológicos. Street (1995) contrapõe o letramento ideológico ao letramento autônomo, o primeiro ligado à relação de

poder e às práticas sociais implícitas aos contextos e o segundo às habilidades individuais do sujeito em letramento.

O conceito de Letramento Ideológico é importante aqui, pois, no que concerne à importância de uma educação em Direitos Humanos para os letramentos acadêmicos é preciso compreender que esses letramentos não são – e nem devem ser – engessados em modelos de gênero ou meramente como uma habilidade cognitiva, uma identificação de formas superficiais de linguagem.

Para Lea e Street (2006), o modelo de letramentos acadêmicos ‘se preocupa com criação de sentido, identidade, relações de poder e autoridade’ (LEA; STREET, 2006, p. 227).

É no modelo de letramentos ideológicos de Street (1995) que o tema dos Direitos Humanos e mais especificamente da humanização freiriana encontrará sua relevância epistemológica para o letramento acadêmico.

Defendemos neste trabalho que as visões interculturais em uma educação para os Direitos Humanos ou mesmo a ideia de intertransculturalidade freiriana são imprescindíveis ao Letramento Acadêmico. Alunos que adentram a comunidade acadêmica universitária em diversas áreas do conhecimento necessitam de reflexão ética, humana e intercultural, sob pena de não serem capazes epistemologicamente de compreender as nuances do modelo de Letramentos Acadêmicos. Verifica-se que para Lea e Street (2006) esse modelo:

É semelhante em muitos aspectos ao modelo de socialização acadêmica, exceto que vê os processos envolvidos na aquisição de usos adequados e eficazes do letramento como mais complexos, dinâmicos, matizados, situados, e envolvendo tanto questões epistemológicas como processos sociais, incluindo relações de poder entre pessoas e instituições, e identidades sociais. Até o momento, tanto no nível universitário como no nível elementar e secundário, tem sido o modelo de competências e o modelo de socialização acadêmica que tem orientado o desenvolvimento curricular e as práticas instrucionais, bem como a pesquisa (LEA; STREET, 2006, p. 228).

Em nosso entendimento o ensino em prol de uma educação para os Direitos Humanos é um meio para a efetivação de um letramento acadêmico envolvido em problemas epistemológicos e processos sociais.

2. METODOLOGIA

O presente artigo objetivou identificar os discursos voltados à Educação em Direitos Humanos, bem como os gêneros utilizados para a circulação destes discursos em livros de Língua Inglesa aprovados para o Ensino Médio no Programa Nacional do Livro Didático nos anos de 2018/2019/2020. Mais especificamente, foram analisadas duas coleções, a primeira, “Way to Go”, de Claudio Franco e Kátia Tavares (2016), e a segunda, “Voices Plus”, de Rogério Tílio (2016), por tratar-se das mais presentes no NRE-Londrina. Cada coleção possui 3 livros, um para cada ano do Ensino Médio, foi feito o recorte de uma atividade por livro didático, totalizando 6 atividades analisadas. Justifica-se o recorte pela variedade de temas abordados, bem como abrangência de vários anos da Educação básica em nível médio.

Na análise de cada atividade foram mapeados os gêneros entextualizados, bem como as esferas de atividade presentes. Ademais, essas atividades foram investigadas sob as lentes das categorias de análise extraídas das teorias voltadas à Educação em Direitos Humanos e Letramentos Críticos já expostas na revisão de literatura. Percebe-se que os discursos não são necessariamente excludentes em si ou dicotômicos, apenas apresentam características diversas em sua concepção e foco. Podem ser resumidos no quadro a seguir:

Quadro 2:

Educação Intercultural Cidadã (BYRAM)	Processos Formativos – Concepções Pedagógicas (CANDAU)	Letramentos Acadêmico-Críticos (STREET)
- Reflexão intercultural (encontro de grupos diversos) - Engajamento em atividades políticas e sociais (preocupação com a comunidade) - Reconhecimento de identidades (próprias e do outro). - Criar uma comunidade de ação e comunicação com pessoas de diferentes grupos (preferencialmente em conflito)	- Ver: análise da realidade - Saber: conhecimentos específicos do tema - Celebrar: apropriação do trabalho (simulações, dramatizações, músicas, vídeos etc.) - Sistematizar: construção coletiva - Comprometer-se: identificação de atitudes e ações a serem realizadas pelo grupo - Socializar: socialização da experiência vivida	- Visualização das relações de poder intrínsecas à situação social, tanto entre pessoas como instituições. - Modelo preocupado com a criação de sentido e de identidade. - Envolve tanto questões epistemológicas como processos sociais.

Fonte: a autora com base em Byram, 2008; Candau, 2008; Street, 2006.

Ademais, para além das categorias de análise propostas no quadro acima, também foi analisada a adequação às diretrizes do PNEDH com relação à promoção da educação em direitos humanos, bem como a abordagem de temas relacionados aos DH. O dispositivo legal ressalta as três dimensões de promoção deste tipo de educação, quais sejam: i) conhecimentos e habilidades; ii) valores, atitudes e comportamentos; iii) ações.

Assim, após apresentação da metodologia utilizada passamos à descrição das atividades escolhidas bem como dos resultados obtidos da análise realizada.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. COLEÇÃO “WAY TO GO”

Foi escolhida uma atividade por livro da série. No livro um, uma atividade de leitura é analisada, no livro dois, uma atividade de escrita e, no três, uma de escuta e fala. Procura-se assim entender de forma abrangente o uso dos gêneros escolhidos para a promoção de uma educação em Direitos Humanos buscando a correlação com as categorias de análise elencadas.

Em sua unidade 8, o primeiro livro da série “Way to Go” apresenta como dois de seus objetivos de aprendizagem, explorar poemas e tomar parte em discussões que envolvam poesia e sentimentos. Na atividade de Leitura que se inicia na p. 139, aqui analisada, faz-se alusão à temática do racismo por meio de um poema de Langston Hughes. A atividade tem como principais gêneros entextualizados os seguintes: Perfil, Poema e Slogan de Campanha, e as seguintes esferas de atividade: Jornalística, Poesia/Arte e Marketing, respectivamente.

A atividade pretende produzir reflexão sobre o tema do racismo a partir do poema e dos slogans, antes de partir diretamente ao poema, porém, apresenta o perfil do autor para situar contextualmente o poema (especificamente relacionada às temáticas usuais do autor), não trazendo a época em que viveu nem lugar. Utiliza-se da comparação temática entre os textos para gerar compreensão geral (os alunos devem chegar à conclusão de que o poema é sobre racismo por meio dessa comparação).

Em seguida, parte para perguntas de compreensão detalhada sobre partes do texto do poema em que explora vocabulário específico ‘school subject’, ‘here and there’, ‘theme’, ‘colored’ por meio de perguntas sobre linhas específicas do texto e atividade de verdadeiro ou falso.

Sendo um poema sobre identidade negra a atividade é arrematada com perguntas de desenvolvimento do pensamento crítico, mais especificamente pretende uma discussão sobre a relevância social atual do poema e quais os sentimentos evocados nos leitores (alunos). Por fim, apresenta definição de termos politicamente corretos e condena explicitamente o

termo ‘colored’ apontando que o poema o usa por tratar-se de linguagem arcaica. Sugere outros termos como ‘African American’.

Percebe-se na atividade intenção de evocar reconhecimento identitário ao contrastar o retrato apresentado pelo poema (de um homem negro no Harlem) e a possível resposta reflexiva do aluno, buscando o reconhecimento do outro, característica que encontramos na Interculturalidade Cidadã de Byram (2008), para a descoberta de sua própria identidade. A atividade se insere nos processos formativos de Ver e Saber preconizados por Candau (2008), no entanto, não tem pretensões de expandir a socialização ou a criação de uma comunidade de ação e comunicação. De fato, a única preocupação com a comunicação dentro da comunidade é prescritiva, condenando explicitamente termos e sugerindo novos, em nenhum momento indagando aos alunos sobre quais termos são utilizados nos dias de hoje, seja em português ou inglês pelos próprios falantes.

Passando para o Volume 2 da mesma coleção, utilizada no segundo ano do ensino médio, toda a unidade 1 do livro é dedicada à difusão cultural, boa parte da unidade é dedicada a uma reflexão sobre a globalização e o uso da língua inglesa, neste trabalho decidimos focar a análise em uma atividade apenas, dada a trajetória do relatório de perpassar pelos 3 volumes de duas coleções apresentando um panorama geral. A atividade está ao final da unidade 1 na página 33, utiliza o gênero entextualizado: posts de fórum online, da esfera de atividade redes sociais (exemplos presentes nas pag. 22 e 29 da unidade) como base para a criação de um fórum online próprio da comunidade de alunos.

Os alunos devem escolher entre os três exemplos de posts iniciais fornecidos pelo livro para dar continuidade à discussão.

Dos exemplos a que o livro expõe os alunos aos posts de abertura do fórum online, é possível verificar uma preocupação com as mudanças culturais causadas pela globalização, demonstrando uma inclinação para a preservação de culturas locais. Para Byram (2008), o engajamento em atividades políticas e sociais preocupadas com a comunidade integra uma Educação Intercultural Cidadã, e aqui vemos a preocupação com a preservação de culturas locais, no entanto, o livro não traz à atividade a apresentação de novas culturas ou de temas conflituosos entre discursos

transnacionais, direciona o debate apenas para um problema geral da globalização que é a perda da distintividade cultural.

Quanto aos processos formativos de Candau (2008), verifica-se a presença de todos os processos formativos, em especial o último estágio da socialização, a proposta de discussão que circule no ambiente virtual de uma forma real e sobre tema relevante à comunidade é patente na atividade. No entanto, a atividade parece mais voltada a socialização acadêmica do gênero do que voltada ao letramento mais complexo que envolve essa socialização acadêmica conforme determinado por Street (1995).

A atividade determina o contexto de escrita por meio de descrição dos agentes da comunicação e seus leitores, bem como dos meios utilizados, sugere a revisão baseada em ‘Objetivo, conteúdo, linguagem, ortografia’, porém não apresenta um contexto sócio-histórico mais bem estabelecido que demarque as relações de poder linguísticas intrínsecas à globalização.

Por fim, trazemos análise sobre atividade constante da unidade 1 do último livro da série do ensino médio da coleção “Way to Go”. A unidade trata da diversidade étnica no Brasil, a atividade das páginas 31 e 32 de escuta e fala trata novamente sobre o tema de raça, cor e igualdade. Os gêneros entextualizados trabalhados são capa de revista, reportagem televisiva, e perfis de ativistas dos Direitos Humanos, todos da esfera de atividade jornalística.

Apesar da unidade tratar sobre a etnicidade brasileira, a atividade remete à eleição de Obama para presidente dos EUA fazendo relação com a luta por direitos civis do povo negro americano, a atividade faz uma checagem da escuta reproduzindo partes e solicitando aos alunos que escrevam partes faltantes. A fala dos alunos é dividida em duas questões, uma evocando o que teria mudado após a eleição de Barack Obama com relação ao tratamento à população negra (o enunciado não especifica se com relação ao povo negro brasileiro ou norte-americano). E uma incitação ao diálogo em pares sobre 3 ativistas dos direitos civis, Rosa Parks, Abdias do Nascimento e Nelson Mandela.

A análise sob as categorias elencadas na metodologia demonstra pouco potencial da atividade, sob o ponto de vista da interculturalidade cidadã de Byram (2008) as reflexividades potenciais são superficiais, não há levan-

tamento de conflito, a atividade (e pode-se dizer até a unidade como um todo) tem uma tendência a tratar o problema racial como algo ultrapassado, já solucionado. Não há reflexão identitária, apenas política. Sob o ponto de vista dos processos formativos de Candau (2008), a atividade não propõe a sistematização e construção coletiva da discussão, partindo apenas dos perfis trabalhados. Por fim, com relação aos processos sociais complexos intrínsecos às temáticas trabalhadas, bem como as relações de poder, como já afirmado, a atividade trata a afirmação de direitos civis de forma superficial, demonstrando uma visão de superioridade de eventos ocorridos em países hegemônicos como os EUA, em detrimento das lutas e poderes locais.

Quadro 3: Resumo da coleção “Way to Go”

Livro	Atividade	Tema de DH	Gêneros	Esferas de Atuação
1	Unidade 8 p. 139	Racismo	Perfil, Poema e Slogan de Campanha	Jornalística, Poesia/Arte e Marketing
2	unidade 1 p. 33	Difusão Cultural	Post de Fórum Online	Rede Social
3	Unidade 1 p. 31 e 32	Racismo	Capa de Revista Reportagem de Televisão Perfis de Ativistas	Jornalística

Fonte: A autora.

É importante frisar que a coleção, apesar de atender aos requisitos da lei (PNLD) no que concerne à abordagem interdisciplinar de temas voltados para os Direitos Humanos, o faz de maneira incompleta. Nenhuma atividade analisada tratava de questões LGBTQIA+, ou de religiosidade, dos exercícios analisados dois tratavam do mesmo tema (o de igualdade de raça), em detrimento de etnicidade incluindo povos indígenas, por exemplo.

3.2. COLEÇÃO “VOICES PLUS”

Assim como na coleção anterior foram escolhidas 3 atividades, uma para cada livro da coleção. No livro um, uma atividade de leitura foi escolhida; no livro dois, uma atividade de escrita e finalmente no livro três

uma atividade de leitura e fala. É importante frisar porém que todas as unidades de “Voices Plus” apresentam essas atividades de maneira interligada, mantendo o tema e os gêneros entextualizados dialogando entre si para a formação das atividades por toda a unidade. A individualização por atividade foi feita apenas para a facilitação da análise.

A primeira atividade analisada do livro um da coleção consta da página 139, o tema abordado é o dos tipos de preconceito (toda a unidade 4 do livro se dedica a questões de identidade e diferença). O gênero entextualizado é o de lista de exemplos em um verbete de dicionário, a esfera de atividade portanto é a educacional, já que o excerto é extraído de um site educacional. A partir da leitura, os alunos são instigados à discussão do tema por meio de perguntas que envolvem reflexão sobre a realidade do aluno, se esse aluno-leitor enxerga os tipos de preconceito em sua realidade e o que acha disso.

A atividade de leitura é uma das primeiras da unidade e traz à tona o processo formativo de Ver: Análise da Realidade, preconizado por Candau (2008). Essa primeira atividade não abrange todas as fases do processo formativo, porém a unidade como um todo sim, já que culmina em um projeto final de socialização do conhecimento adquirido. Acreditamos que a atividade seja condizente com os princípios da interculturalidade de Byram por tratar de vários tipos de preconceito de forma mais generalizada, trazendo a reflexão para a realidade dos alunos, confrontando-os com sua própria cultura, ao invés de refletirem sobre uma forma apenas, utilizando-se de apenas um referencial cultural, como o europeizado ou americano.

Quanto à atividade do Volume 2, localizada na página 40 da unidade 1 (que trata sobre globalização), os alunos são convidados a produzir um texto argumentativo sobre o acesso à internet como um direito humano básico. Para chegar a tal produção, várias atividades prévias são feitas, estas envolvem os seguintes gêneros entextualizados: texto jornalístico argumentativo, imagens de campanhas pró-Direitos Humanos. Portanto, pertencem às seguintes esferas de atuação: jornalística e marketing de entidades pró-DH.

A atividade passa por todas as fases propostas por Candau (2008), ao final, propõe-se ao aluno que socialize sua produção na forma de um blog, por exemplo. A intenção de fomento à discussão e socialização fica clara, assim como a criação de conflito por meio do fomento à discussão em sala.

A reflexão identitária tanto valorizada por Byram (2008) está presente a todo momento, e a própria escolha do tema (acesso à internet) tende a tratar a globalização de forma não superficial e estratificada (já que o tema pode levar à conclusão de que o processo de globalização tem diversos impactos em diferentes lugares do mundo, como ocorre em locais com mais difícil acesso online).

Por fim, chegamos ao último livro da coleção, que em sua quarta unidade tratará de exemplos de personalidades que são relevantes à defesa aos direitos humanos ('pessoas que fazem a diferença'). A atividade analisada na página 163 traz a figura da atriz Emma Watson para a discussão do tema Igualdade de Gênero. Os alunos são convidados a discutir o papel do homem na luta feminista pela igualdade de gêneros. A polêmica do tema já demonstra a predileção da coleção pelo fomento do conflito embasado e a reflexão profunda de temas de DH.

O gênero entextualizado é o da transcrição de um vídeo do Youtube apresentado por Emma Watson (vídeo do lançamento da campanha 'he-forshe' na ONU, em que homens são chamados a integrar o movimento feminista). A esfera de atuação é a do ativismo político. Após a leitura do texto, os alunos são chamados à discussão, 'por que é importante que homens integrem o movimento feminista?'.

A capacidade de discutir discursos políticos, concordar ou discordar deles, certamente é cara aos letramentos ideológicos, e a atividade analisada fomenta essa capacidade, estando de acordo com o que explana Street quando conceitua o letramento ideológico.

Quadro 4: Resumo da coleção Voices Plus

Livro	Atividade	Tema de DH	Gêneros	Esferas de Atuação
1	Unidade 4 p. 139	Tipos de Preconceito	Verbetes de Dicionário (lista de exemplos)	Educacional
2	unidade 1 p. 40	Globalização (acesso à internet como DH)	texto jornalístico argumentativo, imagens de campanhas pró Direitos Humanos	Jornalística, Marketing.
3	Unidade 4 p. 163 a 166	Igualdade de Gênero	Transcrição de vídeo do Youtube (discurso na ONU)	Ativismo Político

Fonte: A autora.

É de nosso entendimento que a possibilidade dada ao aluno de refletir criticamente sobre um tema polêmico que envolva DH de forma não superficial, colonizadora ou simplesmente rasa é apresentada durante toda a coleção “Voices Plus” de maneira transversal como prevê o PNEDH. A análise das atividades acima baseada na metodologia proposta corrobora com esse entendimento.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. MEC. **Base Nacional Comum Curricular**. 2018.
- BRASIL. MEC. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. 2007.
- BRASIL. MEC. **Programa Nacional do Livro Didático**. 2017.
- BYRAM, M. **From foreign language education to education for intercultural citizenship: Essays and reflections**. Bristol: Multilingual Matters, 2008.
- CANDAU, Vera. Educação em direitos humanos: questões pedagógicas. In: BITTAR, Eduardo (org.). **Educação e metodologia para os direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- FRANCO, C. de P.; TAVARES, K. C. do A. **Way to go!** São Paulo: Editora Ática, 2016. v.1, 2, 3.
- FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GADOTTI, Moacir. **Um legado de esperança**. São Paulo: Cortez, 2001.
- HUNT, Lynn **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- LEA, M. R.; STREET, B. V. **The “Academic Literacies” Model: Theory and Applications**. Theory Into Practice. Columbus: The Ohio State University, 2006.

PADILHA, Paulo Roberto. **Educação Em direitos Humanos sob a Ótica dos Ensinamentos de Paulo Freire**. São Paulo: Revista Múltiplas Leituras, 2008.

STREET, B. V. **Social Literacies. Critical Approaches to Literacy in Development, Ethnography and Education**. Harrow: Pearson, 1995.

TILIO, Rogério. **Voices plus. São Paulo: Richmond, 2016**. v. 1, 2, 3.

WINDLE, Joel. A Formação do Professor de Línguas em uma Perspectiva de Educação Intercultural Cidadã. *In: Trab. linguist. apl.*, v. 57, n. 2, 2018 Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/tla/article/view/8651938>. Acesso em: 17 fev. 2020.

CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO DO PACIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS

*Werna Karenina Marques de Sousa*⁹²

INTRODUÇÃO

Para limitar o poder delegado à ciência, não existiam, até o início do século XX, normas éticas ligadas à intervenção médica em seres humanos. Foi então que a consciência internacional despertou para primazia da dignidade humana inerente a cada indivíduo.

Através da criação do Tribunal de Nuremberg, que julgou alguns criminosos da Segunda Guerra Mundial e que criou o Código de Nuremberg, de onde emergiram as primeiras normas internacionais éticas sobre a intervenção médica.

92 Professora Efetiva de Direito da UFRN. Doutora em Direito com duplo diploma na Université Grenoble-Alpes France e na Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Mestra em Direito Público pela Université Grenoble-Alpes France com diploma reconhecido pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

O pilar central da ética médica aparece depois de Nuremberg com o “consentimento” que quer dizer de acordo com o dicionário *Larousse* (2014, *ONLINE*), “aceitar que alguma coisa seja feita; concordar com alguma coisa; aquiescer”. Para Marzano (2008, p. 94) “Ao menos de um ponto de vista terminológico, a noção oscila entre um sentido negativo, ‘não impedir’, e um sentido positivo, ‘aprovar’”.

O sentido de consentimento foi utilizado em diferentes textos de direito internacional, como por exemplo o Pacto Internacional das Nações Unidas relativa aos direitos civis e políticos de 1966 (art. 7º). A Declaração Universal da Unesco sobre o genoma humano estendido ao domínio da exigência do consentimento a todas as formas de intervenções com fins medicinais. (MATHIEU, 2009)

A Lei de 4 de março de 2002 relativa aos direitos dos doentes e da qualidade do sistema de saúde afirma que o médico deve recolher o consentimento livre e esclarecido da pessoa doente, a partir de uma informação completa sobre as diversas investigações clínicas, tratamentos e ações de prevenção que lhe podem ser oferecidas, suas utilidades, urgências, consequências, riscos frequentes ou graves normalmente previstos pela intervenção e que comportem outras soluções possíveis e consequências em caso de não consentimento. (TURFFREAU, 2013)

Para definir intervenção médica é necessário inicialmente conceituar a palavra “intervenção”, que etimologicamente vem do latim *interventio* ou *inter* (interior) e *ventio*, que quer dizer ato de vir e significa ação, papel, efeito de qualquer coisa dentro de um processo. Portanto, intervenção médica é a ação realizada por um profissional durante o tratamento de um paciente. (LAROUSSE, 2014)

Existem muitas questões que podem ser abordadas neste vasto campo da intervenção médica e o consentimento, mas nós vamos abordar sobre o consentimento das pessoas em situação de vulnerabilidade. Ou seja, as outras questões do consentimento serão abordadas de modo incidente, para confrontar uma análise ou comprovar uma demonstração.

O artigo se sustentará sobre o campo da intervenção compreendida de 1947 à atualidade na França. O exposto será conduzido em dois momentos, a primeira parte tratará da importância do direito à informação

leal, clara e apropriada, que trata da aplicação de uma política baseada no direito fundamental e a segunda parte analisará o consentimento livre e esclarecido derivado do direito à informação, que é consagrado ao exame dos principais aspectos do consentimento, e as leis, a jurisprudência nacional e da corte europeia.

1. IMPORTÂNCIA DO DIREITO À INFORMAÇÃO PRECISA, CLARA E ADEQUADA

A partir do início dos anos 1990, na França, muitos textos legislativos, regulamentares ou jurisprudenciais, afirmaram ou reafirmaram a obrigação feita aos médicos, e de uma forma geral aos serviços de saúde, de informar os pacientes, e de solicitar sua concordância antes de toda investigação ou intervenção terapêutica.

Esta parte tratará da aplicação de uma política baseada nos direitos fundamentais, será a natureza jurídica e política do consentimento, bem como apresentaremos suas exceções.

1.1. UM DIREITO FUNDAMENTAL

O princípio da informação em matéria médica é previsto em muitos textos, seja inicialmente do código de deontologia médica ou atualmente o código de saúde pública. A importância desse princípio foi consagrada por uma decisão da Corte de Cassação francesa de 9 de outubro de 2001 que liga diretamente o dever de informação do médico à exigência do respeito ao princípio constitucional de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. (LAUDE et. al, 2007)

Então, exigência da obrigação da informação foi reforçada, pois ela se impõe como um direito fundamental do paciente e um dever essencial do médico, que quando desrespeitada implica sua responsabilidade.

É por esta razão que a informação deve ser:

I – Precisa, assim definida, a informação deve permitir ao paciente a tomada de decisão que se impõe naquele momento. Esta formulação nos deixa acreditar que uma decisão se impõe em função da

situação patológica e dos dados estabelecidos pela medicina e apresentados pelo médico, e que não resta ao paciente a aceitação, ou seja, a informação tem a única intenção de obter o consentimento. É exatamente o que se passa na maioria dos casos: o paciente não é submetido a uma vontade cega ou a uma decisão misteriosa, mas ele é informado sobre as razões de uma decisão que se impõe ao médico em virtude do estado da doença;

II – Clara, a informação dada ao paciente deve ser inteligível. Ela deve ser simplificada em comparação a uma apresentação técnica, evitando uma linguagem muito técnica e com detalhes supérfluos. O médico deve desempenhar um papel pedagógico que suponha simplificação, repetição e troca. Pode ser difícil de explicar uma situação complexa, mas é necessário simplificá-la sem travestir a realidade, é necessário se assegurar que o paciente entenda o que lhe é explicado, deixá-lo perguntar questões complementares, pedir que o paciente reformule o que ele compreendeu;

III – Adequada, quer dizer que esta informação deve seguir vários fatores: De acordo com a doença e seu prognóstico (um médico não informará da mesma forma sobre uma angina banal ou sobre um câncer de pulmão generalizado); De acordo com o tratamento: O artigo 41 do Código de Deontologia Médica francês dispõe mais uma vez sobre o consentimento em caso de possíveis mutilações, quer seja uma amputação anatômica (mastectomia) ou funcional (infertilidade) etc.; a informação se impõe para as consequências mais sérias e as mais frequentes, mas não se limita a elas; De acordo com a evolução de uma doença que se prolonga; De acordo com o paciente, os problemas mentais ligados à doença ou à idade não devem, *a priori*, constituir uma razão de silenciar, ao contrário, para cada pessoa é preciso falar e explicar, explorando todas as possibilidades de compreensão do paciente, possibilidades que se revelam nos limites de suas compreensões no decorrer de seu acompanhamento. O artigo 42 do Código de Deontologia Médica francês (1947) precisa este ponto sobre o menor e o maior protegido.

1.1.1. AS EXCEÇÕES PREVISTAS PELA LEI

O Código de Saúde Pública enquadra de maneira muito estrita os limites do direito à informação, na urgência ou impossibilidade de informar: De acordo com o artigo L. 1111-1 do CSP (Código de Saúde Pública Francês): “O médico não está obrigado a informar ao paciente em caso de urgência.” Esta noção de urgência é consagrada no artigo 16-3 alínea 2 do Código de Civil Francês (1804) em matéria de consentimento, a dificuldade é de definir esta noção de urgência, considerada muito subjetiva.

Nas decisões que envolvem a matéria, podemos notar que as expressões empregadas nos remetem a outras noções, como por exemplo «perigo imediato, ausência de alternativa terapêutica ou necessidade vital, todas as expressões para falar de urgência» (LAUDE *et Al.*, 2007, p. 339). É por esta razão que esta noção de urgência resultará de uma análise caso por caso.

A vontade do paciente, de acordo com o artigo L. 1111-2 CSP (1953, *ONLINE*): “Somente o paciente dispõe do direito de não ser informado, depois que lhe forem especificadas as modalidades de recusa de informação”. Então, assim que o paciente manifesta sua vontade de não ser informado, se encontram implicitamente revogadas as disposições do código de deontologia médica. Por outro lado, a lei não parece prever a possibilidade de o médico dissimular um diagnóstico grave ou fatal, salvo vontade contrária do interessado. Todavia, a jurisprudência tem uma concepção restritiva dessa exceção terapêutica, e o simples problema de não preocupar o paciente não será suficiente para dispensar o médico da sua obrigação de informar, para que o paciente sempre possa exprimir seu consentimento livre e esclarecido.

2. UM CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DERIVADO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO

Uma informação de qualidade é o pré-requisito indispensável para um consentimento esclarecido. Longe de ser uma visão do espírito, como às vezes é julgada, este consentimento é a pedra angular da relação médico-paciente e da prática médica. É a contrapartida lógica do poder

exorbitante do direito comum que tem o médico de colocar em risco a integridade de um indivíduo – em suas palavras, uma exploração, um medicamento, uma intervenção cirúrgica etc. – para lhe tratar (CNE, 2014).

Este subtítulo é consagrado ao exame dos principais aspectos do consentimento, as leis, a jurisprudência nacional e os casos especiais.

2.1. CARACTERÍSTICAS DO CONSENTIMENTO

Segundo prescreve o artigo 36 do Código de Saúde Pública francês:

O consentimento da pessoa examinada ou tratada deve ser buscado em todos os casos. Quando o doente, em condições de expressar sua vontade, recusa as investigações ou o tratamento proposto, o médico deve respeitar esta recusa após informar ao paciente as consequências do seu ato. Se o paciente está fora de condições de expressar sua vontade, o médico não pode intervir sem que seus parentes ou responsável sejam comunicados e informados, salvo urgência ou impossibilidade (CSP, 1953, *ONLINE*). (Tradução própria)

Caso Geral, o consentimento deve ser livre e esclarecido e renovável e revogável, o paciente deve formular seu consentimento após receber da parte do médico, uma informação, clara, compreensível, adaptada às capacidades de compreensão da natureza de seus atos e prescrições propostas, seu interesse para a saúde e as consequências nefastas em caso de recusa, segundo o artigo 35 do Código de Saúde Pública francês. O médico ajuda a refletir, ele traz as explicações que deseja, pode retificar erros de apreciação, relembrar dados não memorizados. O consentimento não representa um fim em si mesmo, mas sim uma marca da boa compreensão da informação e de uma relação de qualidade entre médico e paciente.

A linguagem médica, mesmo que simplificada, necessita da parte do paciente uma capacidade de percepção sensorial, uma capacidade de compreensão da língua. O médico deve manter uma postura distante. O paciente que o consulta, deposita-lhe confiança. O médico deve ajudá-lo

a dar seu consentimento sem colocar o paciente em uma situação de abandono, diante de uma decisão que lhe ultrapassa.

O consentimento por escrito não tem um valor jurídico absoluto, salvo se for exigido por lei. O profissional de saúde deve obter o consentimento do paciente para cada ato inicial e para todos os atos posteriores, quer dizer que ele deve ser renovado. O consentimento deve ser, também, revogável porque o princípio da liberdade do consentimento assegura que o paciente pode a qualquer momento o retirar.

Em alguns casos, pode ser indicado em caso de recusa do paciente, que se faça por escrito, para demonstrar gravidade de sua decisão. Um documento como esse não exime o médico de suas responsabilidades, mas pode atestar que o paciente foi bem informado.

A situação de pessoas vulneráveis, certas pessoas, crianças, prisioneiros, doentes mentais, idosos, pessoas inconscientes, são incapazes de dar um consentimento livre. Nós os substituímos por “pessoas de confiança” (SICARD, 2013, p. 51).

Os médicos que tratam de um menor devem recolher o consentimento de seus representantes legais, depois de informá-los sobre a doença, seus atos e tratamentos propostos, suas vantagens e riscos, as alternativas terapêuticas, as consequências de uma abstenção ou de uma recusa. De acordo com o artigo 372-2 do código civil francês, “à luz dos princípios da boa-fé, cada um dos pais deve agir com a concordância do outro, quando se faz necessária apenas um ato da autorização parental relativa à pessoa do menor” (FRANÇA, 1804).

Mesmo assim o menor tem direito à informação de receber uma informação de acordo com o grau de sua maturidade e seu consentimento deve ser sistematicamente buscado se ele é apto para exprimi-lo e a participar da decisão.

Maiores sob tutela, de acordo com a lei n° 2007-308 de 5 março 2007, que reformou a proteção dos maiores, abordam o princípio da autonomia da pessoa, de maneira que o maior protegido possa ele mesmo tomar decisões sobre sua pessoa. De toda forma, a lei impõe que seja recolhido, *a priori*, o consentimento da pessoa protegida pelo seu tutor.

Contudo, o artigo 459 alínea 2 do Código Civil francês (1804) permite ao juiz adaptar a exigência do consentimento à realidade da pessoa e levar em conta na medida de seu estado de saúde.

Doentes mentais, o consentimento do paciente em tratamento deve ser perseguido a todo momento, deve-se até insistir se necessário, mas até que seja recusado, o médico e seus próximos devem decidir. Em caso de alienação mental configurada ou de estado perigoso para a segurança das pessoas, os cuidados forçados, com ou sem internação, são obrigatórios. De acordo com a lei n° 2011-803 de 2011 relativa aos direitos e proteção das pessoas submetidas a tratamentos psiquiátricos e às modalidades autorizadas, em alguns casos, podem ultrapassar a recusa do consentimento do paciente, tanto para internação como para tratamento.

Paciente incapaz de expressar seu consentimento, o código prescreve no Artigo L.1111-4 do Código de Saúde Pública francês que:

a partir do momento em que a pessoa não possuiu capacidade de expressar sua vontade, nenhuma intervenção pode ser realizada, salvo urgência ou impossibilidade, sem que a pessoa de confiança prevista no artigo L. 1111-6, ou a família, ou na ausência deles, um de seus próximos devem ser consultados (CSP, 1954, *ONLINE*).
(Tradução própria)

No caso em que o paciente estiver sem condições de expressar seu consentimento e onde todo atraso seja prejudicial ao paciente, o médico ou o cirurgião pode conduzir a intervenção, quando não conseguir recolher a tempo o consentimento do paciente, nem da pessoa de confiança ou da família. O médico deverá, o mais rápido possível, conceder as explicações necessárias e justificar sua decisão. O problema encontrado nesta exceção é que o consentimento dos familiares jamais substituirá o consentimento do paciente, em particular das pessoas em coma.

2.2. UM DIREITO RECONHECIDO

“O consentimento não advém do direito civil das obrigações, mas sim de uma garantia procedural que obriga o médico a respeitar um

direito fundamental da pessoa, este que vem do velho adágio *noli me tangere*” (MATHIEU, 2009, p. 52)

Do lado da jurisprudência europeia, os julgados são numerosos e particularmente formais. A Corte, sistematicamente, repete a importância do princípio do consentimento em particular depois de uma ação, a primeira de 1994, relativa a exame de sangue efetuado em um candidato-funcionário a fim de verificar a presença de HIV.

Segundo a Corte, tal exame constitui um atentado à integridade física do interessado e não pode ser praticado em desfavor de um candidato, a não ser após consentimento esclarecido deste. Um princípio como este deve, segundo a corte, ser respeitado «em sua totalidade» e não pode ser contornado através de outros exames clínicos suscetíveis de alcançar os mesmos resultados. Então, o que a corte condena não é de nenhuma maneira a realização do teste sanguíneo, mas o fato de que ele foi realizado indevidamente, violando o princípio do consentimento.

Ela ressalta que seu controle será mais rigoroso desde que as informações se refiram a questões “sensíveis e íntimas” (CEDH, 2005). Ela considera igualmente que pesa sobre o Estado a obrigação positiva de assegurar a proteção adequada contra o acesso não autorizado de dados médicos confidenciais (CEDH, 2008).

Para os cuidados médicos, a decisão da Corte de Cassação Francesa 1ª Câmara Cível, de 25 de fevereiro de 1997 (acórdão *Hédreul*, Civ. 1, nº94-19685), que inverteu o ônus da prova em matéria da informação do paciente, não somente reafirmou que o médico tem a obrigação de informar, mas também que ele deve provar que o fez: “Aquele que é legalmente ou contratualmente obrigado de uma forma particular de informar, deve provar a execução dessa obrigação. [...] O médico tem a obrigação particular de informar seu paciente, tendo que comprovar que executou esta obrigação” (FRANÇA, 1997, *ONLINE*).

Portanto, cabe ao médico e não mais ao paciente, em caso de litígio, o ônus da prova de que ele informou adequadamente o paciente, mostrando-lhe os riscos do tratamento ou da investigação que lhe foi proposta, permanecendo esta obrigação mesmo quando existir um risco excepcional ou grave (acórdão *Castagnet*, Civ.1ª, 7 outubro 1998, nº97-12185).

Este entendimento foi confirmado por várias vezes, até que foi retomada pelo artigo L. 1111-2 do Código de Saúde Pública Francês:

Todas pessoas têm o direito de ser informado sobre seu estado de saúde. Esta informação é válida sobre os diferentes tipos de investigações, tratamentos ou ações de prevenção propostas, bem como sua relevância, sua eventual urgência, suas consequências, seus riscos frequentes ou graves normalmente previstos, assim como outras soluções possíveis e suas consequências em caso de recusa do tratamento (CSP, 1953, *ONLINE*) (Tradução própria)

A Corte de Cassação Francesa consagrou o direito do paciente à informação, por isso quando não observado enseja por si só um prejuízo, distinto do prejuízo corporal.

AS DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA LEI

Os limites do direito do consentimento resultam, de uma parte, das disposições do Código da Saúde Pública Francês relativas ao direito do consentimento do paciente.

Urgência e impossibilidade: Os pacientes incapazes de exprimir sua vontade não autoriza o médico a ignorar seu consentimento.

Os Atos médicos impostos: Nesse sentido, o paciente sempre dispõe do direito de consentir, mas na hipótese onde ele não consente, ele deve assumir as consequências, compreendendo por vezes sanções penais, segundo o artigo L.3116-1 do CSP. Por exemplo: Injunção terapêutica (os viciados em drogas ilícitas e os condenados por infrações sexuais) e hospitalização de ofício dos doentes mentais.

Também, existem casos em que os médicos e os juízes não respeitam a vontade do paciente, são os casos das testemunhas de Jeová que:

em caso de recusa de transfusão de sangue em pacientes discípulos das testemunhas de Jeová, uma determinação do Conselho de Estado Francês (CE, Ord., 16 de agosto de 2002, Feuillatay, n° 249552, publicado no *Recueil Lebon*) diz que não configura em

atentado à liberdade fundamental, constituído através do consentimento a um tratamento médico, desde que mesmo tendo advertido de todas as formas o paciente da importância do ato médico considerado indispensável para a sobrevivência e proporcional a seu estado de saúde (FRANÇA, 2007, *ONLINE*). (Tradução própria)

Quer dizer que diante das crenças religiosas, o médico deve respeitar a vontade da paciente, após tê-los informados das consequências de sua recusa, mas em caso de risco vital o médico deve agir conforme sua consciência.

Outro debate bastante atual é o fim da vida, quando um doente requer o direito de morrer, ele recusa os tratamentos e é necessário ser capaz de compreender o pedido do paciente, sem lhe julgar. O doente tem o direito de requerer a interrupção do tratamento (PADELE, 2009), mas é sempre uma questão polêmica e que requer muita discussão e reflexão.

Um exemplo emblemático na França é o caso de Vincent Humbert, sua história emocionou a França inteira, quando em 26 de setembro de 2003, Vincent Humbert, 23 anos, morreu em um centro especializado de *Berck-sur-mer* onde ele recebia cuidados paliativos depois de vários meses. Três dias antes, sua mãe, Marie, injetou em seu filho uma alta dose de medicamento, fazendo com que ele mergulhasse num coma. Ele ficou tetraplégico, quase cego e mudo em virtude de um acidente de carro em 2000, o jovem de 20 anos escreveu ao Presidente Jacques Chirac requerendo o “direito de morrer” (HUFFINGTON POST, 2014)

Com esse pedido se iniciou um longo debate sobre a questão do fim da vida e a eutanásia, que culminou com a lei Leonetti, adotada em abril 2005. A lei sofreu emendas, mas até hoje é considerada inapta por uma parte da opinião pública.

Em efeito, o artigo L 1111-13 do Código de Saúde Pública Francês (1953) diz que desde que uma pessoa, em fase avançada ou terminal de uma grave e incurável doença, qualquer que seja a causa e mesmo que não possa exprimir sua vontade, o médico pode decidir por limitar ou mesmo interromper o tratamento considerado inútil, desproporcional ou que só sirva para prolongar de forma artificial a vida do paciente, após ter realizado todos os protocolos previstos pelo Código de Deontologia Médica

e consultado a pessoa de confiança, a família, ou na falta, a um de seus próximos, em caso de não haver responsáveis deve ser consultada a última vontade do paciente.

O Conselho de Estado Francês prescreve que a lei Leonetti (2005) pode ser aplicada em qualquer caso, estando a pessoa ou não em fim de vida, podem ser suspensos, quer a pessoa doente esteja ou não em fim de vida.

O Conselho Consultivo Nacional de Ética (CCNE) ensaiou apresentar aos Estados-Membros, legislação sobre o fim da vida, como se pronunciou o ex-Presidente François Hollande em julho de 2013. Uma etapa cada vez mais longa a caminho da regulamentação da eutanásia na França, que se discute desde o início do ano de 2000.

A última sessão da consulta popular sobre o “fim da vida votou”, em 2 de abril de 2023, foi favorável a uma abertura condicional do auxílio à morte, a partir do que já existia na legislação, principalmente, após a reforma na lei Leonetti de 2016 que autorizou o uso de sedação profunda. Os debates organizados para a elaboração da modificação da lei em 2016 já haviam estabelecido uma observação do “*mal mourir*” na França. Isso foi confirmado pela deputada Caroline Fiat em um relatório de janeiro de 2018, dois anos após a implementação da lei de 2016.

A legislação que rege o fim da vida é pouco conhecida pelos pacientes, e as diretivas antecipadas são raras. Muitas vezes, ela também é pouco conhecida pelas equipes de saúde. O acesso aos cuidados paliativos continua imperfeito.

Em 17 de outubro de 2017, o deputado Olivier Falorni apresentou um projeto de lei que concede o direito a um fim de vida livre e escolhido. A exposição de motivos enfatiza que na França todas as liberdades foram conquistadas, uma a uma, exceto a de escolher a própria morte. A lei tem como objetivo criar uma assistência médica ativa para a morte, mas continua em tramitação, não foi votada.

Em 13 de setembro de 2022, o CCNE emitiu seu parecer sobre o fim da vida, abrindo caminho para a “assistência ativa na morte, sujeita a certas condições estritas com as quais parece inaceitável transigir”(CCNE, 2022, *ONLINE*). Entre essas condições, a solicitação deve ser expressa por “uma pessoa com autonomia de decisão no momento da solicitação,

de forma livre, informada e reiterada, analisada no âmbito de um procedimento colegiado” (CCNE, 2022, *ONLINE*).

No mesmo dia, o Presidente da República anunciou a constituição de uma Convenção de Cidadãos sobre o fim da vida, liderada pelo Conselho Econômico, Social e Ambiental (CESE), e que reuniu 150 cidadãos entre dezembro de 2022 e março de 2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir é preciso sublinhar que o consentimento não é um simples procedimento que se limita a uma aplicação mecânica de uma regra do direito. Tudo nos leva a crer que são outras regras não escritas que decidem a dinâmica da relação médico/paciente, disto deriva ou não a judicialização em caso de erros médicos.

O conteúdo e a forma do consentimento não são definidos, mas remetidos às modalidades definidas pela lei. É preciso delimitar mais precisamente os contornos do consentimento, pois ele deve ser dirigido aos pacientes e não simplesmente uma autorização legal diante da lei e do médico.

Existem diversos aspectos psicológicos e morais que a lei não abrange, sobretudo a hierarquia entre doente e médico. O consentimento acaba por expor duas correntes que se confrontam, de um lado os que defendem a autonomia total das pessoas que querem dispor livremente de seus corpos e de outro, como na França, dos que reivindicam um status indisponível do corpo humano, inclusive no campo do comércio, segundo o artigo 16-1 do código civil francês.

REFERÊNCIAS

CAVERNI, (J-P) et GORI (R). **Le consentement:** Droit nouveau du patient ou imposture? Paris, In Press, 2005.

FRANÇA. **Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.** Disponível em : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000446240&dateTexte=&categorieLien=id>. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Code civil Français**, 1804. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Code de Déontologie Médicale**, 1947. Disponível em: <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/code-deont.pdf>. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Code de la santé publique**, 1953. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=51AC2A5200C98EF11B467DD5BADA75D.tp_djo11v_1?-cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140204.

FRANÇA. **Comité consultatif national d'éthique et des sciences de la vie**. Disponível em: www.ccne-ethique.org. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Conseil National de Médecin**. Disponível em: <http://www.conseil-national.medecin.fr>. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Encadrement international de la bioéthique – Actualisation 2012** : une approche par l'Agence de la Biomédecine. Disponível em: http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2012_encadrement_juridique_version_internet.pdf. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Loi n°. 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469>. Consultado em: 22/02/2023.

FRANÇA. **Rapport annuel n° 36 Cour de Cassation**, 2007. Disponível em: http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/epreuve_protection_2647/necessaires_fonctionnement_2648/personnes_malades_11375.html#1.1.1.1.1.1. Consultado em: 22/02/2023.

- FRANÇA. **Bioéthique: quelle prise en charge de la fin de vie ?**, 2023.
Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19353-bioethique-quelle-prise-en-charge-de-la-fin-de-vie> . Consultado em: 30/04/2023.
- FUKUYAMA, (F.). **La fin de l'homme, les conséquences de la révolution biotechnique**. La Table Ronde, 2002.
- HABERMAS, (J.). **L'avenir de la nature humaine, Vers un eugénisme libéral ?** Gallimard, 2002.
- LAUDE (A), MATHIEU (B) et TABUTEAU (D). **Droit de la santé**. Paris, 1^e éd., 2007.
- MARTINEZ, (E.) et VIALLA, (F.). **Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique**. Paris: LGDJ, 2013.
- MARZANO, (M). **L'éthique appliquée**. Paris, 1^e éd., PUF, 2008.
- MATHIEU, (B). **La bioéthique**. Paris, 1^e éd., Dalloz, 2009.
- OBERDORFF, Henry. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. Paris, 4^e éd., L.G.D.J, 2013.
- PADELE, (S). **Accompagnement éthique de la personne en grande vulnérabilité: .** Paris, Seli Arslan, 2009.
- SICARD, (D). **L'éthique médicale et la bioéthique**. Paris, 3^e éd., PUF, 2013.
- TURFFREAU (F). **Dictionnaire de l'organisation sanitaire et médico-sociale**. Paris, 2^e éd., Presses de l'EHESP, 2013, p. 153-154.
- UNESCO. **Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme**. Disponível em: http://portal.unesco.org/fr/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Consultado em: 20/04/2023.

A NOVA PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR PESSOA NATURAL SUPERENDIVIDADA

*Luciano Monti Favaro*⁹³

INTRODUÇÃO

De acordo com pesquisa divulgada em agosto de 2021 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, quase 70% das famílias brasileiras encontram-se endividadas (AGÊNCIA BRASIL, 2021). Esse percentual cresce a cada ano. Muitas famílias, inclusive, endividam-se para comprar alimentos para o sustento de seus próprios membros. A utilização do cartão de crédito de modo parcelado – prática comumente usada no Brasil – tem contribuído para esse endividamento. Sem orientação necessária e com pouco conhecimento sobre questões financeiras, as pessoas acabam endividando-se acima de sua capacidade financeira o que, tecnicamente, denomina-se de superendividamento.

93 Doutor em Direito e Políticas Públicas. Professor de Direitos Humanos e Direito Societário. Consultor no Escritório Favaro Consultoria e Contabilidade.

Em vista dessa situação, o legislador brasileiro, em 2021, alterou o Código de Defesa do Consumidor para fins de inclusão de dispositivos acerca da prevenção e do tratamento do superendividamento do consumidor pessoa natural. A alteração se deu pela Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.

A conceituação dispôs que o consumidor, pessoa natural, encontrar-se-á na situação de superendividamento se, por impossibilidade manifesta e de boa-fé, não conseguir pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial. A definição do que seria esse mínimo existencial, entretanto, foi condicionada à regulamentação a qual se deu mediante o Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022.

Nos termos desse Decreto, o mínimo existencial no tocante à renda mensal do consumidor pessoa natural equivale a 25% do salário mínimo vigente na data de publicação do Decreto. À época, o salário mínimo era de R\$ 1.212,00, de modo que o mínimo existencial considerado é de R\$ 303,00, não havendo atualização desse valor ainda que ocorra o reajustamento anual do salário mínimo, consoante disposto no próprio Decreto. Essa regulamentação foi criticada por diversos institutos tendo, inclusive, sido protocoladas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em face do ato infralegal perante o Supremo Tribunal Federal.

O Decreto, publicado no governo do Presidente Jair Bolsonaro foi muito criticado também por integrantes do governo do Presidente Lula que iniciou seu mandato no ano de 2023. A proposta seria elevar esse valor para R\$ 600,00 (seiscentos reais) equiparando o mínimo existencial ao valor pago a título de benefício do Bolsa Família.

O debate no presente artigo consiste, assim, analisar se esses valores – tanto o constante no Decreto quanto a proposta do novo governo – estão em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana que é assegurado como fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, de 1988. A hipótese decorrente dessa pesquisa é que se o valor constante no Decreto ou o novo valor proposto são irrisórios para fazer frente às despesas cotidianas de uma pessoa, então há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequin-

te, não observância aos direitos básicos do consumidor que buscam, com base na Lei do Superendividamento, a prevenção e o tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

O tema proposto será apresentado em dois tópicos nos quais se desenvolverá os objetivos específicos do artigo, a saber: num primeiro momento objetiva-se analisar a conceituação e os elementos caracterizadores trazidos pela Lei do Superendividamento. Já no segundo tópico, propõe-se avaliar se o conceito de mínimo existencial do consumidor previsto no Decreto ou a ser proposto pelo novo governo está em consonância com o entendimento jurisprudencial acerca do mínimo existencial nos contratos de mútuo bancário de modo que se pode responder a hipótese apontada de se o valor é irrisório ou não.

Como metodologia do estudo propõe-se o método descritivo-analítico, de natureza qualitativa, o qual será desenvolvido mediante levantamento de pesquisa bibliográfica e documental, analisando-se ainda jurisprudência sobre o tema.

O tema apresentado é relevante e atual e que merece debate constante, pois aflige diversos lares brasileiros que se encontram em situação de superendividamento.

1. CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO SUPERENDIVIDAMENTO DEFINIDOS NA LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021

O fenômeno do superendividamento é muito comum nas sociedades de consumo em razão da oferta de crédito parcelado ofertado por diversos meios de pagamento sendo, o principal deles, o meio de pagamento de cartão de crédito. As pessoas naturais ao se depararem com a necessidade de aquisição de produtos e/ou serviços indispensáveis a sua sobrevivência acabam por contrair dívidas com extensos parcelamentos ocasionando, ao final do mês, que a renda auferida não é suficiente para adimplir todas suas despesas tendo de, novamente, no mês subsequente, adquirir produtos e/ou serviços indispensáveis por meio de novos parcelamentos.

Além disso, muitas das vezes, ao receber a fatura de seu cartão de crédito, o consumidor vê-se sem condições de pagar o valor total da fatu-

ra e acaba por pagar o mínimo aceitando, tacitamente, pagar na próxima fatura o restante da dívida do mês passado que será submetido a juros altíssimo. Se o adimplemento no mês subsequente não é efetuado, torna-se aquilo que se denomina de “bola de neve”, pois passará a haver juros sobre juros da dívida.

Esse fato, certamente, levará o consumidor a ficar sem crédito no mercado, e, muitas das vezes, ter seu nome inscrito em cadastro de inadimplentes. O consumidor torna-se, por conseguinte, excluído socialmente ou acaba por buscar soluções do “empréstimo do nome” a fim de obter crédito e fazer frente as suas despesas (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021).

A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021 – por meio da qual se alterou o Código de Defesa do Consumidor, a fim de inserir o Capítulo VI-A que tratou da prevenção e do tratamento do superendividamento do consumidor pessoa natural – buscou, justamente, proteger esse consumidor que, de boa-fé e por algum infortúnio cotidiano, se encontre em situação impagáveis de suas dívidas restando em uma situação de insolvência que não lhe permite exercer seus direitos como consumidor.

Consoante se extrai do Projeto de Lei que resultou na sancionada Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021 – denominada Lei do Superendividamento – foram três as diretrizes balizadoras dessa Lei denominada de Lei do Superendividamento: crédito responsável, como um direito fundamental; boa-fé, como um princípio fundamental; e mínimo existencial, como um bem fundamental (PLS 283/2012).

De acordo com essa Lei, conceituou superendividamento como “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. De plano extrai-se do conceito a exclusão das dívidas contraídas mediante fraude ou má-fé ou aquelas obtidas dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento.

Nesse sentido, pondera Claudia Lima Marques (2006, p. 1.257) acerca da exclusão, pela Lei do Superendividamento, do superendividados de má-fé:

Deliberadamente, o legislador excluiu da aplicação do Capítulo somente os chamados superendividados de “má-fé” da aplicação das normas de prevenção e tratamento, pois não seria correto beneficiar aqueles que se endividaram com intenção deliberada de escapar das consequências do seu endividamento ou proteger a má-fé.

Importa observar que essa má-fé não é presumível. A comprovação de má-fé caberá, portanto, àquele que a alega e, somente se reconhecida, poderá afastar as regras de proteção do superendividamento do consumidor. “Trata-se, pois, de elemento geral, presumido e objetivo de boa-fé, que encontra limite na comprovação da má-fé, fraude ou dolo, no caso concreto” (MARQUES, 2006, p. 1.257).

O legislador ainda optou em excluir as dívidas que decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor. Optou-se em não definir o que se considera um produto ou serviço de luxo de alto valor. Tem-se, assim, que esses produtos e serviços estão inseridos em um conceito indeterminado que exigirá interpretação em cada caso concreto a fim de considerar circunstâncias fáticas que envolvem o consumidor e suas necessidades, “não devendo ser tomado exclusivamente em razão do valor. A noção de luxo remete à supérfluo ou dispensável, antagoniza com o sentido de necessidade ou essencialidade à subsistência” (MARQUES, 2006, p. 1.259).

As dívidas de consumo que se indica no conceito trazido Lei do Superendividamento incluem quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive compras a prazo, serviços de prestação continuada e as operações de crédito, sendo estas operações, conforme exposto, as maiores queixas de violação dos direitos básicos do consumidor superendividado.

A alteração legislativa ainda inseriu novo princípio na Política Nacional das Relações de Consumo, consoante se depreende do artigo 4º, X, do CDC. Nos termos desse dispositivo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o res-

peito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

Os direitos básicos do consumidor estabelecidos no artigo 6º do CDC também foram alterados a fim de incluir direitos decorrentes da Lei do Superendividamento:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

No inciso XI assegurou-se o princípio da boa-fé objetiva, corolário do consumidor. Já no inciso XII, tem-se a preservação do mínimo existencial a qual fora vinculada à regulamentação futura.

Ainda do conceito de superendividamento estabelecido na Lei nº 14.181, de 2021, extrai-se alguns seguintes elementos materiais. O primeiro é impossibilidade manifesta de adimplir a totalidade das dívidas. Essa impossibilidade decorre do fato de o consumidor não dispor de recursos suficientes para realizar o pagamento de todas as dívidas de consumo no seu vencimento” (MARQUES, 2006, p. 1.257).

Resulta, dessa feita, na situação em que o patrimônio do devedor é insuficiente financeiramente para fazer frente as despesas correntes com

gastos de subsistência. Essa análise será feita por meio de uma comparação entre o ativo (recursos atuais e futuros) e o passivo (dívidas exigíveis ou a vencer) do consumidor. Se o resultado obtido dessa equação for saldo negativo, que não é eventual ou episódico, mas revela-se situação estrutural, está-se diante de inviabilidade financeira (MARQUES, 2006, p. 1.257).

Por fim, o outro elemento material extraído do conceito são as dívidas exigíveis ou vincendas de consumo. Dívidas exigíveis são as que podem ser reclamadas de imediato pelo credor quer pelo motivo de estarem vencidas, quer pelo motivo de não estarem subordinadas a uma condição suspensiva ou resolutiva; por outro lado, as vincendas são as dívidas futuras. Essas dívidas, consoante se extrai da leitura de legislação, devem ser de consumo não estando incluídas, portanto, “as tributárias (fiscais e parafiscais), as de alimentos, nem dívidas para custeio do exercício da atividade profissional ou empresarial (objeto de legislação própria) (MARQUES, 2006, p. 1.258).

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O direito fundamental ao mínimo existencial não está de modo explícito disposto na Constituição Federal, de 1988. Esse importante direito fundamental tem por corolário a dignidade da pessoa humana a qual foi consagrada no artigo 1º da Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil e que consiste em valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano (SILVA, José Afonso da, 2013, p. 106).

O direito ao mínimo existencial, comumente aplicável ao campo dos direitos sociais, pode ser definido como conjunto de prestações estatais que assegura a cada ser pessoa humana uma vida condigna auxiliando os necessitados “que não tenham condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento” (SARLET, 2015).

O debate sobre o conceito do mínimo existencial tem aumentado nos últimos anos, tanto que em diversas decisões judiciais verifica-se invocação desse conceito para assegurar direito às pessoas. Desde a Constituição Francesa, de 1793, verifica-se a busca pela observância desse mínimo existencial, tal qual se verifica pela tradução livre do artigo 21 que assim dis-

punha: “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve conceder subsistência aos cidadãos necessitados ofertando-lhes trabalho e assegurando-lhes meios de existência quando estiverem impossibilitados de trabalhar”.

Sarlet (2012) lembra que a previsão nessa Constituição teve caráter eminente simbólico, porém serviu de base para documentos de proteção aos direitos humanos advindos no futuro que passaram a prever, de forma explícita, esse direito. Como exemplo, pode-se citar o artigo 151 da Constituição de Weimar, a Constituição Alemã, de 1919, segundo o qual a vida econômica deve ser organizada nos princípios da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.

De igual modo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também se previu o referido princípio ao estabelecer no artigo XXV os direitos mínimos inerentes a todos seres humanos. Nesse sentido, o citado dispositivo:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu alcance (ONU, DUDH, 1948).

Na Constituição Federal, de 1988, consoante discorrido, não se explicitou o direito ao mínimo existencial. Sua previsão é implícita e decorre também da redação constante no artigo 170 segundo o qual a “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Entre os princípios assegurados para a proteção da ordem econômica, encontra-se a defesa do consumidor.

Na condição de direito fundamental implicitamente positivado, o direito ao mínimo existencial apresenta uma face negativa e outra positiva. Na face negativa opera-se como “direito de defesa, como algo que não se pode subtrair do indivíduo”; na face positiva atua como “um direito a prestações a ser assegurado pelo Estado” (SARLET, 2015).

2.1. DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Na seara do direito do consumidor, conforme exposto, também se verifica a previsão do princípio mínimo existencial trazido pela novel legislação do superendividamento. Esse princípio está associado à quantia capaz de assegurar a manutenção das despesas de sobrevivência do consumidor pessoa natural. O intuito por esse princípio é assegurar que dívidas advindas da relação de consumo não comprometam a renda do consumidor de modo excessivo, sob pena de se colocar em risco a satisfação de suas mais básicas necessidades como, por exemplo, alimentação, saúde, higiene, educação, transporte, entre outras (MARQUES, 2006, p. 1.258).

Ocorre que na Lei do Superendividamento não se definiu o que vem a ser o mínimo existencial sendo esse conceito atribuído à legislação infralegal. Esperava-se por essa legislação uma compatibilização do conceito com a realidade do contexto social brasileiro no qual muitas famílias encontram-se em situação de superendividamento. Hodiernamente estima-se que mais de 40 milhões de pessoas não conseguem efetivar o pagamento de suas dívidas de consumo exigíveis e/ou vincendas (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Diferente dessa expectativa, verificou pelo Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, que o mínimo existencial consiste em vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente na data de publicação do Decreto. Nesses termos, o artigo 3º do Decreto:

No âmbito da prevenção, do tratamento e da conciliação administrativa ou judicial das situações de superendividamento, considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a vinte e cinco por cento do salário mínimo vigente na data de publicação deste Decreto.

Na data de publicação do Decreto o salário mínimo vigente era de R\$ 1.212,00. Desse modo, o mínimo existencial para uma pessoa natural fazer frente as suas despesas, nos termos do referido Decreto, é de apenas R\$ 303,00, sendo que o reajustamento anual do salário mínimo não im-

plicará a atualização desse valor, conforme disposto no artigo 3º, § 2º do mesmo Decreto.

De pronto, esse irrisório valor levou a críticas de setores da sociedade civil, pois é nítido que esse valor é insuficiente para uma pessoa natural sobreviver satisfazendo as suas necessidades básicas conforme se comprova com dados do DIESSE de que o valor médio da cesta-básica é de, aproximadamente, R\$ 663,29 o que comprometia cerca de 55% do salário mínimo no ano de 2022 (DIEESE, 2022). Desse modo, sequer a aquisição de uma cesta básica foi considerada como mínimo existencial pela regulamentação.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (2022), antes mesmo da publicação do ato infralegal, alertara na audiência pública realizada em outubro de 2021 pela Secretaria Nacional do Consumidor que a “eventual definição do mínimo existencial a partir de um teto fixo ocasionaria o desvio da finalidade principal da Lei do Superendividamento, tornando-a contrária à dignidade das pessoas superendividadas”. Propunha, portanto, que a definição do mínimo existencial ocorresse por meio de um índice capaz de mensurar as principais variáveis que afetam as condições de sobrevivência das pessoas, como gastos com habitação, saúde, alimentação, transporte, educação, entre outros (IDEC, 2022).

Com a publicação do Decreto, o IDEC manifestou-se que o estabelecimento desse ínfimo valor irá beneficiar ainda mais o sistema financeiro em prejuízo da população, pois “a decisão não leva em consideração a realidade atual da população brasileira” (IDEC, 2022). Esse valor sequer considerou o valor do Auxílio Brasil (atualmente denominado de Bolsa Família) que na época da publicação do Decreto era de R\$ 600,00. Sendo assim, praticamente metade do benefício assistencial (R\$ 297,00), de acordo com o Decreto poderá ser utilizado para o pagamento de despesas da pessoa natural superendividada, já que o limite reconhecido como mínimo existencial, repisa-se, foi de 25% de um salário mínimo que perfaz R\$ 303,00.

Sobre o tema, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, antes da edição do decreto advertira que a regulamentação do mínimo existencial deveria projetar alicerce básico para a

vida digna, não podendo ser mitigado por decreto, dada a magnitude da matéria (MIRAGEM, Bruno; MARTINS, Fernando Rodrigues, 2021, p. 409-414).

Com a publicação do Decreto, o Brasilcon voltou a manifestar-se enumerando em nota técnica os problemas identificados, a saber: i) não observância do princípio da proporcionalidade, uma vez que “a fixação do mínimo existencial em 25% do salário mínimo contrasta com qualquer realidade brasileira, notadamente porque ninguém com trezentos reais conseguirá dar continuidade às despesas de consumo necessárias à subsistência digna” (BRASILCON, Nota Técnica, 2022, p. 2); ii) fragmentação dos deveres fundamentais de proteção aos consumidores, pois a regulamentação do mínimo existencial “inviabilizará planos de pagamento e repactuações já ajustadas e em ajustamento pelos órgãos públicos de proteção e defesa do consumidor e Poder Judiciário” (BRASILCON, Nota Técnica, 2022, p. 2); iii) violação à legalidade constitucional, haja vista que se veda a atualização do mínimo existencial conforme a variação do salário mínimo, “ensejando nítido sistema assimétrico, unilateral e permanente, ferindo o postulado implícito da razoabilidade presente no âmbito normativo”; iv) a regulamentação destoa do próprio objetivo fundamental da República que consagra a erradicação da pobreza (BRASILCON, Nota Técnica, 2022, p. 3).

No mesmo sentido, o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais – Condege publicou nota técnica apontando ilegalidade e ineficácia na regulamentação por decreto do mínimo existencial. O Condege, de modo similar, entendeu que o ato infraconstitucional acaba por produzir um esvaziamento inconstitucional da Lei do Superendividamento. Ao se regulamentar o mínimo existencial mediante decreto, este deve “respeitar o sentido da lei, sobretudo no que diz respeito ao princípio de prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, sob pena de nulidade, uma vez que contradiz as diretrizes da norma a que é subordinado” (CONDEGE, Nota Técnica, 2022).

O Condege ainda ponderou que a regulamentação, tal qual proposta, acaba por estimular o fornecimento de crédito irresponsável, haja vista

autorizar que “instituições financeiras realizem empréstimos desde que a prestação mensal preserve apenas R\$ 303,00 da renda mensal do devedor, em evidente abuso de direito”, violando o disposto nos artigos 6º, inciso XI, e 54-D, inciso II, do CDC (CONDEGE, Nota Técnica, 2022).

O Brasilcon e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp ajuizaram Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF contra a integralidade do Decreto nº 11.150, de 2022, alegando, em síntese, que o ato infralegal acabou por inviabilizar a promoção da dignidade humana da pessoa consumidora ao tarifar insuficientemente o conceito jurídico indeterminado respeitante ao mínimo existencial, mitigando os deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais dos consumidores. “A regulamentação do mínimo existencial, *per se*, demonstrou-se insuficiente, inviável, para não dizer incompatível com os direitos fundamentais” (BRASIL, STF, ADPF 1.005).

Expôs-se ainda na referida petição de ADPF que a renegociação dos débitos autorizada na Lei Superendividamento, “em consonância com os direitos fundamentais assegurados na legalidade constitucional, restará ineficaz considerando que o valor reservado para as despesas básicas não tem compatibilidade com as necessidades humanas”. Desse modo, a regulamentação do mínimo existencial “não prestará efeito necessário e correspondente à dignidade contribuindo drasticamente para miserabilidade dos superendividados”. Houve, no entender das requerentes da ADPF, um retrocesso, pois o ato infralegal acabou pon-do em risco o núcleo fundamental de diversas garantias sociais estabelecidas na Constituição Federal, de 1988, “especialmente os serviços essenciais de água e energia elétrica, telefone ou Internet, alimentação própria, educação formal, medicamentos, saúde e higiene” (BRASIL, STF, ADPF 1.005).

O atual governo que tomou posse no ano de 2023 também considerou o valor ínfimo e propõe alteração no valor a qual, até o momento da finalização dessa pesquisa, não havia sido alterado. A proposta consiste em elevar o valor para R\$ 600,00, valor esse, reitera-se, pago pelo benefício assistencial do Bolsa Família (INFOMONEY, 2023).

2.2. DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE MÍNIMO EXISTENCIAL NOS CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO

A regulamentação do mínimo existencial consumerista pelo Poder Executivo está dissonante do entendimento jurisprudencial que, ao longo dos anos, vem se consolidando no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana exige que haja limitação de 30% de descontos sobre os rendimentos do consumidor. Descontos até esse percentual objetiva preservar o mínimo existencial com base no primado da dignidade da pessoa humana, tal qual se verifica em julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Recurso especial. Negócios jurídicos bancários. Renegociação de dívida. Desconto em conta corrente. Possibilidade. Limitação a 30% da remuneração do devedor. Superendividamento. Preservação do mínimo existencial. Astreintes. Ausência de indicação do dispositivo de lei federal violado. Óbice da Súmula 284/STF. 1. Validade da cláusula autorizadora de desconto em conta-corrente para pagamentos das prestações do contrato de empréstimo, ainda que se trate de conta utilizada para recebimento de salário. 2. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração líquida percebida pelo devedor, após deduzidos os descontos obrigatórios (Previdência e Imposto de Renda). **3. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana.** Doutrina sobre o tema. 4. Precedentes específicos da Terceira Turma e da Quarta Turma do STJ. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (STJ, REsp 1584501/SP, Rel. Ministro Paulo Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 13/10/2016) (grifos).

BPC. Pedido de limitação dos descontos. Acolhimento. Verba destinada essencialmente à sobrevivência do idoso. Princípio da dignidade da pessoa humana. Resp 1.555.722/SP. *Distinguishing*. 1. Ação ajuizada em 08/09/2017. Recurso especial interposto em 20/05/2019 e concluso ao Gabinete em 28/08/2019. 2. O propó-

sito recursal consiste em dizer acerca da possibilidade de limitação dos descontos efetuados por instituição financeira na conta bancária mantida pelo recorrido, na qual é depositado Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso. 3. Segundo o entendimento firmado pela 2ª Seção no REsp 1.555.722/SP (DJe de 25/09/2018), os descontos de parcelas de empréstimos em conta corrente, ainda que usada para recebimento de salário, são lícitos – desde que autorizados pelo correntista – e não comportam limitação por analogia à hipótese de consignação em folha de pagamento de que trata a Lei 10.820/2003. 4. **Hipótese dos autos que, todavia, não trata do recebimento de verbas salariais, mas do Benefício de Prestação Continuada de assistência Social ao Idoso, que tem por objetivo suprir necessidades básicas de sobrevivência do beneficiário, dando-lhe condições de enfreteamento à miséria, mediante a concessão de renda mensal equivalente a 1 (um) salário mínimo.** 5. **Necessário *distinguishing* do caso concreto para acolher o pedido de limitação dos descontos na conta bancária onde recebido o BPC, de modo a não privar o idoso de grande parcela de benefício que, já de início, era integralmente destinado à satisfação do mínimo existencial. Ponderação entre o princípio da autonomia da vontade privada e o princípio da dignidade de pessoa humana.** 6. Consoante o disposto no art. 3º da resolução BACEN nº 3.695, de 26/03/2009 (atual art. 6º da Resolução BACEN nº 4.771, de 23/12/2019), a autorização de desconto de prestações em conta corrente é revogável. Assim, não há razoabilidade em se negar o pedido do correntista para a limitação dos descontos ao percentual de 30% do valor recebido a título de BPC; afinal, o que é válido para o mais, deve necessariamente sê-lo para menos (*a maiori, ad minus*). 7. recurso especial conhecido e não provido (STJ, REsp 1834231/MG, Rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Ambos os julgados se referem a contratos de mútuo bancários e têm por cerne a limitação de percentual incidente sobre a renda do consumi-

dor a fim de que se esse possa manter um mínimo para sobrevivência. Nesses casos, reconheceu-se que é lícito o desconto, mas que esse percentual máximo deve ser limitado a 30%. Confrontando essas decisões com a atual regulamentação e, inclusive com que será adotada pelo atual governo, tem-se que a mínimo existencial regulamento – e o que será regulamentado – não coaduna com a dignidade da pessoa humana.

Ao se conceituar o mínimo existencial na relação consumerista, dever-se-ia fazer a ponderação das necessidades básicas do consumidor e não, simplesmente, trazer uma delimitação de percentual tão ínfimo. Se a proposta do atual governo continuar no mesmo entendimento de que a regulamentação se dê em valores que, pela jurisprudência dos tribunais superiores, são considerados apropriados, continuar-se-á a beneficiar os credores – em especial as instituições financeiras – em detrimento dos consumidores superendividados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta advinda pela Lei do Superendividamento ao estabelecer diretrizes para a prevenção e o tratamento do superendividamento da pessoa natural é inquestionável. O Brasil despontou como um dos pioneiros nessa seara demonstrando a preocupação com os consumidores superendividados.

Por essa razão – e se comparado à legislação de outros países – a legislação brasileira gerou certa expectativa quanto à definição do mínimo existencial a ser resguardo ao consumidor pessoa natural que se encontre superendividado. A normatização advinda pelo Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, entretanto, limitou o conceito de mínimo existencial a apenas R\$ 303,00 ficando patente que a norma infralegal optou por privilegiar os credores do consumidor superendividado. O Decreto representa, portanto, um retrocesso se analisado sob o prisma da jurisprudência que trata dos contratos de mútuo bancário. Uma pessoa que aufere, por exemplo, R\$ 2.000,00 pode ter de pagar – ou ter penhorado de seu salário – até R\$ 1.697, haja vista que apenas R\$ 303,00 será suficiente, nos termos da legislação infralegal, para sua subsistência.

Esse irrisório valor não coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988 e em diversos documentos internacionais dos quais o Brasil faz parte. Tampouco coadunará o valor de R\$ 600,00 o qual, aparentemente, será utilizado para igualar com o benefício pago a título do Bolsa Família. Poder-se-ia adotar a jurisprudência já consolidada sob o tema de que a subsistência representa 70% da renda auferida.

Há, dessa feita, flagrante afronta ao texto constitucional, bem como ao disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos que prima por um nível de vida suficiente, e ao disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo qual os Estados dele signatário devem observar condições de existência aceitáveis as pessoas.

É preciso considerar que as pessoas naturais que se encontrem na situação de superendividamento também possuem necessidade básicas as quais delas não podem ser delas privadas para pagamento de dívidas que, na maioria das vezes, advém de juros cobrados em percentual extremamente elevado, que é uma prática pelos credores brasileiros.

Por fim, ao se estabelecer percentual tão baixo, sem sequer estudo técnico que se amolde à realidade dos cidadãos brasileiros, afronta-se também o objetivo da República Federativa do Brasil quanto à erradicação da pobreza relegando a segundo plano o respeito à dignidade da pessoa humana estando, em primeiro plano, o interesse dos fornecedores desses consumidores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. **Percentual de famílias com dívidas chega a 72,9%: dado é da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-08/cnc-percentual-de-familias-com-dividas-chega-729>. Publicado em: 25 de agosto de 2021. Acesso em: 10 de abril de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF, jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022**. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1584501/SP**. Rel. Ministro Paulo Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 13/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1834231/MG**. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

CONSELHO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS-GERAIS – CONDEGE. **A inconsistência do Decreto 11.150/2022 e o esvaziamento constitucional da Lei 14.181/2021**. Disponível em: <http://condege.org.br/wp-content/uploads/2022/08/Nota-Tecnica-Inconsistencia-do-Decreto-11.150.2022.pdf>. Publicado em 28 de julho de 2022. Acesso em: 16 de abril de 2023.

FAVARO, Luciano Monti. A regulamentação do mínimo existencial do consumidor pessoa natural superendividada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. In: XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE/SANTIAGO. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/129by0v5/y31ab0p7/APu-48xjp3Eb7D7Gp.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos E. Elias. Comentários à “lei do superendividamento” (Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021)

e o princípio do crédito responsável: uma primeira análise. Artigo publicado em 2021 e disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/1240597511/comentarios-a-lei-do-superendividamento-lei-n-14181-de-01-de-julho-de-2021-e-o-principio-do-credito-responsavel-uma-primeira-analise>. Acesso em: 11 de abril de 2023.

INFOMONEY. Governo vai aumentar valor do ‘mínimo existencial’ para R\$ 600; entenda o que isso significa. Publicado em: 20.04.2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/governo-vai-aumentar-valor-do-minimo-existencial-para-r-600-entenda-o-que-isso-significa/>. Acesso em: 12 de abril de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. Decreto do mínimo existencial beneficia sistema financeiro e prejudica população, avalia Idec. Artigo publicado em 27.07.2022 e disponível em: idec.org.br/release/decreto-do-minimo-existencial-beneficia-sistema-financeiro-e-prejudica-populacao-avalia-idec. Acesso em: 18 de abril de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. Valor do mínimo existencial é afronta ao povo brasileiro. Artigo publicado em 27.07.2022 e disponível em: <https://idec.org.br/noticia/valor-do-minimo-existencial-e-afronta-ao-povo-brasileiro>. Acesso em: 16 de abril de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. POF 2017-2018: Famílias com até R\$ 1,9 mil destinam 61,2% de seus gastos à alimentação e habitação. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25598-pof-2017-2018-familias-com-ate-r-1-9-mil-destinam-61-2-de-seus-gastos-a-alimentacao-e-habitacao>. Publicado em 4 de outubro de 2019. Acesso em: 15 de abril de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR – BRASILCON. Nota Técnica: o Decreto

11.150/22 que regulamenta o mínimo existencial. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/7/70CCFD3DC-27FB4_nota-tecnica.pdf. Publicado em 27 de julho de 2022. Acesso em: 10 de abril de 2023.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRAGEM, Bruno; MARTINS, Fernando Rodrigues. Proposta de regulamentação do CDC por Decreto Presidencial - Mínimo Existencial. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 139, p. 409-414, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217-A III), em 10 de dezembro 1948.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#_ftn2. Publicado em 08 de maio de 2015. Acesso em: 1. de abril de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

A MULHER CAMPESINA NA AGRICULTURA FAMILIAR AGROECOLÓGICA E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO NOS ASSENTAMENTOS DA REFORMA AGRÁRIA DE GOIÁS

*Lorena Cristina Moreira*⁹⁴

INTRODUÇÃO

O Direito Agrário é um complexo jurídico de normas relacionadas ao campo, bem como ao uso e à posse da terra, autônomo (autonomias legislativa, científica e didática), mesclando direito público e privado e tem como objetivo principal regulamentar as relações do ser humano com a terra (BENATTI *et al.*, 2015, p. 29).

Nesse sentido, o tema dessa pesquisa engloba as reflexões do conjunto de sujeitos (as), processos, ações e institucionalidades relacionadas ao uso da terra, dos recursos naturais e da função socioambiental da terra, discu-

94 Advogada. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás.

tindo a colonização do Brasil, o patriarcado, o capitalismo e como esses processos estruturaram um espaço agrário em que as mulheres, apesar de exercerem papel primordial, sofrem com diversos tipos de violências advindas desse patriarcado.

Além disso, a função socioambiental da terra também representa instrumento de luta popular e empoderamento, nas palavras de Rodrigues e Tárrega (2015, p. 109) é:

[...] uma forma de empoderamento popular para questionar as violências físicas e epistêmicas perpetradas pela modernidade e, no contexto latino-americano, pela colonialidade, que legitima e autoriza determinados sujeitos sociais a falar, possuir bens, produzir/impor conhecimento, criar normas jurídicas e sociais, enquanto outros sujeitos são subalternizados e autorizados a obedecer [...] (RODRIGUES; TÁRREGA, 2015, p. 109).

Nesse sentido, o tema da pesquisa engloba o direito humano e constitucional à igualdade de gênero, a agricultura familiar agroecológica e a reforma agrária, se amoldando na área de concentração do programa e na linha de pesquisa “Direito Agroalimentar, Territorialidades, Subjetividades Constitucionais e Convencionais e Proteção Jurídica”.

Diante dessa situação alarmante, o presente estudo dedica-se, como objetivo geral, a discutir os possíveis motivos para o Brasil ter retornado ao mapa da fome. Como objetivos específicos, é pretendido traçar um histórico sobre o direito à alimentação adequada, justamente porque consideramos que o problema da fome é uma mazela trazida pela colonização europeia.

Percorrendo a história recente do Brasil, mais precisamente após a colonização europeia, podemos afirmar que o problema da fome sempre esteve presente, sem que o Estado se preocupasse com a criação de políticas públicas de segurança alimentar, bem como sem que o Direito reconhecesse o direito a uma alimentação adequada.

Em contraponto, aponta-se a agroecologia como uma alternativa ao problema da insegurança alimentar no Brasil, em oposição ao modo de produção capitalista, que é baseado na exploração de mão de obra barata,

desrespeito a direitos trabalhistas e ambiental, com uso de agrotóxicos e sementes transgênicas.

Por meio do método hipotético-dedutivo, com a técnica de revisão bibliográfica e de normativas, trazemos a agroecologia como uma hipótese de sistema alimentar, político e de cosmovisão para uma produção alimentar saudável, com respeito às legislações, baseado em sementes crioulas, sem uso de agrotóxicos, contra o patriarcado, com apoio à agricultura familiar e aos movimentos sociais de luta pela terra.

A perspectiva metodológica é a teoria da decolonialidade, formulada por um grupo de pesquisadores latino-americanos, sobretudo na obra organizada por Edgardo Lander, intitulada “A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e Ciências Sociais, perspectivas latino-americanas”.

No âmbito internacional, o direito à alimentação adequada é reconhecido pela primeira vez na Declaração Universal de Direitos Humanos, no seu artigo 25. O cenário após o fim da Segunda Guerra Mundial originou um processo de preocupação internacional a respeito de temas de garantia da dignidade da pessoa humana.

Na trajetória percorrida pelos povos africanos e os seus descendentes, resultou uma América, sobretudo a chamada de *Latina*, repleta de desigualdades e distorções, como consequências da colonização. Além disso, a configuração delineada após as duas Guerras Mundiais e pela Guerra Fria resultou no cenário de globalização hegemônica e no imperialismo estadunidense, que vivemos nos dias presentes.

O Estado é a principal instituição política da modernidade, ao lado do mercado. Sendo assim, o mercado se fundamenta e se sustenta no Estado, uma vez que este último objetiva transformar as relações de poder em dominação, conseguindo o consentimento dos dominados, por meio de uma racionalidade legal (as leis), apagando a História e as resistências.

Desse modo, essa ideia a respeito do Estado enquanto consolidador do capitalismo, reforça a ideia de que a violação dos direitos dos povos quilombolas se deve muito a toda essa estrutura burocrática institucional, que está a serviço do capital. É importante destacar que o CONSEA foi extinto pelo governo de Jair Bolsonaro no ano de 2019, pela Medida Provisória n. 870, convertida na Lei n. 13.844/2019.

Desse modo, os Estados Nacionais formados, sobretudo na América Latina, não corresponderam aos anseios das maiorias, uma vez que essa é composta por povos indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais. Pelo contrário, na maioria dos países, como é o caso do Brasil, o Estado Nacional foi criado a partir da perspectiva da minoria branca e elitizada.

Em contraponto, a agroecologia emerge nos debates atuais sobre a produção alimentar, principalmente, diante do crescimento do lucro do agronegócio com as *commodities* em detrimento da situação das populações mais pobres e que sofreram mais profundamente os impactos da pandemia de Covid-19.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A IGUALDADE GÊNERO

A Constituição Federal 1988 consagra o direito de igualdade de gênero, no artigo 5º, inciso I. Além disso, é um direito que também está garantido pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Nessa linha, as Constituições dos Estados latino-americanos, a partir da Constituição Brasileira de 1988, vem inserindo os direitos socioambientais em seus textos, direitos das mulheres, do meio ambiente e dos povos indígenas, quilombolas e outros povos tradicionais, o que vem sendo chamado de novo constitucionalismo latino-americano ou constitucionalismo democrático latino-americano, de gênese anticolonial (SOUZA FILHO, 2017, p. 212-213).

No entanto, a colonização, o capitalismo e o patriarcado construíam uma estrutura de dominação masculina e do capital, traduzindo-se, na atualidade, em diversos conflitos agrários envolvendo as mulheres, dificultando a concretização do direito de igualdade previsto na Constituição Federal de 1988. Em contraponto ao modelo do agronegócio, dominante nos espaços agrários do Brasil, a agricultura familiar, onde o papel das mulheres é essencial, representa instrumento de luta e concretização de direitos (CIMA *et al.*, 2020, p. 11-13).

A reforma agrária no Brasil enfrenta enormes desafios diante do agronegócio, do capitalismo e da elite conservadora que domina a política do país. Desse modo, só se faz reforma agrária por meio dos movimentos so-

ciais de luta pela terra e, a partir deles, o Estado concretiza os assentamentos de reforma agrária, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 186, determina que toda a propriedade rural deve cumprir com a sua função social, uso adequado de recursos naturais, respeito às leis ambientais e trabalhistas, o que é limitado pelo próprio texto constitucional, no artigo 185, que prevê que propriedade produtiva não será desapropriada.

A reforma agrária vai muito além da distribuição da terra e constituição dos assentamentos, sendo que a agricultura familiar de base agroecológica e o trabalho das mulheres camponesas são muito relevantes nesses processos, o que desencadeou estudos que envolvem as lutas dessas mulheres camponesas contra o agronegócio e o patriarcado, em um verdadeiro feminismo camponês popular (LIMA; PEREIRA, 2020, p. 87).

No Estado de Goiás, segundo o INCRA, existem 308 projetos de assentamentos rurais, envolvendo cerca de 13.000 famílias, distribuídos nos 105 municípios, numa área total de 720.435 hectares. A reforma agrária em Goiás, traduzida em assentamentos, iniciou-se no ano de 1986 e está estagnada desde o ano 2017. Esses assentamentos são mais numerosos nas regiões oeste e norte do Estado, sendo que o primeiro projeto foi o dos assentamentos “Mosquito”, no município de Goiás (INCRA, 2022).

2. A DOMINAÇÃO PATRIARCAL

A dominação econômica e patriarcal está presente no Brasil desde a época colonial. O desprestígio do trabalho doméstico, que é considerado pelo capitalismo como “improdutivo”, é ainda mais latente no meio rural, onde as mulheres começam a trabalhar nos “serviços de casa” muito cedo. Além disso, elas têm protagonismo na produção de alimentos da agricultura familiar, no entanto, menos incentivo do Estado, no que se refere às políticas públicas. Nesse sentido:

[...] O processo de exclusão das mulheres das políticas públicas e o desprestígio do trabalho doméstico, considerado “improdutivo” pela ótica mercantilista do sistema capitalista, sempre foi assunto

marginal em programas de governo e na ação dos gestores de tais programas. Essa realidade tem sido questionada e mudada, embora lentamente, graças às pressões dos movimentos sociais organizados com forte aval das feministas [...] (FERNANDES, 2013, p. 158).

Nessa esteira, como já mencionado, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, traz o direito à igualdade entre todos, sem nenhuma distinção, inclusive de sexo, consistindo em igualdade de gênero. A Carta Magna traz esse direito como fundamental. Além disso, trata-se de um direito humano, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também estabelece essa igualdade.

No entanto, a violação do direito de igualdade é constante nos espaços, sobretudo, agrários. As mulheres no campo exercem múltiplos papéis, principalmente, na agricultura familiar e na agroecologia, mas, sofrem violências diversas.

A partir do ano de 2003, os movimentos de mulheres do país conseguiram com que o governo federal implantasse a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, por meio da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

A Lei Maria da Penha, a criação do Fórum de Elaboração de Política para o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres do Campo e da Floresta, o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a implementação da Rede Integrada de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência são conquistas importantes das mulheres brasileiras nos últimos anos (CONTAG, 2008).

Porém, no ano de 2018, o governo de extrema direita que assumiu a Presidência do Brasil é abertamente misógino e machista em seus discursos e o Ministério da Família, da Mulher e dos Direitos Humanos não vem desenvolvendo nenhum projeto relevante contra a violência contra a mulher, seja ela real ou simbólica, ainda mais para as mulheres rurais, que são ainda mais invisibilizadas.

Além disso, apesar do protagonismo das mulheres trabalhadoras rurais nas lideranças dos movimentos pela conquista de direitos das mulheres no Brasil, sendo que, inclusive, foi a Comissão Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais (CNMTR) que coordenou a 1ª Marcha das Margaridas,

reunindo mais de vinte mil mulheres que destacaram a questão da violência contra a mulher, ainda existem poucas pesquisas acadêmicas que tratem sobre a violência contra as mulheres rurais no país (CONTAG, 2008).

Por outro lado, a perspectiva agroecológica vai contra todos os tipos de violência contra as mulheres camponesas, indo muito além da produção de alimentos saudáveis e de proteção à natureza. Desse modo, as relações da agricultura familiar, dos feminismos e da agroecologia estão muito presentes na luta pela concretização do direito de igualdade.

A partir dessas considerações, surge o problema jurídico da pesquisa: Qual a efetividade do direito humano e constitucional à igualdade de gênero nos assentamentos de reforma agrária do Estado de Goiás, a partir da perspectiva da agricultura familiar agroecológica?

3. AS MULHERES NO CAMPO

As mulheres do campo sofrem mais com as violências do que os homens. O acesso à água, à titulação de terras, ao crédito rural, à assistência técnica e à compra de sementes, bem como na comercialização de produtos é muito mais difícil para as mulheres, sendo que são cerca de 15 milhões de mulheres que vivem no campo do Brasil hoje (RUY, 2019, p. 1).

Por um lado, de 2003 a 2013, durante os governos progressistas, programas como o PRONAF e o PRONATEC, ambos com linhas específicas para mulheres, pretendendo suprir as desigualdades de gênero no campo, a partir de 2014, essas políticas foram sendo desmanteladas, com as suas extinções pelo atual governo.

Além disso, a discriminação e as múltiplas jornadas de trabalho também se constituem como entraves ao pleno desenvolvimento das mulheres no campo. Tudo isso, aliado ao patriarcado colonial e estrutural que domina o país, torna essa pesquisa justificável e relevante.

4. O PATRIARCADO E A AGROECOLOGIA

Para a construção desse projeto, considerou-se importante o estudo de conceitos como gênero, patriarcado, agroecologia, agricultura familiar, reforma agrária e o direito humano e constitucional à igualdade de gênero.

Nesse sentido, a obra “La guerra contra las mujeres”, de Rita Laura Segato, centrada na questão de gênero, trata do retorno de um discurso conservador e retrógrado a respeito da violência contra a mulher e sobre as questões específicas do patriarcado a partir da colonização e do capitalismo.

Cunhando o conceito de patriarcado a partir da colonização europeia da América, essa autora afirma que o patriarcado não nasceu com a colonização, no entanto, foi muito aprofundado nesse processo. Isso se deu, principalmente, porque a colonização transformou o âmbito doméstico, que era público, em espaço privado, e limitou a atuação e poder de decisão da mulher ao âmbito doméstico, que foi sendo cada vez mais invisibilizados (SEGATO, 2016).

O livro “Mulheres e caça às bruxas”, de Silvia Federici, nos permite compreender o histórico europeu e latino-americano do patriarcado e das violências contra as mulheres, bem como o papel do capitalismo nos processos de “caça” antiga e novas contra as mulheres, seja por meio das atrocidades que foram perpetradas no passado ou nas violências e violações de direitos da atualidade.

O livro “Feminismo camponês popular”, organizado por mulheres camponesas, nos aproxima das realidades das mulheres nas lutas anticoloniais do campo brasileiro, bem como dos seus papéis na agricultura familiar e como sofrem com o patriarcado estrutural e as colonialidades. Essa obra traz a visão dessas mulheres sobre os seus papéis e a importância dos debates sobre o tema.

Ainda, o texto de Rita Laura Segato intitulado “Gênero e Colonialidade: em busca de chaves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial”, acrescenta na compreensão das questões de gênero dentro dos problemas oriundos dos processos coloniais latino-americanos, nos permitindo refletir a respeito da interligação das colonialidades com o patriarcado.

A leitura reflexiva dos Anais do Congresso “Convergências e divergências: mulheres, feminismos e agroecologia”, realizado pela Associação Brasileira de Agroecologia – ABA, em 2021, agregou conhecimentos sobre as relações entre mulheres, feminismos e agroecologia, por meio dos

diálogos e vivências de mulheres e também sobre soberania alimentar e avanços e retrocessos da agroecologia no Brasil.

Por fim, os estudos do artigo de Rossana Rocha Reis, “O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil é muito relevante, porque a obra traz o direito à terra como um direito humano e traz um histórico que nos permite compreender como aconteceu a formação do espaço agrário brasileiro. Possibilita o entendimento a respeito da trajetória da reforma agrária.

O destaque da obra são os conflitos no campo e todas as lutas travadas pelos movimentos sociais de luta pela conquista do acesso à terra. A autora fala sobre a enorme concentração fundiária no Brasil e a injustiça na distribuição e ações/políticas públicas de acesso e permanência na terra.

5. AGRICULTURA FAMILIAR AGROECOLÓGICA

A hipótese do trabalho é a de que a colonização aprofundou o patriarcado e inseriu nas estruturas da formação do espaço agrário brasileiro. Esse fator originou as opressões baseadas na desigualdade de gênero e gera consequências na atualidade, especificamente, as violências contra as mulheres camponesas.

Nesse sentido, a agricultura familiar agroecológica aponta pode ser um instrumento importante de luta para a concretização do direito de igualdade de gênero no campo, uma vez que a agroecologia vai muito além da produção de alimentos saudáveis ou da proteção da natureza, abrangendo também as pautas feministas.

6. CAPITALISMO E O PATRIARCADO

O objetivo geral é compreender as influências da colonização, capitalismo e patriarcado na atuação das mulheres do campo e os seus papéis na agricultura familiar agroecológica. Como objetivos específicos, pretende-se: Compreender a colonização, o capitalismo e o patriarcado. Compreender a agricultura familiar agroecológica e o feminismo camponês popular. Investigar sobre as mulheres camponesas e a sua atuação nos assentamentos de reforma agrária no Estado de Goiás.

7. COLONIZAÇÃO E O GÊNERO

O marco teórico que vai acompanhar o desenvolvimento dessa pesquisa são: os estudos de Rita Segato sobre colonização, patriarcado e gênero. Rita Segato desenvolve estudos feministas sobre o patriarcado e sua relação com a colonização, bem como as questões de gênero. Assim, a autora afirma:

[...] Esas dimensiones todas están vinculadas al tránsito de nuestras sociedades, de los pueblos que habitan los territorios nacionales de nuestro continente, a la modernidad, siempre colonial. Este tránsito fue primero impulsado por el proceso de la conquista y la colonización conducido por la metrópoli ultramarina, y posteriormente por la administración del Estado construido por las élites criollas. Sin temor a equivocarnos, este proceso también puede ser descripto como “criollización” (SEGATO, 2016, p. 37).

Essa autora relaciona a colonização com o aprofundamento do patriarcado e a dualidade desigual de gênero, em que a mulher passa a ter papel invisibilizado, apenas no âmbito doméstico e ao homem, o poder social de decisão.

Por fim, a interseccionalidade é a categoria teórica que norteia essa pesquisa, com o fim de demarcar o modelo teórico-metodológico adotado, já que é, segundo Akotirene (2018, p. 12):

[...] uma oferta analítica preparada pelas feministas negras. Conceitualmente ela foi cunhada pela jurista estadunidense, a professora da teoria crítica de raça Kimberlé Crenshaw, no âmbito das leis antidiscriminação (...) É uma ferramenta teórica e metodológica usada para pensar a inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado, e as articulações decorrentes daí, que imbricadas repetidas vezes colocam as mulheres negras mais expostas e vulneráveis aos trânsitos destas estruturas [...] (AKOTIRENE, 2018, p. 12).

Nesse sentido, a interseccionalidade será usada aqui como uma ferramenta de interpretação, de leitura, com o compromisso de não se afastar de suas origens epistemológicas.

CONCLUSÃO

Essa é uma pesquisa empírica, também denominada de pesquisa de campo, assim entendida como: “[...] Consiste na observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem espontaneamente, na coleta de dados a eles referentes e no registro de variáveis que se presumem relevantes, para analisá-los [...]” (FREITAS; STANCATI, 2015, p. 166).

A técnica da pesquisa é qualitativa, por meio da observação-participante, permitindo o alcance de resultados que possam identificar a verdadeira situação das mulheres nos assentamentos de reforma agrária no Estado de Goiás. Isso, sobretudo, porque a pesquisa considera o direito como efetividade, no sentido de que a sua concretização se dá a partir do momento em que é realizado na prática social (SIQUEIRA, 2016, p. 52).

Inicialmente, é idealizada a escolha de três assentamentos de reforma agrária do Estado de Goiás para a realização de oficinas, um na Cidade de Goiás e dois em Uruaçu. Essas oficinas serão programadas de modo a proporcionar uma observação real sobre o tema tratado.

Assentamentos na Cidade de Goiás, antiga capital do Estado e que possui 24 assentamentos de reforma agrária são locais de grande interesse para a pesquisa, ainda mais porque existem feiras agroecológicas no referido município, que são mantidas, basicamente, por assentados de reforma agrária. Além disso, o primeiro assentamento do Estado se localiza nessa cidade, o “Mosquito”.

Outro local importante para a realização da pesquisa de campo são os assentamentos de reforma agrária da região de Uruaçu, tendo em vista que é um espaço geopolítico de grande dominação do agronegócio, e que tem a presença de conflitos de terras.

Ademais, será utilizada a revisão bibliográfica para a construção dos capítulos da dissertação, com o método hipotético-dedutivo para confirmar ou refutar a hipótese levantada. A pesquisa e filtragem, bem como a

elaboração dos fichamentos das teses, dissertações, artigos e livros sobre o tema consistem na parte da pesquisa teórica.

REFERÊNCIAS

- BENATTI, José Heder *et al.* **Manual de Direito Agrário Constitucional**: lições de Direito Agroambiental. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- CIMA, Justina Inês *et al.* (orgs.). **Feminismo camponês popular**: reflexões a partir de experiências do Movimento de Mulheres Camponesas. São Paulo: Outras Expressões, 2020.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Caderno de Conflitos no Campo**, 2018. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/4687-conflitos-no-campo-brasil-2018>.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES RURAIS NA AGRICULTURA (CONTAG). **Combate à Violência contra as Mulheres Trabalhadoras Rurais**: abram os olhos para os seus direitos. Brasília-DF: CONTAG, 2008.
- FEDERICI, Silvia. **Mulheres e caça às bruxas**. São Paulo: Boitempo, 2019.
- REIS, Rossana Rocha. O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, v. 86, 2012, p. 89-122.
- RODRIGUES, Bárbara Luiza Ribeiro; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. A Função Socioambiental da terra: os sujeitos de direitos e as duas lutas. *In*: TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SCHWENDLER, Sônia Fátima (orgs.). **Conflitos Agrários**: seus sujeitos, seus direitos. Goiânia: PUC/GO, 2015.
- SIQUEIRA, José do Carmo Alves. **Direito como efetividade e luta pela terra no Brasil**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2016.

SEGATO, Rita Laura. **Género y colonialidad:** en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial. Madrid: Traficantes de Sonhos/Mapas, 2013.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres.** Madrid: Traficantes de Sonhos/Mapas, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A essência socioambiental do constitucionalismo latino americano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.** .v. 41, n. 1, p. 197-215, jan./jun., 2017.



RESUMOS

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA OBJEÇÃO DOUTRINÁRIA

*Fabício Manoel Oliveira*⁹⁵

INTRODUÇÃO

Boa parte da literatura jurídica vislumbra as garantias e os direitos fundamentais (especialmente os sociais de caráter prestacional) previstos nas constituições contemporâneas como meros baluartes programáticos ou diretrizes subjacentes, sem efetividade imediata, aos quais não necessariamente, em um primeiro plano, estaria vinculado o Poder Judiciário, ou seja, não poderiam servir de fundamento para a exigência de concretização judicial, não somente em relação à sua plenitude, mas até mesmo em relação ao denominado mínimo existencial.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Seguindo-se a orientação acima descrita, prestações positivas por parte do Estado-juiz tornar-se-iam cada vez mais raras, e uma série de direitos fundamentais sociais deixaria de ser efetivada. Ocorre que, recentemente, muitos autores têm entendido de forma contrária, isto é,

95 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

“[...] tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados” (SARMENTO, 2009, p. 372), posicionamento ainda atravessado por uma série de discussões e controvérsias. Diante desse panorama, pois, busca-se apresentar quais têm sido as objeções para a visualização e postulação dos direitos fundamentais sociais a partir de uma ideia de efetividade imediata.

METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa que se vale de uma metodologia jurídico descritiva-exploratória, o raciocínio indutivo e o método teórico, utilizando-se para tanto de bibliografia especializada.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como explica Carlos Miguel Herrera (2007, p. 371-372), “[...] quando se encontram enunciados normativos sobre os ‘direitos sociais’ na maior parte das constituições ocidentais redigidas nos últimos trinta anos, a doutrina dominante na maioria dos países europeus se mostra sempre disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas pelo contrário ‘objetivos’, ‘fins’, ‘princípios’, não-justiciáveis perante (e pelos) tribunais”. E por que não seriam exigíveis? De acordo com o autor, “não seriam exigíveis porque o Estado, e menos ainda o Estado democrático, não pode ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo, enquanto, pelo contrário, pode ser compelido a abster-se no campo dos direitos e liberdades individuais” (HERRERA, 2007, p. 371-372). Nesse sentido, explica Robert Alexy (2008, p. 499-500) que as constituições são compostas fundamentalmente de direitos à prestação em sentido estrito, que nada mais são do que direitos do cidadão frente ao Estado, de faceta social, como o direito à saúde e à assistência social, por exemplo, direitos que se encontram balizados em três tipos distintos de normas. O primeiro tipo é composto por normas que preveem direitos subjetivos, obrigando o Estado de modo objetivo. O segundo tipo é composto por normas vinculantes ou não vinculantes, de viés programático. E,

por fim, o terceiro tipo é composto por normas que fundamentam direitos (e deveres) *prima facie*. Nessa linha de intelecção, a maior proteção constitucional, no entender do autor, seria conferida às normas que preveem direitos subjetivos, que obrigam o meio público de modo objetivo, sem se olvidar que não pode ser deixada de lado a análise do alcance e abrangência do direito enfocado. Em suas palavras, “especialmente importante é a diferença entre um conteúdo minimalista e um maximalista. O programa minimalista tem como objetivo garantir ‘ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimos’, ou seja, aquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos’ direitos sociais’. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma ‘realização completa’ dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como ‘pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social’” (ALEXY, 2008, p. 502). A efetividade desses direitos, no entanto, recebe críticas e objeções por parte da doutrina especializada, as quais podem ser subdivididas em dois grupos distintos: as que se baseiam em argumentos formais e as que se baseiam em argumentos materiais. A primeira delas (baseada em argumentos formais) assevera que “[...] os direitos fundamentais sociais ou não são justificáveis ou o são apenas em pequena medida” (ALEXY, 2008, p. 507), isso porque se forem, de fato, vinculantes, alterarão do poder legislativo para o poder judiciário a competência para o trato da matéria, ao passo que, se não forem vinculantes, implicarão violação da cláusula de vinculação, em um complexo paradoxo. Assim, “a partir dessa idéia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido” (ALEXY, 2008, p. 508), quer dizer, deveria reinar uma mútua dependência entre prestação jurisdicional e previsão legislativa, de sorte que aquela seria tributária das gramáticas dessa última. A segunda delas (baseada em argumentos materiais) defende que os direitos fundamentais sociais colidem com normas constitucionais materiais, é dizer, “[...] na medida em que essas normas constitucionais materiais garantam direitos de liberdade, o argumento substancial é um argumento vinculado à liberdade contra os direitos fundamentais sociais sustentados em um argumento vinculado à liberdade” (ALEXY, 2008, p. 509). Para o autor, tal tensão saltaria

aos olhos, por exemplo, no campo direito do trabalho, no qual o Estado, “se ele quisesse satisfazer diretamente um direito de cada desempregado a um posto de trabalho, [...] teria que ou empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes, ou restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho” (ALEXY, 2008, p. 509), soluções aprioristicamente impossíveis ou de difícil execução, que representariam também uma interferência nos direitos fundamentais, tal qual o último exemplo, verdadeira intromissão no poder de disposição da propriedade produtiva (ALEXY, 2008, p. 509). É possível notar, portanto, que se trata de um assunto deveras espinhoso, com repercussões de ordem prática mediata e imediata na vida das pessoas, que, por isso mesmo, necessita ser melhor debatido e aprofundado.

CONCLUSÕES

Serviu o presente estudo para um único propósito, qual seja apresentar as objeções para a visualização e postulação dos direitos fundamentais sociais de forma imediata, a fim de fomentar o debate a seu respeito. Nessa linha, em síntese, visualizou-se dois grupos distintos de contestações, um de ordem formal e outro de ordem material. Em relação às objeções formais, entende-se que a visualização dos direitos fundamentais sociais por meio de uma lógica rigorosamente imediatista viola o princípio da separação dos poderes, fazendo com que o poder judiciário resolva demandas típicas do poder legislativo. E, em relação às objeções materiais, entende-se que a visualização dos direitos fundamentais sociais por meio de uma lógica rigorosamente imediatista viola, paradoxalmente, os próprios direitos fundamentais, afinal, seriam afetados quando do decidir estatal. Pelo exposto, pois, vale o estudo em baila como base para futuras pesquisas, sobretudo de aprofundamento e crítica de cada uma das duas correntes acima citadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais.
Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, 2007.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. *In*:
BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de
Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**.
Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19 NO ESTADO DO PIAUÍ

*Lia Raquel Rosendo*⁹⁶

*Naiza Ferreira Silva*⁹⁷

INTRODUÇÃO

Em um contexto de vulnerabilidade exposto por um vírus mais conhecido como Covid-19, a visão apurada em direção à identificação de como estaria a situação de uma atual realidade no que se refere ao trabalho, mais especificamente a ilegalidade no trabalho análogo ao escravo, em um período pandêmico e de insegurança alimentar para muitas pessoas no Brasil.

Visto o mencionado no texto em questão, foi levantada a seguinte questão: quais efeitos ocorreram em meado período pandêmico no que tange ao trabalho análogo ao escravo, e quais fontes e fiscalizações foram utilizadas visando sanar essa referida questão em comento? Para responder ao respectivo questionamento anterior, se faz necessário abordar o início de um contexto de uma história de força e escravidão.

96 Corretora de imóveis desde 2009. Licenciada para avaliação mercadológica e perícia judicial. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado - CEUPI.

97 Bacharel em Direito, aprovada no 37º exame de ordem.

A escravidão é um assunto conhecido no Brasil desde a colonização, pois o País utilizava mão de obra escrava no ano de 1530. Atualmente, o trabalho análogo ao escravo está definido de acordo com o Código Penal (1940), em seu artigo 149. Sendo assim descreve que submeter alguém ao trabalho forçado, jornada exaustiva dentre restrições de direitos tais como de ir e vir, porém mesmo com a abolição da escravidão em decorrência da Lei áurea (lei nº 3.353/1888), ainda assim, nos dias atuais se observa essa prática ilícita ferindo a respectiva CRFB/88.

O Estado do Piauí não é diferente quando o assunto é trabalho análogo ao escravo, visto que de acordo com o Ministério Público do Trabalho (MPT-PI) da 22ª Região, entre os anos de 2016 e 2020, foram encontrados 284 (duzentas e oitenta e quatro) pessoas resgatadas nessas condições, ficando atrás somente de Minas Gerais, Pará, São Paulo e Goiás. Dentre os Municípios do Piauí, vale ressaltar que Baixa Grande do Ribeiro lidera o ranking com maiores casos, tendo, portanto 54 resgatados. Um apontamento feito pelo MPT-PI com ênfase no ano de 2016 a 2020, 40% das vítimas resgatadas não havia concluído o 5º ano e 15% eram analfabetas. MPT-PI (2021).

A Pandemia ocasionada pela Covid-19 foi um fator pelo qual se diminuiu a quantidade de fiscalizações, o que prejudicou, pelo fato da situação de risco do vírus. De acordo com o MPT-PI, o Estado do Piauí lidera o ranking de casos de resgatados no período de 2016 a 2020, enfatizando que, a cada 100 mil habitantes, entre oito e nove pessoas foram resgatadas no Piauí. Dentre os setores deresgates, a produção florestal e extração de palha ficaram em primeiro lugar, com 174 resgates. Para o MPT-PI, as fiscalizações ficaram prejudicadas em 2020 por ter sido um ano de pandemia (MPT-PI, 2020).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Trabalho análogo ao escravo no Brasil que nos dias atuais ainda se fala e é ilegalmente cometido, pois há vedação constitucional, é uma realidade antiga que permanece com predominância e estatística evidente. A antiguidade do trabalho análogo ao escravo no Brasil é um fato concreto, chegando então a ter por realizada a primeira denúncia em meados anos

1971, isto é, registro histórico, pois trata-se de pós lei Áurea, dentre outras leis instauradas com intuito de abolir a escravidão, passando então a ser considerado ilegal práticas de ferimento a dignidade da pessoa humana, tais como o trabalho análogo ao escravo (ABRAMO e col., 2006).

No Brasil, o não reconhecimento do trabalho análogo ao escravo até 1995, de maneira oficial, sem que houvesse programas de acolhimentos, canais assistenciais de maneira a oferecer formas de minimizar ou extinguir por meio de políticas públicas, pois sua existência não possuía o seu reconhecimento, para o enxergar de que o trabalho análogo ao escravo era e é uma realidade, gerou uma repercussão nacional e internacional, fazendo com que o Brasil fosse visto como uma das primeiras nações a reconhecer que o trabalho análogo ao escravo era algo existente, e evidente (ABRAMO e col., 2006).

Somente a partir de 1995 que surgiram no Brasil grupos de fiscalizações a fim de fiscalizar e combater o trabalho análogo ao escravo, com estatísticas do Ministério Público do Trabalho, juntamente com a Comissão Pastoral da Terra, e programas de governo. E mesmo com tantos meios para resguardar as pessoas, as submissões ao trabalho análogo ao escravo evidenciam e estatísticas demonstram que a permanência de atos como estes ainda é presente na atualidade. Sakamoto (2022).

Com denúncias aparentes a partir do ano de 1970, houve uma observância quanto ao local de origem de tais denúncias, sendo ao certo que suas origens de forma geral advinham do campo, ou seja, por muito tempo o campo foi caracterizado como o principal local de denúncias quanto ao trabalho análogo ao escravo, sendo considerado como uma complicação meramente do campo, mais especificamente do ambiente rural (SAKAMOTO, 2022).

METODOLOGIA

O procedimento metodológico utilizado para a realização do estudo tivera como base a natureza básica, aos objetivos, como descritiva, e quanto aos procedimentos, como bibliográfica. A abrangência da pesquisa buscou discutir o aumento e motivos inerentes aos casos de trabalho análogo ao escravo especialmente no Estado do Piauí. Dessa forma, foram

realizadas pesquisas bibliográficas, com pesquisa acentuada de produções acadêmicas que tratam do tema, tais como artigos científicos, além de consultas em legislações, e dados de sites governamentais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do que foi exposto, é visível observar que se trata de um meio histórico, uma raiz que vem dos séculos passados no que se refere ao trabalho análogo ao escravo, visto isso, a pandemia da Covid-19 fez com que os casos de resgates aumentassem, mesmo com o prejudicial das fiscalizações, pois surgiu ainda mais uma insegurança quanto ao futuro, e o principal fator é ainda a falta de informação, a necessidade de um trabalho, e a subordinação de alguém que se encontra em um patamar econômico prevalente.

CONCLUSÕES

Depreendemos que o trabalho análogo ao escravo é um fator de uma insegurança alimentar, insegurança quanto ao futuro, e também que a falta de informação aos mais necessitados ocasiona uma fatalidade quanto a este acontecimento, e a pandemia da Covid-19 foi um fator que despertou acontecimentos, tais como aumento de casos em decorrência disso. Entende-se que se fazem necessárias políticas públicas com fins de conscientização e fins também de penalidades mais evidentes, para que não se tornem práticas costumeiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público do Trabalho do Piauí. Procuradoria-Geral da República.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**. São Paulo: Globo Livros, 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. **Escravo nem pensar**. 2.ed. São Paulo, 2021.

A PORNOGRAFIA COMO SUPRESSÃO DA DIGNIDADE

*Raphael Rosalvos Barcellos*⁹⁸

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar brevemente questões referentes à liberdade de expressão inserida em atos pornográficos, e como a dignidade humana é encarada neste tema.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Por derradeiro, a pesquisa terá como referencial teórico Ronald Dworkin, podendo ser trazidos outros autores para reflexões acerca da dignidade humana e, a partir de então, um modo importante de se enxergar este direito fundamental.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a produção do presente resumo será qualitativa, com pesquisa bibliográfica de diferentes autores.

98 Mestrando no PPGD da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Bolsista CAPES/PRO-SUC, no mesmo curso *strictu sensu*.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ronald Dworkin é o que se poderia chamar de liberal-igualitário, em razão de toda a sua formulação política a respeito da sociedade. Sendo assim, ele enxerga na liberdade um dos fundamentos que alicerçam o Estado – trazendo esta liberdade com todas as ramificações e desdobramentos.

O que conecta Dworkin ao estudo geral da pornografia diz respeito à sua predileção pela liberdade de expressão, visto que o mesmo enxerga descabida qualquer forma de limite a este tipo de manifestação. O próprio autor afirma

Porém, entre os tipos de interesses que podem ser protegidos desse modo, não podemos incluir um pretensão direito de não ser ofendido ou prejudicado pelo fato de outras pessoas terem gostos hostis ou destoantes ou terem a liberdade de expressar esses gostos e gozá-los em sua vida particular (DWORKIN, 2019, p. 381).

A resposta dada por Dworkin àqueles que entendem pela exclusão do material pornográfico que circula cotidianamente é baseada na liberdade de expressão como um pressuposto inafastável. Mas isso não o livrou de críticas, como as feitas por Catherine MacKinnon.

Para esta autora, a pornografia possui uma função na sociedade bem mais complexa do que um mero discurso. A pornografia seria a consubstanciação de uma ordem social voltada para a submissão e inferiorização da mulher. Nas palavras de MacKinnon

A pornografia contém ideias, como qualquer outra prática social. Mas a forma como funciona não é como um pensamento ou através de suas ideias como tais, pelo menos não da maneira como os pensamentos e as ideias são protegidas como discurso. Seu lugar no abuso requer compreendê-la mais em termos ativos do que passivos, como construtivos e performativos, e não como meramente referencial ou conotativo (MACKINNON, 1993, p. 21). (Tradução nossa).

Ocorre que as críticas de MacKinnon se confundem entre a forma e o conteúdo, pois Dworkin enxerga a forma como se dá a proteção da liberdade como um todo, mas o mesmo também entende que o conteúdo da pornografia é algo ao menos deplorável. Isto fica ainda mais nítido quando Dworkin afirma que “A pornografia, como a ostentação da suástica e a queima da cruz, é profundamente insultuosa em si mesma, independentemente de causar qualquer outro dano ou injustiça” (DWORKIN, 2019, p. 364).

As pessoas que acabam participando da encenação pornográfica ficam expostas a um crivo bastante negativo da sociedade. Muitos diriam que elas apenas estão levando a vida delas, vivendo da melhor forma que entendem ser certo, sendo autênticas, mas, no fim das contas, sabe-se que a vida particular não está desatrelada de uma vida social. O pensamento liberal por trás de Dworkin não é atomista ao ponto de se entender a vida particular desatrelada de uma moral social em que todos estão inseridos, sendo que aqueles que acusam “os liberais de pensar que aquilo que as pessoas dizem ou fazem na vida particular não afeta ninguém exceto elas mesmas, e isso é evidentemente falso” (DWORKIN, 2019, p. 380).

Isso ocorre muito em virtude de um ambiente moral em que todos estão sujeitos a viver. Não se trata aqui de um moralismo boçal, retrógrado ou antiquado, mas uma moral em prol de se buscar o bem viver a vida, intimamente ligada à dignidade humana. Por mais que a dignidade possa aparentar ser um conceito abstrato, ou de diversas interpretações, ela muitas vezes pode ser explicada por aquilo que não é – e dificilmente se encontrará alguém que defenda a dignidade na pornografia, em que homens e mulheres tem seus corpos expostos como objetos de pura satisfação erótica.

Não se trata aqui de debater a liberdade que as pessoas têm em escolher o modo de viver suas vidas, ou de conseguir sustentar suas necessidades materiais, mas o quão longe se precisa ir para isso, muitas vezes vendendo a sua imagem a depravações das mais diversas, submetendo-se a dezenas, centenas e talvez milhares de parceiros sexuais ao longo de uma suposta carreira no mercado pornográfico. Nesse mesmo sentido, Dworkin se inclinava a dizer que “a maior parte dos materiais pornográficos não tem

contribuição alguma a dar ao debate político ou intelectual: é absurdo pensar que a circulação de vídeos pornográficos nos dá uma probabilidade maior de chegar à verdade sobre qualquer assunto” (DWORKIN, 2019, p. 364).

Desse modo, percebe-se que a pornografia é algo que, até mesmo para os mais liberais, não traz nenhum benefício social, pois é uma mensagem vazia de conteúdo, destinada apenas aos prazeres efêmeros da carne. Contudo, a mesma também traz um estigma para aqueles envolvidos nestas práticas, tornando-se uma potencial ferida à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

A questão abordada diz respeito não apenas sobre a liberdade de expressão, mas como a exibição da pornografia tende a reforçar um estereótipo nos indivíduos que participam das cenas sexuais, como também daqueles que consomem este tipo de conteúdo – que no fim se mostra vazio em si mesmo. Tais pessoas acabam lançadas a um degrau abaixo na sociedade, como cidadãos de menor respeitabilidade.

Dworkin chama a atenção para o valor que a liberdade de expressão tem, devendo-se proteger os discursos e manifestações de todo modo, por mais que repugnantes sejam. Porém, o próprio Dworkin também chama a atenção para o quão inútil e vão é a manifestação pornográfica, que muito pouco ou nada contribui para um aprimoramento da sociedade.

Nesse mesmo sentido, é necessário se aprofundar nas questões trazidas por Dworkin e MacKinnon, e até mesmo, em como as políticas públicas podem ser voltadas para equilibrar a liberdade daqueles que produzem e consomem este conteúdo, com a dignidade dos participantes. A dignidade humana, com um bem essencial do indivíduo e da sociedade, deve ser preservada, buscando-se uma evolução que tire as pessoas das sombras ou dos estigmas de uma moral presente na sociedade.

Portanto, a questão da pornografia não trata apenas de um direito de liberdade daqueles que participam e que consomem este conteúdo – se assim pode ser chamado, mas, também, o quanto isto fere a dignidade dos envolvidos. Sejam homens ou mulheres, o estereótipo indissociável que se cria daqueles participantes de práticas pornográficas, em tempos de supe-

reexposição por conta das redes sociais, é algo que deve ser refletido com seriedade pela sociedade.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. 2. ed. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

MACKINNON, Catherine. **Only words**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

*Alexsandro Motta*⁹⁹

*Rejane Alves de Arruda*¹⁰⁰

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, lançado pelo CNJ no ano de 2022, como forma de orientar a atuação do magistrado, é realmente necessário no ambiente jurídico e social.

Para tanto, foi realizada pesquisa partindo da evolução histórica do tratamento dado à mulher na sociedade, passando pelo surgimento dos primeiros direitos de proteção, a concepção atual de gênero e as causas da discriminação contra mulher, chegando até a atualidade, quando se analisará se a igualdade formal entre os gêneros se tornou material, e se há utilidade na criação de um protocolo de julgamento de gênero pelo Poder Judiciário, como instrumento para alcançar essa igualdade social.

99 Juiz de Direito.

100 Doutora pela PUC de São Paulo.

A problemática enfrentada é verificar se, na atualidade, é preciso e correto que o Poder Judiciário adote uma política de julgamento, observando a diferença de gêneros.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A discussão acerca da desigualdade entre homens e mulheres não é recente. Às mulheres sempre foi reservado um lugar de menor destaque, de modo que seus direitos e seus deveres sempre estiveram voltados para a criação dos filhos e os cuidados do lar, portanto, para a vida privada.

Assim, o tratamento dispensado à mulher durante toda a história refletia uma forma de mantê-la subjugada, desprovido-a de conhecimentos que pudessem lhe fazer pensar em igualdade de direitos.

A concepção das diferenças entre os sexos marcada no corpo justificava as desigualdades políticas entre homens e mulheres, desigualdades essas que só viriam a diminuir com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de modo geral, e, mais especificamente, com as reivindicações dos movimentos de minorias sociais iniciados na década de 60.

A partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a se desenvolver cada vez com maior intensidade, implicando na adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à tutela de direitos fundamentais.

Segundo estudos realizados por Ana Paula Pinheiro (2021), atualmente, dentre os principais documentos internacionais de proteção aos direitos da mulher está a “Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher”, também chamada de CEDAW (ratificada pelo Brasil em 1984), e a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher”, também chamada de Convenção do Belém do Pará (ratificada pelo Brasil em 1995).

Não por outro motivo, as Organizações das Nações Unidas – ONU estabeleceram um pacto global assinado durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015, pelos 193 países membros. A agenda é composta por 17 objetivos ambiciosos e interconectados, desdobrados em 169 metas, com foco em superar os principais desafios de desenvolvimento enfrentados

por pessoas no Brasil e no mundo, promovendo o crescimento sustentável global até 2030. São os chamados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que fazem parte da conhecida “Agenda 2030”.

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável abarcam diferentes temas, sejam de aspectos ambientais ou sociais. Entre eles podemos destacar o objetivo nº 5: *ODS 5 – Igualdade de gênero: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*.

No Brasil, é na Constituição Federal de 1988 que nasce a igualdade entre os sexos, a proibição de distinções de qualquer natureza, e os avanços relacionados diretamente à mulher, em especial a sua defesa. A igualdade de gênero vem prevista no art. 5º da Constituição Federal.

Imbuído neste espírito, posteriormente, diversas leis esparsas foram editadas, objetivando a proteção da mulher, como: Lei Maria da Penha (11.340/2006); Lei Joana Maranhão (12.650/2015); Lei do Feminicídio (13.104/2015); Lei do Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica (Lei nº 14.188/2021); Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245/2021), entre outras.

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 8 de fevereiro, recomendação que institui o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero em todo o Judiciário – um instrumento criado para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ ns. 254 (Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário) e 255 (Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário), de 4 de setembro de 2018.

METODOLOGIA

Foi realizado um levantamento teórico com estudo bibliográfico e documental sobre a violência doméstica contra mulher e o “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” do Conselho Nacional de Justiça.

O trabalho aborda a situação vivenciada no Brasil, na atualidade, assim como realiza uma pesquisa exploratória e descritiva, partindo de um levantamento sobre a diferença de gêneros, os motivos da discriminação

da mulher, passando para a efetiva análise do Protocolo do CNJ, com dados sobre sua criação, motivos e objetivos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Conforme o *Atlas da Violência 2021*, ao analisarmos a variação nas taxas de homicídios de mulheres de 2009 a 2019, em 14 das 27 UFs a violência letal contra mulheres aumentou. No ano de 2019, 3.737 mulheres foram assassinadas, e segundo a Nota Técnica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve um crescimento de 22,2% nos feminicídios entre 2019 e 2020 (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2021).

Especificamente para o caso de homicídios femininos, enquanto o SIM/Datasus indica que 3.737 mulheres foram assassinadas no país em 2019, outras 3.756 foram mortas de forma violenta no mesmo ano, mas sem indicação da causa – se homicídio, acidente ou suicídio –, um aumento de 21,6% em relação a 2018 (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2021).

A tipificação do feminicídio coloca em destaque a necessidade, não só de investigar, processar e executar, de forma diferenciada as manifestações de violência de gênero que decorrem de sociedade estruturada em bases sociais, econômicas e culturais que prestigiam a relação de hierarquia entre homem e mulher, como de identificar os seus motivos e promover alterações que permitam a diminuição desse quadro de violência (CNJ, 2021).

Na apuração da prática de delitos contra a dignidade sexual é essencial julgar com perspectiva histórica e social dos comportamentos entendidos como aceitáveis e válidos para as mulheres e para os homens, sob pena de se deixar à margem importantes violações e concretizar direito androcêntrico, incapaz de diferenciar a ausência de consentimento da vítima, o não consentimento e o dissentimento.

Faz parte do julgamento com perspectiva de gênero a alta valoração das declarações da mulher vítima de violência de gênero, não se cogitando de desequilíbrio processual. O peso probatório diferenciado se legitima pela vulnerabilidade e hipossuficiência da ofendida na relação jurídica processual, qualificando-se a atividade jurisdicional, desenvolvida nesses

moldes, como imparcial e de acordo com o aspecto material do princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal).

No direito de família, a atuação com perspectiva de gênero é essencial à realização da Justiça, ao se considerar que as relações domésticas são marcadas pela naturalização dos deveres de cuidado não remunerados para as mulheres e pela predominante reserva de ocupação dos espaços de poder – e serviços remunerados –, aos homens.

No âmbito administrativo, devem ser consideradas as diversas intercorrências que podem alicerçar dispensas e exonerações ilegais, se condicionadas à violência de gênero prévia, caracterizada pela inaceitabilidade de assédios, abusos e outras violações da vítima. Importante para a configuração do assédio (moral e sexual na perspectiva de gênero) não é o nível hierárquico do assediador ou da assediada, mas sim as características da conduta: a prática de situações humilhantes de sujeição e de abuso condicionantes de um feminino subserviente e coisificado, no ambiente de trabalho, de forma reiterada, até a ocorrência de outro ato ilegal, consubstanciado na exoneração ou dispensa indevida da vítima, trazendo transtornos desmedidos à sua vida e condição psíquica (CNMP, 2016).

CONCLUSÃO

Passados mais de 70 anos da existência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que atribuiu igualdade aos gêneros, e mesmo que nossa Constituição Federal esteja comprometida com a igualdade, o Brasil foi e ainda é um país de desigualdades sociais, em especial de gênero.

Nesse contexto, o Poder Judiciário deve ter a capacidade de compreender como são constituídas socialmente as desigualdades e hierarquias entre as pessoas, e como essas diferenças estão diretamente relacionadas à violência de gênero, de forma a se tornar um instrumento para redução dessas desigualdades que ainda assolam o país.

É preciso considerar nos julgamentos a perspectiva de gênero, pois dados demonstram que os marcadores sociais de raça e gênero são determinantes para a análise da desigualdade da violência no Brasil, afetando de maneira e intensidades diferentes as mulheres negras, pessoas com deficiência, indígenas, quilombolas, idosas, entre outros, de modo que o

exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, 2021.

NEGACIONISMO VACINAL: O DIREITO À SAÚDE VERSUS A LIBERDADE INDIVIDUAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Bruna de Almeida Neves¹⁰¹

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 impactou todas as vertentes da vida humana. Diante do alto potencial de letalidade do vírus, houve uma corrida global para produção de vacinas que reduzissem o impacto da doença. Entretanto, a obrigatoriedade imposta à vacinação tem provocado ampla discussão no Direito acerca da possível interferência no direito à liberdade individual, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo discutir o conflito entre o direito à saúde e a liberdade individual no contexto da obrigatoriedade da vacinação na pandemia da Covid-19, tendo em

101 Advogada. Especialista em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e Prática Previdenciária. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Mulher, Gênero e Saúde da Universidade do Estado da Bahia - Departamento de Educação, Campus XII. Guanambi, Bahia, Brasil. E-mail: brunaanevesadv@gmail.com.

vista compreender a possibilidade de se estabelecer certas restrições às liberdades individuais em tempos de pandemia, visando a garantia da saúde pública, direito pertencente não apenas ao indivíduo, mas também à coletividade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus, que não havia sido identificada antes em seres humanos. O vírus rapidamente propagou-se no mundo inteiro. E em 11 de março de 2020, devido a rápida proliferação do vírus e sua fácil contaminação, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (OPAS, 2023).

Entre os sintomas da COVID-19 destacam-se febre, tosse, cansaço, congestão nasal, dores de cabeça, perda de paladar ou olfato, falta de ar, até outros sintomas mais graves, como a insuficiência respiratória, que pode levar a morte. Diante do amplo impacto global, os países não mediram esforços na busca por vacinas capazes de combater o vírus (OPAS, 2023).

As vacinas possuem o caráter preventivo e visam diminuir a mortalidade e os sintomas graves de doenças imunopreveníveis, atuando de forma a estimular o sistema imunológico, inserindo no organismo humano uma amostra inativa ou enfraquecida do vírus, reduzindo assim a força e o alcance da doença (PONTES, 2022).

A vacinação iniciou ainda em 2020, nos mais diversos países. Entretanto, apesar de ser considerado um grande avanço no combate à pandemia, a obrigatoriedade em se vacinar despertou ampla discussão no meio jurídico acerca de uma possível interferência no direito à liberdade individual.

Tal direito é garantido pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, a mesma norma constitucional garante o direito à saúde. Sendo assim, faz-se necessário uma ampla discussão sobre qual direito deve ser priorizado em tempos de pandemia, como a da COVID-19.

METODOLOGIA

O presente estudo se caracteriza como uma reflexão teórica à luz da Constituição Federal de 1988, a fim de discutir, a partir de uma ampla pesquisa bibliográfica, o conflito entre o direito coletivo à saúde e as liberdades individuais, no contexto da obrigatoriedade vacinal na pandemia da COVID-19.

Para a construção da presente reflexão, foram utilizados, além do texto constitucional, artigos presentes nas bases de dados Scientific Electronic Library Online (SciELO) e Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (Lilacs). Tais manuscritos foram encontrados através das palavras-chave: “COVID-19”, “liberdade individual”, “vacina” e “direito a saúde”.

A busca na literatura ocorreu nos meses de março e abril de 2023. Os dados produzidos foram organizados em Word e analisados a partir da análise de conteúdo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe à tona o conflito entre direito individual e coletivo, desde à determinação do isolamento social até a obrigatoriedade das vacinas. Quanto às vacinas, sabe-se que a chamada imunidade coletiva ou “de rebanho” é alcançada quando a vacinação é feita em massa e atinge elevada cobertura. Sabe-se que essa imunidade proporciona, além da proteção individual da pessoa vacinada, a eliminação da circulação do agente infeccioso no meio e a proteção indireta das pessoas suscetíveis (PONTES, 2022).

Inicialmente, considera-se que a vacinação obrigatória é um dever fundamental dirigido a todos e equivale ao direito fundamental à saúde. Da mesma forma, não se pode negar que o direito fundamental à saúde é dotado de uma dimensão positiva, com caráter prestacional e outra negativa, também chamada de defensiva ou de não intervenção, sendo que esta exige do Estado o respeito e a não ingerência na saúde do indivíduo (JUNIOR; VASCONCELOS, 2021).

Enquanto a vacinação obrigatória visa cumprir a dimensão positiva de todos, ao promover a saúde pública, ela também limita a dimensão negativa do direito fundamental à saúde. Aqui surge o principal conflito: a colisão entre os aspectos positivos e negativos de um mesmo direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece expressamente o direito à liberdade e à individualidade quando trata dos direitos e garantias fundamentais, sendo que a autonomia da vontade está intimamente ligada à liberdade individual, todavia, esta não pode se sobrepor ao interesse social coletivo, devido sua maior função social (BRASIL, 1988).

Além disso, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 é expresso ao reconhecer a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, sendo que a liberdade individual pode sofrer restrições quando estiver em confronto com o interesse coletivo, que é a saúde pública (BRASIL, 1988).

Robert Alexy, ao abordar a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, apresenta duas teorias: externa e interna. Para o autor, ao reconhecer a existência de um direito separado de sua restrição, tem-se a teoria externa, uma vez que os direitos podem existir sem restrições, sendo que a exigência externa de conciliar direitos individuais e coletivos, faz surgir tais restrições. Diferentemente, na teoria interna, essas restrições são reconhecidas como limites, sendo inerentes aos direitos, que já têm seu conteúdo definido internamente (ALEXY, 2015).

Dessa forma, devido à amplitude e ao rol aberto de direitos fundamentais existentes, é possível que ocorra a restrição a tais direitos quando isso for necessário para solucionar colisões entre eles (direito individual e coletivo), considerando-se todos esses direitos restringíveis. Assim, não restam dúvidas acerca da possibilidade de restrição de alguns direitos em prol de outros (JUNIOR; VASCONCELOS, 2021).

No entanto, o princípio da proporcionalidade deve ser observado diante da relativização de algum direito fundamental, sendo observado para o controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação para atos de sujeitos privados. É um dos principais critérios às limitações de direitos fundamentais.

Ademais, ratifica-se que todas as medidas de contenção à Covid-19 tiveram por objetivo evitar a propagação do vírus, buscando reduzir seus impactos gerais e coletivos. Desta forma, as medidas são legítimas, pois consideram-se adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

As determinações dos órgãos responsáveis pela obrigatoriedade da vacina têm como objetivo não apenas cuidar da saúde do indivíduo, considerando-se sua individualidade, mas cuidar da população em geral, prevenindo da contaminação pela doença.

CONCLUSÕES

Apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantir o respeito às liberdades individuais, em situações conflituosas como ocorreu com a obrigatoriedade vacinal na pandemia da COVID-19, é plenamente possível a limitação de tais liberdades para assegurar direitos sociais e da coletividade em uma situação de calamidade pública. Isso porque, não existe direito absoluto.

Desta forma, a vacinação obrigatória é admissível, tendo em vista que saúde pública é um direito fundamental social que demanda uma atuação pelo Estado para que seja assegurado a todos, além de se configurar simultaneamente um direito individual e coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 de abr. 2023.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; VASCONCELOS, Gabriela Oliveira Silva. A vacinação obrigatória como um dever constitucional e um direito fundamental coletivo: saúde pública versus liberdade individual em tempos de pandemia da COVID-19. **Revista Eletrônica Di-**

reito e Sociedade. Canoas, v. 9, n. 2, 2021. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/8047>. Acesso em: 13 de abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em 15 de abr. 2023.

PONTES, Vera Lúcia. O certificado nacional de vacinação covid-19 como instrumento de implementação do direito à saúde no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 8, n. 2, p. 58 – 81, 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/9245>. Acesso em 15 de abr. 2023.