

PERSPECTIVAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

FGB/PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Glauca Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:
ANNY FEITOSA, BRUNA FRANCESCHINI, ROGERIO BORBA DA SILVA E
ROSE DAYANNE DE BRITO

PERSPECTIVAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO



GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Anny Feitosa, Bruna Franceschini, Rogerio Borba da Silva e Rose Dayanne de Brito (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
pembrokecollins@caedjus.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

P467

Perspectivas de direito contemporâneo / Anny Feitosa, Bruna Franceschini, Rogerio Borba da Silva e Rose Dayanne de Brito (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

882 p.

ISBN 978-65-81331-02-3.

1. Direito. 2. Direito contemporâneo. I. Feitosa, Anny (org.). II. Franceschini, Bruna (org.). III. Silva, Rogerio Borba da (org.). IV. Brito, Rose Dayanne de (org.).

CDD 340

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| O CONCEITO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM HENRY DAVID THOREAU E O POSSÍVEL ATAQUE HACKER NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO..... | 17 |
| <i>Anderson do Prado Silva</i> | |
| PROGRAMA GERAL DE ESTÁGIO SUPERVISIONADO PARA ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA..... | 34 |
| <i>Jhéssica Luara Alves de Lima</i> | |
| <i>Lindocastro Nogueira de Morais</i> | |
| <i>Carmem Tassiany Alves de Lima</i> | |
| A FORMAÇÃO PEDAGÓGICA DO PROFESSOR DE DIREITO NO BRASIL..... | 54 |
| <i>Bernard Pereira Almeida</i> | |
| BIOTERRORISMO E A AMEAÇA À SAÚDE GLOBAL..... | 73 |
| <i>Felipe de Bastos Freire Alvarenga</i> | |
| MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS: A BUSCA POR UMA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA PROMOVENDO UMA CULTURA DE PAZ..... | 90 |
| <i>Euarda Paola Weiler de Siqueira</i> | |
| A HUMANIZAÇÃO DO ATENDIMENTO EM SAÚDE: UMA REFLEXÃO COMO POLÍTICA E COMO DIREITO | 107 |
| <i>Ellem Assam Nunes</i> | |
| POLIAMOR: DIREITO OU AFRONTA SOCIAL?..... | 119 |
| <i>Roberta Ceriolo Sophi</i> | |
| <i>José Geraldo da Silva</i> | |

OS LIMITES PARA O PRÊMIO DE COLABORADOR E A (IM)POSSIBILIDADE DE RE-
PACTUAÇÃO DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA.....138

Lucas Mantovani Chiquetti

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

VOZ "DAS RUAS" VERSUS VOZ DO POVO: A RESSIGNIFICAÇÃO DA SOBERANIA
POPULAR NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO NEOLIBERALISMO
LATINO.....155

Débora Maria Martins

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E AS SUAS IMPLICAÇÕES
ÉTICAS.....171

Nilton Cesar Flores

Tiago Martinez

Robson Carlos dos Santos Braga

A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO BRASIL - O QUÃO PRÓXIMO ESTAMOS DE "O
CONTO DA AIA"?.....187

Larissa Machado Cruz

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIG-
NIDADE DA PESSOA HUMANA.....205

Filipe Araújo de Moraes

José Ewerton Bezerra Alves Duarte

Almair Moraes de Sá

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

ÉTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A NORMA
FRANCESA QUE PROÍBE ANÁLISES SOBRE AS DECISÕES DOS JUÍZES.....221

Fernanda Bragança

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

O SISTEMA DAS FRANCHISINGS EM FACE DA RECESSÃO ECONÔMICA DO BRA-
SIL: DIRETRIZES, ESTATÍSTICAS E ASPECTOS NORMATIVOS.....234

Igor Labre de Oliveira Barros

Anna Isadora Coimbra de Oliveira

(DES)CONSTRUÇÃO, JUSTIÇA E CRÍTICA NA RAZÃO COMUNICATIVA: O PARTICIPANTE-OBSERVADOR HABERMASIANO E O POTENCIAL CRÍTICO DA TENSÃO ENTRE A PRAGMÁTICA DA POSSIBILIDADE E A PRAGMÁTICA DA IMPOSSIBILIDADE.....250

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

O RESPEITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL ENQUANTO PROJEÇÃO INERENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....267

Pedro Léo Alves Costa

A FACE OCULTA DO FEMINICÍDIO: NARRATIVAS CONSOLIDADAS PELO FENÔMENO CULTURAL DA MISOGINIA284

Sandra Vidal Nogueira

Osmar Veronese

AS PESQUISAS BASEADAS NO CONCEITO DE BIORREFLEXIVIDADE NARRATIVA E OS ESTUDOS SOBRE A INVISIBILIDADE DAS MULHERES301

Sandra Vidal Nogueira

Osmar Veronese

ANÁLISE PRELIMINAR DO PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA BARRAGEM DE REJEITOS NO LEITO DO RIO PEDRA DE FERRO LOCALIZADO ENTRE OS MUNICÍPIOS DE CAETITÉ E PINDAÍBA.....314

Janete Souza Carvalho

A INFLUÊNCIA RELIGIOSA E A AUTENTICIDADE ELEITORAL.....331

Gabriel Vieira Terenzi

O DILEMA DAS COMUNIDADES CARIOCAS DIANTE DO CONFLITO DE LEGALIDADES: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO.....347

Mateus Perigrino Araujo

Isabelle Barreira Munarin

Guilherme Pareja de Lima Ramos

O USO DA METODOLOGIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE AUMENTO DA QUALIDADE REGULATÓRIA: O CASO DA NORMA DE MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO EM SAÚDE SUPLEMENTAR.....364

José Maria dos Santos Junior

Aluísio Gomes da Silva Junior

AS INFORMAÇÕES OBTIDAS NO **CRIMINAL COMPLIANCE** E O APROVEITAMENTO PARA EMBASAMENTO DA DENÚNCIA DO CRIME ECONÔMICO.....380

Bertrand de Araújo Asfora Filho

AS RELAÇÕES DE CONSUMO GERIDA PELOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: POSICIONAMENTOS CONTEMPORÂNEOS DOS TRIBUNAIS MAGNOS DO PAIS.....396

Eclair Gonçalves Gomes

Célia Teresinha Manzan

A APLICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E A CONTROVERSA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA..... 410

Luma Costa Minotto Pereira

HERANÇA DIGITAL: UMA ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO PATRIMÔNIO VIRTUAL.....427

Raissa Evelin da Silva Bentes

Cláudia de Moraes Martins Pereira

O USO DE ANIMAIS NA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS.....439

Adriano Fernandes Ferreira

Nilcinara Huerb de Azevedo

Ulisses Arjan Cruz dos Santos

ANÁLISE DO DIREITO URBANÍSTICO COMO UNIDADE AUTÔNOMA DA CIÊNCIA JURÍDICA456

Janete Souza Carvalho

Gilmário Silva Santos

NOVAS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE.....473

Roberta Daniel de Carvalho F. Borba

O COSMOPOLITISMO COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA REUNIÃO FAMILIAR DOS REFUGIADOS NO BRASIL.....490

Selmara Aparecida Batista de Oliveira Silva

A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO.....503

Daniel Luiz Pitz

| | |
|--|-----|
| FINTECHS: INSPIRAÇÃO INTERNACIONAL E CAMINHOS PARA A REGULAÇÃO BRASILEIRA..... | 521 |
| <i>Thaís Cíntia Cárnio</i> | |
| <i>Fernando Hatada</i> | |
| O MUNDO DO TRABALHO COMO DETERMINAÇÃO SOCIAL DA QUALIDADE DE VIDA DAS PESSOAS TRANS..... | 537 |
| <i>Sandra Maria Besso</i> | |
| <i>Gabriel Schütz</i> | |
| ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS QUE VERSAM SOBRE MAUS- TRATOS..... | 553 |
| <i>Suenny do Nascimento Alves</i> | |
| <i>Adriana Almeida Lima</i> | |
| <i>Denison Melo de Aguiar</i> | |
| INCLUSÃO DE MINORIAS: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS AOS PROFISSIONAIS DO SEXO..... | 569 |
| <i>Alexandre da Silva Vieira</i> | |
| <i>Carla Sendon Ameijeiras Veloso</i> | |
| <i>Larissa Pimentel Gonçalves Villar</i> | |
| <i>Mery Chalfun</i> | |
| O SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DO AMAZONAS..... | 586 |
| <i>João Paulo Marques dos Santos</i> | |
| <i>Suzy Oliveira Ribeiro</i> | |
| A POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO AO ATO INFRACIONAL E A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL..... | 603 |
| <i>Stephanie da Costa Vidal de Figueiredo</i> | |
| <i>Maicon Souza Menegatti</i> | |
| POLÍTICA E MEMÓRIA: O JUIZ SÉRGIO MOURO COMO HERÓI NACIONAL..... | 614 |
| <i>Luís Cláudio Aguiar Gonçalves</i> | |
| <i>Maria da Conceição Fonseca-Silva</i> | |

| | |
|--|-----|
| MULTICULTURALISMO, DIREITOS HUMANOS E OS POSSÍVEIS REFLEXOS DA EXTREMA-DIREITA..... | 631 |
| <i>Luana de Azevedo Oliveira</i> | |
| <i>Maria Glória Gomes Bragança</i> | |
| <i>Pedro Henrique Gomes Bragança</i> | |
| <i>Thiago Rodrigues Pereira</i> | |
| O USUÁRIO DE DROGAS NO PANORAMA BRASILEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS..... | 648 |
| <i>Jéssica Rodrigues Godinho</i> | |
| <i>Fabrcio Manoel Oliveira</i> | |
| IGUALDADE DE GÊNERO: A LUTA FEMININA NA PERSPECTIVA FUTEBOLÍSTICA..... | 667 |
| <i>Ingrid de Figueiredo Lopes</i> | |
| <i>Fábio de Souza Peragene</i> | |
| <i>Priscila Elise Alves Vasconcelos</i> | |
| <i>Luiza Ferreira de Carvalho</i> | |
| A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO..... | 679 |
| <i>Priscila Elis Pereira Mesquita</i> | |
| O CAPITAL SIMBÓLICO EM PIERRE BOURDIEU..... | 695 |
| <i>Luana de Azevedo Oliveira</i> | |
| <i>Maria Glória Gomes Bragança</i> | |
| <i>Pedro Henrique Gomes Bragança</i> | |
| A ROTA DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA (RILA) DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO: A NECESSIDADE URGENTE DA PAVIMENTAÇÃO JURÍDICA TRANSNACIONAL E TERRITORIAL..... | 706 |
| <i>Lúcio Flávio Joichi Sunakozawa</i> | |
| <i>Gabriela Oshiro Reynaldo</i> | |
| ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELO LEGISLADOR..... | 722 |
| <i>Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa</i> | |
| <i>Rodrigo Almeida Magalhães</i> | |

| | |
|---|------------|
| GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE PREVENÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL..... | 738 |
| <i>Ana Carla de Oliveira Mello Costa Pinho</i> | |
| <i>Alessandra Medeiros</i> | |
| OPINIÃO PÚBLICA: DO CONFRONTO ENTRE OPINIÃO PÚBLICA E A AUTORIDADE..... | 755 |
| <i>Loreano José de Jesus Goulart</i> | |
| O DEBATE ACERCA DA DIVERSIDADE RELIGIOSA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO | 766 |
| <i>Celso Gabatz</i> | |
| CAVE INIMICUM: UMA REFLEXÃO SOBRE O APEGO AO METODOLOGISMO... | 783 |
| <i>Rafaela de Santana Santos Almeida</i> | |
| A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO ATUAL CENÁRIO DESPORTIVO BRASILEIRO..... | 800 |
| <i>Ingrid de Figueiredo Lopes</i> | |
| <i>Fábio de Souza Peragene</i> | |
| <i>Priscila Elise Alves Vasconcelos</i> | |
| <i>Luiza Ferreira de Carvalho</i> | |
| NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE NO DEPOIMENTO PESSOAL DE DILMA ROUSSEFF NA SESSÃO DE IMPEACHMENT DO SENADO FEDERAL: ASPECTOS JURÍDICOS E DISCURSIVOS..... | 813 |
| <i>Glauber Lacerda Santos</i> | |
| <i>Maria da Conceição Fonseca-Silva</i> | |
| PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E INCLUSÃO: DESAFIOS À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS..... | 828 |
| <i>Anália Barbosa</i> | |
| <i>Caio Silva de Sousa</i> | |
| RESUMOS..... | 843 |
| PROCESSO DE EMERGÊNCIA ÉTNICA E ESTRATÉGIAS DE REAFIRMAÇÃO IDENTITÁRIA: SENTIDOS E SIGNIFICADOS DOS JOGOS INDÍGENAS PATAXÓ NO SUL DA BAHIA (2000-2019), LUTA POR DIREITOS (TERRITÓRIO E CIDADANIA)..... | 845 |
| <i>Fábio Souza Vilas Boas</i> | |

| | |
|--|-----|
| A ILEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO DADO PELO PARTICIPANTE DE PESQUISA ECONOMICAMENTE VULNERÁVEL DIANTE DA POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO..... | 848 |
| <i>Itanaina Lemos Rechmann</i> | |
| SUBVENÇÕES GOVERNAMENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DETERMINAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2017..... | 853 |
| <i>Renata Da Cruz Dias</i> | |
| LA CONSTRUCCIÓN DE CARÁCTER POPULAR Y EL RETO POLÍTICO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS SOCIALES: UN CASO DE ESTUDIO DEL PROYECTO "OGA'I" EN PARAGUAY Y EL PROGRAMA DE VIVIENDAS SOCIALES BRASILEÑO "MINHA CASA, MINHA VIDA"..... | 859 |
| <i>Diogo Luiz Chagas Santos</i> | |
| TESTAMENTO VITAL E A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA COMPLEXA..... | 865 |
| <i>Leticia Dos Santos Filha</i> | |
| ESCRAVOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA..... | 868 |
| <i>Christiane Rabelo Britto</i> | |
| CRIME DE ECOCÍDIO E O ROMPIMENTO DE BARRAGENS: A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS POR CRIME CONTRA A HUMANIDADE..... | 873 |
| <i>Rafaela Alves Gusmao</i> | |
| A REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NEGRA NOS LIVROS DIDÁTICOS..... | 879 |
| <i>Mylena Araujo Da Silva</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 |
| Bruno Zanotti | PCES, Brasil |
| Claudia Nunes | Universidade Veiga de Almeida, Brasil |
| Daniel Giotti de Paula | PFN, 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 |
| Glauca 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 |
| Nikolas Rose | King's College London, Reino Unido |
| Oton Vasconcelos | Universidade de Pernambuco, Brasil |

| | |
|---------------------|---|
| Paula Arévalo Mutiz | Fundación Universitária 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 |

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-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 através 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 ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através 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 2019, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

O CONCEITO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM HENRY DAVID THOREAU E O POSSÍVEL ATAQUE HACKER NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Anderson do Prado Silva

Possível ataque hacker no âmbito da Operação Lava Jato

Às 17:57 horas do dia 9 de junho de 2019, um domingo, o site *The Intercept Brasil* publicou uma nota (GREENWALD, 2019d), seguida de três reportagens (GREENWALD, 2019a, 2019b, 2019c) nas quais divulgou conversas (teoricamente ‘privadas’) entre agentes públicos envolvidos na Operação amplamente conhecida como Lava Jato. Tais reportagens provocaram um profundo abalo político no Brasil, porque, segundo o *The Intercept Brasil*, revelariam uma *colaboração proibida* (GREENWALD, 2019b) entre Poder Judiciário (na figura do então juiz Sérgio Moro) e o Ministério Público (na figura do Procurador da República Deltan Dallagnol):

A Constituição brasileira estabeleceu o sistema acusatório no processo penal, no qual as figuras do acusador e do julgador não podem se misturar. Nesse modelo, cabe ao juiz analisar de maneira imparcial as alegações de acusação e defesa, sem interesse em qual será o resultado do processo. Mas as conversas entre Moro e Dallagnol demonstram que o atual ministro se intrometeu no trabalho do Ministério Público – o que é proibido – e foi bem recebido, atuando informalmente como um auxiliar da acusação. (GREENWALD, 2019d)

As reportagens, todas assinadas pelo jornalista Glenn Greenwald (além de outros jornalistas pertencentes aos quadros do *The Intercept Brasil*), fizeram o Brasil e o mundo rememorem o escândalo Edward Snowden, no qual Glenn Greenwald revelou para o mundo a existência de um sistema global de vigilância mantido pelo governo dos Estados Unidos da América. No Brasil, a revelação da existência de um sistema global de vigilância impactou profundamente porque, entre as empresas e autoridades espionadas pelo governo americano, figuraram a Petrobrás (G1, 2013b) e Dilma Rousseff (G1, 2013a). A atuação jornalística de Glenn Greenwald no escândalo Edward Snowden lhe rendeu os prêmios Pulitzer e Esso de Reportagem.

Cinco dias antes da série e reportagens de *The Intercept Brasil* sobre *As mensagens secretas da Lava Jato*, a imprensa brasileira noticiou uma tentativa de invasão *hacker* ao celular do ex juiz federal e atual ministro da justiça Sérgio Moro (CAMARGO, 2019). No entanto, *The Intercept Brasil*, ao publicar sua série de reportagens, ressaltou que o material que lhes chegou às mãos não está diretamente relacionado à tentativa de invasão *hacker* ao celular de Sérgio Moro ocorrido ou relatado dias antes:

O único papel do The Intercept Brasil na obtenção desse material foi seu recebimento por meio de nossa fonte, que nos contactou há diversas semanas (bem antes da notícia da invasão do celular do ministro Moro, divulgada nesta semana, na qual o ministro afirmou que não houve “captação de conteúdo”) [...] (GREENWALD, 2019d)

Não obstante, a Força Tarefa da Lava Jato divulgou nota na qual afirmou que foi vítima de ataque *hacker* supostamente relacionado às publicações de *The Intercept Brasil*:

*A força-tarefa da Lava Jato no Ministério Público Federal no Paraná (MPF) vem a público informar que seus membros foram vítimas de **ação criminosa de um hacker** que praticou os mais graves ataques à atividade do Ministério Público, à vida privada e à segurança de seus integrantes. (MPF, 2019b) - grifo nosso.*

Também o Tribunal Regional Federal da 2ª Região divulgou nota narrando a ocorrência de tentativa de invasão *hacker* aos celulares de magistrados ligados ao caso Lava Jato:

O desembargador federal Abel Gomes, relator de processos judiciais derivados da Operação Lava Jato no Tribunal Regional Federal – 2ª Região (TRF2), sofreu uma tentativa de invasão a dados de seu celular e à sua conta no aplicativo de mensagens Telegram. O atentado digital ocorreu na quarta-feira, 5 de junho, e também foi praticado contra o juiz federal Flávio de Oliveira Lucas, que atuou no gabinete do desembargador, substituindo-o em período de férias. Flávio Lucas é hoje titular da 18ª vara Federal cível do Rio de Janeiro. (TRF2, 2019) - grifo nosso.

Em sua série de reportagens publicadas em 9 de junho de 2019, o *The Intercept Brasil* informou que esse é apenas o começo do que pretendemos tornar uma investigação jornalística contínua (GREENWALD, 2019d), evidenciando que o material obtido é muito maior do que o divulgado inicialmente, tanto que, apenas três dias depois, o editor-executivo do *The Intercept Brasil*, Leandro Demori, divulgou novo trecho de diálogo, no qual o Procurador da República Deltan Dallagnol narra ao então juiz Sérgio Moro um diálogo no qual o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux teria se manifestado no sentido de *contarmos* [procuradores da Lava Jato] *com ele para o que precisarmos* (BandNews FM, 2019).

Por hora, *The Intercept Brasil* não divulgou a fonte de sua informação, no que buscou amparo no art. 5º, XIV, da Constituição, que protege o sigilo da fonte: *é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional* (BRASIL, 1988c) - grifo nosso.

Ainda assim, órgãos do Estado (MPF, 2019; TRF2, 2019) e a imprensa (LAVADO, 2019) divulgam, largamente, que o conteúdo dos diálogos entre pessoas ligadas à operação Lava Jato teria sido obtido por meio de ataque *hacker*, o que será presumido como correto no presente artigo para o fim de se investigar o conceito, a aplicabilidade e os limites do instituto da desobediência civil ao ativismo *hacker*.

A desobediência civil em Henry David Thoreau

Em *A desobediência civil*, Henry David Thoreau apresentou o Estado como um artifício conveniente dos homens para administração dos interesses coletivos. No entanto, Thoreau ressaltou que, por vezes, esse mesmo Estado se torna inconveniente:

O governo, no melhor dos casos, nada mais é do que um artifício conveniente; mas a maioria dos governos é por vezes uma inconveniência, e todo o governo algum dia acaba por ser inconveniente. [...] O próprio governo, que é simplesmente uma forma que o povo escolheu para executar a sua vontade, está igualmente sujeito a abusos e perversões antes mesmo que o povo possa agir através dele. (THOREAU, 1849) - grifo nosso.

No entanto, Thoreau, considerando o atual estágio de evolução do homem, não desenha o Estado como uma instituição desnecessária, ao contrário, apesar de, por vezes ou quase sempre, o Estado ser um mal, Thoreau o desenha como um mal necessário:

Mas nem por isso ele [Estado] é menos necessário; pois o povo precisa dispor de uma ou outra máquina complicada e barulhenta para preencher a sua concepção de governo. (THOREAU, 1849) - grifo e inserção nossos.

Thoreau registra que o Estado deve servir ao homem e não o contrário. Assim, o Estado teria sido criado para servir aos interesses de pacificação social do homem, para que os homens não vivessem entre si em permanente estado de guerra. Dessa forma, o Estado serve ao homem muito mais do que o homem serve ao Estado. A visão de Thoreau é de um Estado mínimo, que deve se abster de molestar o homem, dificultando-lhe a vida e o trabalho:

Pois o governo é um artifício através do qual os homens conseguiriam de bom grado deixar em paz uns aos outros; e, como já foi dito, a sua conveniência máxima só ocorre quando os governados são minimamente molestados pelos seus governantes. (THOREAU, 1849) - grifo nosso.

Na lógica de Thoreau, se o Estado é uma criação humana e se o Estado foi criado para um fim, os homens estariam autorizados a desobedecer ao Estado na medida em que o Estado violasse o fim para o qual foi criado, exorbitando, assim, os limites de sua delegação. Os homens criaram o Estado para que este se dedicasse à pacificação dos conflitos sociais, garantindo cada homem na segurança do que é seu, especialmente no que atine aos direitos mais básicos, relativos à vida, à integridade física e à liberdade.

Na medida em que o Estado, eleito para proteger direitos, se transverte em violador de direitos, os homens passam a estar autorizados a desrespeitar os seus ditames.

Assim, em Thoreau, desobediência civil é o direito inalienável e irrenunciável de cada ser humano de descumprir ditames estatais que exorbitem dos limites de delegação dos homens ao Estado por ocasião do pacto fundador da vida em sociedade. A partir do momento que o Estado deixa de ser um garantidor de direitos e passa a se comportar como um violador de direitos, ele dá ao homem autorização para descumprir seus ditames até que a justa ordem das coisas seja restabelecida, ou seja, até que o Estado volte a ser um garantidor de direitos e, não, um violador.

Thoreau pergunta e ele mesmo responde:

*Deve o cidadão desistir da sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador? Por que então estará cada homem dotado de uma consciência? Na minha opinião **devemos ser em primeiro lugar homens, e só então súditos. Não é desejável cultivar o respeito às leis no mesmo nível do respeito aos direitos. A única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo.*** (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Nesta e em tantas outras passagens, Thoreau é um convite para a desobediência civil; é a negação da ordem cega que inspira o lema de nossa Bandeira (*ordem e progresso*). Em Thoreau, ordem só é progresso quando o Estado é bom. Em resposta ao mau Estado, Thoreau convida os homens à desordem; em Thoreau, desordem pode ser progresso. Mas, nem por isso, Thoreau é anarquista, como ressalva:

*[...] quero me pronunciar em termos práticos como cidadão, distintamente daqueles que se chamam antigovernistas: **o que desejo imediatamente é um governo melhor, e não o fim do governo.*** (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Para Thoreau, os homens devem ser governados pela sua consciência muito mais do que pelo Estado, sobretudo quando esse Estado se degenera e passa a promover violências contra a vida, a integridade física e a liberdade dos homens:

Há um número bastante reduzido que serve ao Estado também com a sua consciência; são os heróis, patriotas, mártires, reformadores e homens, que acabam por isso necessariamente resistindo, mais do que servindo; e o Estado trata-os geralmente como inimigos. Um homem sábio só será de fato útil como homem, e não se sujeitará à condição de “barro” a ser moldado para “tapar um buraco e cortar o vento”; ele preferirá deixar esse papel, na pior das hipóteses, para as suas cinzas. (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Mais uma vez, no contexto de um Estado arbitrário e despótico, que viola direitos ao invés de os garantir, Thoreau convida à rebeldia, à resistência e, eventualmente, ao martírio e à morte. Thoreau convida para levantar do berço, ainda que esplêndido, e partir para a luta. Não constitui alternativa, para Thoreau, os instrumentos legais que o próprio Estado põe à disposição do cidadão para correção das injustiças:

No que diz respeito às vias pelas quais o Estado espera que os males sejam remediados, devo dizer que não as conheço. Elas são muito demoradas, e a vida de um homem pode chegar ao fim antes que elas produzam algum efeito. Tenho outras coisas para fazer. Não vim a este mundo com o objetivo principal de fazer dele um bom lugar para morar, mas apenas para morar nele, seja bom ou não. [...] Todas as mudanças para melhor são assim, tais como o nascimento e a morte, que produzem convulsões nos corpos. (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Nesta passagem, Thoreau reconhece o caráter transitório e fugaz da vida e, fundado nisso, rejeita os morosos processos estatais para correção de injustiças, tais como petições, ações, recursos, processos etc. Já em Thoreau era possível identificar uma preocupação com as delongas burocráticas na solução dos litígios, renovada na célebre preleção de Rui Barbosa:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem

meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejas, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato. (BARBOSA, 1921) – grifo nosso.

Thoreau não é um idealista inconsequente. Conforme já registrado, Thoreau não nega a possibilidade da mais grave das consequências ao homem que ousa desobedecer ao Estado, qual seja, a morte pelo arbítrio. Igualmente, Thoreau não afasta a possibilidade da prisão:

Sob um governo que prende qualquer homem injustamente, o único lugar digno para um homem justo é também a prisão. [...] é aí, nesse chão discriminado, mas tão mais livre e honroso, onde o Estado planta os que não estão com ele mas sim contra ele - a única casa num Estado-senzala na qual um homem livre pode perseverar com honra. (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Mas não perde Thoreau a dimensão de grandeza do homem-mártir:

Pois não importa que os primeiros passos pareçam pequenos: o que se faz bem feito faz-se para sempre. (THOREAU, 1849) – grifo nosso.

Ao ser preso por praticar desobediência civil, mediante a recusa ao pagamentos de impostos a um Estado que impunha aos homens negros a escravidão, Thoreau assim desabafou:

Sai mais barato, em todos os sentidos, sofrer a penalidade pela desobediência do que obedecer. **Obedecer faria com que eu me sentisse diminuído.** [...] não pude deixar de perceber a idiotice de uma instituição que me tratava como se eu fosse apenas carne e sangue e ossos a serem trancafiados. [...] Vi que apesar da grossa parede de pedra entre mim e os meus concidadãos, eles tinham uma muralha muito mais difícil de vencer antes de conseguirem ser tão livres quanto eu. Nem por um momento me senti confinado, e as paredes pareceram-me um desperdício descomunal de pedras e argamassa. [...] Percebi que o Estado era um idiota [...]. Portan-

to, o Estado nunca confronta intencionalmente o sentimento intelectual ou moral de um homem, mas apenas o seu corpo, os seus sentidos. Ele não é dotado de gênio superior ou de honestidade, apenas de mais força física. **Eu não nasci para ser coagido. Quero respirar da forma que eu mesmo escolher. Veremos quem é mais forte.** (THOREAU, 1849) - grifo nosso.

Em *A desobediência civil*, Thoreau não chegou ao extremo de defender o uso da força contra o Estado. No entanto, seu discurso deve ser contextualizado como fala de um homem branco, livre, vivendo em uma república democrática (Estados Unidos). Talvez a fala de Thoreau não tivesse sido tão pacifista se ele fosse um homem negro escravizado, ou um judeu na Alemanha nazista, ou um capitalista liberal na União Soviética, ou um comunista no Brasil da Ditadura Militar. Feita essa ressalva, importa destacar que o discurso de Thoreau influenciou os líderes pacifistas Mohandas Karamchand Gandhi e Martin Luther King, Jr (SCHEUERMAN, 2014). Em *A desobediência civil*, a insubordinação de Thoreau consistiu na recusa ao pagamento de certos tributos a um Estado escravagista e que se lançou em uma guerra que Thoreau entendia injusta contra o México. Já Gandhi empregou a desobediência civil para lutar pela independência da Índia, enquanto King utilizou a desobediência para lutar por igualdade de direitos civis para negros nos Estados Unidos.

Enfim, a obra *A desobediência civil*, de Henry David Thoreau, embora não tenha sido nem a primeira nem a única a abordar o tema, constitui importante instrumento na salvaguarda do cidadão contra os arbítrios e despotismos praticados pelo Estado. A desobediência civil, passiva (um deixar de fazer) ou ativa (um fazer contra) é direito universal, inalienável, irrenunciável e imprescritível de cada ser humano; é instrumento não só de defesa, mas também de transformação social. O direito à desobediência civil é ínsito à natureza contratual da vida em sociedade e, como tal, antecede ao Estado e ao seu Ordenamento Jurídico. O contrato social só possui validade enquanto o Estado serve ao homem; a partir do momento em que essa equação se inverte, ou seja, o homem passa servir ao Estado, rompe-se o contrato de delegação de autoridade e o homem está desobrigado perante as leis estatais.

Sobre porquê *hackear* a Lava Jato ou *quis custodiet ipsos custodes*?

Segundo o Ministério Público Federal, *a operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil* (MPF, 2019a), o que, por si só, deveria ser suficiente para justificar o interesse **público** nos eventuais diálogos travados por agentes **públicos** (procuradores e juízes) no exercício de suas funções também **públicas**.

Não bastasse, a operação Lava Jato, desde seus primórdios, foi acusada de partidarização:

A divulgação das mensagens trocadas entre o ex-juiz Sergio Moro e os procuradores da Força-Tarefa da Lava Jato confirmam, a toda prova, o que o PT e a defesa de Lula sempre denunciaram: Moro, Dallagnol e seus parceiros agiram de forma combinada para criar uma farsa judicial, forjando acusações com o objetivo político de impedir a vitória de Lula e do PT nas eleições presidenciais. (PT, 2019)

A Lava Jato teve papel decisivo na tímida reeleição de Dilma Vana Rousseff em 2014, no seu subsequente processo de impedimento em 2016 e, por fim, na abrupta ascensão do ultradireitista Jair Bolsonaro em 2018. Sobretudo, a Lava Jato teve impacto direto no processo eleitoral de 2018, ao retirar da disputa, por inelegibilidade, Luiz Inácio Lula da Silva, candidato que liderava as intenções de voto.

Todos esses fatos reunidos, e outros que se deixa aqui de listar (como a dimensão dos valores ditos ‘recuperados’ pela Lava Jato; porte das empresas envolvidas no escândalo de corrupção; ramificações internacionais da operação etc.) são fatos bastantes para, repetimos, justificar o interesse **público** nos diálogos travados por agentes **públicos** no exercício de funções **públicas**. A divulgação que ora se dá a esses diálogos são um favor que *The Intercept Brasil* presta à democracia brasileira e, indiretamente, ao direito de liberdade das pessoas atingidas pela operação Lava Jato.

Não se pretende, no presente trabalho, defender a bandeira incondicional de que os eventuais condenados tenham de ser postos, imediatamente, em liberdade. Vários desses condenados são réus em diversas ações, sendo difícil supor que todas elas estejam viciadas, até mesmo porque al-

gumas estão em seu nascedouro. No entanto, a divulgação desses diálogos representa uma oportunidade valiosa para as instituições brasileiras rediscutirem temas caros como o garantismo penal, o sistema acusatório, o relacionamento interinstitucional (especialmente entre Poder Judiciário e Ministério Público), a separação de poderes, o princípio da imparcialidade e a participação de promotores e juízes nas redes sociais.

Não se pretende, também, com a proposta de se discutir esses grandes temas, descartar a necessidade de as instâncias superiores do Poder Judiciário reverem a legalidade das condenações judiciais até aqui levadas a efeito, o que não significa, necessariamente, que os investigados e condenados devam ser postos em liberdade incontente. Cada caso deve ser analisado individualmente, inclusive considerando a possibilidade da utilização das diversas modalidades de prisão provisória, caso seus respectivos requisitos estejam preenchidos. Com isso se conclui que os esforços da Lava Jato não estão necessariamente comprometidos com a divulgação dos diálogos; no entanto, a mesma Lava Jato não pode permanecer indene às críticas, recusando-se a uma busca de um aperfeiçoamento constante do Sistema de Justiça.

Os diálogos divulgados pelo *The Intercept Brasil* devem ser detidamente analisados. Eventualmente, servirão para anular instruções, prisões e condenações; noutras oportunidades, servirão para se discutir o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça.

Não existe unanimidade na doutrina e na jurisprudência sobre qual seria o sistema processual penal adotado no Brasil. No entanto, doutrina e jurisprudência **majoritárias** são no sentido de que houve a adoção do sistema acusatório, o que significa que:

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. [...] A tramitação da ação penal ocorrerá em estrita observância do modelo (procedimento) consagrado em lei. Como regra, serão públicos os atos processuais, o que apenas é ressalvado em hipóteses expressamente previstas. Quanto à produção da prova, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intuito e buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados. Outra nota importante

refere-se à garantia da isonomia processual, significando que a acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam. (AVENA, 2017) – grifo nosso.

Alguns autores identificam, na legislação penal, elementos que indicariam a adoção, no Brasil, do sistema inquisitivo garantista. Mencionam a possibilidade da produção de provas *ex officio* (CPP, art. 156), requisição de instauração de inquérito (CPP, art. 5º, II), decretação de prisão preventiva (CPP, art. 311) etc. No entanto, tais autores cometem o equívoco de interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional, quando o correto seria interpretar a legislação infraconstitucional à luz da Constituição e da legislação de direito internacional.

A Constituição é repleta de elementos que evidenciam a adoção, no Brasil, do sistema acusatório, a exemplo da cristalina tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário); menção específica do Ministério Público, Advocacia, Defensoria e polícia judiciária; concessão de garantias para preservação da imparcialidade do magistrado; princípio do contraditório e da ampla defesa etc.

Retomando as características do sistema acusatório apresentadas por Avena, sobressai que ***serão públicos os atos processuais*** (AVENA, 2017), não se podendo entender como tais os atos extra autos praticados entre acusação e juiz em chat ‘privado’ à revelia da defesa. Assim, é de todo conveniente no processo penal democrático que os diálogos entre as partes se deem de maneira pública, nos autos do processo, com ampla defesa e contraditório, devendo-se rechaçar, à toda evidência, a utilização de chats ‘privados’, sejam eles entre juiz e acusação, sejam entre juiz e defesa.

Avena ressalta que ***acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo*** (AVENA, 2017). Embora se defenda, por óbvio, a importância da manutenção de respeito e polidez entre as partes envolvidas no processo (em especial entre juiz, acusação e defesa), não se afigura democrática a manutenção de chats ‘privados’ em clima de camaradagem entre juiz e qualquer das partes, promovendo um verdadeiro desequilíbrio de forças, sobretudo quando a parte com acesso ao chat tem a oportunidade de esclarecer, fora dos autos, o teor de seus requerimentos dirigidos ao

juiz. O procedimento judicial é amplíssimo na oferta de meios democráticos e contraditórios para que as partes possam dialogar entre si e com o juiz (petições emendas, exceções, embargos, recursos, ofícios etc.), sendo em absoluto dispensável a manutenção de chats ‘privados’ para esse fim.

À toda evidência, a divulgação de diálogos pretensamente ‘privados’ pelo *The Intercept Brasil* no âmbito da Lava Jato se presta, no mínimo, a permitir repensar a forma como os diálogos interinstitucionais (especialmente entre Ministério Público e Poder Judiciário) se deram (quicá, ainda se dão) no âmbito da Lava Jato e do Sistema de Justiça como um todo. Não se afigura admissível que agentes **públicos** no exercício de funções **públicas** pretendam manter entre si, no âmbito do processo penal, no qual se discute o direito de liberdade do acusado, diálogos pretensamente ‘privados’.

Nesse sentido, o *The Intercept Brasil*, e o eventual *hacker* anônimo (questão ainda não confirmada) prestaram um favor à democracia, à possibilidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça e ao direito de liberdade dos acusados. De que outra maneira os acusados na Lava Jato e a sociedade obteriam acesso ao conteúdo dos chats ‘privados’? Pode-se cogitar da utilização da Lei de Acesso à Informação, mas, neste ponto, é preciso tornar à Thoreau:

No que diz respeito às vias pelas quais o Estado espera que os males sejam remediados, devo dizer que não as conheço. Elas são muito demoradas, e a vida de um homem pode chegar ao fim antes que elas produzam algum efeito. (THOREAU, 1849) - grifo nosso.

Além da exiguidade da vida, é preciso que se considere que, enquanto a burocracia se arrasta com seu peso morto, pessoas se encontram recolhidas ao cárcere ou com suas vidas pendentes à espera do resultado de uma acusação penal. A necessidade de acesso aos chats ‘privados’ era premente, tendo o *The Intercept Brasil* e o eventual *hacker* anônimo (questão ainda não confirmada) ousado resistir civilmente, transgredindo (o eventual hacker) normas jurídicas (CP, art. 154-A) de um Estado que se permitiu deixar tomar pela tirania, pois justiça que se despe do contraditório, da ampla defesa e da transparência (tornando-se ‘insindicável’ em chats pretensamente ‘privados’) se transverte em arbítrio; contra essa justiça, deve-se resistir.

Na questão, há um aparente conflito de normas: de um lado, o direito à **privacidade** de agentes **públicos** no exercício de funções **públicas**; de outro, o direito de liberdade de investigados, acusados, condenados e presos. Neste caso, a balança da justiça parece pender fácil para aquele que é um dos maiores bens da vida: a liberdade. Portanto, a obtenção e divulgação dos diálogos da Lava Jato é não só justo, como necessário, em legítimo exercício de desobediência civil. Que, no mínimo, se rediscuta o garantismo penal, o sistema acusatório, o relacionamento interinstitucional (especialmente entre Poder Judiciário e Ministério Público), a separação de poderes, o princípio da imparcialidade e a participação de promotores e juízes nas redes sociais. Eventualmente, faça-se cessar acusações e condenações eivadas de vícios.

O ativista que hackeou a Lava Jato (fato ainda não confirmado) agiu imbuído do espírito de syndicar os diálogos travados entre agentes **públicos** no exercício de funções **públicas**, diálogos aos quais não se teria acesso oportuno e célere por outro modo. Já o *The Intercept Brasil* não publicou qualquer informação que não esteja relacionada com a Lava Jato, nem apresentou qualquer documento ou informação que serviria para embasar fases futuras (desde que lícitas) da operação, evidenciando a preocupação premente de apresentar ao público apenas aquilo que se reveste de legítimo interesse público.

Conta a História que Pompeia, esposa de César, organizou uma cerimônia religiosa na qual nenhum homem poderia participar. No entanto, o jovem Públio Clódio Pulcro, travestido de mulher, participou do evento, o que lhe rendeu um processo. Embora nada tenha restado provado contra o jovem Públio Clódio Pulcro, César divorciou-se de Pompeia e justificou *minha esposa não deve estar nem sob suspeita*, originando o famoso provérbio *à mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta*. Esta breve lembrança da História, ajuda a entender a inconveniência de um magistrado manter chats ‘privados’, em clima de camaradagem, com qualquer das partes envolvidas no processo penal. Ainda que de tais conversas não tenha resultado nenhum prejuízo à parte contrária, a própria manutenção dos diálogos coloca sob suspeição a lisura e isenção do Sistema de Justiça, o que é de todo prejudicial para os ditames democráticos.

Da Literatura, veem os versos:

Sempre ouço o conselho dos meus amigos:

“Algeme-a, constrinja-na!” Mas quem guardará os guardiões? A mulher começa com planos a frente deles! (JUVENAL, séc. I-II) – grifo nosso.

Na Lava Jato, quem guarda os guardiões é a desobediência civil de um jornalismo destemido: *a liberdade de imprensa existe para jogar luz sobre aquilo que as figuras mais poderosas de nossa sociedade fazem às sombras* (GREENWALD, 2019d), porque, ainda que a fonte anônima seja um *hacker* (o que ainda não se confirmou), *a lei nunca fez os homens sequer um pouco mais justos; e o respeito reverente pela lei tem levado até mesmo os bem-intencionados a agir quotidianamente como mensageiros da injustiça* (THOREAU, 1849).

É preciso não temer os arroubos das majorias de ocasião, pois *um homem sábio não deixará o que é certo nas mãos incertas do acaso e nem esperará que a sua vitória se dê através da força da maioria. Há escassa virtude nas ações de massa dos homens. [...] qualquer homem mais correto do que os seus vizinhos já constitui uma maioria apertada* (THOREAU, 1849).

Enfim, o possível ataque *hacker* à Lava Jato é um caso clássico de desobediência civil, conceito encontrado, entre outras, na obra *A desobediência civil*, de Henry David Thoreau, aqui amplamente debatida. Ainda que, no futuro, o Poder Judiciário brasileiro venha a concluir que os diálogos em chats pretensamente ‘privados’ entre acusação e juiz no âmbito da Lava Jato foram legítimos, o simples fato de essa realidade ter sido escancarada, provocando profunda cizânia e debate sobre temas caros ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, especialmente do Sistema de Justiça, terá sido o bastante para render respeitáveis louvores à ousadia desobediente de Glenn Edward Greenwald e de todos aqueles que estão ao seu lado no *The Intercept Brasil*, ou de quem tenha eventualmente promovido (o que ainda não se confirmou) o ataque *hacker*. Tudo porque, afinal, é preciso saber o *que andam combinando no breu das tocas* (HOLLANDA, 1976).

Bibliografia

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BandNews FM. **Informação obtida pelo The Intercept e divulgada com exclusividade n'O É da Coisa revela nova conversa envolvendo Moro e Dallagnol.** Disponível em < <http://www.bandnewsfm.com.br/2019/06/12/editor-do-the-Intercept-revela-com-exclusividade-no-e-da-coisa-nova-conversa-envolvendo-moro-e-dallagnol/>>. Publicado em 12 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, 1921. Disponível em < http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2019.

BRASIL (1940, 7 DE DEZEMBRO DE). **Código Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL (1941, 3 DE OUTUBRO DE). **Código de Processo Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL (1988, 5 DE OUTUBRO DE). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de junho de 2019.

CAMARGO, Isabela; BOMFIM, Camila. G1. **Celular de Sérgio Moro sofre tentativa de invasão, e Ministério da Justiça apura incidente.** Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/05/celular-de-sergio-moro-sofre-tentativa-de-invasao-e-ministerio-da-justica-apura-incidente.ghtml>>. Publicado em 5 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

G1. **Documentos da NSA apontam Dilma Rousseff como alvo de espionagem.** Disponível em < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/09/documentos-da-nsa-apontam-dilma-rousseff-como-alvo-de-espionagem.html>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

G1. **Petrobras foi espionada pelos EUA, apontam documentos da NSA.** Disponível em < <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/petrobras-foi-espionada-pelos-eua-apontam-documentos-da-nsa.html> >. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; DEMORI, Leandro; MARTINS, Rafael Moro. The Intercept Brasil. **Deltan Dalagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex.** Disponível em < <https://theIntercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; MARTINS, Rafael Moro; SANTI, Alexandre de. The Intercept Brasil. **Chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dalagnol na Lava Jato.** Disponível em < <https://theIntercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; POUGY, Victor. The Intercept Brasil. **Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a ‘eleger Haddad’.** Disponível em < <https://theIntercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; REED, Betsy; DEMORI, Leandro. The Intercept Brasil. **Como e por que o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sérgio Moro.** Disponível em < <https://theIntercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

HOLLANDA, Chico Buarque de. **O que será (à flor da pele).** Meus Caros Amigos. Phonogran/Philips. 1976.

LAVADO, Thiago; DOMINGUES, Filipe. G1. **Como o Telegram pode ser invadido? Entenda as diferenças desse aplicativo para o WhatsApp.** Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/06/11/como-o-telegram-pode-ser-invadido-entenda-as-diferencas-desse-aplicativo-para-o-whatsapp.ghtml>>. Publicado em 11 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

Ministério Público federal. **A Lava Jato em números.** Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

Ministério Público federal. **Força-tarefa informa a ocorrência de ataque criminoso à Lava Jato.** Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-informa-a-ocorrencia-de-ataque-criminoso-a-lava-jato>>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

Partido dos Trabalhadores (PT). **Nota do PT: crimes da Lava Jato comprovam perseguição a Lula e atentam contra a democracia.** Disponível em <<https://pt.org.br/nota-do-pt-crimes-da-lava-jato-comprovam-perseguiacao-a-lula-e-atentam-contr-a-democracia/>>. Publicado em 10 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

SCHEUERMAN, William E. **Edward Snowden: desobediência civil por uma era de total vigilância.** Signos filosóficos. Vol.16. No.32. México: jul./dic. 2014. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242014000200006>

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil.** 1849. Disponível em <<https://web.archive.org/web/20130410133957/http://www.culturabrasil.pro.br/desobedienciacivil.htm>>.

PROGRAMA GERAL DE ESTÁGIO SUPERVISIONADO PARA ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Jhésica Luara Alves de Lima

Lindocastro Nogueira de Moraes

Carmem Tassiany Alves de Lima

INTRODUÇÃO

Os desafios na implantação do ensino jurídico no modelo clínico em um escritório de advocacia são muitos, especialmente pela dificuldade geral de implantação desse modelo de ensino nas próprias faculdades de Direito do Brasil. Essa dificuldade se dá em razão do modelo tradicional de ensino do Direito, arraigado na cultura jurídica brasileira. Entretanto, reconhecendo que a prática jurídica dos estudantes de Direito se dá não apenas nos ambientes de sala de aula, nos Núcleos de Prática Jurídica e nas Clínicas Jurídicas das Universidades, pensou-se na possibilidade de criação e desenvolvimento de um programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia.

Os escritórios de advocacia são parceiros na formação jurídica dos estudantes de Direito, uma vez que é nesse ambiente que o estudante põe em prática os métodos consensuais de resolução de conflitos e todas as técnicas da profissão de advogado, acompanhado por advogados militantes em diversas áreas jurídicas, a depender do campo de atuação do escritório.

Foi a partir da disciplina “Formação Acadêmica no Direito”, ministrada pela Professora Doutora Loussia Penha Musse Felix da Uni-

versidade de Brasília (UnB) que a ideia de criação e desenvolvimento de um programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia floresceu nos autores, os quais dois deles são professores da área do Direito, pesquisadores e advogados militantes, conhecendo na teoria e na prática as dificuldades dos estagiários de Direito em se adaptarem as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, atualmente disciplinada pela Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018. A outra autora, é pesquisadora e assistente social militante, trabalhando diretamente com estudantes dos cursos de graduação em universidade federal, conhecendo também de perto as necessidades de uma formação acadêmica condizente com a realidade brasileira atual.

Por meio da Resolução CNE/CES nº 5/2018, no novo projeto pedagógico do curso de graduação em Direito, deverão constar, dentre outros institutos, competências, habilidades e uma formação teórica, profissional e prática adequada, valorizando a prática jurídica e um perfil interdisciplinar.

Assim, visando concretizar essa Resolução, fundamental que os escritórios de advocacia utilizem do seu perfil colaborativo para, junto aos cursos de graduação em Direito, formar bacharéis com excelência.

Para criação e desenvolvimento do modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia, a pesquisa utiliza-se da pedagogia por competências extraída do Projeto *Alfa Tuning* América Latina que objetiva compatibilizar as estruturas educativas da América Latina tendo como meta identificar e intercambiar informação e melhorar a colaboração entre as instituições de educação superior para o desenvolvimento da qualidade, efetividade e transparência da educação.

A ideia de criação e desenvolvimento de um programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia se deu para alcançar o seguinte objetivo geral do projeto: Proporcionar complementação do ensino jurídico e da aprendizagem a(o) estagiária(o), em conformidade com os currículos acadêmicos obrigatórios e proposta pedagógica dos cursos. A relevância do estudo de caso se dá em razão da necessidade da ampliação do ensino jurídico no modelo clínico no Brasil, vez as experiências tradicionais, via de regra, reproduzem uma concepção desprovida das oportunidades de atuação jurídica.

Ademais, a complexidade das relações da sociedade pós-moderna, fazem emergir a necessidade de um novo profissional do Direito, comprometido com a ética e a responsabilidade social, capaz de resolver os mais diversos tipos de problemas judiciais e administrativos.

1 EDUCAÇÃO JURÍDICA AOS FUTUROS ADVOGADOS

1.1 EDUCAÇÃO JURÍDICA FORMALISTA

Educação jurídica formalista é aquela que reforça e reproduz o conceito de direito formalista, nominada educação jurídica tradicional, a qual gira em torno do enciclopedismo curricular, da memorização e do conceitualismo (BONILLA MALDONADO, 2012), sistema ultrapassado diante da complexidade das relações sociais na contemporaneidade.

Essa educação jurídica formalista é a que realiza projetos pedagógicos tradicionais aos cursos de graduação em Direito, estruturado para materializar um currículo mínimo, voltado ao conjunto de componentes curriculares obrigatórios com base na legislação (RODRIGUES, 2019). A crítica que se faz em geral a educação jurídica formalista é que ela não está voltada para a formação prática, mas se restringe a um estudo teórico de códigos e leis (LAPA, 2014).

Neste modelo de projeto pedagógico há ausência de integração entre as disciplinas ou módulos, não privilegiando a interdisciplinaridade e tampouco a aprendizagem baseada em problemas, estratégia didático-pedagógico que tem o aluno no centro (RODRIGUES, 2019). Também não se privilegia a prática jurídica, nem as disciplinas propedêuticas que são a base para uma formação jurídica adequada, sempre devidamente relacionados à formação prática no sentido de competências e habilidades para aplicação dos conhecimentos teóricos.

É certo que as atuais diretrizes curriculares não fazem mais referência a um currículo mínimo, como ocorria com a Resolução CFE nº 12, de 6 de outubro de 1983, e nem a conteúdos mínimos, conforme acontecia na Portaria MEC nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, mas, mesmo sem a utilização das expressões, na prática é o que ocorre (RODRIGUES, 2019), sendo mínima a flexibilidade dos estudantes para formação de sua grade curricular.

A educação jurídica formalista promove currículos com um elevado número de disciplinas objetivando que os estudantes tenham uma visão geral das criações do legislador, limitando a formação jurídica a capacidade de repetir a literalidade da lei, com um ensino do direito em torno de categorias abstratas, princípios e regras, desprestigiando a legitimidade moral e política das normas e instituições jurídicas, ao separar a dogmática da teoria e prática jurídica e isolar o direito privado do direito público, tendo como único método de ensino a absorção de conteúdos ministrados pelo professor (BONILLA MALDONADO, 2012).

Em verdade, as faculdades de direito tradicionais, dada a sua natureza profissionalizante, dificultam aos egressos que se inserem no mercado de trabalho para atuar diante dos casos complexos que se apresentam. Na advocacia, em especial, as dificuldades saltam aos olhos, quando diante dos casos concretos trazidos pelos clientes, em busca da melhor estratégia, o que é dificultado quando não se adquire durante sua formação jurídica acadêmica as habilidades e competências necessárias para atuar com destreza na prática profissional. Por exemplo, alguns profissionais não sabem redigir uma peça processual, entrevistar um cliente ou avaliar as possíveis consequências de optar por uma ou outra estratégia jurídica (BONILLA MALDONADO, 2012), o que demonstra que é preciso mudança na estrutura curricular.

Especialmente os bacharéis recém aprovados no exame da ordem, têm dificuldades de aplicar os conhecimentos teóricos repassados em sala de aula e reproduzi-los no contexto prático, haja vista a formação jurídica no modelo formalista.

Uma vez que se graduam, os advogados se encontram com grandes dificuldades para atuar na prática profissional embora conheçam com maior ou menor precisão as normas jurídicas aplicáveis às atividades ou conflitos que enfrentam. Os jovens advogados evidenciam rapidamente, através do choque direto com a realidade prática, que não têm desenvolvido ou consolidado destrezas fundamentais para atuar competentemente na profissão. Carecem de habilidades para a argumentação jurídica escrita ou oral, não sabem entrevistar um cliente para precisar os efeitos jurídi-

camente relevantes do caso, não sabem trabalhar em equipe com colegas ou profissionais de outras disciplinas, ou redigir um contrato comum na prática privada (BONILLA MALDONADO, 2012, p. 122).

Assim sendo, são necessárias alterações estruturais nos cursos de graduação em Direito, promovidas pelas novas resoluções do Ministério da Educação e pela nítida necessidade de uma formação jurídica adequada a realidade fática brasileira. Essa situação fática deve ser acompanhada também pelos escritórios de advocacia, vez que também nesses espaços que os estudantes de Direito podem desenvolver suas habilidades jurídicas.

1.2 EDUCAÇÃO JURÍDICA APLICADA NOS NÚCLEOS EM AMÉRICA LATINA

É certo que na América Latina, há o predomínio do modelo formalista de ensino jurídico (BONILLA MALDONADO, 2012), entretanto, o Brasil contemporâneo possui um grau de complexidade que exige do ser humano uma capacidade de reflexão e planejamento diários, refletindo sobre a realidade, o que exige um planejamento educacional coerente com essas novas necessidades (RODRIGUES, 2019).

O profissional do Direito, em especial o advogado, uma vez que lida diretamente com a resolução de problemas complexos trazidos por seus clientes, necessita de uma formação jurídica concatenada com os anseios sociais, demonstrando segurança em sua atuação e, de fato, refletindo sobre as melhores estratégias jurídicas em favor do seu cliente e da sociedade, considerando o seu papel social e institucional, imprescindível aos regimes democráticos (D'URSO, 2012).

Assim, considerando as dificuldades de implantação das novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito nos cursos de Direito brasileiros, é importante que os escritórios de advocacia auxiliem na formação de competências e habilidades destes estudantes que compõem a equipe do escritório de advocacia ou sociedade de advogados.

Para tanto, é preciso olhar para a educação jurídica que tem se desenvolvido no âmbito da América Latina, haja vista fazer parte da realidade brasileira. Em busca de uma educação jurídica mais próxima do Brasil, afastando-se da cultura europeia, embora esta esteja arraigada na cultura brasileira, localizamos o Projeto *Alfa Tuning* América Latina, o qual surge em um contexto de intensa reflexão acerca da educação superior tanto em relação ao nível regional quanto internacional. Até então, o Projeto Tuning era uma experiência exclusiva da Europa, congregando mais de 135 universidades europeias que, desde o ano de 2001, desenvolvem intenso trabalho em favor da criação de um Espaço Europeu de Educação Superior. Entretanto, durante a IV Reunião de Seguimento do Espaço Comum de Ensino Superior da União Europeia, América Latina e o Caribe (UEALC) na Cidade de Córdoba, Espanha, em outubro de 2002, os representantes da América Latina que estiveram presentes no encontro, após ouvir a apresentação dos resultados da primeira fase do *Tuning*, abraçaram a ideia de pensar um projeto semelhante para América Latina. A partir de então, iniciou-se os preparativos do projeto *Tuning* para América Latina que foi apresentado por um grupo de universidades europeias e latino-americanas à Comissão Europeia no final do mês de outubro de 2003, sendo uma ideia intercontinental (TUNING, 20?).

O Projeto *Alfa Tuning* América Latina traz uma educação jurídica aplicada nos núcleos em América Latina, elaborando metodologias próprias, as chamadas metodologias ativas, bem como competências para a formação jurídica dos futuros profissionais em Direito.

Essas competências específicas para a formação jurídica são destinadas, exclusivamente, aos estudantes de curso de graduação em Direito. Entretanto, o Projeto *Alfa Tuning* América Latina não se restringe apenas ao curso de Direito, estabelecendo competências específicas diversas para os cursos de Administração, Arquitetura, Educação, Enfermagem, Física, Geologia, História, Engenharia Civil, Matemática, Medicina e Química.

O Projeto *Alfa Tuning* América Latina possui a seguinte estrutura metodológica, resumida na figura a seguir:

Figura 1. Resumo da estrutura metodológica do Projeto *Alfa Tuning* América Latina.

| Eixos | Linhas de ação |
|--|---|
| 1. Elaboração do perfil do curso/diploma | <ol style="list-style-type: none"> 1. Considerar as demandas econômicas e sociais, regionais e globais 2. Formular um meta-perfil de cada área temática a partir de competências gerais e específicas 3. Refletir sobre as tendências futuras da profissão e da sociedade 4. Ponderar sobre a missão específica da universidade. |
| 2. Redesenho dos programas de ensino | <ol style="list-style-type: none"> 1. Elaboração do Crédito Latino-Americano de Referência (Clar) – unidade de valor que meça a quantidade de trabalho, em horas, necessárias para alcançar os resultados da aprendizagem e a aprovação no ano letivo 2. Processo de aprendizagem, ensino e avaliação por competências 3. Projetos integradores. |
| 3. Trajetória de quem aprende | <ol style="list-style-type: none"> 1. Sistema de aprendizado centrado no estudante – a medição do Clar deve estar centralizada também no trabalho do aluno e não apenas no do professor. |

Fonte: Puziol e Barreyro (2018) a partir de Beneitone *et al.* (2007).

A metodologia proposta por esse projeto se adequa, perfeitamente, as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. A Resolução CNE/CES nº 5/2018 pretende uma formação geral, uma formação técnico-jurídica e uma formação prático-profissional, sugerindo a refundação da educação jurídica, o que aqui será chamado de nova configuração a qual, sugere-se, seja realizada nos moldes preconizados pelo Projeto *Alfa Tuning* América Latina que traz uma educação baseada em competências.

É preciso, no entanto, que haja “uma interlocução fundamentada, em que as instituições de ensino percebam as novas demandas técnicas e de base conceitual a serem atendidas quando da fase de inserção profissional de seus estudantes” (FELIX, 2008, p. 2). Nesse momento, a atuação dos escritórios de advocacia é fundamental para a formação desses futuros bacharéis, para que estes, quando profissionais, atuem com competências e habilidades, auxiliando na formação de novos estudantes de graduação em Direito, em um processo contínuo e gradual de avanço da educação jurídica para uma sociedade pluralista e humanizada.

2 COMPETÊNCIAS GENÉRICAS E ESPECÍFICAS EM DIREITO

Dentre os objetivos do Projeto *Alfa Tuning* América Latina está “Desenvolver perfis profissionais em termos de **competências genéricas e relativas a cada área de estudos** incluindo destrezas, conhecimentos e conteúdo nas quatro áreas temáticas que são incluídas no projeto” (TUNING, 202?). Para tanto, referido Projeto desenvolveu competências genéricas e específicas em Direito, elaboradas por uma equipe de profissionais capacitados em matéria de metodologias ativas e pedagogia por competências.

Segundo o glossário *Tuning*, competência pode ser definida como:

(...) uma combinação dinâmica de conhecimento, compreensão, capacidades e habilidades. Fixar estas competências é o objetivo dos programas educacionais. Competências são formadas em variadas unidades de crédito e alcançadas em diferentes estágios. Podem ser divididas em competências relacionadas a áreas de estudo específicas e competências genéricas (comuns a qualquer grau ou curso” (GONZÁLEZ; WAGENAAR, 2003, 255 *apud* FELIX, 2017, p. 11).

São competências genéricas, aplicáveis a todos os estudantes de ensino superior na América Latina:

1. Capacidade de abstração, análise e síntese;
2. Capacidade de aplicar o conhecimento na prática;
3. Capacidade de organizar e planejar o tempo;
4. Conhecimento sobre a área de estudo e profissão;
5. Responsabilidade social e compromisso cidadão;
6. Capacidade de comunicar oralmente e por escrito;
7. Capacidade de comunicar em uma segunda língua;
8. Competências na utilização das tecnologias da informação e comunicação;
9. Capacidade de pesquisa;

10. Capacidade de aprender e atualizar permanentemente;
11. Habilidades para pesquisar, processar e analisar informações de várias fontes;
12. Capacidade crítica e autocrítica;
13. Capacidade de agir em novas situações;
14. Habilidade criativa;
15. Capacidade de identificar, propor e resolver problemas;
16. Capacidade de tomar decisões;
17. Capacidade de trabalhar em equipe;
18. Habilidades interpessoais;
19. Capacidade de motivar e conduzir para objetivos comuns;
20. Compromisso com a preservação do meio ambiente;
21. Compromisso com o seu ambiente sociocultural;
22. Avaliação e respeito pela diversidade e multiculturalismo;
23. Capacidade de trabalhar em contextos internacionais;
24. Capacidade de trabalhar autonomamente;
25. Capacidade de formular e gerenciar projetos;
26. Compromisso ético;
27. Compromisso com a qualidade.

Ou seja, é preciso que ao final do curso os estudantes de curso superior tenham adquirido as competências genéricas acima descritas, pois elas são essenciais para um profissional qualificado, em consonância com as necessidades atuais.

São competências específicas, aplicáveis apenas aos estudantes de ensino superior do curso de graduação em Direito na América Latina:

1. Conhecer, interpretar e aplicar os princípios gerais do Direito e do ordenamento jurídico;
2. Conhecer, interpretar e aplicar as normas e princípios do sistema jurídico nacional e internacional em casos concretos;
3. Buscar a justiça e equidade em todas as situações nas quais intervém;

4. Estar comprometido com os Direitos Humanos e com o Estado social e democrático de Direito;
5. Capacidade de exercer sua profissão trabalhando em equipe com colegas;
6. Capacidade de trabalhar em equipes interdisciplinares como especialista em Direito contribuindo de forma efetiva com suas tarefas;
7. Compreender adequadamente os fenômenos políticos, sociais, econômicos, pessoais e psicológicos – entre outros –, considerando-os na interpretação e aplicação do Direito;
8. Ser consciente da dimensão ética das profissões jurídicas e da responsabilidade social do graduado em Direito e atuar de acordo;
9. Capacidade de raciocinar e argumentar juridicamente;
10. Capacidade de dialogar e debater a partir de uma perspectiva jurídica, compreendendo os diferentes pontos de vista e articulando-os afim de propor uma solução razoável;
11. Considerar a pertinência do uso de meios alternativos na solução de conflitos;
12. Conhecer uma língua estrangeira que permita o desempenho eficiente no âmbito jurídico (inglês, português e espanhol);
13. Capacidade para usar a tecnologia necessária na busca de informação relevante para o desempenho e atualização profissional;
14. Capacidade para aplicar critérios de pesquisa científica em sua atividade profissional;
15. Capacidade para aplicar seus conhecimentos de forma especialmente eficaz em uma área determinada de sua profissão;
16. Capacidade de enfrentar novas situações e contribuir para a criação de instituições e soluções jurídicas em casos gerais e particulares;
17. Capacidade para redigir textos e expressar-se oralmente em uma linguagem fluída e técnica, usando termos jurídicos precisos e claros;
18. Capacidade para analisar uma ampla diversidade de trabalhos complexos com relação com o Direito e sintetizar seus argumentos de forma precisa;
19. Capacidade para tomar decisões jurídicas pensadas;
20. Compreender e relacionar os fundamentos filosóficos e teóricos do Direito com sua aplicação prática;

21. Demonstrar consciência crítica na análise do ordenamento jurídico;
22. Capacidade de atuar jurídica e tecnicamente em diferentes instâncias administrativas ou judiciais com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
23. Capacidade para decidir se as circunstâncias de fato estão suficientemente claras para poder adotar uma decisão fundada no Direito;
24. Atuar de maneira leal, diligente e transparente na defesa de interesses das pessoas às quais representa.

As metodologias ativas devem ser aplicadas com vistas a alcançar nos estudantes do curso de graduação em Direito as competências específicas em Direito, formando assim um futuro profissional nos moldes requeridos pela sociedade contemporânea, menos mecanizado e formalista; mais reflexivo, crítico e humanizado.

Por esta metodologia, o estudante de Direito deve estar no centro do conhecimento, participando ativamente do processo ensino-aprendizagem e não sendo apenas um mero receptor de conteúdo, como acontecida na educação jurídica formalista. Nesse sentido Félix disciplina que, “a simples reflexão em torno das competências a serem obtidas no processo de formação constitui para a área uma mudança significativa de paradigma, que desloca o centro deste processo para a figura do estudante de Direito” (FELIX, 2017, p. 20). Esse estudante era “historicamente um sujeito passivo destinado a memorizar leis e códigos a serem aplicados ao chamado caso concreto” (FELIX, 2017, p. 20).

3 MODELO DE PROGRAMA GERAL DE ESTÁGIO SUPERVISIONADO PARA ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Seguindo as proposições apresentadas pelo Projeto *Alfa Tuning* América Latina, formulamos o seguinte modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia, o qual deve ser adaptado a realidade e a área de atuação de cada escritório. No modelo a seguir, utilizamos a título de exemplo, um escritório de advocacia que trabalha na área cível. Vejamos modelo proposto para reflexão:

Figura 2. Modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia

| (TIMBRE E NOME DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA) |
|---|
| PROGRAMA GERAL DE ESTÁGIO SUPERVISIONADO |
| I. DADOS DE IDENTIFICAÇÃO - Estágio: Estágio Supervisionado em Direito - Supervisor: (Nome Completo e número da OAB do(a) Advogado(a) Supervisor(a)) - Currículo Lattes: (Link do Currículo Lattes do(a) Advogado(a) Supervisor(a)) - Turno: (Matutino ou Vespertino) - Carga Horária Semanal: 30hs - Carga Horária Total: Até 120hs - Tempo médio previsto para atividades não presenciais do estágio: 30hs |
| II. EMENTA Estudo e desenvolvimento pelo(a) estagiário(a) da prática forense por meio do contato direto com o processo judicial e administrativo. As atividades abrangem: confecção de peças processuais privativas da função da advocacia, notadamente na seara cível, cujas causas abarcam demandas trabalhistas e previdenciárias. Dimensão privada do direito. Teorias clássicas e contemporâneas do direito. Escolas do pensamento jurídico. Direitos fundamentais e novos direitos. |
| III. COLABORADORES Advogado(a)s que participam na condição de colaboradores do projeto: (Identificar com nome completo e número da OAB) |
| IV. OBJETIVOS IV.I. GERAL Proporcionar complementação do ensino jurídico e da aprendizagem a(o) estagiária(o), em conformidade com os currículos acadêmicos obrigatórios, proposta pedagógica dos cursos, calendários escolares e plano de atividades. IV.II. ESPECÍFICOS <ul style="list-style-type: none">• Propiciar o aprendizado de competências próprias da atividade profissional e a contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho;• Oferecer a(o) estagiário(a) atividades de aprendizagem compatíveis com o Plano de Estágio curricular supervisionado.• Acompanhar e orientar o(a) estagiário(a) na execução de atividades jurídicas, no ambiente de trabalho;• Abordar aspectos relacionados à elaboração de peças processuais, incluindo o peticionamento administrativo e judicial;• Interagir e dialogar o Direito com os demais ramos do saber. |
| V. VALORES E ATITUDES Percepção, criatividade e decisão. Satisfação e motivação no trabalho. Dinâmica e comportamento em grupo. |

VI. RELAÇÕES INTERDISCIPLINARES

(Inserir as disciplinas que se relacionarão com a atuação do estagiário, exemplo: Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Internacional e Educação Jurídica)

VII. COMPETÊNCIAS ESPERADAS - NÍVEIS, INDICADORES E DESCRITORES

| Competência Genérica: Capacidade de identificar, propor e resolver problemas. | | |
|---|---|---|
| Níveis | Indicadores | Descritores |
| 1º Nível: Conhecimento. Distingue e pesquisa noções sobre a problemática jurídica posta. | Confere na legislação, doutrina e jurisprudência os entendimentos atuais sobre o assunto. | Relaciona os conteúdos pesquisados com a realidade. |
| 2º Nível: Compreensão. Fomenta debate com os colegas de estágio, colaboradores e/ou supervisor sobre a temática. | Percebe as conexões entre a teoria e prática. | Revela compreensão aos termos jurídicos e sugere soluções ao caso concreto. |
| 3º Nível: Aplicação. Reduz a termo o conhecimento adquirido e reflexões sobre o assunto. | Expressa domínio com propriedade. | Elabora a peça processual competente de forma adequada. |

| Competência Específica: Conhecer, interpretar e aplicar as normas e princípios do sistema jurídico nacional e internacional em casos concretos. | | |
|---|---|---|
| Níveis | Indicadores | Descritores |
| 1º Nível: Conhecimento. Identifica a problemática processual. | Pesquisa acerca dos princípios e regras jurídicos. | Certifica a existência de teorias nacionais e internacionais aplicáveis ao caso. |
| 2º Nível: Compreensão. Percebe a possibilidade de aplicação dos princípios e regras do sistema jurídico nacional e internacional em casos concretos. | Decifra termos e conceitos jurídicos nacionais e internacionais, verificando sua ligação com o caso estudado. | Possui aptidão para determinar quais princípios e regras do sistema jurídico devem ser aplicados. |
| 3º Nível: Aplicação. Delibera acerca dos princípios e regras jurídicos que devem ser aplicados. | Recomenda soluções ao caso proposto. | Percebe os princípios e regras mais adequados a serem utilizados no caso concreto. |

| VIII. CONTEÚDO PROGRAMÁTICO SEMANAL | |
|---|---------------------------|
| Cronograma | Nº de horas |
| I Reuniões diárias no período compreendido das 12h00min às 13h00min, para discussão acerca dos novos posicionamentos dos Tribunais Superiores, teses defendidas pelo escritório, teses acatadas pelo Poder Judiciário, organização de competências e tarefas. | 5 |
| II Participação em congressos, seminários, simpósios, encontros e cursos jurídicos com vistas ao aperfeiçoamento dos valores e atitudes. Em não havendo eventos jurídicos, o tempo ficará disponível para estudo. | 5 |
| III Elaboração de peças processuais e peticionamento administrativo e judicial supervisionados. Confecção de Petições. Pesquisa da legislação aplicada ao caso. Pesquisa doutrinária e jurisprudencial para fundamentar o pedido. Confecção da primeira versão da petição inicial. Debates e correções, com o supervisor, da peça confeccionada. Ajuizamento da demanda no sistema de Processo Judicial Eletrônico. Acompanhamento de Processos. Distribuição com o(a) estagiário(a) s das tarefas relacionadas aos processos em curso. Confecção de peças processuais tais como: Petição Inicial, Réplicas às Contestações, Manifestações acerca dos despachos exarados e demais pleitos incidentais. Elaboração de Recursos pelo(a)s estagiário(a)s (quando for o caso), tudo sob supervisão. | 20 |
| IX. METODOLOGIA Problem Based Learning. | |
| X. PROCEDIMENTOS DE AVALIAÇÃO O(a) estagiário(a) será avaliado(a) por meio das seguintes modalidades: | |
| Atividades | Porcentagem da nota final |
| Análise das tarefas desenvolvidas, verificando o domínio do conhecimento, o compromisso e a responsabilidade. | 80% |
| Observação do efetivo estudo e aprendizado do(a) estagiário(a) referente aos assuntos jurídicos propostos e teses suscitadas. | 10% |
| Participação integrada nas reuniões e participação em eventos jurídicos. | 10% |

XI. BIBLIOGRAFIA**XI.I. BIBLIOGRAFIA BÁSICA**

(Aqui deve ser posta a bibliografia básica necessária a(o) estagiária(o) de Direito. A bibliografia deve estar à disposição em acervo físico ou eletrônico do escritório, de fácil acesso aos estagiários).

XI.I. BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

(Aqui deve ser posta a bibliografia complementar necessária a(o) estagiária(a) de Direito, podendo ser incluídos artigos científicos, teses, dissertações e demais textos científicos acessíveis).

Cidade, Estado, data.

Assinatura do(a) Supervisor(a) de Estágio

Fonte: Autores (2019).

Como se verifica, o modelo é composto por: dados de identificação, ementa, colaboradores, objetivos gerais e específicos, valores e atitudes, relações interdisciplinares, competências esperadas - níveis, indicadores e descritores, conteúdo programático semanal, metodologia, procedimentos de avaliação, bibliografia básica e complementar.

O modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia, uma vez que segue um projeto, inicia com um bloco de informações de identificação, composto pelo nome do estágio, nome do supervisor de estágio para sua identificação, currículo lattes do supervisor de estágio para fins de verificação de sua formação, turno em que se desenvolve o estágio, carga horária do estágio e tempo médio previsto para atividades não presenciais do estágio.

Foi adotado para o modelo, uma carga horária semanal de 30 horas e uma carga horária mensal de 120 horas, ambas devem ser compatíveis com a Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, no artigo 10.

Por sua vez, o tempo médio previsto para atividades não presenciais do estágio é um período destinado ao estudo de teorias, doutrina e jurisprudência em ambiente externo ao escritório, facultado ao programa.

A ementa deve ser adaptada a realidade do escritório de advocacia, a área em que atua, que tipos de processos e procedimentos abarca.

Devem ser elencados ao projeto todos o(a)s advogado(a)s que participam na condição de colaboradores, bem como quaisquer outros membros da equipe multidisciplinar que também prestem esse auxílio na formação do(a)s estagiário(a)s.

Os objetivos, valores e atitudes, e relações interdisciplinares, também são a critério, tendo sido citados elementos que se adequam a inúmeros casos, devendo serem adaptados a realidade de cada escritório.

Observe que para a confecção do modelo foi escolhida apenas uma competência genérica, qual seja, “Capacidade de identificar, colocar e resolver problemas aplicando os conhecimentos” dentre as vinte e sete competências genéricas do Projeto *Alfa Tuning* América Latina, podendo serem escolhidas outras competências para desenvolvimento junto aos estagiários.

Do mesmo modo foi adotada apenas uma competência específica em Direito, qual seja, “Conhecer, interpretar e aplicar as normas e princípios do sistema jurídico nacional e internacional em casos concretos”, dentre as vinte e quatro competências genéricas do Projeto *Alfa Tuning* América Latina, podendo serem escolhidas outras competências para desenvolvimento junto aos estagiários.

Os níveis, indicadores e descritores foram desenvolvidos e adaptados em relação aos níveis, indicadores e descritores do Projeto *Alfa Tuning* América Latina. Cada competência genérica e específica deve conter níveis, indicadores e descritores que auxiliarão na verificação do alcance ou não da competência requerida, ao final do estágio. Os níveis, indicadores e descritores tratam-se de cenários de desempenho para avaliação das competências.

Os níveis são, em verdade, os níveis de formação que se pretende que o estudante de Direito alcance ao final do estágio. Esse nível pode ser básico, intermediário ou avançado, como nos exemplos do modelo de programa geral de estágio supervisionado. A cada nível de formação correspondem indicadores, que irão indicar se o estagiário está conseguindo atingir o nível esperado. Para tanto, os descritores são objetos de referência para mensurar esse aprendizado ao final do estágio.

Esses mesmos níveis, indicadores e descritores devem ser aplicados nos programas curriculares das disciplinas jurídicas, de modo a auxiliar professor e aluno no processo de aquisição de competências durante o processo de ensino-aprendizagem.

O conteúdo programático semanal também trata-se de uma sugestão de rotina a ser aplicada e implementada no escritório, tais como reuniões diárias, participação em eventos acadêmicos, elaboração de peças processuais e peticionamento.

Para a metodologia, por sua vez, o projeto adota o uso das metodologias ativas, inserindo o estagiário no centro do processo ensino-aprendizagem. Para tanto, escolhe a metodologia “Problem Based Learning” dentre tantas metodologias ativas existentes. A adoção desta metodologia, em específico, dá-se tendo em vista que escritórios de advocacia está sempre lidando com problemas, problemas reais; sendo assim, o aprendizado baseado na resolução de problemas se mostra adequado. A construção do conhecimento do(a) estagiário(a) dá-se em conjunto com o(a) supervisor(a) do estágio e colaboradores. Para tanto, estabelecem-se procedimentos para avaliação.

Por fim, sugere-se a indicação e disponibilização de bibliografia adequada a formação jurídica do(a)s estagiário(a)s de Direito, a qual deve estar à disposição em acervo físico ou eletrônico do escritório, de fácil acesso, podendo ser incluídos artigos científicos, teses, dissertações e demais textos científicos acessíveis.

Como contraponto, temos que a implantação do ensino jurídico no modelo clínico em um escritório de advocacia, bem como a implantação em sala de aula, enfrenta muitos desafios. Em um escritório de advocacia, especialmente, os desafios básicos seriam: a adesão pelos membros da equipe jurídica; a dificuldade de quebra do modelo tradicional de ensino e prática; a disputa entre a aplicação do novo modelo, que exige tempo e dedicação, com o exame de ordem e trabalho de conclusão de curso para os estagiários no fim do curso; entre outros obstáculos. Entretanto, o ensino jurídico no modelo clínico é uma realidade que desafia o modelo de ensino jurídico formalista e exige transformações na mentalidade do jurista.

Os meios consensuais de resolução de conflitos, o novo Código de Processo Civil, as novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, o Processo Judicial Eletrônico, entre outras novidades do mundo jurídico, demonstram que é necessário um novo perfil ao estudante de Direito e os escritórios de advocacia, uma vez que oportunizam estágio a esses estudantes, não pode ficar alheio a essa necessidade de transformação do perfil discente.

Enfim, cumpre dizer que o modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia está sendo implementado no escritório de advocacia Lindocastro Nogueira Sociedade de Advogados, OAB/RN nº 494, com sede em Mossoró/RN e filial em Natal/RN e esperam-se resultados positivos dessa implementação a médio e longo prazo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que um programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia que faça uso das metodologias ativas pode ser capaz de, ao longo do período de estágio, florescer nos estagiários, competências genéricas e específicas em Direito, auxiliando na formação jurídica recebida no âmbito da Universidade, traçamos as seguintes considerações finais:

A educação jurídica formalista é um modelo de educação não desejável ao Brasil contemporâneo, diante da complexidade dos problemas sociais.

A educação jurídica aplicada nos núcleos em América Latina é o modelo de educação desejável ao Brasil contemporâneo, posto que corresponde aos anseios sociais de um novo advogado comprometido com a ética, responsabilidade social e com uma sociedade multicultural e pluralista.

É possível a criação e desenvolvimento de um modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia, de modo a auxiliar a formação jurídica do(a)s estagiário(a)s, em auxílio aos cursos de graduação em Direito.

Para a criação e desenvolvimento de um modelo de programa geral de estágio supervisionado para escritórios de advocacia utilizou-se da pedagogia por competências extraída do Projeto *Alfa Tuning* América Latina e das metodologias ativas.

O ensino jurídico no modelo clínico desafia o modelo de ensino jurídico formalista, mas é uma realidade que exige transformações na mentalidade do jurista.

REFERÊNCIAS

BENEITONE, Pablo *et al.* (Ed). *Tuning América Latina: Reflexões e perspectivas do ensino superior na América latina*. Relatório final – Projeto Tuning – América Latina 2004-2007. Espanha: Universidade de Deusto, 2007. 429p.

BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do direito na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 36, n. 02, p. 101 - 134, jul./dez. 2012.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Sem advogado, não há justiça. *OAB São Paulo*, 2012. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2012/152>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

GONZÁLEZ, Julia; WAGENAAR, Robert. Tuning Educational Structures in Europe-Final Report-Pilot Project Phase 1. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003 apud FELIX, Loussia Penha Musse. *O Projeto ALFA Tuning e a Área de Direito Competências como Eixo da Formação na Perspectiva Latino-Americana*. Disponível em: <<https://direito.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/35/2017/04/Loussia-Felix.-O-Projeto-ALFA-Tuning-e-a-%C3%81rea-de-Direito..pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

LAPA, Fernanda Brandão. Clínicas de Direitos Humanos: uma alternativa de formação em Direitos Humanos para cursos jurídicos no Brasil. *Tese de doutorado em educação: psicologia da educação*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. 184p.

FELIX, Loussia Penha Musse. Competências no processo de formação do bacharel em Direito Perspectivas para integração das demandas relativas ao estudante e às carreiras jurídicas. *Boletim Educação Jurídica*, v. 2, n. 2, abr-jun, 2008. 9p.

_____. *O Projeto ALFA Tuning e a Área de Direito Competências como Eixo da Formação na Perspectiva Latino-Americana*. Disponível em: <<https://direito.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/35/2017/04/Loussia-Felix.-O-Projeto-ALFA-Tuning-e-a-%C3%81rea-de-Direito..pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

Projeto Tuning América Latina. Disponível em: <http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1>. Acesso em: 13 jun. 2019.

_____. *Antecedentes*. Disponível em: <<http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?d=0&option=content&task=view&id=168&Itemid=196&lang=pt>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

Projeto *Tuning América Latina. Competências Genéricas da América Latina*. Disponível em: <<http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=content&task=view&id=217&Itemid=246>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PUZIOUL, Jeinni Kelly Pereira; BARRYERO, Gladys Beatriz. Projeto *alfa tuning América Latina: entre a elaboração e a implementação nas universidades brasileiras participantes*. *Acta Scientiarum*. Education, v. 40(1), e37338, p. 1-12, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Cursos de Direito no Brasil: Diretrizes curriculares e projeto pedagógico*. 1. ed. Florianópolis: Habitus Editora, 2019. 196p.

A FORMAÇÃO PEDAGÓGICA DO PROFESSOR DE DIREITO NO BRASIL

Bernard Pereira Almeida

INTRODUÇÃO

No ano de 2018 o curso de Direito completou 191 anos de sua existência, e o que se pode perceber foi a expressiva trajetória desse curso, porém, percebe-se ainda a necessidade de reestruturação do ensino jurídico, este que somente recebe críticas ao modelo aplicado atualmente. A prática educacional aplicada está ainda enraizada no positivismo, conservadora e tecnicista, por meio de aulas meramente expositivas, de forma tradicional, onde o professor detém o conhecimento que será transmitido e o aluno deve absorvê-lo. E nesse processo, não se há preocupação com a contextualização do conteúdo, repassado de forma fragmentada e dissociada histórica e socialmente.

Este trabalho investiga, utilizando o método sistêmico quantitativo de estudo literário, intentado oportunizar que não somente os novos docentes, assim como também os já consagrados professores de direito possam se atualizar e/ou se adaptarem as reais necessidades que a didática para esse curso deve desenvolver.

Dentro das pesquisas serão analisados livros, artigos e outros documentos referentes ao tema. Tendo como objetivo geral do artigo a importância do papel da pedagogia na formação do professor de Direito, e como objetivos específicos, visa discorrer sobre o ensino jurídico, a docência no ensino superior do professor do curso de Direito e sua formação pedagógica, enquanto instrumento de transformação do ensino jurídico. Ao

final pretende-se discutir sobre os resultados encontrados e responder à problemática: em meio a tanta tecnologia de informação, porque existe ainda tanta deficiência na formação pedagógica do professor de direito?

1- CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ENSINO DE DIREITO:

Mesmo o Brasil tendo ultrapassado os 190 anos desde a criação dos cursos jurídicos, não houve mudanças substanciais no modelo de ensino jurídico, permanecendo o mesmo de décadas passadas: modelo este em que o professor é visto como uma autoridade, suas aulas são como palestras e as avaliações resumem-se a testar a capacidade do aluno de decorar artigos de lei.

Assim lecionou Galuppo (2008, p. 17), ao se remeter ao crescimento do ensino superior, o qual tomou o lugar de “reprodução do saber profissionalizante” cedendo lugar à pesquisa como “cerne do ensino universitário”, no pós-ditadura militar, o que se segue até os dias atuais. Assim, tradicionalmente, o ensino do Direito é feito propugnando mais a reprodução do que para a produção de novos saberes científicos.

Pensar em prática pedagógica nos obriga a considerar o espaço educacional a qual ela transcorre para a formação e a atuação desse profissional. O espaço universitário deve ser revisto dentre suas reais funções e estratégias de formação de profissionais, constituindo um ambiente pedagógico não resumido ao mero incentivo à especialização em disciplinas pedagógicas instrumentais, mas que conduza ao comprometimento com a elaboração dos planejamentos curriculares e de ensino, nos cursos oferecidos pela instituição, nas reuniões dos diferentes colegiados, nas assessorias técnico-pedagógicas, nas avaliações dos cursos, projetos e programas. (RIBEIRO JR.; 2001, pp.11-13). Nesse contexto, Vasconcelos (2000, p.01) indaga uma hipótese: alguém sem formação pedagógica, que faz de sua prática um experimento de acerto e erro, sem considerar o aluno, bem como domínios de técnicas específicas que levam à competência pedagógica, pode ser chamado de “professor”?

O que se observa é a resistência encontrada nos paradigmas dos professores que já estão teoricamente estabilizados na profissão da docência jurídica, distantes da realidade social concreta, permanecendo juristas

e acadêmicos presos em realidades conceituais e passando a constituir o mundo de trabalho próprio. Assim, a doutrina lecionada se mantém afastada das reais necessidades da sociedade, pois o Direito que se ensina não abarca a complexidade e pluralidade da sociedade atual, estando esta doutrina estagnada a uma prática advocatícia com base em manuais. (SANTOS; MORAIS, 2007, p. 60-61). Práticas estas inadequadas nos dias atuais, já que a preocupação não está em explicar e transmitir conhecimentos sobre a realidade jurídica brasileira, e muito menos na preparação do corpo discente para a vida profissional. (OLIVEIRA, ADEODATO; 1996, p. 12).

A maior preocupação que se percebe entre os estudantes de direito é estarem preparados para serem aprovados na prova final da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e para os concursos públicos, olvidando-se e distanciando-se da pedagogia ao lecionarem, eis que antes de serem juristas estes estudantes exercerão a função de professores.

O que contradiz a caminhada desses estudantes se faz perceptível ao observar que na maioria, esses profissionais passaram pelo mestrado acadêmico, cujo objetivo é, além da pesquisa, formar professores para o magistério superior. Se a formação pedagógica está inserida neste objetivo de formar professores, porque não se consegue conciliar o saber pedagógico nessa formação? Não existe uma receita pronta explicando como será feita essa formação docente, e também não é orientada na lei, fazendo assim correta a afirmação de Vaz de Mello (2002, p.13) quando registra que as universidades fazem o que julgarem melhor ao que se refere à legislação. Outra questão que se faz aqui é saber como as instituições de ensino superior estão desenvolvendo esta formação nos cursos de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito no Brasil.

1.1- Histórico do ensino jurídico:

Foi no século XIX, no período imperial, que se deu o surgimento dos primeiros cursos de ciências jurídicas criados no Brasil, nas cidades de São Paulo e Olinda em 1827, após a independência do país. Fundamentado num modelo liberal positivista, este ensino jurídico foi criado para formar os filhos das elites brasileiras e compor os mais altos cargos políticos do novo governo. (WOLKMER; 2002, p.80)

Foi a perpetuação das estruturas e práticas de poder dominantes no país que objetivaram a criação dos cursos de ciências jurídicas e sociais no Brasil, já que o país precisava reproduzir um modelo vigente e manter o *status quo* de uma pequena parcela da sociedade é detentora do poder. A prática desse modelo refletia nos ideais a serem alcançados por meio da formação dos bacharéis em Direito. Bittar (2006, p.05) dispõe sobre o modelo do ensino jurídico no Brasil do século XIX, afirmando que este tinha uma clássica forma de compreender, de modo liberal e positivista, o qual está revestido de simbolismos, praticamente era um ritual que antecedia a aula.

A independência do Brasil de Portugal colocou o bacharelado em Direito no caminho para os mais altos degraus da vida política e de ascensão aos cargos públicos brasileiros, descontextualizados e afastados dos interesses das camadas populares. A retórica e a linguagem refinada reproduziam o *status quo* e uma ideologia dominante, o curso de direito, embora de origem liberal, não estava voltado à defesa dos interesses populares, e serviu como instrumento de manutenção das ideologias do Estado. (WOLKMER; 2002, p.101). A profissão judiciária sempre foi vista com grande ascensão, e, assim, foi dominante na visão dogmática e positivista das ciências da natureza referente à maneira de se lecionar, onde os docentes reproduziam dentro da sala de aula, as relações de autoridade e poder externas à academia, o que despertava pouca simpatia nos alunos (BITTAR, 2002, p. 06), aulas essas que não se baseavam em práticas pedagógicas, pois estavam centradas na figura do professor.

Com essa nova República, ocorre a expansão do ensino jurídico, com a criação de cursos livres, sendo que o grau de bacharelado em Direito torna-se um instrumento para o alcance de ascensão social (FERRARI, 2010, p. 56). Em uma análise histórica bem resumida sobre a docência, pode-se afirmar a existência de três fatores que contribuem para que, na cultura universitária, a tarefa de ensinar e a formação pedagógica dos professores, sejam relegadas para segundo plano.

O primeiro fator dispõe sobre a formação para a docência como atividade de menor valor, pois havia a preocupação com o bom desempenho do profissional. Ministras aulas expositivas sobre determinado assunto era a crença de alguns autores, o que ainda é para alguns na atualidade, pois se acreditava que “quem soubesse a doutrina decorada, saberia automaticamente ensinar” (MASETTO; 1998, p. 11).

O segundo fator se deu pela ênfase na condução das pesquisas, e os critérios de avaliação da qualidade docente, que se concentram na produção acadêmica. Inicia-se, assim, a concorrência das atividades entre o ensino e a pesquisa, e como os critérios de avaliação valorizam apenas a pesquisa, passa-se a alimentar uma cultura de desprestígio à docência no meio acadêmico, comprometendo a almejada indissociabilidade ensino-pesquisa-extensão (PIMENTEL; 1993, p. 89). Já nas observações de Fernandes (1998, p. 95-96), a legalidade nas exigências para o ingresso do professor na carreira docente restringe-se unicamente à formação no nível de graduação ou pós-graduação na área específica profissional, em que o docente vai atuar.

No terceiro fator é a presença da cultura de não haver a necessidade de um preparo na formação pedagógica dos professores universitários, reflete e regulamentada a crença da não utilidade dessa metodologia nos cursos de direito. Logo, percebe-se a inexistência de amparo legal em âmbito nacional que estimule tal formação pedagógica. Esse modelo que foca na produção acadêmica e provoca estímulos à pesquisa não ocorre somente no Brasil, podendo ser observada no contexto internacional, por meio dos trabalhos dos autores Benedito, Ferrer e Ferreres (1995), Kennedy (1997), Marcelo García (1999) e Serow (2000), os quais concordam na necessidade de se reverter esse cenário de formação pedagógica nos cursos de direito.

O que se conclui até aqui é que os cursos jurídicos estão mais atentos em assegurar que os alunos conheçam bem as leis e a estrutura lógica das mesmas dentro do sistema, para depois, caso demonstrem interesse, procurem estudá-las e compreendê-las em perspectivas éticas, sociológicas, psicológicas, filosóficas, políticas e críticas.

Mas, como a maneira de como se interpretar um curso de direito se baseia na crença de que o objeto de estudo é apenas um conjunto de normas jurídicas que formam o sistema jurídico positivo de uma determinada sociedade, quando este estudo se dá de fora, como o fazem os estudiosos de outras ciências sociais, a análise procura observar no sentido de localizá-lo na sociedade, procurando fazer um levantamento crítico-reflexivo de suas diferenças sociais. A inflexibilidade da estrutura dos cursos jurídicos condenam os estudantes e os professores, os tornando incapazes de entender os novos tipos e formas de conflitos e tensão sociais.

2- CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DO PROFESSOR NO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL:

Rui Barbosa, em seu parecer datado em 1882, já havia criticado a situação encontrada no ensino superior brasileiro, especialmente no Direito, afirmando a necessidade de uma reforma completa dos métodos e dos mestres. (RIBEIRO JÚNIOR, 2001, p. 29). Documentos datados desde a década de 30 já faziam referências à necessidade de formação em nível de pós-graduação, porém, somente a partir da década de 50 que tais programas começaram a ser ofertados de modo mais sistemático, obedecendo a padrões mais rigorosos (BERBEL, 1994, p. 21; MARAFON, 2001, p. 72).

Esses incentivos à pós-graduação deviam ser a solução da carência de mão de obra especializada para as universidades, contudo, a docência continuava a ser negligenciada. Berbel (1994, p. 21) ressaltou que foi somente a partir da década de 70 que se observou o grande avanço quantitativo nas ações voltadas para a formação de professores universitários, mesmo assim, este processo também não pode ser considerado satisfatório em termos de formação pedagógica. Marafon (2001, p. 72) completa, afirmando que a preocupação com a formação de professores universitários se fez presente desde o I Plano Nacional de Pós-Graduação (PNG), elaborado em 1974, porém, foi somente o Plano Nacional e Graduação, aprovado em 1999, no XII Fórum Nacional de Pró-Reitores de Graduação das Universidades Brasileiras (FORGRAD, 2002), que se expressou a qualidade da formação desejada: integrar a missão básica de formar o pesquisador na responsabilidade de formação do professor de graduação, desenvolvendo ações pedagógicas no que dizem respeito ao rigor dos métodos específicos de produção do saber, em perspectiva epistêmica.

Sabendo que nossa legislação educacional é omissa em relação à formação pedagógica do professor universitário, lê-se no primeiro projeto da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) apresentado por Octávio Elísio à Câmara dos Deputados em Brasília, em 1988, estabelecia, no artigo 54, as condições para o exercício do magistério no ensino superior seriam regulamentadas nos estatutos das respectivas instituições de educação superior. (SAVIANI, 1998, p. 49). No primeiro substitutivo, o texto foi modificado, estabelecendo a preferência de que essa formação se desse em programas de mestrado e doutorado.

O então senador Darcy Ribeiro, na época apresentou um novo projeto integral da LDB em que propunha, no art. 74, uma preparação para o exercício do magistério superior em nível de pós-graduação com programas de mestrado e doutorado, acompanhados da respectiva formação didático-pedagógica (SAVIANI, 1998, p. 144). Em parágrafo único, ficou assegurado o direito ao exercício do magistério às pessoas de “notório saber”. No art. 73 ficou disposto a não necessidade da inclusão da prática complementar de ensino na formação docente (SAVIANI, 1998, p. 144), embora defendesse a preparação pedagógica para os futuros professores.

2.1- O professor de Direito:

Os docentes de direito possuem duas características marcantes, que dependem ou da trajetória histórica do curso de Direito ou da trajetória de formação de professores para o Ensino Superior de forma geral. No que se refere à trajetória histórica do curso, a característica mais óbvia é a de que o professor é fruto daquilo que vivenciou e passa a ser um repetidor das ações aprendidas. Já se remetendo a trajetória de formação de professores, a característica é o docente fruto de uma formação que, mesmo sendo “*stricto sensu*”, ainda não tem diretrizes que a regulem, o que não contribui para a sua formação.

Os professores dos cursos de Direito enfrentam sua primeira prática docente baseada na sua experiência enquanto aluno, pois não têm formação pedagógica antes de iniciarem essa docência. Não conhecem as exigências da docência, e que, segundo Aguiar (1999, p. 80), os docentes de Direito podem ser considerados “professores de emergência, geralmente juízes, promotores e advogados, que só ouviram falar em educação no dia em que foram convidados a lecionar”.

Ventura (2004, p. 15) enfatiza que são raros os docentes que buscam título na área da educação e nos programas de pós-graduação em Direito. Nesse curso, atualmente, o professor é apenas o veículo de um saber que ele não elaborou, perante o qual ele nem sequer se posicionou numa perspectiva reflexiva e crítica, passando a verdade do sistema dominante, e exigindo de volta e intacta nas avaliações que ele aplica ao aluno (MARQUES NETO, 2001, p. 55).

Não se pode esquecer que nos curso jurídicos há, também, a presença minoritária de professores de outras disciplinas, como o de Português Jurídico (geralmente graduados em Letras), dos professores de Filosofia e Sociologia, graduados em suas áreas do conhecimento e dos professores de Metodologia de Pesquisa. São professores provindos de licenciaturas e por serem a minoria nos cursos de direito guardam suas inquietações para si e limitam seu trabalho à sala de aula.

Desta feita, fica claro que toda a educação de ensino superior foi afetada pelas mudanças ocorridas no mundo contemporâneo e nas diversas ciências, inclusive na Educação (GOERGEN, 2000, pp. 101-162; MORAES, 1997), se fazendo necessário repensar a formação oferecida aos graduandos. Os aspectos até aqui mencionados alteram o perfil delineado ao professor universitário, o qual devia estar alicerçado na preparação para este novo contexto.

3- A METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO:

Kant tratava dos temas a razão particular e a razão universal em seu discurso, por entender que o estímulo do exercício da razão particular onde o aluno entende o funcionamento do sistema e sabe até que ponto está submetido à sua autoridade, podendo combater, sem dismantelar as estruturas, sendo uma prática mais fácil de ser aplicada do que a de oportunizar aos discentes o desenvolvimento da razão universal, que é aquela que existe para dar ao homem a “emancipação”, enquanto possibilidade de resistência às formas de dominação vigente. Os alunos de direito quando saem da faculdade estão aptos a reproduzir o sistema posto, de forma muito eficiente inclusive, porém, não estão aptos a pensá-lo, como sendo bom ou ruim, muito menos em repensá-lo numa perspectiva diferente.

O que consta na metodologia, e concordando com o levantamento de Melo Filho (2000, p. 38-39), nos faz perceber a predominância das aulas expositivas de conteúdo, na qual o aluno tenderá a estudar apenas aquilo que foi exposto, sem se preocupar em procurar outras fontes, até porque não foi incentivado para isso, já que é o professor que detém o conhecimento que o aluno necessita. Na visão de quanto mais conteúdo for transmitido, maior será a possibilidade do aluno ser bem-sucedido, o importante mesmo é a quantidade de informação absorvida, com disciplinas

que contém um extenso rol de temas a serem tratados em sala de aula, não havendo espaço para indagações dos conteúdos repassados, com avaliações desses conteúdos, pois a apreensão dos conteúdos será medida pela quantidade e pela exatidão das informações que se consegue reproduzir nestas avaliações. (RIBEIRO JÚNIOR, 2003, p. 52).

Compreende-se, dessa forma, que a formação dos professores não se encerra na sua preparação inicial, mas sim começa antes mesmo do início de sua carreira, enquanto aluno, quando entrar em contato com seus primeiros exemplos de conduta docente, estendendo-se ao longo de toda sua carreira, num processo de constante aperfeiçoamento (MARCELO GARCÍA, 1999; BENEDITO, FERRER e FERRERES, 1995; PIMENTA e ANASTASIOU, 2002, p. 25). Pode-se interpretar que a formação pedagógica não deve se limitar ao desenvolvimento dos aspectos práticos (didáticos ou metodológicos) desse fazer docente, já que este fazer engloba dimensões relativas às questões éticas, afetivas e político-sociais envolvidas na docência.

3.1- A legislação e a prática docente do ensino superior:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu art. 205, sobre o dever da educação em proporcionar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua real qualificação para o trabalho” (BRASIL; 1988, art. 205), de modo que, em tese, é dever das universidades a formação de profissionais aptos a operar o direito como prática social, sendo o produto de um processo argumentativo e democrático, o qual seja acessível a todos.

Assim, lecionava Rouanet sobre como deveriam ser propostas as melhorias do ensino jurídico no Brasil, com sugestão dos objetivos, sugerindo a efetivação: de um ensino jurídico dotado de uma linha crítica dos tradicionais conceitos jurídicos, com vistas a uma ação transformadora da realidade que o cerca, que seja dotado de uma metodologia interdisciplinar que proporcione os provenientes da mais moderna hermenêutica constitucional pós-positivista e das mais diversas áreas do conhecimento; de um ensino que possa identificar e criticar a irracionalidade presente no sujeito cognitivo do direito e nas instituições, e que seja voltado para o desenvolvimento de pesquisas; (ROUANET, 1998, p.13).

Destarte, é preciso repensar o paradigma dogmático, tradicional, positivista, ainda vigente nas faculdades de Direito, pelo qual se impõe ao aluno um ensinamento pronto e acabado que se faz em caráter de urgência. (CURY, 1995, In: BALZAN; SOBRINHO, 2000. p.149).

Para superar este cenário, esperar-se das instituições que tais soluções sejam valorizadas e desenvolvidas brevemente, ao invés de esperar que sejam regulamentadas e fiscalizadas pelo MEC ou pela OAB. Assim acontecendo, é esperada uma definição da real função social da universidade, excluindo o modelo desenvolvimentista, e repensando seu espaço pedagógico, numa reflexão conjunta da função do professor como o principal ator nesse espaço.

Ao que para regulamentar a formação do professor universitário no país, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei Federal nº. 9.394/96, registra três artigos fundamentais sobre o Ensino Superior.

O art. 52, que dispõe que as universidades são instituições multidisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano. O inciso II justifica a afirmação de que pelo menos 30% de seus docentes sejam titulados em pós-graduação '*stricto sensu*', o que para aos autores Pimenta e Anastasiou (2002, p. 23), tal inciso objetiva para o fortalecimento desta instituição como o lugar para formação do docente, já que está não está regulamentada sob a forma de um curso específico como nos outros níveis. Compreende-se assim que a LDB admite que esse docente seja preparado nos cursos de pós-graduação tanto '*stricto*' como '*lato sensu*', mas não configura estes como obrigatórios.

O art. 66 reforça os propósitos do artigo 52, expondo nitidamente quando expõe claramente que “a preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado” (BRASIL, 1996). Evidenciando, ainda com os autores Pimenta e Anastasiou (2002, p. 40), que observaram que essa lei “não concebe a docência universitária como um processo de formação, mas sim como preparação para o exercício do magistério superior, que será realizada prioritariamente (não exclusivamente) em pós-graduação '*stricto sensu*'”.

4- METODOLOGIA DA PESQUISA:

A pesquisa para o estudo foi realizada por periódicos de acesso pela internet, porém se encontrou muita dificuldade em artigos e pesquisas atualizadas, com autores também mais atuais, o que contribui na preocupação da formação dos futuros professores de direito, já que os estudos realizados e disponibilizados são poucos.

Logo, posto tal dificuldade, foi acessado o site do CAPES, e verificado a pesquisa mais recente sobre a avaliação das instituições de ensino superior mais recente, que no caso se deu no final de dezembro de 2017, e que faz comparação com as outras pesquisas realizadas pelo mesmo site. Sabendo que esta pesquisa somente é realizada a cada quatro anos, segue os gráficos em anexo retirados do site do CAPES (2017, *in site*) do Relatório da Avaliação Quadrienal 2017:

| Pa n: | PPGs avaliados por UF, e variação de notas | Distribuição de notas por Região | | | | | | | Número de PPGs por IES (Gráfico agrupado) | Notas por IES, com média ponderada | Distribuição de notas por IES (Gráfico) | | | PPGs com notas 6 e 7 nas últimas avaliações |
|---------------------|---|-------------------------------------|---|---|---|---|---|---|--|---------------------------------------|--|--------------------|--|--|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | | | PPGs | Média Ponderada | Proporção 5, 6 e 7 | |
| PPGs por IES | | | | | | | | | | | | | | |
| 50 ou mais | | | | | | | | | | | | | | |
| UFMG | | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | Região Tudo | |
| UFPR | | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | Estado Tudo | |
| UNB | | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | |
| UERJ | | | | | 1 | | | | 1 | 5,00 | 100% | | Área de Avaliação DIREITO | |
| UFRJ | | | | | 1 | | | | 1 | 5,00 | 100% | | Natureza Jurídica Tudo | |
| UFSC | | | 1 | | | | 1 | | 2 | 4,50 | 50% | | IES (Sigla) | |
| UFBA | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | As instituições de ensino superior estão agrupadas em função do respectivo número de programas de pós-graduação, conforme descrito na primeira coluna. A Média Ponderada é calculada para cada IES, com base no número de PPGs e distribuição das notas. A Proporção é calculada com base no número de PPGs com notas 5, 6 e 7, em relação ao total de programas da IES. | |
| UFC | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFF | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFG | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFPA | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFPB | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFPE | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UFRGS | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UNESP | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| USP | | | 1 | | 1 | | | | 2 | 4,00 | 50% | | | |
| UFES | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFRN | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFMA | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| 20 a 49 PPGs | | | | | | | | | | | | | | |
| PUC/RIS | | | | | 1 | | 1 | | 2 | 5,50 | 100% | | | |
| PUC-RIO | | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | | |
| UNISINOS | | | 1 | | | | 1 | | 2 | 4,50 | 50% | | | |
| PUC/SP | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| UEL | | | | 1 | | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | |
| FUFSE | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| FURG | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFAL | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFJF | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFMA | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFMS | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |
| UFMT | | | 1 | | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | |

Quadro 01: Resultado da Avaliação Quadrienal 2017. (CAPES; 2017, *in site*).

| Pa R.. | PPGs avaliados por UF, e variação de notas | Distribuição de notas por Região | | | | | | | Número de PPGs por IES (Gráfico agrupado) | Notas por IES, com média ponderada | | | Distribuição de notas por IES (Gráfico) | | PPGs com notas 6 e 7 nas últimas avaliações | |
|----------------------------|---|-------------------------------------|---|---|---|---|---|---|--|---------------------------------------|--------------------|-----------------------|--|--|--|--|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | | PPGs | Média Ponderada | Proporção 5, 6 e 7 | | | | |
| 50 ou mais PPGs | PPGs por IES | | | | | | | | | | | | | | | Região Tudo Estado Tudo Área de Avaliação DIREITO Natureza Jurídica Tudo IES (Sigla) <small>As instituições de ensino superior estão agrupadas em função do respectivo número de programas de pós-graduação, conforme descrito na primeira coluna.</small> <small>A Média Ponderada é calculada para cada IES, com base no número de PPGs e distribuição das notas.</small> <small>A Proporção é calculada com base no número de PPGs com notas 5, 6 e 7, em relação ao total de programas da IES.</small> |
| | UFMG | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UFFRR | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UNB | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UERJ | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | | | | |
| | UFRRJ | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | | | | |
| | UFSC | | | 1 | | | 1 | | 2 | 4,50 | 50% | | | | | |
| | UFBA | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFC | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFF | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFES | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UEPA | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFPB | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFPE | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFRRS | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UNESP | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | USP | | | 1 | | 1 | | | 2 | 4,00 | 50% | | | | | |
| | UFES | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| | UFRRN | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| | UFSM | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| 20 a 49 PPGs | PUC/RIO | | | | | 1 | 1 | 2 | 5,50 | 100% | | | | | | |
| | PUC/RIO | | | | | 1 | 1 | 1 | 5,00 | 100% | | | | | | |
| | UNISINOS | | | 1 | | | 1 | 2 | 4,50 | 50% | | | | | | |
| | PUC/SP | | | 1 | | | 1 | 1 | 4,00 | 0% | | | | | | |
| | UEL | | | 1 | | | 1 | 1 | 4,00 | 0% | | | | | | |
| | FURSE | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | FURG | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFAL | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFJF | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMA | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMS | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMT | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |

Quadro 02: Distribuição de notas por Região. (CAPES; 2017, *in site*).

| Pa R.. | PPGs avaliados por UF, e variação de notas | Distribuição de notas por Região | | | | | | | Número de PPGs por IES (Gráfico agrupado) | Notas por IES, com média ponderada | | | Distribuição de notas por IES (Gráfico) | | PPGs com notas 6 e 7 nas últimas avaliações | |
|----------------------------|---|-------------------------------------|---|---|---|---|---|---|--|---------------------------------------|--------------------|-----------------------|--|--|--|--|
| | | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | | PPGs | Média Ponderada | Proporção 5, 6 e 7 | | | | |
| 50 ou mais PPGs | PPGs por IES | | | | | | | | | | | | | | | Região Tudo Estado Tudo Área de Avaliação DIREITO Natureza Jurídica Tudo IES (Sigla) <small>As instituições de ensino superior estão agrupadas em função do respectivo número de programas de pós-graduação, conforme descrito na primeira coluna.</small> <small>A Média Ponderada é calculada para cada IES, com base no número de PPGs e distribuição das notas.</small> <small>A Proporção é calculada com base no número de PPGs com notas 5, 6 e 7, em relação ao total de programas da IES.</small> |
| | UFMG | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UFFRR | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UNB | | | | | | | 1 | 1 | 6,00 | 100% | | | | | |
| | UERJ | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | | | | |
| | UFRRJ | | | | | 1 | | | 1 | 5,00 | 100% | | | | | |
| | UFSC | | | 1 | | | 1 | | 2 | 4,50 | 50% | | | | | |
| | UFBA | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFC | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFF | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFES | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UEPA | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFPB | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFPE | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UFRRS | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | UNESP | | | | 1 | | | | 1 | 4,00 | 0% | | | | | |
| | USP | | | 1 | | 1 | | | 2 | 4,00 | 50% | | | | | |
| | UFES | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| | UFRRN | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| | UFSM | | | 1 | | | | | 1 | 3,00 | 0% | | | | | |
| 20 a 49 PPGs | PUC/RIO | | | | | 1 | 1 | 2 | 5,50 | 100% | | | | | | |
| | PUC/RIO | | | | | 1 | 1 | 1 | 5,00 | 100% | | | | | | |
| | UNISINOS | | | 1 | | | 1 | 2 | 4,50 | 50% | | | | | | |
| | PUC/SP | | | 1 | | | 1 | 1 | 4,00 | 0% | | | | | | |
| | UEL | | | 1 | | | 1 | 1 | 4,00 | 0% | | | | | | |
| | FURSE | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | FURG | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFAL | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFJF | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMA | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMS | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |
| | UFMT | | | 1 | | | 1 | 1 | 3,00 | 0% | | | | | | |

Quadro 03: Notas por IES, com média ponderada. (CAPES; 2017, *in site*).

4.1- Análise dos dados e discussão:

A avaliação do CAPES no quadriênio 2013-2016 referente à Área de Direito se apresentou com 99 programas de pós-graduação. Desse total de programas avaliados, 33 programas funcionam em instituições públicas e 66 programas em instituições particulares (privadas ou comunitárias), com a existência de programas de Pós-Graduação, com curso de doutorado, em todas as regiões do país, porém há ainda assimetrias regionais a serem superadas.

No quesito 01 - Proposta dos Programas – houve uma pequena alteração na distribuição de pontos entre os itens que foram o quesito 01. O item 1.2, que trata do planejamento do programa, passou a representar 25% dos pontos, reduzindo o item 1.3 a outros 25%, uma variação de 5% em relação às avaliações anteriores. É visível que, nas duas últimas avaliações, foi sendo construído um maior equilíbrio na distribuição de programas por nota, porém apesar do crescimento da área, não houve crescimento do número de cursos nota 06 e nenhum curso foi indicado para a nota 07.

| | | nota atual | | | | | Total |
|---------------|-------|------------|----|----|----|---|-------|
| | | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | |
| nota anterior | 3 | 1 | 41 | 13 | | | 55 |
| | 4 | 1 | 4 | 17 | 4 | | 26 |
| | 5 | | | 2 | 6 | 2 | 10 |
| | 6 | | | | 2 | 6 | 8 |
| | Total | 2 | 45 | 32 | 12 | 8 | 99 |

Legenda:

- diminuiu de nota
- manteve a nota
- subiu de nota

Quadro 04: Comparativos de notas das últimas avaliações. (CAPES; 2017, *in site*).

No quesito 02 - Corpo Docente – foram redesenhados os elementos que diferenciam, nos itens, os programas por nota, como no caso do item 2.1, onde foi exigida a adequação entre área de formação dos docentes e a proposta dos programas.

No quesito 03 - Corpo Discente – nas duas trienais anteriores, foram apenas verificada a média de orientações por docente permanente, para os outros itens do quesito, se mantiveram parâmetros já antes adotados pela área.

No quesito 04 - Produção Intelectual – nesta avaliação, além da quantidade de pontos em publicações qualificadas por docente permanente, foi verificada a posição do programa no *ranking* de produções nos estratos mais altos da classificação de periódicos e livros. Verificou-se também a distribuição da produção intelectual entre os docentes permanentes do programa. Foi analisado se um percentual razoável do Corpo Docente Permanente (60%) atingiu um número específico de pontos, havendo um valor específico de pontos para cada conceito a ser atribuído. A produção

técnica (item 4.3), que representou 30% do quesito na avaliação anterior, teve seu peso reduzido a 25%, sendo aumentado o impacto da distribuição da produção intelectual na nota do quesito (item 4.2).

No quesito 05 - Produção Técnica – como não houve, ainda, um avanço na discussão sobre uma classificação dessa produção, foram analisados a indicação de, pelo menos, uma atividade por mês por docente permanente, perfazendo, na média, por ano, doze produções.

No quesito 06 - Inserção Social – não houve alteração da distribuição de pontos em relação à avaliação anterior.

No geral, essa experiência revela que, apesar de restrita a três cursos, será muito útil para guiar os próximos passos dessas modalidades na área. Há uma tendência clara de expansão dos mestrados profissionais, após terem sido superadas essa resistência que historicamente a Área de Direito tem à modalidade. (CAPES; 2017, *in site*).

| | QUADRIENAL 2017 | | | | | |
|---|-----------------|-----|---------|-------|--------------|---------------|
| | Muito Bom | Bom | Regular | Fraco | Insuficiente | Não Aplicável |
| Proposta do Programa | 35 | 38 | 22 | 0 | 0 | 0 |
| Corpo Docente | 45 | 28 | 21 | 1 | 0 | 0 |
| Corpo Discente, Teses e Dissertações | 56 | 25 | 12 | 0 | 0 | 2 |
| Produção Intelectual | 33 | 30 | 30 | 2 | 0 | 0 |
| Inserção Social | 37 | 29 | 28 | 1 | 0 | 0 |

Quadro 05: Distribuição de cursos por nota em cada item nas duas avaliações.
(CAPES; 2017, *in site*).

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Este trabalho teve o propósito de realizar uma pesquisa sistêmica literária, para verificar a veracidade ou não da hipótese levantada na inicial deste, a qual questiona: em meio a tanta tecnologia de informação, porque existe ainda tanta deficiência na formação pedagógica do professor

de direito? O que se observa é o uso do egocentrismo desses profissionais jurídicos, pois a educação formal para a docência se utilizam de meios tão tradicionais, que parece que somente a figura do professor de direito na sala de aula é importante, pois os pronomes que os remetem são mais possessivos à sua suposta autoridade do que o uso de pronomes que sugerem o coletivo, o social, já que direito é uma ciência social.

Diante a problemática, surgem diversos questionamentos, já que o que importa mesmo para os discentes serem aprovados em um concurso ou na prova da OAB, a questão formada aqui foi ‘para que pensar em metodologia de ensino, avaliação, no papel do aluno e do professor, onde vou usar esse estudo?’ Os autores pesquisados, dos mais antigos aos mais atuais, concordam no fato de que a prepotência do profissional ao pensar dessa forma é bem retrógrada, já que as mudanças sociais mostraram diversos meios de aprendizagem, sendo abolido o método onde o professor é o ser mais sábio em uma sala de aula, e o aluno perde sua importância e se torna um ser apático, que apenas recebe e repassa, não precisa questionar, pesquisar, somente decorar e passar nas provas. Deixando a prática pedagógica como algo que se adquiri durante as práticas, baseados em acertos e erros, e não em teorias e práticas estudadas. A cada passo da pesquisa surgem mais questionamentos secundários ao principal da problemática, como o desejo de que se explique o motivo pelo qual não se consegue conciliar o saber pedagógico nessa formação, já que esta formação pedagógica está inserida neste objetivo de formar professores?

Historicamente, toda e qualquer mudança nos paradigmas pessoais ou sociais geraram certa resistência na adesão, mas estas mudanças acabam se tornando usuais e modernas. Em todas as licenciaturas, quando se começou a adequar o ensino conforme a LDBN e outras leis que regulam a educação no país, houve resistência dos professores em se adequarem, principalmente os que estavam mais próximos da aposentadoria. Porém o mercado atual está excluindo profissionais que não se capacitam para essa nova era, a digital. E é na licenciatura de direito que se percebe tamanha resistência nos tempos atuais, aproveitando que a legislação apenas sugere essa formação pedagógica, e não a regulamenta de fato, os profissionais podem pensar dessa forma.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1999, p. 80.
- BENEDITO, A. V, FERRER, V e FERRERES, V. **La Formación universitária a debate**. Barcelona: Publicaciones Universitat de Barcelona, 1995.
- BERBEL, Neusi A. Navas. **Metodologia do ensino superior - realidade e significado**. Campinas, SP: Papirus, 1994, p. 21.
- BITTAR, E. C. B. Estudos sobre o ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania. São Paulo: Atlas. 2006, p. 05.
- BRASIL. 1988. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Acessado em 01 dezembro de 2018. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- _____. 1996. Congresso Nacional. **Lei 9.394/96** – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acessado em 01 dezembro de 2018.
- CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior Diretoria de Avaliação. **Relatório da Avaliação Quadrienal 2017**. Na disciplina de Direito. Diretor Coordenador da Área: Gustavo Ferreira Santos, Coordenador Adjunto: Antonio Gomes Moreira Maués, Coordenador Adjunto de Mestrado Profissional: Gustavo Silveira Siqueira. Disponível no site: <http://avaliacaoquadrienal.capes.gov.br/resultado-da-avaliacao-quadrienal-2017-2>. Acessado dia 03 de dezembro de 2018.
- CURY, Vera de Arruda Rozo. **O currículo e a medida do social: estudo de um curso de Direito - contribuição para avaliação institucional**. In: BALZAN, Newton Cesar; SOBRINHO, José Dias (org.) **Avaliação Institucional** - teorias e experiências. São Paulo: Cortez. 2 ed., 2000, p. 149.

- FERNANDES, Cleoni M. Barboza. **Formação do professor universitário: tarefa de quem?** In: MASETTO, Marcos (org.). *Docência na Universidade*. Campinas, SP: Papyrus, 1998. p. 95-112.
- FERRARI, Vincenzo. **Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología del derecho**. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Dykinson, 2010, p.56.
- FORGRAD. **Resgatando espaços e construindo idéias: ForGrad 1997 A 2002**. (EdUFF, 2002). Livro organizado por Maria E. F. Rodrigues. 2002.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**. Monografias e teses jurídicas. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 17.
- GOERGEN, P. **A crise de identidade da universidade moderna**. In: SANTOS FILHO, C., MORAES, S. (org.) *Escola e universidade na pós modernidade*. Campinas: Mercado de Letras; São Paulo: Fapesp, 2000, p. 101-162.
- KANT, I. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1788-2008.
- KENNEDY, D. **Academic Duty**. Cambridge. EUA, Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1997.
- MARAFON, Maria Rosa Cavalheiro. **Articulação Pós-Graduação e Graduação: desafio para a educação superior**. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Educação, Unicamp. 2001. p. 72.
- MARCELO GARCÍA, C. **Formação de Professores: para uma mudança educativa**. Porto: Porto Ed, 1999.
- MARQUES NETO, A. R. **Reflexões sobre o ensino do direito**. In: CAPELLARI, E.; PRANDO, F. C. de M. *Ensino jurídico: leituras interdisciplinares*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 55.
- MASETTO, M. (org.). **Docência na Universidade**. Campinas, SP: Papyrus, 1998, p. 11.

- MELO FILHO. **Juspedagogia: ensinar direito o direito.** In: OAB Ensino Jurídico: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília/DF: OAB Conselho Federal, 2000, p. 38-39.
- MORAES, M. C. **O Paradigma Educacional Emergente.** Campinas, SP: Papirus, 1997.
- OLIVEIRA, L.; ADEODATO, J. M. **O Estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil.** Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 12.
- PIMENTA, S. G.; ANASTASIOU, L. G. C. **Docência no ensino superior.** São Paulo: Cortez, 2002, pp. 23-40.
- PIMENTEL, M. G. **O professor em construção.** Campinas, SP: Papirus, 1993, p. 89.
- RIBEIRO JR., João. **A formação pedagógica do professor de direito.** Campinas: Papirus, 2001, pp. 11-29.
- RIBEIRO JÚNIOR, J. **A formação pedagógica do professor de direito: conteúdos e alternativas metodológicas para a qualidade do ensino no Direito.** 2. ed. Campinas/SP: Papirus, 2003, p. 52.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Introdução. In: **As razões do iluminismo.** São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 13.
- SANTOS, A. L. C.; MORAIS, J. L. B., **O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: Diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da UNISINOS,** Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2007, pp. 60-69.
- SAVIANI, Dermeval. A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas. 4ª ed. Campinas-SP: Autores Associados, 1998, pp. 49-144..
- SEROW, R. C. Research and teaching at a research university. Higher Education. v. 40. n. 4. Dec. Reino Unido: Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 449-463. University Press, 1997.
- VASCONCELOS, Maria lucia M. Carvalho. **A formação do professor de ensino superior.** 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 2000, p. 01.

VAZ DE MELLO, R.M. **A formação do docente universitário no contexto da pós-graduação.** Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte/ MG, 2002, p. 13.

VENTURA, D. **Ensinar direito.** Barueri: Manole. 2004, p. 15.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.80-101.

BIOTERRORISMO E A AMEAÇA À SAÚDE GLOBAL

Felipe de Bastos Freire Alvarenga

1. INTRODUÇÃO

O Terrorismo, antigo fenômeno mundial, dotado de diferenças em relação à outros atos de violência, é uma ação dotada de ilegalidade, com teor comissivo, empregando de forma intencional a estratégia da violência física e psicológica quer seja de forma individual ou por agrupamentos, traduzido em uma forma de combate idealizado, por vezes com ideais egoístas e extremistas, podendo ser apoiado pelo Estado ou não. Podendo atingir vítimas aleatórias ou intencionais a depender dos objetivos intrínsecos contidos no ideal de determinado grupo, porém cabe apontar que os alvos são escolhidos de acordo com a audiência final que podem gerar, pois este é o objetivo curto do Terrorismo.

Dentre as espécies de Terrorismo tratamos neste estudo de uma das mais perigosas e desleais formas de imputar medo e dominação - o Bio-terrorismo.

Táticas e Técnicas militares ou paramilitares que empregam material biológico como arma ou como ferramenta de inserção de medo e de dominação, disseminando doenças, morte e caos, no fito de inviabilizar inimigos, ou de destruir ficto-inimigos (terrorismo) são reconhecidas por todo o transcorrer de nossa História.

Mesmo não sendo um recente artifício da História, o uso de agentes biológicos tornou-se mais evidente após o fatídico 11 de setembro de 2001, e da Globalização, que a cada dia é mais rápida.

Neste diapasão as ações de bioterrorismo podem utilizar agentes capazes de promover epidemias, que certamente impactarão os sistemas de saúde dos países, em especial daqueles cujos sistemas já são sobrecarregados, caracterizados por uma infraestrutura deficitária.

Considerando essa perspectiva, o bioterrorismo ultrapassa as áreas do campo militar (biodefesa) e torna-se um tema de relevância para os profissionais da área da saúde (biossegurança). Sublinha-se igualmente que é fundamental a atualização de informações científicas sobre os temas que integram biossegurança e as ameaças assimétricas, com a finalidade de melhorar a compreensão do bioterrorismo e sua correlação com a viabilidade do uso de artefatos de potencial risco biológico.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE TERRORISMO E BIOTERRORISMO

O termo Terrorismo por si só provoca medo e tensão em quem ouve o seu pronunciar, contudo sua ordem conceitual merece atenção uma vez que existe certa dificuldade na doutrina em bem dispor sobre o tema. A importância da descrição e do conceito aceito em âmbito global diz respeito à criação de mecanismos de alcance mundial com a capacidade de proteger o Homem dos atos de terror.

Embora as práticas de Terrorismo estejam encrustadas em nossa evolução, seu uso com a finalidade típica de alcançar objetivos políticos amadureceu com o término do século XIX e transcorrer do século XX, culminando no seu ponto mais devastador com os famosos ataques de 11 de setembro de 2001, em solo Norte Americano.

O terrorismo sempre foi um dos métodos utilizados para dominação e submissão, demonstração de poder e ganho de territórios. Egípcios, Romanos, Bárbaros, Persas, não escondiam o seu uso constante, conforme notamos em meio a uma rápida passagem por nossa História.

Outra forma de terrorismo, o denominado Terrorismo de Estado tem sua nascente junto a atos efetivados durante a Revolução Francesa. O anarquismo, fenômeno que pode ser visto como possuidor de caracteres inerentes ao Terrorismo surge mais tarde, em meio a uma forma tentada de implantar desordem e caos, buscando se estabelecer e desestabilizar Estados.

Historicamente o marco fundamental de luta contra atos de Terrorismo deu-se após a ocorrência de um atentado contra o Rei Alexandre I, da Iugoslávia, e o Ministro de Relações Exteriores Francês, Louis Barthou, em 1934. Diante tal evento o Conselho de Segurança da Liga das Nações, convocou a primeira Conferência Internacional para a Prevenção e Repressão do Terrorismo da qual resultaram dois instrumentos: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo e a Convenção para a criação de um Tribunal Penal Internacional.

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo enumerou os chamados *atos de terror*:

Fatos internacionais que tenham por finalidade atingir a vida, a integridade corporal, a saúde ou a liberdade de: chefes de estados, pessoas que exerçam prerrogativas de Chefe de Estado, de seus sucessores hereditários ou designados; cônjuges das pessoas elencadas anteriormente; pessoas encarregadas de funções públicas quando o fato for praticado contra eles em razão das funções ou cargos que exerçam; Fatos internacionais que consistam em destruir ou causar danos a bens públicos ou destinados à finalidade pública que pertençam a outra Alta Parte Contratante ou que estejam sujeitos a sua autoridade; O fato intencional de colocar em risco vidas humanas para a criação de um perigo em comum; A tentativa de cometer as violações previstas nos dispositivos precedentes do presente artigo; A fabricação, obtenção, detenção ou o fornecimento de armas, munições, produtos explosivos ou substâncias nocivas, visando a prática, em qualquer país, das condutas presentes no presente artigo. (Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo, 1937)

Anos mais tarde a Organização das Nações Unidas, ONU, durante a realização de uma reunião da Assembleia Geral em 1996, divulgou por meio da resolução 51/210 que: “*um ato terrorista é um ato criminoso praticado com a intenção de provocar um estado de terror no público em geral, um grupo de pessoas ou pessoas específicas com objetivos políticos*”.

Notamos que nem a Liga das Nações ou a Organização das Nações Unidas apresentaram uma definição de Terrorismo, mas sim de ato terrorista.

Em se tratando de Legislação Pátria, o mesmo ocorre, conforme dispõe o parágrafo 4º, do artigo 1º da Lei 10744/03 o ato terrorista é: *“qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional”*.

Diante lacuna contextual ou doutrinária acerca da ordem conceitual do termo Terrorismo, voltamos nossos olhares ao que significa a literalidade do vocábulo.

Recorrendo ao Dicionário Aurélio Terrorismo é: *“modo de coagir, ameaçar ou influenciar outras pessoas, ou de impor-lhes a vontade pelo uso da força e forma de ação política que combate o poder estabelecido mediante o emprego da violência”*.

Já o dicionário de língua portuguesa Houaiss aponta o Terrorismo como: *“modo de impor a vontade pelo uso sistemático do terror; emprego sistemático da violência para fins políticos, especialmente a prática de atentados destruições por grupos cujo o objetivo é a desorganização da sociedade existente e a tomada do poder; regime de violência instituído por um governo e atitude de intimidação e de intolerância adotada pelos defensores de uma ideologia, sobre tudo nos campos literário e artístico, em relação aqueles que não participam de suas convicções”*.

Usando o que nos ensina Cretella Neto (2007), em conjunto com diversos outros doutrinadores propomos uma conceituação de Terrorismo como sendo um fenômeno mundial diferente de outros atos de violência, uma ação dotada de ilegalidade, com teor comissivo, empregando de forma intencional a estratégia da violência física e psicológica quer seja de forma individual ou por agrupamentos, traduzida em uma forma de combate idealizado, por vezes com ideais egoístas e extremistas, podendo ser apoiado pelo Estado ou não. Atingindo vítimas aleatórias ou intencionais a depender dos objetivos intrínsecos contidos no ideal de determinado grupo, porém cabe apontar que os alvos são escolhidos de acordo com a audiência final que podem gerar, pois este é o objetivo curto do Terrorismo.

Ao lado do Terrorismo coexistiu uma variação ou uma espécie desdobrada, denominada por Bioterrorismo, por meio deste a inserção de medo e de caos é dada através da aplicação e uso de métodos que utilizam em sua maioria doenças com a capacidade de ceifar populações.

De acordo com o Manual de Aspectos Médicos das Operações de Defesa Química, Biológica e Nuclear da Organização do Tratado do

Atlântico Norte – OTAN (1996), a guerra biológica é descrita como o emprego de agentes biológicos com a finalidade de causar doenças e mortes em pessoas ou animais e danificar plantas ou materiais.

Bioterrorismo é determinado pelo Center for *Disease Control and Prevention* (CDC/USA)¹, como uma forma de disseminação deliberada de bactérias, vírus ou outros micro-organismos utilizados para causar doença ou morte em populações, animais ou plantas.

O Manual de Campanha de Defesa Química, Biológica, Radiológica e Nuclear, do Comando de Operações Terrestres do Exército Brasileiro (2016), conceitua Perigo Biológico como sendo:

Qualquer organismo, ou substância tóxica derivada de um organismo, que configure uma ameaça à saúde humana ou animal. Como exemplos têm-se os rejeitos médicos ou amostras de um microorganismo, vírus ou toxina (de uma fonte biológica) que podem afetar a saúde humana. São classificados em armas biológicas, agentes biológicos e compostos biológicos industriais tóxicos (BIT). (MANUAL DQBRN, 2016, p. 18)

A mesma doutrina descreve Arma Biológica como sendo:

São armas que dispersam ou disseminam um agente biológico, incluindo os vetores artrópodes. Os aspectos abaixo podem potencializar os efeitos das armas biológicas: a) existência de uma população-alvo vulnerável; b) agentes infecciosos ou tóxicos com alto

1 O Centros de Controle e Prevenção de Doenças (em inglês: *Centers for Disease Control and Prevention* - CDC) é uma agência do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos, sediada no Condado de DeKalb, Estados Unidos, adjacente ao campus da Emory University e a leste da cidade de Atlanta. Trabalha na proteção da saúde pública e da segurança da população, provendo informações para embasar decisões quanto à saúde e promove esta através de parcerias com departamentos estaduais de saúde e outras organizações. O CDC concentra a atenção nacional no desenvolvimento e emprego de prevenção e controle de moléstias (especialmente contagiosas), saúde ambiental, saúde ocupacional, enfermagem, prevenção de acidentes e atividades de educação sanitária projetadas para aprimorar o bem-estar da população dos Estados Unidos da América. Ela guarda hoje, juntamente com a *State Research Center of Virology and Biotechnology* (VECTOR) da Rússia, uma das duas únicas amostras do vírus da varíola existentes no mundo.

grau de letalidade e propriedades incapacitantes; c) disponibilidade ou adaptabilidade do agente para uma produção em larga escala; d) estabilidade do agente; e, e) fatores limitadores como propriedades biológicas (particularmente o rápido decaimento), condições do ambiente e métodos de disseminação. (MANUAL DQBRN, 2016, p. 18)

Outros estudiosos também nos brindam com conceitos de Bioterrorismo, como podendo ser o uso intencional de microorganismos ou toxinas derivadas de organismos vivos, vírus ou príons causando morte ou doença em pessoas, animais ou plantas. Podendo ocorrer por meio de vetores animais infectados, fômites, produtos de origem industrial, vegetal ou doenças emergentes.

No fito de aprimorar a terminologia acerca de Bioterrorismo, Cardoso (2011, p. 2 *apud* Morse 2003), dispôs sobre a inclusão na definição dada pelo CDC, supramencionada, do termo “terror”, sugerindo que o elemento surpresa do ataque bioterrorista pode levar horas ou dias para ser descoberto, provocando medo na dimensão psicológica, uma das ferramentas mais utilizadas por terroristas.

Almeida (2011), afirma que a ameaça biológica do bioterrorismo é mais de pânico do que de fatos, uma vez que existe mais medo propriamente dito, à ocorrência palpável de um ataque.

Radosavljevic (2007), destaca que o objetivo principal dos atos de bioterrorismo é a disseminação de medo, pânico, ansiedade e insegurança, provocando perda de confiança nas autoridades governamentais e desestabilidade econômica.

Interessante trazer à baila deste breve estudo que o uso de técnicas derivadas da genética para a produção de armas com a sua aplicação no bioterrorismo, teve seu ponto culminante com a descoberta do DNA em 1944 e com os estudos que seguiram deste ponto em diante. Ou seja, os avanços da medicina também geram avanços no campo do bioterrorismo e do desenvolvimento de armas de maior eficácia, sendo que o bioterrorismo e a medicina ocupam a posição de duas faces de uma mesma moeda, servindo para o bem ou para o mal, a depender das intenções.

O viés político estratégico passou a vislumbrar a possibilidade de desenvolver mecanismos (armas) com uso de agentes infecciosos gene-

ticamente modificados, dirigidos a determinados grupos, provocando ação bélica, sem efeito colateral indesejado, nascia a “terceira geração das armas”.

A título estatístico para ilustrar o que vem sendo apresentado, segundo o extraído do documento: *Ricin Letters Mailed to President and Senator, National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism*, (2013): entre 1990 e 2011, organizações terroristas, células e atores solitários com motivações políticas ou ideológicas manifestaram interesse em práticas Bioterroristas, chegando neste período à 74 (setenta e quatro) incidentes registrados.

Segundo informações do mesmo órgão, dentre os incidentes relatados, 17 (dezessete) foram concluídos, um total de 23%, o que pode parecer pouco relevante, dentro de um lapso temporal de mais de uma década, contudo a preocupação quanto ataques de bioterrorismo deve ser constante e com capacidade de fomentar um sistema protetivo no âmbito militar da saúde global.

A sociedade humana, percorreu uma História de lutas, conflitos e guerras, das armas mais arcaicas ao mais avançado míssil teleguiado, do uso de fezes animais em pontas de lanças e flechas pelo homem Neanderthal com a finalidade de provocar letalidade em suas armas, passando pelos Espanhóis e Portugueses que desembarcaram no novo mundo, carregando diversas doenças típicas dos brancos europeus; caminhando entre conquistadores do Império Inca que em suas lanças inseriram panos impregnados com secreção obtida dos doentes de varíola, além de oferecer objetos contaminados aos nativos; os britânicos fizeram algo semelhante na luta contra os franceses em 1763, ao enviarem cobertores infectados aos índios de Delaware, Japoneses conduziram diversas pesquisas com agentes biológicos da peste, antraz e cólera; na Guerra Fria Estados Unidos e URSS desenvolveram novas variações de doenças inimagináveis.

O mercado da Guerra Biológica e do Bioterrorismo é um promissor empreendimento por todo planeta, uma vez que teoricamente é uma forma de guerra ou de inserção de medo, carregada de efeitos colaterais inferiores ao uso do armamento nuclear.

São exemplos de ameaças biológicas:

| DOENÇA | MÉTODO DE DISSEMINAÇÃO PROVÁVEL | INFECCIOSIDADE | LETALIDADE | VIABILIDADE |
|--|--|----------------|-------------------------------|---|
| BACTÉRIA E RIQUÊTSIA | | | | |
| Antraz (Bacillus anthracis) | Esporos em aerossol | Moderada | Alta | Esporos altamente estáveis |
| Peste (Yersinia pestis) | • Aerossol • Vetores | Alta | Muito alta | Negligenciável devido à alta transmissibilidade |
| Febre Q (Cocciella burnetti) | • Aerossol • Sabotagem (alimentos) | Alta | Muito baixa | Estável |
| Tularemia (Francisella tularensis) | • Aerossol • Sabotagem (alimentos, água) • Vetores | Alta | Moderada | Pouco estável |
| VÍRUS | | | | |
| Variola (Variola major) | Aerossol | Alta | Alta | Estável |
| Encefalites Equinas Virais (ocidental, oriental, venezuelana) | Aerossol | Alta | Baixa | Relativamente instável |
| Febres Hemorrágicas Virais (Ebola, Marburg, Lassa, Vale do Rift, Dengue) | Aerossol | Alta | Alta-baixa (depende do vírus) | Relativamente estável |
| TOXINA | | | | |
| Botulismo (Botulinum neurotoxins) | • Aerossol • Sabotagem | - | Alta | Estável |
| Ricina (Ricinus communis) | Aerossol | - | Moderada | Estável |
| Enterotoxina Estafilocócica Tipo B | • Aerossol • Sabotagem | - | Baixa | Estável |

Tab. 2.3 - Informações sobre Agentes Bioterroristas

(PORTARIA Nº 038 - COTER, 14 DE JUNHO DE 2016, p. 20)

3. Reflexos do bioterrorismo na saúde global

Inicialmente cabe trazer destaque aos reflexos que ocorrerão a curto prazo quando tratamos de ataques bioterroristas.

Silva e Peres (2008) expressam que o efeito mais agudo será o enorme número de vítimas, uma vez que o mundo globalizado é desprovido de barreiras ou de um sistema de contenção adequado, isto é, uma pessoa que carrega determinada doença de dispersão aérea (vias respiratórias), se inserida em um avião pode contaminar dois continentes em questão de horas. Noutro ponto, haverá caos e medo se espalhando na velocidade da

luz, a ação psicológica provocada pelos agentes biológicos é incalculável, literalmente estaríamos diante de fantasmas, pois tal método é imperceptível diante nossos olhos. A curto prazo agentes biológicos podem provocar mortes em decorrência de sua ação fim, além daquelas ocorridas em reflexo, fruto do desespero.

Os sistemas de Saúde Global estariam diante de dois problemas, um de ordem física e biológica e outro de ordem psíquica.

Noutro ponto as mesmas autoras descrevem que a longo prazo podemos presenciar consequências incertas, de maior subjetividade: doenças crônicas (bronquite ou pneumonia), efeitos retardados dos agentes, certas doenças infecciosas (salmonelas) podem se tornar endêmicas, podendo ainda surgir efeitos de alteração ecológica (ação em fauna e flora), ou seja, o quadro a longo prazo pode ser de agravamento exponencial.

Diante ao explanado a sociedade mundial, seja na esfera interna dos Estados, nas Organizações Internacionais ou na confabulada Aldeia Global, devem pensar em “como?”, “quando?” e “no que fazer?”, no momento em que uma ação bioterrorista acontecer, pois elas vão acontecer.

O principal ponto que desvela a complexidade do tema aqui brevemente estudado, é a capacidade de ação silenciosa e velada dos agentes biológicos, o momento de descoberta de um atentado pode ocorrer apenas dias depois da liberação do agente, o que dificulta as ações de proteção e de dispersão de meios de cura.

Tal lapso temporal retardado aumenta o número de mortes, e multiplica o desespero global, para tal além de agentes de segurança capacitados, também deve existir um plano com capacidade de preparar profissionais multidisciplinares da saúde para enfrentarem todos os desdobramentos que irão encontrar.

O que estamos querendo apresentar é a afirmação inequívoca que a saúde pública usurpará para si características do viés militar, em uma soma desesperada para conter a ameaça à vida humana.

Segundo Silva e Peres (2008), o combate contra as ações de bioterrorismo dar-se-á em quatro fases ou etapas: prevenção, preparação, detecção e resposta. Neste estudo aprofundaremos um pouco mais na segunda fase – preparação.

A preparação é a fase na qual os órgãos de segurança e saúde treinam em todas as possíveis variáveis de inimagináveis ataques biológicos que

possam ocorrer. Os programas de preparação devem seguir estrito calendário de execução e de aprimoramento frente a novos métodos e possíveis doenças e vetores.

Silva e Peres (2008, p. 23 *apud* Baudin, 2001), descrevem que os elementos-chave para tentar aumentar a eficácia de um programa de preparação contra um ataque biológico são:

- O **treino**, que deve ser o mais abrangente possível, incluindo não só pessoal militar, profissionais de saúde, forças de segurança ou investigadores como a população no geral. A atualização dos conhecimentos, técnicas e capacidades dos profissionais de saúde tem de ser um processo dinâmico e em constante evolução.
- Disponibilidade de **fármacos** e **material médico** adequados (vacinas, antibióticos e etc.). O uso deliberado de qualquer tipo de agente biológico tem o potencial de afetar áreas geográficas extremamente vastas e com um número de pacientes a requerer hospitalização e cuidados intensivos previsivelmente muito elevado, pelo que têm de estar previstos *stocks* adequados de fármacos e material hospitalar. Para além disso, é crucial desenvolver estratégias realistas, de modo a providenciar o apoio médico necessário, com planos de triagem e tratamento adequados que permitam um uso mais eficiente dos recursos disponíveis.
- Preparação de “**Equipes de Resposta Rápida**”, prontas para atuar em caso de emergência Nuclear, Biológica, Química e Radiológica (NBQR), com equipamento apropriado para efetuar a deteção dos agentes e descontaminação do ambiente.
- **Coordenação** adequada entre as **diferentes entidades**. Globalmente, assiste-se a uma percepção crescente que as doenças emergentes podem ser mais facilmente combatidas coletivamente, com o apoio das diversas organizações, tanto a nível mundial como dentro do próprio país. Os planos de emergência devem, por isso, ser sempre multifatoriais.

- Fornecimento de **informação correta à população**, que pode ser vinculada através das mídias em geral, de panfletos e etc. É muito importante manter a população informada dos verdadeiros perigos da situação e de quais as atitudes que devem ter, de forma a tentar minimizar os efeitos psicológicos normalmente inerentes a estas ameaças. Estes efeitos incluem pânico, ira, paranoia, horror, isolamento social, desmoralização, perda de confiança na instituição social e fúria contra o governo, os terroristas ou ambos.

Quando tratamos de ataques terroristas, remetemos nossos pensamentos principalmente em ações estatais de segurança pública com capacidade de ceifar tal problemática contudo ao adentrarmos no complexo sistema do bioterrorismo devemos destacar o pensamento que uma elaborada e capacitada rede de saúde pública salvara mais vidas do que os agentes de segurança em geral.

A existência de um sistema de saúde estruturado, com bom funcionamento, dotado de capacidade operacional, conhecedor de planos e medidas para ações de enfrentamento a ataques biológicos, obviamente, reduz os impactos em vidas envolvidas em qualquer situação de crise.

No Brasil, vigora deste 2014, o “Plano de Contingência para Emergência em Saúde Pública por Agentes Químico, Biológico, Radiológico e Nuclear”, do Ministério da Saúde, documento utilizado como parâmetro nacional para contra resposta a eventos que coloquem vidas em risco diante ações acidentais ou intencionais que se utilizem dos métodos QBRN.

A Vigilância em Saúde em confronto com emergências em saúde pública em decorrência da ação de agentes QBRN está pautada na gestão de risco.

A gestão de risco deve ser entendida como um conjunto de políticas públicas, que atingem inúmeros setores, administrativos e operacionais da gestão pública, implementando estratégias que visem fortalecer a capacidade de resposta do Estado diante crises QBRN.

Segundo o Plano de Contingência para Emergência em Saúde Pública por Agentes Químico, Biológico, Radiológico e Nuclear (2014), a gestão de risco para emergências em saúde pública é uma competência de caráter multisetorial e contínuo, que requer articulação horizontal, transversal e vertical no âmbito do Sistema Único de Saúde.

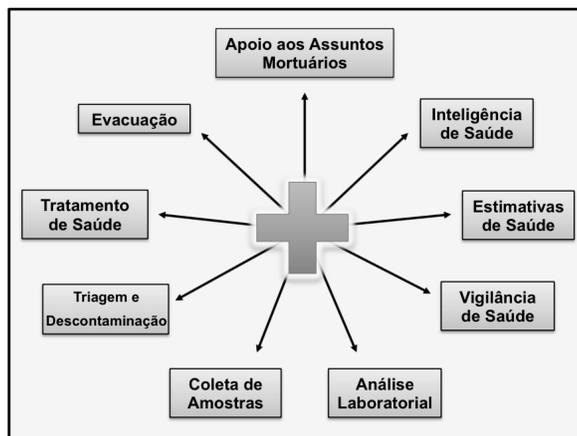
Segundo o Ministério da Saúde (2014) o Plano de Contingência para ameaças química, biológica, radiológica e nuclear insere-se nestas ações de gestão de risco enquanto objeto para o planejamento das ações da Secretaria de Vigilância em Saúde na etapa de manejo da emergência em saúde pública (alerta e resposta) por QBRN. No processo de gestão do risco é prioritário o fortalecimento da capacidade de atuação da esfera local, enquanto primeiro nível de resposta, podendo ser solicitado apoio às esferas estadual e federal, quando a capacidade de resposta for superada. No entanto, para emergências em saúde pública por agentes QBRN, pelo caráter inusitado do evento, bem como pelo potencial de danos à saúde pública, sempre haverá o envolvimento das três esferas de gestão do SUS, em articulação com outros atores, no manejo da emergência em ESP, de acordo com os princípios e diretrizes do SUS.

A seguir são apresentadas premissas básicas para a implementação deste Plano de Contingência:

- Manter uma relação de contatos de instituições parceiras, centros de excelência e de especialistas em agentes QBRN (manuseio, detecção laboratorial, técnicas de descontaminação, tratamento, entre outras especialidades).
- Manter uma relação de contatos atualizada dos profissionais das coordenações do Ministério da Saúde e dos Ministérios da Defesa e da Integração Nacional, para o possível acionamento do Protocolo de Ações que visa ao estabelecimento de ações integradas e complementares de resposta em situações de desastres.
- Manter parceria com o Instituto de Radioproteção e Dosimetria (IRD) e com a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), ambos do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCTI), para casos de emergência radiológica e nuclear.
- Desenvolver e manter atualizados os protocolos e os procedimentos operacionais necessários para a realização das ações para o manejo da resposta por emergência QBRN.
- Firmar convênios e termos de cooperação necessários para a implementação do Plano.

- Identificar e suprir as necessidades de comunicação para a realização das ações do Plano.
- Identificar fontes de equipamentos e de recursos adicionais para a realização das ações atribuídas à SVS na implementação do Plano.
- Prover meios para a garantia da continuidade das ações, incluindo o revezamento dos responsáveis por posições-chave.
- Identificar e prover medidas de segurança, de acordo com o agente QBRN identificado, para os profissionais designados para a realização das tarefas na implementação do plano.
- Manter um banco de dados atualizado com os profissionais capacitados na área QBRN considerando a necessidade de um possível acionamento para complementar ações de mitigação de incidentes.
- Identificar as possíveis instalações que manuseiem agentes QBRN em uma dada localidade, para uma melhor preparação.

Outro referencial ao tratarmos do fomento de um sistema nacional de proteção a possíveis ataques bioterroristas, é o Manual de Defesa Química, Biológica, Radiológica e Nuclear do Exército Brasileiro (2016), além de diversos conceitos e de disposições práticas o referido documento nos ensina sobre a importância do Apoio de Saúde em situações de ataques ou eventos QBRN.



(PORTARIA Nº 038 - COTER, 14 DE JUNHO DE 2016, p. 63)

A imagem acima, extraída do Manual referenciado, nos ensina acerca de uma metodologia a ser utilizada por elementos de saúde diante eventos QBRN, para o estudo do presente artigo voltemos nossos olhares aos eventos Biológicos.

- a) Denomina-se por inteligência da saúde o planejamento do apoio de saúde que deve considerar a capacidade de ação dos agentes QBRN e a capacidade de resposta de nossos órgãos. (planejamento)
- b) Por estimativas de saúde entendem-se as necessidades de saúde por meio da previsão de indivíduos acometidos pela doença, os tipos, especificidades e perigos dos agentes QBRN, além de todas as disponibilidades logísticas disponíveis. (planejamento)
- c) A vigilância de saúde trata da busca, coleta, análise e interpretação de informações relativas à saúde, objetivando identificar ações com capacidade de mitigar o problema.
- d) Na coleta de amostras, destacamentos de saúde, multiprofissionais, realizaram a coleta de dados, material clínico e todas as demais que sejam importantes na investigação e no combate da ação em confronto.
- e) Após a coleta ocorre a análise laboratorial, com o máximo de precisão e confiabilidade, utilizando os melhores equipamentos disponíveis no Estado.
- f) Durante a investigação ocorre ainda a triagem de pacientes, ocorrendo a divisão em índices de gravidade: verde, amarelo, vermelho e preto (vítima morta). Cabe salientar que durante o suporte de saúde as vítimas “verdes”, com mais chance de vida, são atendidas em primeiro momento.
- g) Realizadas as fases anteriores tem início o tratamento propriamente dito.
- h) Havendo necessidade pode existir evacuação de vítimas, levando em consideração a preocupação com o controle da disseminação da doença, máximo de contenção.
- i) Em eventos de tal magnitude não se deve esquecer da atenção que deve ser desdobrada aos indivíduos que vieram a óbito, pois cadáveres são vetores em potencial de inúmeras doenças.

4. Considerações finais

Embora o Terrorismo e o Bioterrorismo sejam fenômenos que atravessam nossa história, a era contemporânea se demonstra mais vulnerável a ocorrência de tais práticas.

Diante ao fenômeno da globalização e do que ela fez com o mundo atual, com o estreitamento de fronteiras, com a derrubada de bloqueios, aproximando pessoas, facilitando o movimento, a possibilidade de ocorrência de atentados se tornou evidente, não restando mais dúvidas que eles vão ocorrer, cabendo então aos Gestores Estatais a providência acerca da concepção de planos e estratégias com a capacidade de mitigar danos.

Não diferente do restante do mundo, nosso país está inserido no processo de constante Globalização mundial, devendo considerar o risco de ataques terroristas e bioterroristas, principalmente estes últimos pois podemos ser vitimados em reflexo ou de forma secundária, após ações em outros países, uma vez que a ameaça biológica é de difícil contenção.

Como apresentado no presente estudo, faz-se necessário o estabelecimento de programas estratégicos com a capacidade de inserir em diversas espécies de profissionais a capacitação e a disseminação do conhecimento acerca dos procedimentos a serem tomados nos casos de ações de bioterrorismo.

Justo destacar que tratarmos de atos de bioterrorismo o principal ator envolvido no processo de solução do problema é aquele inserido na saúde pública, ou seja, os agentes em geral de saúde, são os que mais devem estar qualificados para o enfrentamento ao caos desencadeado por ataques biológicos.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Eneida de. Guerra e desenvolvimento biológico: o caso da biotecnologia e da genômica na segunda metade do século XX. Rev. bras. epidemiol. [online]. 2006, vol.9, n.3, pp.264-282. ISSN 1415-790X. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-790X2006000300002>. Acesso em 28 de junho de 2019.

BRASIL. PORTARIA Nº 038 - COTER, 14 DE JUNHO DE 2016. **Aprova o Manual de Campanha EB70-MC-10.233 Defesa Química, Biológica, Radiológica e Nuclear**, 1ª Edição, 2016. <http://www.bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/63/1/EB70-MC-10.233.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2019.

BRASIL. **Sistema Governamental Brasileiro de Informações e Segurança frente a atentados Bioterroristas**. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v.6, n.2, Jun., 2012 [www.reciis.icict.fiocruz.br] e-ISSN 1981-6278. Acesso em 01 de julho de 2019.

BRASIL. **Plano de Contingência para Emergência em Saúde Pública por Agentes Químico, Biológico, Radiológico e Nuclear**. Ministério da Saúde. 2014. Disponível em pesquisa.bvsalud.org/bvsmis/resource/pt/mis-36834. Acesso em 27 de junho de 2019.

CARDOSO, Dora Rambauské and CARDOSO, Telma Abdalla de Oliveira. **Bioterrorismo: dados de uma história recente de riscos e incertezas**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2011, vol.16, suppl.1, pp.821-830. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232011000700013>. Acesso em 27 de junho de 2019.

CRETELA NETO, José. **Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto, combatente sem pátria**. Campinas: Ed. Millenium. 2008.

ERCOLE, Flávia Falci; COSTA, Roberta dos Santos. **Protocolos de cuidados frente a doenças decorrentes de bioterrorismo**. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 11, n. 4, p. 516-524, Aug. 2003. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692003000400015&lng=en&nrm=iso>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692003000400015>. Acesso em 29 de junho de 2019.

Radosavljevic V, Jakovljevic B. Bioterrorism – **Types of epidemics, new epidemiological paradigm and levels of prevention**. *Public Health* 2007; 121:549-557. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0033350607000133>. Acesso em 27 de junho de 2019.

Pinson, Lauren, and Mila Johns, Gary Ackerman. 2013. **“Ricin Letters Mailed to President and Senator.”** College Park, MD: **START** (April). http://www.start.umd.edu/start/publications/br/STARTBackgroundReport_RicinMailings_April2013.pdf. Acesso em 27 de junho de 2019.

PIRES, Fernanda P. A. e SILVA, Ana Tereza S. M. **A utilização da Engenharia Genética na Produção de Armas Biológicas.** Revista Militar nº 2482. 2008. Disponível em <https://www.revistamilitar.pt/artigo/347>. Acesso em 27 de junho de 2019.

<http://www.who.int/csr/delibepidemics/biochemguide/en/>

<http://www.who.int/csr/delibepidemics/biochemguide/en/>

<http://www.cdc.gov/search.do?queryText=bioterrorism&action=search>

<https://fas.org/irp/doddir/army/fm8-9.pdf>

<https://www.wdl.org/pt/item/11579/>

<http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/12/Global-Terrorism-Index-2018-1.pdf>

MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS: A BUSCA POR UMA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA PROMOVENDO UMA CULTURA DE PAZ

Eduarda Paola Weiler de Siqueira

1 Abordagem Histórica do Conflito

O conflito origina-se de posições e percepções divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, crenças e valores contrários.

Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Este estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum (VASCONCELOS,2018, p.19).

É interessante observar em Rummel o que ele denomina fases ou níveis do conflito, distinguindo a) o conflito latente, b) o conflito real ou atual (disputa), bem como c) o modo como se dá a exteriorização desse conflito manifesto - o processo (VASCONCELOS,2018, p. 21).

Neste sentido, define-se conflito latente como aquele que é observado no contexto das causas políticas, psicológicas e sociais e permanecem latentes no indivíduo ou grupo, sem produzir qualquer efeito aparente. O conflito manifesto corresponde, por sua vez, a oposições de interesses, atitudes e poderes. São típicas manifestações da busca de soluções.

Como expõe Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018, p.21) o autor Rummel formula a espiral de conflitos, composta pelas seguintes fases:

Primeira fase: Latente – potencialidade e estruturas de conflito. Onde quer que exista mais de um homem, um grupo, uma sociedade, uma cultura, estará presente o conflito (latente) nos papéis, iminências, e sentimentos, envolvendo religiões, economias, políticas, interesses, autoestima, superego etc.

Segunda fase: Início – manifestação do conflito (disputa ou confronto). Envolve a decisão de manifestar o conflito de posições e interesses opostos e a consequente situação de instabilidade e incerteza.

Terceira fase: balanceamento de poder – administração de forças. Confrontação de poder resultante da decisão de manifestar um comportamento de disputa.

Quarta fase: Equilíbrio de poder – estrutura de expectativas. A busca do equilíbrio, por meio de estruturas ou processos institucionalizados ou não (resolução).

Quinta fase: interrupção do equilíbrio – acomodação de forças. É a fase intermediária entre o conflito resolvido e o latente, que dará origem a novas disputas. Portanto, é o fim e o início da espiral de Rummel.

(...)

Daí entender-se que o conflito interpessoal se compõe de três elementos: relação interpessoal, problema objetivo e trama ou processo.

Os conflitos podem ser divididos em quatro espécies que, via de regra, incidem cumulativamente: a) conflitos estruturais; b) conflitos de informação; c) conflitos de valores e d) conflitos de interesses (VASCONCELOS, 2018, p. 23).

Além disso, vale lembrar que apesar dos meios de resolução do conflito poderem ser construtivos ou destrutivos, é necessário lidar construtivamente com eles para fins de obter novas compreensões praticando a cultura de paz.

2 Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

De acordo com o doutrinador Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018, p. 58):

Negociação, mediação, conciliação, arbitragem e outros métodos menos praticados, tais como a avaliação neutra (*neutral evaluation*), a facilitação de diálogos apreciativos e comitês de resolução de disputas (*disputes resolution board – DRB*), eram tradicionalmente designadas como métodos ou meios de resolução alternativa de disputas (*ADRs– Alternative Dispute Resolution*). Eram também conhecidos como Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (*MASCs*) ou Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (*MESCs*). No entanto, o lugar de aplicação desses meios – ambiente judicial ou não – vem deixando de ocupar a centralidade, daí a tendência em designá-los como meios ou métodos de Resolução Adequada de Disputa (*RAD*), ao lado da própria opção pelo judiciário, adequado para inúmeros casos. Com efeito, todos esses meios judiciais ou extrajudiciais de acesso à justiça compõem hoje denominado sistema multiportas, que engloba as práticas restaurativas, a facilitação de diálogos apreciativos etc., e pode ser livremente apropriado pela cidadania, que escolhe o meio que se mostre mais adequado, consoante as necessidades e circunstâncias pessoais e materiais de cada situação. Com efeito, a consagrada expressão *multi-door courthouse* (corte de múltiplas portas) foi originalmente utilizada pelo Prof. Frank Sander (Harvard), em 1976, numa conferência que veio a ser publicada em 1979.

Na mesma seara aduz Fernanda Tartuce (2018, p. 175):

Segundo Mauro Cappelletti, “a expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido”, deve o operador do direito “ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – judiciais ou não – que têm emergido como alternativas aos tipos ordinários ou tradicionais de procedimentos”,

mediante a “adoção desta perspectiva mais ampla” na análise do movimento universal de acesso à justiça.

Ao se buscar meios alternativos de solução de conflito conclui-se que a via judicial não é tão efetiva no quesito de pacificação real das partes. Além disso, representa uma retomada da tradição jurídica na qual a solução dos litígios se dava pelos particulares sem a vinculação com o Estado. (TARTUCE, 2018, p. 175-176).

Os principais meios de solução alternativa no Brasil são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Contudo, no direito comparado existem diversas técnicas. Cita-se como exemplo, o modelo *ombudsman* que, expressão de origem nórdica, recebe queixas e preveni disputas, sendo inspiração para a ouvidoria no brasileira.

Há ainda os processos mistos, que contêm elementos de ambos os perfis (contencioso e consensual); são eles med-arb, fact finding, mini trial, summary jury trial, baseball arbitration e early neutral evaluation – avaliação neutra de terceiro (TARTUCE, 2018, p. 179).

Sintetizando cada um dos mecanismos acima citados tem-se que: a) **med – arb**: o tratamento do conflito começa com uma mediação; caso as partes não alcancem um acordo, parte-se para a arbitragem, podendo-se inverter esta ordem; b) **fact finding**: um terceiro imparcial é escolhido para identificar fatos relevantes para a causa; c) **minitrial**: as partes, por seus advogados, apresentam suas teses a um consultor neutro que dará sua opinião sobre o que ocorreria se o caso estivesse no tribunal e, a partir daí negociarão, com ou sem a presença do consultor; d) **summary jury trial**: os advogados apresentam suas teses a um júri que não tem autoridade para resolver o conflito auxiliando assim, a melhor compreender o caso; e) **baseball arbitration**: um arbitro opta por uma das suas soluções possíveis negociadas pelas partes e; f) **early neutral evaluation**: mediante a assistência de um conhecedor prático e neutro é identificado pontos nos quais as partes concordam ou discordam fazendo, assim, uma análise da tese de cada lado (TARTUCE, 2018, p. 179-180).

Após a análise desses mecanismos conclui-se que, é mais eficiente os próprios envolvidos resolverem a disputa através de uma negociação direta que atenda o interesse de ambas as partes. Permitindo, assim, que as partes cheguem a um objetivo comum, ou seja, a criação de soluções para o conflito.

3 Mediação: uma análise detalhada

I. Conceito

A mediação é um meio de aucomposição de conflitos. É um meio consensual de abordagem de controvérsias no qual alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre as partes envolvidas a fim de proporcionar soluções pacíficas para a lide em questão. Tendo como objetivo principal não a realização do acordo mas, sim a religação das partes.

Para Fernanda Tartuce, em seu livro *Mediação nos conflitos civis* (2018, p. 203):

No mesmo sentido, pondera Fernanda Levy que a mediação consiste em um meio consensual, voluntário e informal de prevenção, condução e pacificação de conflitos conduzido por um mediador; este, com técnicas especiais, “atua como terceiro imparcial, sem poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de proporcionar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito”.

(...)

No sentir de Adolfo Braga Neto, a mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos pela qual duas ou mais pessoas recorrem a um especialista neutro e capacitado “que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas”.

Para Carlos Eduardo Vasconcelos (2018, p. 59):

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(s), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s) me-

diador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

II. Princípios informadores da Mediação

De acordo com o art. 166 do CPC/2015 são princípios da mediação e da conciliação os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Além disso, de acordo com o art. 2º da Lei 13.140/2015 tem-se que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e da boa-fé.

III. Principais objetivos da mediação

Os principais objetivos da mediação são: a) restabelecimento da comunicação; b) preservação do relacionamento entre as partes; c) prevenção de conflitos; d) inclusão social; e) pacificação social e; f) celebração de acordos e sucesso da mediação.

IV. Etapas da Mediação

Para Fernanda Tartuce (2018, p. 263):

Dependendo da instituição ou dos mediadores que estejam realizando a mediação, ela poderá ser conduzida de forma diferente. O processo pode ser acompanhado por apenas um mediador ou, se for o caso, dois mediadores. Pode haver ou não a pré-mediação ou as reuniões em separado (caucus). O procedimento pode ser reduzido a termo (escrito em um documento) e assinado, ou essa providência pode ser dispensada. Enfim, dependendo da instituição, do mediador e das partes serão definidos procedimentos diferentes. Evidentemente que os princípios da mediação e o có-

digo de ética devem ser seguidos por esses profissionais e por essas instituições.

(...)

De modo mais pormenorizado, é viável vislumbrar a divisão do procedimento nas seguintes etapas: pré-mediação; abertura; investigação; agenda; criação de opções; escolha das opções e solução.

Na pré-mediação ocorre a explicação do procedimento da mediação seja ela privada/ autônoma ou institucional. São objetivos da pré-mediação: excluir o litígio, informar as partes sobre sua responsabilidade pelo processo, promover cooperação e respeito mútuo, escutar cada um dos mediandos de forma a criar confiança.

A doutrinadora Fernanda Tartuce (2018, p.265) assim salienta:

Na mesma linha, pode-se considerar o desenvolvimento do processo de mediação em cinco fases: i) declaração de abertura; ii) exposição de razões pelas partes; iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; iv) esclarecimento acerca de questões, interesses e sentimentos; e v) resolução de questões.

A abertura (já destacada no item 5.6.2.1) tem grande importância: logo no início da sessão, após saudar as partes e promover as devidas apresentações, o mediador esclarece o que é a mediação, qual é o seu papel (explicando que não atua como juiz ou conselheiro) e aponta os possíveis resultados que podem advir da conversação.

(...)

Na abertura também são destacados princípios importantes como a confidencialidade, a autonomia e a isonomia.

Essa fase inicial tem ainda outro objetivo: fazer que as partes adversárias se habituem a sentar, uma ao lado da outra, em um mesmo ambiente.

Como já destacado, há exceções: havendo um histórico grave que comprometa o compartilhamento do ambiente, as partes poderão ser escutadas separadamente; nesses casos, a mediação começa por sessões privadas (por solicitação dos mediandos e/ou por escolha do mediador).

(...)

Também pode fazer parte da abertura a combinação sobre o cronograma das reuniões e sua duração; aqui a autonomia das partes é considerável, sendo possível formatar todo tipo de calendário. Uma programação que pode funcionar bem é agendar reuniões periódicas com a duração desejada pelas partes (por ex., encontros semanais com duração entre uma e três horas).

Por fim, as partes podem perguntar quanto tempo deve demorar a mediação; a resposta não é fechada porque depende de uma série de fatores ligados ao perfil dos mediandos e à evolução da comunicação. Sendo interesse das partes, é preciso falar sobre isso; pode-se ajustar tanto um certo número de reuniões como combinar que, a cada uma delas, será combinado se haverá outra.

A respeito de quantas reuniões são necessárias normalmente, conforme aduz a doutrinadora Fernanda Tartuce (2018, p. 266), quatro sessões de mediação que tendem a durar quatro meses ou realizam-se cinco sessões – não se ultrapassando 10 encontros.

A etapa do relato é importante para que haja a identificação de questões, interesses e sentimentos dos mediandos, assim como o esclarecimento das controvérsias e a elucidação das questões controvertidas.

Pode ocorrer, nessa fase, alguma manifestação de ansiedade por parte dos mediandos no sentido de querer logo ouvir propostas de acordo. Será importante então que compreendam que faz parte da mediação a abordagem dos interesses subjacentes à controvérsia, não sendo o foco a mera discussão sobre números e posições – cuja análise superficial, aliás, tende a ser improdutiva.

(...)

O mediador deve atuar de modo imparcial, assegurando a todos a oportunidade de expor sua versão dos fatos.

Pode-se ver a atuação do mediador como a de um agente catalisador: na química, há certos corpos que não se atraem, sendo

necessário o fenômeno de catálise para que a atração ocorra; o mediador opera exatamente como esse agente.

Após a exposição das partes e a identificação de seus interesses, vem a fase da agenda. Embora costume ser curta, ela configura uma etapa fundamental no sentido de organizar as questões controvertidas.

A proposta é objetivar os pontos que serão trabalhados. Será importante verificar se, além dos pontos aparentes, há outros, latentes. A proposta é que se proceda à listagem dos itens a serem abordados a partir da identificação dos interesses envolvidos na controvérsia. Como exemplo, em um conflito entre locador e locatário que inicialmente chegaram à mesa para debater o reajuste do aluguel podem constar na agenda, além desse item, a má comunicação entabulada entre os contratantes e o conserto do problemático telhado.

(...)

Na sequência vem, em certos modelos, a etapa da busca de soluções para trabalhar a criação de opções com incentivo à criatividade.

Nessa perspectiva, cabe ao mediador contribuir para diferenciação entre interesses e posições, trabalhando com as partes para cogitar soluções criativas e eficientes; ele também deve atuar como um agente da realidade, contribuindo para que as partes sejam mais realistas quanto às suas alternativas.

Vale lembrar que o mediador não deve proceder a análises sobre o mérito da demanda, mas provocar, especialmente por questionamentos, reflexões sobre as possibilidades de cada um.

Finalmente vem a fase conclusiva, que pode resultar no agendamento de uma nova reunião, na assunção de algum compromisso (ainda que represente uma solução parcial e provisória), na celebração de um acordo, na suspensão momentânea das reuniões ou no decreto do fim da tentativa consensual. Essa deliberação dependerá das partes, que no exercício de sua autodeterminação escolherão o caminho que desejam trilhar.

V. Tipos de Mediação

A mediação pode ser extrajudicial ou judicial.

a) Mediação extrajudicial

A **mediação extrajudicial ou privada** pode ser realizada por mediadores independentes ou instituições voltadas à esse fim sem participação do judiciário. De acordo com Fernanda Tartuce (2018, p. 310), a mediação comum, conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessados, se subdivide em mediação institucional (organizada por centros ou associações de mediação) ou independente (conduzida por mediadores sem vínculo com qualquer entidade e escolhidos livremente pelas partes).

Quanto a regulamentação dos mediadores extrajudiciais a Lei da Mediação (Lei N°13.140/2015) disso tratou (Fernanda Tartuce, 2018, p. 311):

Segundo o art. 9.º da Lei n. 13.140/2015, poderá funcionar como mediador extrajudicial ***qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se*** (grifos nossos).

Como se percebe, três requisitos essenciais devem ser observados por quem pretende atuar como mediador extrajudicial: 1. Capacidade de Direito; 2. Confiança das partes; 3. Capacitação em mediação.

(...)

Na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do Conselho da Justiça Federal, entendeu-se que “a menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9.º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito” (Enunciado 47). A Lei de Mediação

destaca, no art. 10, que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos; segundo o parágrafo único, caso uma das partes compareça acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas.

A Lei de Mediação ainda, esclarece em seus artigos (arts. 21 a 23) sobre o procedimento da mediação extrajudicial sendo válido mencionar acerca da previsão contratual de mediação:

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e,

caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.

b)Mediação Judicial

A mediação judicial, por sua vez, corresponde aquela realizada por mediadores judiciais (previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo tribunal) designados pelo Juiz da causa ou indicados pelos CEJUSCs (TARTUCE, 2018, p. 314).

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros” ou “Cejuscs”) correspondem a unidades judiciárias responsáveis pela realização de conciliações e mediações.

De acordo com o art. 11 da Lei 13.140/2015 poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos (02) dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

São requisitos para ser mediador judicial (TARTUCE, 2018, p. 315): a) necessidade de capacitação e cadastramento duplo: um nacional e outro local (realizado pelo Tribunal Estadual ou Federal da localidade onde for atuar o mediador/conciliador ou a câmara); b) o mediador judicial tenha, de acordo com o art. 11, além das óbvias capacidades de Direito e capacitação, graduação há pelo menos dois anos

em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Atenta-se para o fato de existirem no art. 167, § 5º do CPC **restrições ao mediador judicial advogado** no qual não poderá exercer a advocacia no juízo em que exerça suas funções.

Para a doutrinadora Fernanda Tartuce (2018, p. 320):

Como se não bastasse o impedimento, há ainda previsão de quarentena: o mediador judicial fica impedido, pelo prazo de um ano contado do término da última sessão em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

A vedação busca evitar potenciais comprometimentos de ordem ética ao criar vedação de atuação temporária. Após o prazo de um ano contado da última sessão consensual em que atuou, o conciliador/mediador estará liberado para ser contratado como assessor, representante ou patrono de qualquer dos litigantes; vale destacar que são contempladas amplas atuações: não poder assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes por um ano enseja significativas restrições ao facilitador consensual.

Ademais nos artigos 24 ao 29 da Lei nº 13.140/2015 encontram-se regulamentações para o procedimento da mediação judicial:

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

VI. Mediador: escolha

Conforme prevê o artigo 168 do Novo CPC as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação; podendo o conciliador ou mediador ser ou não cadastrado no tribunal; em contrapartida, diante da discórdia em relação a escolha do mediador ocorrerá a distribuição entre aqueles cadastrados no tribunal e; quando recomendável haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Aduz a doutrinadora Fernanda Tartuce (2018, p. 322):

Ao ponto, merece destaque o Enunciado 628 do Fórum Permanente de Processualistas civis: as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação.

Caso as partes estejam participando de uma sessão consensual que finalizará sem acordo, ao perceberem que há espaço para adicionais conversações (a ser mais bem aproveitado na seara extrajudicial), elas poderão realizar negócios jurídicos processuais – inclusive para nomear o mediador.

O CPC/2015 ensejou considerável mudança na concepção do processo ao introduzir a cláusula aberta de negociação sobre convenções processuais.

Os negócios jurídicos processuais, que constituem acordos relativos ao procedimento, podem realizar-se antes do processo (por exemplo, quando da celebração de um contrato, por meio da inserção de cláusulas em que as partes acordam sobre elementos do eventual procedimento judicial), seja quando o processo já está em curso (e há vários momentos para tanto, como a inovadora audiência de saneamento e organização do processo do art. 357, §§ 2º e 3º).

(...) (...)

Os mediadores judiciais não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes (Lei n. 13.140/2015, art. 25); assim, não tendo havido escolha, uma vez sorteado o terceiro facilitador não será necessária a expressa aceitação pelas partes.

VII. Objeto da Mediação

O artigo 3º da Lei n° 13.140/2015 prevê que pode ser objeto da mediação *direitos disponíveis* ou *indisponíveis* que admitam transação devendo ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (§ 2º). Exemplo são os conflitos civis propriamente ditos, envolvendo Direito Imobiliário, Direito do Consumidor, Direito Contratual, Direitos Reais, relações possessórias, entre outros. Além disso, o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis mas, que são transigíveis deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (TARTUCE, 2018, p. 337).

4 Conclusão

Assim, dentre os meios alternativos de resolução de conflitos a mediação aplica-se tanto para solucionar interesses privados quanto os públicos.

O papel do mediador é auxiliar as partes a melhor compreenderem as questões e interesses dentro de um conflito com o intuito de restabelecer a comunicação. Buscam ainda uma solução consensual a qual gere ganhos para ambas as partes. Apesar de haver um vínculo anterior entre os mediandos o mediador não propõe soluções, ao contrário do conciliador.

Além disso, conforme depreende-se da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e do CPC/2015 é admitido que: a) mais de um mediador funcione no mesmo procedimento; b) exista câmaras privadas de mediação e conflitos e; c) a mediação seja feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo podendo, ainda, à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação (art.46).

Por fim, recorda-se que ante o princípio da autonomia da vontade as partes não são obrigadas a permanecer em procedimento de mediação contudo, existindo a cláusula de mediação (art. 2º, §1º da Lei 13.140/2015) as partes deverão comparecer pelo menos a primeira reunião de mediação.

5 Referências Bibliográficas

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de junho de 2015.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volumel_354.pdf> Acesso em: 11 de Julho de 2018.

FREITAS, Danielli Xavier. **Dizer o Direito: Comentários à Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação)**. Disponível em: <<https://danielli-xavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/205303660/dizer-o-direito-comentarios-a-lei-13140-2015-lei-da-mediacao>> Acesso em: 11 de julho de 2018.

LEITE, Gisele. **Um breve histórico sobre a mediação**. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>> Acesso em: 11 de Julho de 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

A HUMANIZAÇÃO DO ATENDIMENTO EM SAÚDE: UMA REFLEXÃO COMO POLÍTICA E COMO DIREITO

Ellem Assam Nunes

INTRODUÇÃO

O objetivo deste inscrito, é descrever a humanização do atendimento em saúde, como política e como direito, galgada em procedimentos éticos bem como percorrer sua trajetória no Brasil. Na área da saúde, o termo da humanização tem sido utilizado com diferentes significados e entendimentos, porém, diante deste inscrito será relacionando como um avanço de um programa à uma política pública, que se configura como direito dos usuários/pacientes/clientes.

Nos anos de 1990, a humanização na saúde vem sendo cultivada como política pública, tendo como início, o ambiente hospitalar, e, na contemporaneidade, sendo destinada para todos os níveis de atenção de saúde.

Muito se tem discutido a respeito da humanização no atendimento em saúde, devido principalmente, à vulnerabilidade do paciente e ao confronto entre tecnologia e humanização. No entanto, os estudos têm dado pouca ênfase à relevância dessa temática nos atendimentos de atenção à saúde, onde o sujeito não é, muitas vezes, um usuário/paciente/cliente adoecido, mas que da mesma forma necessita e busca um atendimento de qualidade e humanizado.

O estudo da temática humanização, é essencial, uma vez que a constituição de um atendimento calcado em princípios como a integralidade

da assistência, a equidade, a participação social do usuário, dentre outros, demanda a revisão das práticas do dia a dia, de modo a valorizar a dignidade do profissional e do usuário.

A Humanização é um termo polissêmico, a expressão é diversificada de conceitos, tendo em vista seu caráter subjetivo, complexo e multidimensional. Inserida no contexto da saúde, a humanização, muito mais que qualidade clínica dos profissionais, exige qualidade de comportamento. Dicionários da língua portuguesa definem a palavra humanizar como: tornar humano, civilizar, dar condição humana. Portanto, é possível dizer que humanização é um processo que se encontra em constante transformação e que sofre influências do contexto em que ocorre, só sendo promovida e submetida pelo próprio homem.

1. Trajetória

Nos anos 1990, o direito à privacidade, a confidencialidade das informações, ao acordo frente aos procedimentos nas ações médicas, ao atendimento de qualidade e dignificante por parte das equipes multidisciplinar na área da saúde, obtêm impulso reivindicatório direcionando a proposta de um programa em uma política de saúde. Dessa forma, vai-se caracterizando o cerne do conceito de humanização, que segundo Vaitsman & Andrade, 2005 estabelecem a humanização como “ideia de dignidade e respeito à vida humana, enfatizando a dimensão ética entre pacientes e profissionais de saúde” (VAITSMAN & ANDRADE, 2005, p.608).

Desenvolve-se a definição que cria a união da humanização ao campo dos direitos humanos, sobretudo aos usuários/pacientes/clientes, reconhecendo-os como cidadãos de direitos. Cabe ressaltar que as alianças entre os movimentos de saúde e os demais movimentos sociais, exprimem papel fundante em relação as lutas pela garantia de direitos.

A XI Conferência Nacional de Saúde, (2000), que tinha como título “Acesso, qualidade e humanização na atenção à saúde com controle social”, procura interferir nas agendas das políticas públicas de saúde. No ano de 2000 a 2002, o Programa Nacional de Humanização da Atenção Hospitalar (PNHAH) iniciou ações em hospitais com o intuito de criar comitês de humanização, voltados para melhoria na qualidade da atenção ao usuário/paciente/cliente e, mais tarde ao trabalhador.

As ações elencadas esbarram-se em um campo indefinido em que a humanização era solicitada pelos usuários/pacientes/clientes e trabalhadores, o que incluía gestores e profissionais da saúde. No entanto, os usuários/pacientes/clientes, solicitavam o que é de direito: atenção com acolhimento e forma resolutiva para com as problemáticas burocráticas na área da saúde, e os trabalhadores, solicitavam melhores condições de trabalho.

Por outro lado, segundo Benevides & Passos, os críticos às propostas humanizantes no campo da saúde, denunciavam que as iniciativas em curso se reduziam, grande parte das vezes, a alterações que não chegavam efetivamente a colocar em questão os modelos de atenção e de gestão instituídos (BENEVIDES & PASSOS, 2005).

Evidencia-se ao final da década de 1990, uma ampliação de propostas políticas de governo pertencente à humanização da saúde. O Ministério da Saúde, em 2001 cria o referido Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH). Tal programa, apresenta uma coleção de ações integradas com o objetivo de modificar os moldes de assistência na saúde, principalmente no ambiente público.

De acordo com Fortes (2004, p. 33):

O Programa enfocava a necessidade de ocorrer uma transformação cultural no ambiente hospitalar, orientada pelo atendimento humanizado ao usuário, entendendo que resultaria em maior qualidade e eficácia das ações desenvolvidas. Expressava que as relações humanas que caracterizam o atendimento à saúde exigem “agregar à eficiência técnica e científica uma ética que considere e respeite a singularidade das necessidades do usuário e do profissional, que acolha o desconhecido e imprevisível, que aceite os limites de cada situação”

Nos anos 1999 e 2002, além do PNHAH, outras ações e programas foram propostos pelo Ministério da Saúde para que também fossem definidos como arena da humanização, entre esses destaca-se: a instauração do procedimento de Carta ao Usuário (1999), Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares (PNASH – 1999), Programa de Acreditação Hospitalar (2001), Programa Centros Colaboradores para Qualidade e Assistência Hospitalar (2000), Programa de Modernização

Gerencial dos Grandes Estabelecimentos de Saúde (1999), Programa de Humanização Pré-natal e Nascimento (2000), Norma de Atenção Humanizada de Recém-Nascido de Baixo Peso – Método Canguru (2000), dentre outros.

Benevides & Passos colocam que, ainda que a palavra humanização não apareça em todos os programas e ações e que haja diferentes intenções e focos entre eles, podem os acompanhar a relação que vai-se estabelecendo entre humanização e qualidade (BENEVIDES & PASSOS, 2005).

É a partir destas direções que foram norteadas as definições para a criação da Política Nacional de Humanização (PNH), que de acordo com (Humaniza SUS, 2004, p.32)

1) Valorização das dimensões subjetiva e social em todas as práticas de atenção e gestão no SUS, fortalecendo o compromisso com os direitos do cidadão, destacando-se o respeito às questões de gênero, etnia, raça, orientação sexual e às populações específicas (índios, quilombolas, ribeirinhos, assentados etc); 2 Fortalecimento de trabalho em equipe multiprofissional, fomentando a transversalidade e grupalidade; 3) Apoio à construção de redes cooperativas, solidárias e comprometidas com a produção de saúde e com a produção de sujeitos; 4) Construção de autonomia e protagonismo de sujeitos e coletivos implicados na rede do SUS; 5) Corresponsabilidade desses sujeitos nos processos de gestão e atenção; 6) Fortalecimento do controle social com caráter participativo em todas as instâncias gestoras do SUS; 7) Compromisso com a descentralização das relações de trabalho e da valorização dos profissionais de saúde, estimulando processos de educação permanente.(Humaniza SUS, 2004, p.32)

Dessa forma, observa-se a criação de uma Política que atenda as subjetividades de cada ser, respeitando suas particularidades, fortalecendo o compromisso com o direito de cada cidadão envolvido nesse processo, o que inclui tanto os usuários/pacientes/clientes, como os trabalhadores da área da saúde, proporcionando assim, um fortalecimento entre a equipe e um ambiente saudável.

2. A Humanização no campo das políticas públicas

Ao se referir-se ao campo das políticas públicas de saúde, a humanização compreende à transformações de modelos de atenção e da gestão diante dos serviços e sistema de saúde, que indica a necessidade da construção de novas relações entre usuários/paciente/clientes e trabalhadores da saúde.

Dessa forma, cabe salientar que, a humanização encontra-se intrínseca às práticas concretas e comprometidas com a produção de sujeitos.

Campos, salienta que, “de tal modo que atender melhor o usuário se dá em sintonia com melhores condições de trabalho e de participação dos diferentes sujeitos implicados no processo de produção de saúde” (Campos, 2000).

Direcionada pelos princípios da transversalidade e da indissociabilidade entre atenção e gestão, a humanização se expressa a partir de 2003 como Política Nacional de Humanização (PNH), segundo o Ministério da Saúde (BRASIL/Ministério da Saúde, 2004).

Dessa forma, compromete-se com a construção de uma nova relação, seja entre as demais políticas e programas de saúde, seja entre as instâncias de efetuação do SUS (Sistema Único de Saúde), seja entre os diferentes atores que constituem o processo de trabalho em saúde.

Cabe salientar que, transformar práticas de saúde exige mudanças no processo de construção dos sujeitos dessas práticas. Dentro dessas perspectivas, define-se a humanização como a valorização dos processos de mudança dos sujeitos na produção da saúde.

3. A Humanização como Direito

No campo da atenção em saúde o termo humanização tem sido utilizado com diferentes significados e entendimentos. O conceito vem se modificando no decorrer dos últimos anos, confundindo-se historicamente, nas fases iniciais, com a luta por direitos dos usuários. Podemos dizer que humanização da atenção à saúde tem seu fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 1º afirma: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de

fraternidade” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2009).

De acordo com Silva (2015) “A formação em saúde pressupõe a necessidade de formar profissionais habilitados a compreender e comunicarem-se adequadamente com os seus pacientes. (SILVA 2015, P. 299)

Torna-se imprescindível, nessa perspectiva, que os processos formativos para o sujeito ingressante na área de saúde contemplem os aspectos singulares de entendimento do “outro” enquanto ser humano dotado de sentimentos, e saberes socioculturalmente construídos. Dessa forma, compreendendo que o fundamento para a compreensão da horizontalização da comunicação, pois a singularidade do ser, não deve estar sobreposta ao modelo reducionista de atuação profissional, cuja marca é a retificação dos saberes técnico-científicos.

Segundo Rios (2009, p.8) o tema humanização é um assunto frequente no campo da saúde pública, e está aliado à discussão dos direitos humanos. Nesse sentido, abordar o tema da humanização na saúde e dos direitos humanos significa, dentre outros, aprimorar as relações entre os sujeitos de uma sociedade, para uma convivência compatível com o bem de todos e apoiada nos princípios éticos e sociais.

Como afirma Rios (2009, p. 05):

A esperança emerge a partir do exercício de escutar-nos uns aos outros e de reconhecer no sofrimento o direito ao atendimento precoce, resolutivo e de qualidade. O fortalecimento dos vulneráveis é alcançado com base nos direitos humanos e no respeito pela dignidade individual

A relação estabelecida entre o paciente e o profissional da saúde deve emergir de uma abordagem amplamente impressa nas características humanas, subjetivadas. No que tange às relações entre sujeitos, os profissionais da saúde não podem se limitar estritamente ao uso do conhecimento científico na execução de suas práticas, resultando na negligência do posicionamento de seus pacientes em relação ao processo de promoção e cuidados com a saúde.

De acordo com Souza et al (2017, p.5):

A priorização dos saberes técnicos, como forma de guiar a relação profissional/paciente, estabelece uma relação unilateral de poder e as condutas se tornam ditatoriais, o que obriga o paciente a cumprir expressamente as exigências do profissional da área da saúde. Nessa perspectiva, o profissional da saúde tenta se estabelecer como o detentor de todo conhecimento e da verdade absoluta acerca das doenças e dos tratamentos, fazendo com que ele figure como ser “dominante” e o paciente, como um sujeito passivo diante de tais “verdades”, se torne um ser “dominado”. A configuração de uma imagem dialética no contato com o outro deve conjugar regras para convivência e horizontalidade na relação, uma vez que da parte dominante se explicita uma conotação de “poder” sobre o sujeito vulnerável. Por outro lado, a parte dominada se coloca em uma condição de inferioridade pouco prazerosa e se vê “obrigada” a cumprir passivamente às proposições do dominante, em virtude de seu

A humanização na saúde, conjugada à ideia de direitos humanos, tem por finalidade conseguir que “a todos seja dado acesso ao que precisam segundo suas necessidades e a cada um as condições para desenvolver e exercitar suas capacidades” (OLIVEIRA, 2006, p. 280).

Os acordos éticos e morais que norteiam as relações sociais complementam as atitudes coletivas e definem a humanização como mecanismo regulador das ações que interconectam os sujeitos. Com vistas para a situação dos pacientes que dependem do Sistema Único de Saúde, quando tratado em contexto de vulnerabilidade, o conceito de humanização estabelece e abre precedentes de igualdade, equidade e no anteparo solidário busca sanar as problemáticas imersas nos fatores condicionantes da desumanização.

De acordo com Silva (2011), vários fatores revelam a promoção da desumanização na saúde e favorecem o seu agrupamento em três categorias, que se interligam, tendo como produto final, o descaso ou a negação de direitos. Na primeira categoria aparecem as falhas na organização do atendimento, longas filas de espera, adiamentos de consultas e exames, ausência de regulamentos e rotinas para acolhimento, ou do seu não cumprimento, precárias instalações e equipamentos obsoletos ou parados

por falta de manutenção e ainda acrescenta-se o atraso para realização de exames complementares e emissão de laudos. Na segunda categoria pode-se evidenciar especificamente a relação entre o profissional da saúde e o paciente, a fragilidade na comunicação, muitas vezes motivada pela falta de profissionais, pouco tempo disponível para as consultas, formação tecnicista, e outros, que comprometem a integridade moral e física do paciente, como a aglomeração no momento do atendimento e a falta de privacidade. Deve-se levar em consideração a ausência de preparo psicológico e ético e de informações precisas para auxiliar os usuários do sistema de saúde.

Na terceira e última categoria percebe-se a falta de condições de trabalho, considerando-se os baixos salários, jornadas duplas ou triplas, que confluem para a sobrecarga e conseqüente cansaço físico e psíquico, principalmente se observado os locais mais tensos, que desfavorecem a qualidade do ambiente profissional.

A fragmentação nos serviços oferecidos pelo sistema único de saúde desperta grande discussão sobre as reais necessidades de se ter uma relação estreita entre os campos de atuação de seus profissionais e os pacientes que por eles são assistidos. Mesmo com a instituição de políticas que tenham como finalidade a redução da desigualdade e o acesso aos serviços de saúde de forma gratuita, igualitária, integral e equanimemente distribuída, o SUS ainda precisa reger através dos processos formativos a humanização das práticas.

De acordo com Oliveira: “Nesse sentido, justifica-se a reflexão sobre a humanização, que deve considerar a valorização dos diferentes sujeitos implicados no processo de produção de saúde” (OLIVEIRA, 2006, pag. 278).

Reconhecendo o direito do paciente

A reflexão sobre práticas humanizadoras em saúde se inicia nos anos 1970 por meio da discussão e luta sobre os “direitos do paciente”. A primeira declaração de direitos dos pacientes a ser reconhecida pela literatura foi emitida pelo Hospital Mont Sinai, em Boston/ USA, em 1972. Um ano depois, a Associação Americana de Hospitais lança a Patient’s Bill of Rights [Carta dos Direitos dos Pacientes], que foi posteriormente revisada em 1992. (FORTES 2004, P.31 APUD FORTES, 1998).

Dentro dessas premissas, destaca-se que os direitos dos pacientes não é algo novo, lá na década de 70 já se existia uma discussão sobre tal direito que refletia nas práticas humanizadas.

Um fato relevante para apoiar sobre a humanização, se deu pela Declaração da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada e com participação de patrocínio pela UNICEF, onde ocorreu em Alma-Ata, no Kazaquistão, em 1978, reafirmando a saúde ser um estado de bem-estar completo, e não somente a ausência de doença. Dessa forma, compreendendo como direito humano fundante.

Tal documento enfatizou que a obtenção do mais alto nível de saúde possível é o objetivo social mais importante a ser atingido pelos sistemas de saúde, sendo que as pessoas devem ter o direito e a obrigação de participar, individual e coletivamente, no planejamento e na implementação de seus cuidados com saúde.

De acordo com Fortes (2004, p.31)

No continente europeu foram emitidos diversos documentos por organismos transnacionais desde o final dos anos 1970. Em 1979, a Comunidade Econômica Europeia se manifestou mediante a “Carta do Doente Usuário de Hospital”. A Carta afirmou o direito do paciente hospitalizado à autodeterminação, o direito para aceitar ou recusar os cuidados propostos pelos profissionais de saúde tanto para diagnóstico como para tratamento, como também a obrigatoriedade do fornecimento das informações sobre todos os fatos referentes ao estado de saúde.

O direito do usuário/paciente/cliente, é explícito na colocação do autor acima, quando salienta à autodeterminação, que fortalece a autonomia do mesmo quanto ao seu tratamento. Com base na importância dos direitos humanos, é importante salientar a atual mudança encontrada no âmbito da relação médico-paciente, uma vez que nesse campo se dá um aparente conflito entre direitos fundamentais.

Em 1984, ampliando o enfoque hospitalar dos outros documentos, o Parlamento Europeu adota a Carta Europeia dos Direitos do Paciente, na qual se encontram expressos, entre outros aspectos, o direito à informação sobre o tratamento e o prognóstico, o direito à consulta, pelo usuário, a

seu prontuário médico, assim como o direito de consentir ou de recusar ser submetido a tratamentos. (FORTES, 2004)

No Brasil, as bases constitucionais relativas a direitos individuais, coletivos e sociais, trazem na legislação infraconstitucional referente ao setor de saúde traz diretrizes e normas que se referem, de forma direta ou indireta, à humanização da atenção em saúde, tais como a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, à igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, e o direito à informação das pessoas assistidas sobre sua saúde (Lei federal 8080/90, art. 7º, III, IV e V).

Nas colocações de Fortes (2004, p.31) destaca que:

As normas deste ato legal expressam, entre outros, o direito dos usuários a ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso; a ser identificado e tratado pelo seu nome ou sobrenome; a não ser identificado ou tratado por números, códigos ou de modo genérico, desrespeitoso, ou preconceituoso; a ter resguardado o segredo sobre seus dados pessoais, através da manutenção do sigilo profissional, desde que não acarrete riscos a terceiros ou à saúde pública; a poder identificar as pessoas responsáveis, direta e indiretamente, por sua assistência; receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre hipóteses diagnósticas, diagnósticos realizados, exames solicitados e ações terapêuticas; a consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados; a acessar, a qualquer momento, o seu prontuário médico (Art. 2º, itens I a VIII).

Essas avaliações tiveram continuidade em outros estados brasileiros, sendo que, recentemente, no município de Belo Horizonte/MG, foi promulgada a lei nº 8926, de 02 de agosto de 2004, que “dispõe sobre os direitos do usuário dos serviços e das ações de saúde no município”, a qual é voltada fundamentalmente para a humanização dos serviços de saúde.

Considerações finais

A identificação da conjuntura por que passa grande parte dos serviços de saúde, releva a necessidade de se reestruturar as ações recorrentes

de gestão e de atenção à saúde, deslocando culturas institucionais, infelizmente ainda muito propagada entre nós, que tendem, infelizmente, a objetificar as pessoas que utilizam os serviços de saúde não dando atenção a satisfação de suas necessidades. Assim, se entendemos e valorizamos o fato de que políticas públicas de humanização da atenção à saúde vêm sendo consolidadas nos últimos anos, devemos considerar que, para melhor atingir seus objetivos, devam se orientar pelo denominado princípio da humanidade, pelo qual o homem deve ser considerado como o centro da ação ética, aceitando-se a aplicação do imperativo categórico que afirma que a ação eticamente adequada deve considerar o homem como um fim em si mesmo, e não somente como um meio de satisfação dos interesses das diversas forças sociais atuantes na atenção em saúde.

Torna-se relevante salientar que, as práticas humanizantes não devem ser utópicas, o que cabe a cada sujeito envolvido desenvolvê-las em suas práticas e entende-las não somente como uma ação humana, e sim como uma atitude embasada em uma política que é direito de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENEVIDES DE BARROS, R. & PASSOS, E. **Humanização na saúde: um novo modismo?**. Interface, 9 (17): 389-394, 2005

BRASIL/MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política Nacional de humanização**, 2004. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saude/area.cfm?id> .Acesso em: Maio/2019

CAMPOS, G. W. **Um método para Análise e Co-Gestão dos Coletivos: a construção do sujeito, a produção de valor de uso e a democracia em instituições – o método da roda**. São Paulo: Hucitec, 2000

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009 (DPI). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> . Acesso em: Julho/2019

FORTES, Antônio Paulo de Carvalho. **Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde**. Ver. Saúde e So-

cidade v.13, n.3, p.30-35, set-dez 2004 Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v13n3/04.pdf> . Acesso em Maio/2019

OLIVEIRA, B. R. G.; COLLET, N.; VIERA, C. S. **A humanização na assistência à saúde**. Rev. Latinoam Enfermagem. v. 14, n. 2, p. 277-284, 2006

RIOS, I. C. **Caminhos da humanização na saúde: Prática e reflexão**. São Paulo: Áurea Editora, 2009, 182 pag

SILVA, I. D.; SILVEIRO, M. F. A. **A humanização e a formação do profissional em fisioterapia**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 16, n. 1, p. 1535-1546, 2011.

SILVA, L. A.; MUHL, C.; MOLIANI, M. M. **Ensino médico e humanização: análise a partir dos currículos de cursos de medicina**. Psicol Argum, v. 33, n. 80, p. 298-309, 2015.

SOUZA, Flavio Marcos; Bissoto, Maria Luísa Amorim Costa. **Direitos Humanos e a Humanização em Saúde: a comunicação entre profissional/paciente como balizadora desta relação**. III CONISE – Congresso Internacional Salesiano de Educação. Direitos humanos e formação de professores: tensões, desafios e propostas – Universidade Católica Silva Henriquez – 2017

Disponível em: http://www.lo.unisal.br/sistemas/conise/anais/180_13500756_ID.pdf . Acesso em Maio/2019

VAITSMAN, J. & ANDRADE, G. **Satisfação e responsividade: formas de medir a qualidade e a humanização da assistência à saúde** Ciênc. Saúde Colet., 10(3): 599-613, 2005

POLIAMOR: DIREITO OU AFRONTA SOCIAL?

Roberta Ceriolo Sophi

José Geraldo da Silva

Introdução

Depravação, libertinagem, imoralidade, ilegalidade, escória social, nojento, grotesco, primitivo, swing, orgia, pecado, “coisa do diabo” etc. Muitos são os adjetivos e substantivos pejorativos que várias pessoas utilizam quando o assunto é o poliamor², outras simplesmente desconhecem a palavra, mas, o que podemos entender por poliamorismo?

Ao analisar a própria vida referente ao verbo “amar”, observar-se-á que houve, há e haverá muitos amores, esse sentimento de afeto, zelo, proteção, cuidado, companheirismo, cumplicidade etc. Há o amor ágape, a afeição universal ao ser humano, seja pelos familiares, amigos ou desconhecidos. E, o amor Eros, dos amantes, dos apaixonados, dos românticos, que será o alicerce da presente pesquisa.

O termo poliamor teria surgido, (CARDOSO, 2010), em agosto de 1990, em um evento público em Berkeley (Califórnia - EUA), em que neopagãos, pertencentes à Igreja de Todos os Mundos, objetivavam a criação de um Glossário de Terminologia Relacional. Destacando-se, sobre o

2 Não confundir com pansexual, etimologia do prefixo grego *pan-*, que significa "tudo" ou "todos" (tanto gêneros binários como não-binários). Atração sexual por todos os sexos ou gêneros. Não-binário ou queer, do inglês: *genderqueer*, conhecido como “termo do guarda-chuva”, ou seja, a pessoa não se identifica com o masculino e nem com o feminino, inconformismo de gênero.

assunto em tela, a obra de Deborah Anapole (2014), *Polyamory: The New Love Without Limits*, com bases ideológicas de igualdade e liberdade.

A Primeira Conferência Internacional sobre o poliamorismo ocorreu em 2005, em Hamburgo - Alemanha, clamando o respeito social e o seu reconhecimento jurídico. Em 2019, entre 14 e 16 de novembro, está programada a *3rd Non-Monogamies e Contemporary Intimacies Conference*, que será realizada em Barcelona, Espanha, com a mesma ênfase social e jurídica.

Poliamor, expressão híbrida com etimologia: do grego *πολί* - *polí* (que significa muitos ou vários), e do latim *amor* (significando amor), logo, muitos amores, relacionamentos amorosos múltiplos. Poliamorismo, vínculos afetivos entre mais de duas pessoas, ancoradas na não-monogamia responsável, com objetivo de constituir família. A série “Eu, Tu e ELA” (NETIFLIX, 2017), ilustra de maneira instigante o poliamorismo.

Para que não ocorra confusão no entendimento da terminologia poliamor, faz-se mister a compreensão da palavra poligamia, que significam muitos casamentos.

Os cientistas usam o vocábulo poliginia para designar aquele que tem mais de uma esposa ao mesmo tempo, e poliandria, para designar a mulher que tem mais de um marido ao mesmo tempo (HOUAISS).

Na poliafetividade inexistente diferença de gêneros, como ocorre na poligamia, pois há a necessidade do conhecimento, afeto, aceitação e consentimento de todos os envolvidos na relação.

Rebecca Young, (GALILEU, 2007, p. 41) cientista renomada, pesquisadora da Universidade de Austin, conclui em seu último trabalho que a plausível explicação do “porquê” uns são monogâmicos e outros não, está na genética:

Depois de analisar sequências de RNA de 10 espécies de vertebrados, cinco monogâmicas e cinco poligâmicas, os pesquisadores concluíram que os animais com apenas um parceiro sexual apresentavam um mesmo padrão de genes. Segundo os autores do estudo, isso significaria que a evolução usou uma “fórmula universal” para determinar a forma de se relacionar de algumas espécies.

Christian Klesse (2006, pp. 565-583), pesquisador norte-americano, salienta a importância do poliamor para nominar os vínculos afetivos

que estão em descompasso com os padrões sociais monogâmicos, pois relaciona-se com mais de uma pessoa. E, complementa argumentando que não é necessariamente contrário a seus princípios, pois a fidelidade, pode fazer parte do contrato. Por outro lado, o poliamor também não deve ser comparado à poligamia, pois não pressupõe assimetria de gênero.

Nos dizeres de Noely Montes Moraes, psicóloga e professora universitária (GALILEU, 2007, p. 41): “a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo”.

Regina Navarro Lins (2017), psicanalista, em sua obra “Novas Formas de Amar – nada vai ser como antes, grandes transformações nos relacionamentos amorosos”, afirma que o padrão de comportamento aceito vem cedendo espaço para o diferente, pois o amor no século XXI todo mundo quer amar alguém – ou alguéns.

Há inúmeras formas de relacionamentos heterossexuais, homossexuais, bissexuais, monogâmicos ou não, em nossa sociedade, exemplificando-se, há o namoro fechado (vínculo exclusivo entre o casal); namoro aberto (vínculo não exclusivo entre o casal), namoro digital, casamento/união estável fechado (vínculo exclusivo entre o casal), casamento/união estável aberto (vínculo não exclusivo entre o casal).

No núcleo poliafetivo não poderia ser diferente, haja vista poder ocorrer todas essas situações e muitas outras. Na essência, poliamor é o relacionamento entre três ou mais pessoas que, voluntariamente, souber, consentir e querer constituir família, pautado em regras de convivência acordadas entre os envolvidos, com multiplicidade consentida de vínculos afetivos (com ou sem relacionamento sexual), escorados no respeito, na fidelidade, no diálogo e no amparo mútuo.

Surgindo um novo grupo familiar, alicerçado na liberdade, igualdade e autonomia de vontade. O poliamor pode (PILÃO, 2015, pp. 391-422) ser aberto (com possibilidade de outros relacionamentos, com outras pessoas que não integram o grupo); fechado (onde o relacionamento fica adstrito ao grupo, com base na polifidelidade) ou mono/polí (onde somente um do casal é adepto ao poliamor).

Será modismo? Uma onda influenciada pela internet, novela, filme, música ou por alguma celebridade que estivesse ostensivamente assumido tal modalidade de relacionamento? Resultado da globalização? Somente pessoas sem caráter seriam os seus adeptos?

Por “incrível” que pareça (NADALE, 2010) é perfeitamente legal ter várias esposas em mais de 50 países. Em outros 20, a poligamia não está nas leis, mas é culturalmente aceita. A maioria dessas nações está na África, região de forte concentração da religião muçulmana.

Na Arábia Saudita, (NASR) temos o Alcorão³, 4:3, livro sagrado dos muçulmanos, sobre a poligamia, onde expressa: “Casai com quantas mulheres quiserdes, 2, 3 ou 4: mas, se temeis não poder tratá-las com equidade, então tende uma só”.

Nos EUA, a poligamia é proibida, contudo há alguns membros de grupos derivados da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (conhecidos como mórmons fundamentalistas, em Utah), adeptos do casamento com várias esposas⁴. Sendo que legalmente os homens casam-se com a primeira mulher, e com as outras a união é apenas religiosa⁵.

3 O Alcorão está organizado em 114 capítulos, denominados suras, divididas em livros, seções, partes e versículos. Considera-se que 92 capítulos foram revelados ao profeta Maomé em Meca, e 22 em Medina. Os capítulos estão dispostos aproximadamente de acordo com o seu tamanho e não de acordo com a ordem cronológica da revelação.

4 A revelação sobre o casamento plural, registrada em Doutrina e Convênios 132, surgiu em parte dos estudos de Joseph Smith sobre o Velho Testamento em 1831. Os membros da Igreja entendiam que estavam vivendo nos últimos dias, os quais as revelações chamaram de a “dispensação da plenitude dos tempos”. Princípios antigos — como profetas, sacerdócio e templos — seriam restaurados na Terra. O casamento plural, praticado por antigos patriarcas como Abraão, Isaque, Jacó e Moisés, era um desses princípios antigos. Disponível em <<https://www.lds.org/topics/plural-marriage-in-the-church-of-jesus-christ-of-latter-day-saints?lang=por&old=true>>. Acesso: 19 mar. 2019.

5 O mórmon Kody Brown e suas esposas processaram o estado de Utah pelo banimento da poligamia. Os Browns ficaram famosos pelo reality show Sister Wives, do canal TLC. Em 2014, um juiz federal havia decidido a favor dos Browns, considerando que proibir coabitação violava seus direitos constitucionais de livre exercício da religião. Com a decisão federal, considerava-se que a poligamia em Utah havia sido descriminalizada na prática. O processo dos Browns corre agora em um tribunal federal de segunda instância. Disponível em <<https://vozesmormons.org/2016/11/26/mormons-contra-descriminalizar-poligamia/>>. Acesso: 19 mar. 2019.

Tal permissão jurídica ocorre desde a impetração da ação movida por Kody Brown⁶ e suas esposas contra o Estado de Utah (*Brown v. Buhman*⁷), pleiteando o banimento da poligamia e da respectiva decisão precedente proferida por juiz federal, em 2014. A sentença fora escoliada no argumento que proibir a coabitação violava seus direitos constitucionais de livre exercício religioso. O processo está em tramitação no tribunal federal de segunda instância.

Na Tanzânia (IBDFAM, 2007), os noivos declaram no momento do registro se optam pela monogamia, poligamia ou potencialmente poligâmicos. A alteração do status pode ocorrer a qualquer momento desde que com mútuo consentimento.

Em outros lugares, como no Sudão, o presidente estimula os casamentos múltiplos para que a população aumente. Pelas leis islâmicas – a Sharia – os homens podem se casar com até quatro mulheres. Segundo o presidente, os homens devem ignorar as políticas internacionais de planejamento familiar (BBC, 2001).

No Nepal, a mulher casa com o homem e, se este tiver um irmão, o cunhado fica sendo seu companheiro. Esta tradição ocorre para que o patrimônio sempre fique na família, a fim de amenizar a pobreza social que avassala o país.

Na Bíblia há várias alusões a poligamia (FURTADO, 2015), como por exemplo:

O rei Davi, o famoso líder que derrotou o gigante Goliás, teve diversas mulheres. É o que dá a entender esta passagem do segundo livro de Samuel, capítulo 5, versículo 13: “Chegando a Hebron, Davi tomou ainda mais concubinas e esposas de Jerusalém, e mais filhos e filhas nasceram para Davi”. Abimeleque (Gn 20:17-18), Ben-Hadade (1Rs 20:3-4), Assuero (Et 1:9) e Belsazar (Dn 5:2). Lameque (duas esposas, Gn 4:19). Terá (Gn 11:26; 20:12), Naor (Gn 22:20-24) e Abraão (Gn 16:1-13; 25:1-6). Esaú tinha cinco

6 A repercussão foi tamanha que o canal TLC apresenta o famoso reality show *Sister Wives*. Disponível em <<https://www.tlc.com/tv-shows/sister-wives/>>. Acesso: 29 abr. 2019.

7 Íntegra da decisão proferida no caso *Brown v. Buhman*. Disponível em <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca10/14-4117/14-4117-2016-04-11.html>>. Acesso: 29 abr. 2019.

esposas (Gn 26:34; 28:9; 36:2-3) e Jacó tinha quatro (Gn 29:23-28; 30:4,9). Esaú, tinha duas esposas (Gn 36:11-12).

O conceituado jornalista John Tierney (2006) defendeu a poligamia num editorial do *The New York Times*, no qual declarou que a poligamia “não é necessariamente pior do que a alternativa americana atual: a monogamia em série”.

A noção, os padrões do que vem a ser família no cenário mundial, está em atroz metamorfose. O cerrado grupo familiar “pai-mãe-filho(s)”, está desabrochando e surgindo novas células baseadas no amor, na felicidade e no respeito mútuo, sendo as regras de convivência estipuladas em consenso entre os envolvidos no relacionamento, dentre eles o poliamorismo.

A possibilidade de legitimar o arranjo familiar poliafetivo gera desconforto pessoal para muitos cidadãos, sociologicamente compreensível por fator histórico-cultural brasileiro, haja vista estarmos pautados nas relações afetivas monogâmicas e no patriarcalismo, herança do Brasil Colônia influenciado pela religião, tradições e costumes portugueses.

Nossa Magna Carta, com holofotes no princípio da dignidade da pessoa humana, ao respeito, à liberdade, à igualdade, objetivando promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminações, amenizou os efeitos do patriarcalismo e o patrimonialismo, contudo, estamos longe da sua real efetivação.

Nos dizeres de Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2019):

[...]. O patrimonialismo e a confusão entre público e privado continuam vicejando, a despeito do discurso constitucional republicano. O acesso aos direitos está longe de ser universal e as violações perpetradas contra os direitos fundamentais das camadas subalternas da população são muitos graves e rotineiras do que as que atingem os membros das elites. A desigualdade permanece uma chaga aberta e a exclusão que ela enseja perpetua a assimetria de poder político, econômico e social.

O poliamor está instaurado e há a necessidade de adequabilidade *social* do direito para amparar os adeptos da poliafetividade, com supedâneo

na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁸, onde “o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu” (RODRIGUES, 2012, p. 79). E, primordialmente em nosso ordenamento constitucional pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em decisão monocrática proferida no STF, expôs que:

[...] lembre-se, sobretudo, do significado especial que a ordem constitucional conferiu ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III). Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação por meio de processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações [...].

Amparado no princípio da igualdade, Flávia Piovesan (2010, p. 251), afirma que:

A igualdade formal, reduzida à fórmula “ todos são iguais perante a lei”(que, ao seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico; e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).

A Constituição Federal brasileira de 1988, expressa que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, com fulcro no art. 226. Sendo, tanto para a doutrina como na jurisprudência majoritárias, afir-

8 Niklas Luhmann (Luneburgo/nascimento, 08 de dezembro de 1927 — Oerlinghausen/óbito, 06 de novembro de 1998) foi um sociólogo alemão apontado como um dos principais autores das teorias sociais do século XX, deixando uma obra com mais de 14.000 páginas. (Bechmann, Gotthard; Stehr, Nico. The legacy of Niklas Luhmann. Disponível em <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_02.pdf>. Acesso: 18 mar. 2019.

mado que o rol deste dispositivo legal é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*).

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1122):

[...] o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.

Maria Berenice Dias, em “Família ou Famílias?”, apregoa a necessidade de visualizar as diferentes bases afetivas e seus respectivos efeitos jurídicos: “Hoje ninguém mais tem dúvida de que família é mesmo um conceito plural.”.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2002), afirma que as entidades familiares estão acobertadas pelos princípios da igualdade (como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição) e da liberdade de escolha (como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana). De constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, não podendo o legislador definir qual a melhor e mais adequada.

A família (FACHIN, 1999, p. 12) saiu “da estrutura unitária, hierarquizada e transpessoal, houve migração para uma família plural, igualitária e eudemonista, um novo paradigma da conjugalidade”.

A busca incessante pela felicidade pautada no afeto, amor, carinho e real envolvimento pessoal são características da família contemporânea, (DIAS, 2008):

[...]surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art.226 da CF: o Estado assegurará a

assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

A autonomia privada deve reger as relações familiares, com espeque no princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família (ALVES, 2010, p. 151):

[...]em não sendo mais a família uma instituição sacralizada, fechada, *numerus clausus*, por certo o ordenamento deve fornecer ao indivíduo amplas possibilidades de escolha de formação do vínculo familiar que melhor promova a sua felicidade pessoal. Aliás, frise-se que essa liberdade de escolha, enquanto direito existencial do ser humano, chega a integrar o conjunto de direitos da personalidade.

O desenvolvimento da personalidade está intrinsecamente relacionado com a funcionalização da família, (TEPEDINO, 1997, p. 56) que deve “a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana”.

[...]. Essa tendência vem se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. (GAGLIANO, 2012, p. 90).

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), o direito fundamental da inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X, CF/88), a família como base da sociedade e tutelada pelo Estado (art. 226, CF/88), cujo rol constitucional é exemplificativo e a funcionalização familiar contribuindo para o desenvolvimento do direito da personalidade (art. 11, CC/02), conclui-se que o núcleo da poliafetividade, com holofote no amor, assistência e respeito mútuo, objetivando constituir família está ampara legalmente no sistema jurídico brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2004, p. 52) é pessoal, espiritual e moralmente inerente à pessoa:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Os direitos fundamentais (REMEDI, 2016, p. 262), enquanto pautas que norteiam a atividade social, estão atrelados à justiça social, de um lado, vedando e inibindo a exclusão social e, de outro lado, estimulando e contribuindo para a inclusão social.

A sociedade cria e transforma o Direito. As relações sociais, dinâmicas que são, traçam seus limites e fundamentam os valores a serem tutelados pelo Direito em cada momento social (MARTINS, 2016, p.505).

As relações familiares são as mais sujeitas a mutações (DIAS, 2003, pp. 12-13), pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. Realidade confirmada pela história, haja vista a análise sociojurídico brasileira, como por exemplo, o reconhecimento do concubinato (1994), a sua renomeação para Lei da União Estável (1995), que era repleta de imposições para a sua rotulação (como convivência de um homem e uma mulher há pelo menos 05 anos, sob o mesmo teto).

Hodiernamente, temos a união homoafetiva, reconhecida pelo STF em 2011, que ampliou juridicamente as possibilidades de relacionamentos afetivos. E, em cerimônia realizada no Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica (RJ), em 12 de janeiro de 2018, foram reconhecidas como patrimônio documental as ADI 4277 e APDF 132, relatadas pelo ex-ministro Ayres Britto:

O certificado entregue ao Supremo Tribunal Federal refere-se à decisão da Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), e na Arguição

de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo Governo do Rio de Janeiro. As ações foram julgadas em conjunto em maio de 2011, quando, por unanimidade de votos, o Plenário reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, sujeita às mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

O Conselho Nacional de Justiça, ao proferir a Resolução n.º 175 de 14 de maio de 2013, proibiu a discriminação aos casais homoafetivos, reconhecendo as uniões estáveis:

Art. 1º. É vedada às 17 autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º. A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de acordo com o relator Rui Portanova, fora questão de justiça o reconhecimento de união estável paralela ao casamento:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. PARTILHA. “TRIAÇÃO”. ALIMENTOS PARA EX-COMPANHEIRA E PARA O FILHO COMUM. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio. (TJ-RS - AC: 70039284542 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 23/12/2010, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/01/2011).

A sociedade global, com ênfase nos relacionamentos afetivos, passa por mudanças de paradigmas, e o poliamor faz parte deste contexto. Na

Holanda, em 2013, ocorreu a união civil entre um homem e duas mulheres (BRUSSELS JOURNAL, 2013). Na Colômbia fora registrado o primeiro trisal, em 03 de junho de 2017, num cartório em Medellín (BBC, 2017).

No Canadá, (FINANCIAL POST, 2018) a justiça decidiu, em junho de 2018, que três adultos vivendo em relacionamento de poliamor são os pais de uma criança: [...] a criança, A., nasceu no que se acredita ser um relacionamento familiar estável e amoroso que, embora fora do modelo familiar tradicional, proporciona um ambiente seguro e estimulante.

No Brasil, um cartório de Tupã, foi o primeiro a emitir a escritura pública declaratória de união poliafetiva, entre um homem e duas mulheres com o intuito de estabelecerem os seus direitos e deveres recíprocos e para com terceiros, escorados nos princípios da liberdade, dignidade e igualdade (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

A competência para legislar sobre direito civil, logo, núcleos afetivos, é da União, com espeque no art. 22, da Constituição Federal brasileira de 1988:

Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I-direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com fulcro na Constituição Federal brasileira de 1988, art.103-B, § 4º, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo

§ 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

A Lei de Registro Público, Lei n. 6.015/1973, dita a responsabilidade dos oficiais pelos prejuízos que causarem aos interessados, seja por culpa ou dolo:

Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem.

A mesma legislação, no art. 218, dita que: “O registro pode ser promovido por qualquer interessado”. E, quais registros são admitidos:

Art. 222. São admitidos a registro unicamente:

- a) escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros;
- b) escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação;

Inexiste na legislação pátria proibição ao registro de declaração particular de união poliafetiva, logo, os integrantes ao poliamor, que não conseguirem registrá-lo, para estabelecer seus direitos e obrigações recíprocos, e, futuramente provando o(s) dano(s) causado(s) por esta negligência cartorária, escorado no art. 186, do Código Civil brasileiro de 2002, deverão ser reparados, ressarcidos e indenizados.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Apesar do exposto, o Conselho Nacional de Justiça, em 26 de junho de 2018, proibiu os cartórios brasileiros de registrarem as declarações de uniões poliafetivas, compostas por três ou mais pessoas. E mais, conside-

rou as declarações até então autorizadas como inexistentes, ou seja, com nulidade absoluta (como se nunca tivesse existido).

Conclusão

A noção, os padrões do que vem a ser família no cenário mundial, está em atroz metamorfose, onde a fórmula exclusiva “papai-mamãe-filhinho(s)” convive lado-a-lado com novos núcleos familiares que, apesar de já existirem, são considerados inexistentes pela sociedade hipócrita.

Na essência, poliamor é o relacionamento entre três ou mais pessoas que, voluntariamente, souber, consentir e querer constituir família, pautado em regras de convivência duradoura acordadas entre os envolvidos, com multiplicidade consentida de vínculos afetivos (com ou sem relacionamento sexual), escorados no respeito, na fidúcia, no diálogo e no amparo mútuo.

Este grupo familiar é alicerçado na liberdade, igualdade e autonomia de vontade. O poliamor pode ser (PILÃO, 2015, pp. 391-422) aberto (com possibilidade de outros relacionamentos, com outras pessoas que não integram o grupo); fechado (onde o relacionamento fica adstrito ao grupo, com base na polifidelidade) ou mono/polí (onde somente um do casal é adepto ao poliamor).

Rebecca Young, cientista renomada, pesquisadora da Universidade de Austin, conclui em seu último trabalho que a plausível explicação do “porquê” uns são monogâmicos e outros não, está na genética.

A poliafetividade, não é considerada como reflexo de um modismo e nem influência de uma globalização, apesar de incomum, existe. Sendo necessária a diferenciação entre poligamia, swing e orgia. Haja vista que os poliamoristas têm no amor, conhecido e consentido por todos, objetivo de constituir família.

O poliamor está sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), do direito fundamental da inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X, CF/88), da família como base da sociedade e tutelada pelo Estado (art. 226, CF/88), que apresenta um rol exemplificativo e do papel da família no desenvolvimento do direito da personalidade (art. 11, CC/02).

O Conselho Nacional de Justiça, em 26 de junho de 2018, proibiu os cartórios brasileiros de registrarem as declarações de uniões poliafetivas, compostas por três ou mais pessoas. E mais, considerou as declarações até então autorizadas como inexistentes, ou seja, com nulidade absoluta (como se nunca tivesse existido).

A família poliafetiva, continua a mercê da sociedade, como se inexistisse, como se fosse invisível, aguardando manifestações políticas e jurídicas para terem seus direitos constitucionais efetivados.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151.

ANAPOLE, Deborah. *Polyamory: The New Love Without Limits*. Disponível em <<https://waterbrookmultnomah.com/wp-content/uploads/2014/09/LoveWOLimitsSneakPeek.pdf>>. Acesso: 18 mar. 2019.

BBC News Brasil. *Como relacionamentos poliafetivos estão quebrando tabus*. 2017. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40687468>>. Acesso: 07 abr. 2019.

_____. *Governo do Sudão incentiva a poligamia*. Publicação em agosto de 2001. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010816_sudao.shtml>. Acesso: 18 mar. 2019.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. *The legacy of Niklas Luhmann*. Disponível em <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_02.pdf>. Acesso: 18 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso 17 mar. 2019.

_____. *Código Civil brasileiro de 2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso 17 mar. 2019.

- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87073-cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso: 25 mar. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 175/2013*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>>. Acesso: 06 abr. 2019.
- _____. *Diário Oficial da União*. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/DOU/2012/08/22>>. Acesso: 07 abr. 2019.
- _____. *Lei de Registro Público*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso: 07 abr. 2019.
- _____. *Supremo Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 06 abr. 2019.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Decisão Monocrática. Petição n° 29526; Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 01/08/2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar-Jurisprudencia.asp?tip=DEM>>. Acesso: 01 mai 2019.
- BRUSSELS JOURNAL. *A Holanda já legalizou o poliamor por uso e costume*. Disponível em <<https://espectivas.wordpress.com/2013/05/23/a-holanda-ja-legalizou-a-poligamia-por-uso-e-costume/>>. Acesso: 07 abr. 2019.
- CARDOSO, Daniel. *Amando várias – Individualização, redes, ética e poliamor*. Dissertação de mestrado, Universidade Nova de Lisboa, 2010.
- CONSULTOR JURÍDICO, Revista. *Relação poliafetiva. Cartório reconhece união estável entre três pessoas*. 23 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso: 07 abr. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. *Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade*. Publicação 29 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081114094927519&mode=print>. Acesso: 17 mar. 2019.
- _____. *Família ou Famílias?* Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/fam%EDlia_ou_familias.pdf>. Acesso: 1 mai 2019.

_____. *Homoafetividade – o que diz a justiça! As pioneiras decisões do Tribunal de 19 Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 12-13.

FACHIN, Luiz Edson. *O outro ninho: mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo*. Revista Jurídica Del Rey. Belo Horizonte, n. 7 jul./dez. 1999. p. 12 *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; *et. al.* Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 20.

FINANCIAL POST. *All three adult members of polyamorous family deemed child's parentes by newfoundland judge*. 2018. Disponível em <<https://business.financialpost.com/personal-finance/all-three-members-of-polyamorous-family-deemed-childs-parents-by-newfoundland-judge>>. Acesso: 07 abr. 2019.

FURTADO, Renato. *Estudo Bíblico e Histórico sobre a poligamia*. Publicação 22 agosto de 2015. Disponível em <<https://renatofurtado.com/wp/2015/08/22/estudo-biblico-e-historico-sobre-a-poligamia>>. Acesso: 19 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.1122.

GALILEU Revista, reportagem “O Fim da Monogamia?”. Editora Globo, outubro de 2007, p.41.

HOUAISS. Dicionário online português. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/poligamia/>>. Acesso: 19 mar. 2019.

IBDFAM. *Países onde a poligamia (legal ou não) é comum*. 2007. Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/1998/Pa%C3%ADses+onde+a+poligamia+\(legal+ou+n%C3%A3o\)+%C3%A9+comum](http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/1998/Pa%C3%ADses+onde+a+poligamia+(legal+ou+n%C3%A3o)+%C3%A9+comum)>. Acesso: 29 abr. 2019.

JUSBRASIL. *Apelação Cível 70039284542*. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22889760/apelacao-civel-ac-70039284542-rs-tjrs>>. Acesso: 07 abr. 2019.

- LINS, Regina Navarro. *Novas formas de amar - nada vai ser como antes, grandes transformações nos relacionamentos amorosos*. Brasil: Planeta Do Brasil, 2017.
- LÔBO, P. L. N. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso: 07 abr. 2019.
- MARTINS, José Renato; MALUF, Iaci Moura Kehl. *Contaminação dolosa da SIDA por meio de relações sexuais e direito penal: legitimidade da tutela jurídica e limite de intervenção em face dos princípios constitucionais e da dignidade da pessoa humana*. Disponível em <<http://abdconst.com.br/anais4/Jose%20Renato%20Martins.pdf>>. Acesso 02 abr. 2019.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.52.
- NADALE, **Marcel**; MOTOMURA, **Marina**. ***Onde ainda se pratica poligamia no mundo***. Revista Super Interessante. São Paulo: Editora Abril. Publicada em 07 jun. 2010. Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/onde-ainda-se-pratica-poligamia-no-mundo/>>. Acesso 18 mar. 2019.
- NASR, Helmi. Tradutor. Tradução do sentido do nobre Alcorão para a língua portuguesa. Arábia Saudita: Al-Madinah – Complexo do rei Fahd bin Abdul Aziz Al Saud, com a colaboração da Liga Islâmica Mundial, em Makkah Nobre. Disponível em <https://d1.islamhouse.com/data/pt/ih_books/single/pt_portuguese_translation_of_the_meanings_of_quran.pdf>. Acesso 29 abr 2019.
- NETFLIX, série original: “*EU, TU e ELA*”, conta a história de um trisal que se apaixonam e decidem constituir família. Lançada em 2017 Disponível em <<https://www.netflix.com/title/80103417>>. Acesso: 23 mar. 2019.
- NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 182.

- PILÃO, A. *Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista*. v. 44. Cadernos Pagu, 2015, 391-422.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4.ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 251.
- KLESSE, C. (2006). *Polyamory and its 'Others': contesting the terms of non-monogamy*. *Sexualities*, 9(5), 565-583.
- REMEDIO, José Antonio. *Os Direitos de Solidariedade, O Princípio da Solidariedade, a Solidariedade Social e a Filantropia como Instrumentos de Inclusão Social*. Revista Argumenta: 2016, p. 262. Disponível em <<https://search.proquest.com/openview/4487f519c16688ebc83fadce0dd63391/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>>. Acesso 02 abr 2019.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 79.
- TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Coord. Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.56.
- 3^a Conferência Internacional Sobre Poliamorismo. *3rd Non-Monogamies e Contemporary Intimacies Conference*. Disponível em <<https://nmciconferencces.wordpress.com/>>. Acesso: 29 abr. 2019.
- TIERNEY, John Marion. *Quem tem medo da poligamia?* Publicação 11 março de 2006. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2006/03/11/opinion/whos-afraid-of-polygamy.html>>. Acesso: 17 mar. 2019.

OS LIMITES PARA O PRÊMIO DE COLABORADOR E A (IM) POSSIBILIDADE DE REPACTUAÇÃO DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA

Lucas Mantovani Chiquetti

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

INTRODUÇÃO

A princípio, antes de adentrar ao cerne deste estudo, destaca-se que a Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) autorizou, como um dos meios de prova para apurar o crime de organização criminosa e correlatos, a delação premiada. O prêmio, segundo os termos da lei supramencionada, consiste em uma das três opções: i) perdão judicial (sem punição alguma); ii) redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade que vier a ser aplicada; iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Um desses benefícios valerá para quem colaborar efetiva e voluntariamente para permitir a identificação dos integrantes da organização criminosa, revelar a sua estrutura e a divisão de tarefas, prevenir outras infrações, recuperar bens e valores ou localizar a vítima (neste último caso, valendo para o crime de sequestro).

Posto isso, dados os acontecimentos da Operação Lava Jato entre os anos 2016 a 2018, muitos dos acordos de colaboração premiada, homologados pelo ex-juiz Sérgio Moro poderiam, então, serem considerados

absolutamente ilegais, pois consagram “prêmios” que a lei não prevê e até outros contra o próprio Código Penal (CP) e a Lei de Execução Penal (LEP)?

Faz-se necessário e é de grande valia, uma reflexão acerca dos limites e possibilidades da colaboração processual, instituído pela Lei 12.850/13.

A pretensão deste trabalho, portanto, é discutir os limites de atuação do Ministério Público quando das negociações e celebração dos acordos de colaboração premiada, bem como analisar as possíveis nulidades advindas dessa falta de delimitação, além de permear o fato de que, se a delação premiada possui natureza de negócio jurídico processual, poderiam estes acordos sofrerem novas repactuações, seja pela vontade do Ministério Público ou pelo oferecimento de prêmios que não estão previstos na Lei de Organização Criminosa?

A pesquisa aborda o tema a luz do método de abordagem dedutivo e a partir de três pontos de vista: quanto à natureza da pesquisa, está será aplicada, visto que objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática, dirigidos a solução de problemas específicos da sociedade. Por outro lado, do ângulo de seus objetivos, a pesquisa será essencialmente exploratória, sendo que, do ponto de vista de seu objeto, deverá ser qualitativa, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, possuindo como fontes privilegiadas, a doutrina e as normatizações nacionais e internacionais existentes.

Sem a pretensão de respostas definitivas, busca-se apresentar novas reflexões sobre o tema.

Encerra-se o trabalho, apresentando as conclusões extraídas da pesquisa, sinalizando pela impossibilidade de homologação de acordos de colaboração premiada que consagram prêmios inexistentes na Lei Penal.

1 DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A princípio, importante ressaltar que o instituto da colaboração premiada admite uma natureza jurídica tríplice, isto é, que sua essência jurídica possui fundamento em três ramos/elementos distintos do Direito: processual, material e como negócio jurídico (DINO, 2015).

A natureza jurídica processual, relacionada ao Direito Processual Penal, refere-se à compreensão de que a colaboração premiada é uma

técnica especial de investigação, ou seja, um mecanismo, instrumento pelo qual, através dele, permite-se alcançar ou facilitar o alcance do (s) aspecto (s) a que se destinou a colaborar. Por consequência, envolve, não só o agente colaborador, mas igualmente os frutos de sua colaboração (TOMAZINI, 2018).

Já a natureza jurídica material, ligada ao Direito Penal, consiste e abarca os reflexos jurídico-penais que o acordo de colaboração poderá trazer para o acusado/colaborador, quando da dosimetria da pena podendo, este substituir, reduzir ou isentar a pena, alterar o regime prisional de cumprimento da reprimenda, servir de perdão judicial ou até mesmo como uma espécie de imunidade, implicando no não oferecimento da denúncia (SOARES, 2016).

Por fim, dentro da esfera da Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal, tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público, cujos elementos de legalidade e legitimidade, quer sejam a existência, validade e eficácia do negócio devem ser entendidos sob uma lógica de direito público-penal e não sob a lógica de direito privado (SPIRITO, 2018), isso porque há a necessidade de adequação e (re) modulação de tudo que for importado ao Direito Penal lato sensu (DUCLERC, 2016).

O acordo de delação premiada não pode especificar qual dos três prêmios o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória. Vale dizer, privilegiar um prêmio e excluir os outros, vedando que o magistrado possa fazer a individualização da pena, que é um preceito constitucional (SANTOS, 2017).

Este entendimento permite que, diante do prêmio aplicado pelo juiz, o Ministério Público e/ou réu possam apelar levando o tema a um salutar controle pelo duplo grau de jurisdição.

Todavia, vendo a natureza jurídica material da colaboração premiada, inspirada nos conceitos típicos do Direito Civil, sobretudo em relação à Teoria do Fato Jurídico, essa pode ser encarada como um negócio jurídico, pois, como afirma Didier (2016, p. 165):

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontades da parte é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do

ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

Posto isso, é de suma importância perceber que a colaboração, no plano dos fatos, é juridicizada por meio de um acordo, que se formaliza por meio de um termo, cujos elementos basilares a própria disposição legal estabeleceu.

Na dinâmica trazida pela Lei 12.850/2013, existem dois sujeitos que passam a acordar: de um lado o Ministério Público e de outro, o investigado⁹. De maneira espontânea ou não¹⁰, o colaborador torna-se um valioso acessório para a investigação e/ou instrução, apresentando elementos considerados valiosos, a seu ver, para a solução jurisdicional do delito. Importante frisar que, tais elementos deverão atender a uma das hipóteses dos incisos do art. 4º, necessariamente.

Recebidas as informações, passará o promotor responsável a averiguar a relevância das mesmas. Aplicar-se-ia, desse modo, por analogia, o artigo 4º, § 10¹¹ da Lei 12.850/2013 que, para o caso de retratação do acordo, afasta o uso dos elementos probatórios em seu desfavor – igualmente, pois, se sequer sucedeu qualquer acordo.

Ex lege, abre-se, a possibilidade de o delegado de polícia ou o próprio Ministério Público requererem ao juiz a concessão de perdão judicial, se a relevância for tamanha. Mesmo que assim não seja, imaginando o mem-

9 “§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”. Embora se fale em “posterior à sentença”, pode-se, sem dificuldade, imaginar acordo já quando houver transitado em julgado a condenação, garantindo caráter *rebus sic stantibus* para o título executivo – afinal, menciona-se especificamente o direito subjetivo à progressão de regime.

10 É fundamental verificar que a lei jamais exige a espontaneidade da colaboração, como não exige a da confissão, no diploma repressor. Fala-se apenas em voluntariedade.

11 “§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

bro do Parquet que estão satisfeitos os requisitos de eficácia legais (algum dos incisos), celebrar-se-á o acordo objeto de estudo.

Logo após a formalização do acordado é enviado para o magistrado, via distribuição sigilosa¹², que será o responsável pela sua homologação.

Inevitável, aqui, o paralelo com o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC), que traça o papel do juiz quando diante de um negócio processual que, *in verbis*:

De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Em ambos, o julgador não faz nada senão verificar a validade do acordo, especificada pelos três elementos, quais sejam: i) regularidade, ii) legalidade e iii) voluntariedade, não se imiscuindo no mérito do acordo. Ademais, diante de qualquer acordo que venha à sua homologação, age desse modo o magistrado, como ratificação e selo de validade.

Válido ressaltar, neste ponto, a possibilidade deixada pelo legislador ao juiz, de adequar o acordo de colaboração premiada ao caso concreto, quando de sua homologação. Faz-se importante uma interpretação crítica, qual seja o juiz apenas poderá modificar o acordo se frontalmente violar os requisitos legais ou contrariar a autorização da norma para o acordo.

Outra menção possível ao diploma processual civil se dá no art. 6º deste, que institui o princípio da cooperação supramencionado, indicando claramente suas finalidades: uma decisão justa e eficaz.

2 caso da J&F e o julgamento da Petição (PET) 7074 pelo Supremo Tribunal Federal

A Questão de Ordem na Petição 7074 (PET 7074) foi suscitada pelo ministro Edson Fachin, relator dos casos oriundos da Operação Lava-

12 Art. 7º da Lei 12.850/2013: O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

-Jato, no Supremo Tribunal Federal, incluindo a delação premiada dos sócios do grupo empresarial J&F, objetivando discutir os limites da atuação do relator na homologação de acordos de colaboração, bem como a questão da sindicabilidade do controle das cláusulas acordadas com o Ministério Público Federal. Neste sentido, o STF fixou importantes entendimentos e orientações a respeito da aplicação e homologação de colaborações premiadas.

Dentre as questões discutidas durante o julgamento, o pleno do STF decidiu, por maioria de votos, ao seguir o voto do Ministro Edson Fachin, que “o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração”, possibilitando a aplicação do Código de Processo Civil no que diz respeito à possibilidade de anulação dos acordos firmados entre as partes – o Ministério Público e colaboradores premiados.

A decisão de fato é importante, pois o dispositivo da lei 12.850/13, que prevê a colaboração premiada, não se faz claro com relação aos limites de atuação do Ministério Público quando das negociações e celebração dos acordos de colaboração premiada, tampouco quanto ao efetivo papel do juiz.

No importante caso da J&F (holding que controla a JBS Friboi), a imunidade penal foi concedida pelo *Parquet* aos colaboradores, com fulcro no artigo 4º, § 4º, da Lei de Organização Criminosa. Ou seja, há o comprometimento, por parte do Ministério Público, de não processar criminalmente os colaboradores que, por meio dos acordos de colaboração premiada, confessaram a participação em diversos crimes.

Entretanto, estes mesmos colaboradores devem contribuir para um ou mais dos seguintes resultados: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Posto isso, importante lembrar que os acordos de colaboração premiada devem estar revestidos de regularidade e de acordo com a lei

12.850/13. Como seria possível, neste caso, ignorar os prêmios concedidos pelo *Parquet* (que não estão previstos na Lei de Organização Criminosa) serem homologados pelo Poder Judiciário. Tendo em vista tal fato, surge o questionamento da possibilidade de o Juiz homologador rever ou se imiscuir nos termos do acordo celebrado entre as partes e, caso não ocorrendo a homologação deste acordo, poderia surgir a possibilidade de uma nova repactuação do contrato ou sua anulação por completo.

Nesse sentido, no referido julgamento, o STF procurou trazer maior segurança jurídica aos colaboradores que optarem pela colaboração premiada, ao pacificar o entendimento de que não cabe ao Juízo (singular ou colegiado) interferir nos termos do acordo, mas, tão somente, verificar a sua (i) legalidade, (ii) regularidade, bem como o seu (iii) cumprimento por parte do colaborador.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal esclarece, sobretudo, o disposto no artigo 4º, § 6º, da lei 12.850/13, por meio do qual o Juízo fica impedido de tomar parte das negociações do acordo de colaboração, seja no tocante aos deveres do colaborador, seja no tocante aos benefícios oferecidos pelas autoridades competentes.

Portanto, uma vez preenchidos os requisitos legais do artigo 4º, § 7º da lei supramencionada, em outras palavras, se o acordo é regular, legal e voluntário, deve o Juízo homologar o acordo, fazendo valer aquilo que foi acordado entre as partes. Vale dizer, o Juízo estaria, nas condições ora destacadas, impedido de fazer qualquer análise além daquela relativa aos requisitos de validade do acordo.

Claro ficou, ainda, após o julgamento do caso acima tratado, quais são os limites dos benefícios que poderão ser concedidos e negociados com o colaborador: a própria Lei de Organização Criminosa. O limite, portanto, é a lei.

Dessa forma, trata-se de um verdadeiro negócio jurídico, o qual deve ser celebrado sem qualquer tipo de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo. Verificados os pressupostos legais e preenchidos os requisitos, presentes da lei de Organização Criminosa e nos parâmetros traçados pelo STF, tem-se que o acordo é válido e produz todos os seus efeitos, inclusive quanto aos benefícios oferecidos – desde que previstos em lei – cabendo ao Juízo homologar seus termos.

Ora, se o limite para os prêmios é a lei, como foi possível que os acordos de delação premiada nos casos da Operação Lava-Jato, em que não foram devidamente observadas as leis aplicáveis (especialmente a lei 12.850/13), foram homologados pelo juízo? As nulidades constantes nestas delações (por exemplo, os prêmios inexistentes na lei) merecem uma reflexão: mesmo homologadas pelo juízo, poderiam estes acordos sofrerem uma nova repactuação alinhando o contrato já firmado com seus limites legais.

3 DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA HOMOLOGADOS PELO JUIZ SÉRGIO MORO

Muitos dos acordos de colaboração premiada, homologados pelo ex-juiz Sérgio Moro, durante o curso da Operação Lava-Jato, são absolutamente ilegais, pois consagram prêmios que a lei não prevê e até outros contra o próprio Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Resta claro que o Órgão Ministerial acabou negociando, de certa forma, com a atuação persecutória do próprio Estado.

Na ação penal n. 5036518-76.2015.4.04.7000/ PR, o Juiz Sérgio Moro proferiu sentença que, *in verbis*:

Pedro José Barusco Filho Pena - 9 anos de reclusão. Delação - A pena e o processo foram suspensos em relação a ele devido ao acordo de colaboração premiada. Barusco já havia sido condenado na “lava jato” a 18 anos e 4 meses de reclusão. O acordo de colaboração assinado por ele previu que, após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de quinze anos de reclusão prisão, os demais processos ficariam suspensos. Crime - Corrupção passiva. João Vaccari Neto Pena - 9 anos de reclusão. Crime - Corrupção passiva. Milton Pascowicht Pena - 20 anos e 4 meses de reclusão. Delação - Devido ao acordo de colaboração premiada deverá cumprir no máximo 12 anos de prisão. Conforme o acordo celebrado, as penas unificadas em todos os processos relacionados à “lava jato” não poderão ultrapassar doze anos de reclusão. Crime - Corrupção ativa, lavagem e pertinência à organização criminosa. José Adolfo Pascowicht Pena - 19 anos de reclusão. Delação - Conforme o acordo de colabora-

ção premiada celebrado, as penas unificadas em todos os processos relacionados à “lava jato” não ultrapassarão o total de oito anos de reclusão. Crime - Corrupção ativa, lavagem e pertinência à organização criminosa.

Partindo do trecho da sentença supramencionado, e tendo por base o Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, inúmeros são os equívocos presentes nos acordos, se não vejamos:

O acordo de colaboração premiada celebrado por Barusco previu que, “após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de quinze anos de reclusão prisão, os demais processos ficariam suspensos”. Observe o equívoco do acordo ao permitir que o indiciado pudesse valer do benefício de sua delação em outros processos do qual foi participe. No mais, não existe suporte jurídico que autorize a suspensão do processo, além da total falta de lógica processual que envolve a afirmativa. Se o processo está suspenso, qual seria o prazo de prescrição, por exemplo? É válido lembrar do princípio da legalidade (presente no Código Penal) que jamais se altera o prazo prescricional ou a competência penal por acordo extrapenal entre quem quer que seja. (NUCCI, 2017)

Torna-se, de um certo modo, ilegal dispor sobre execução penal em acordo pré-processual, como se houvesse um único juízo no Brasil — o da homologação.

Como se não bastasse, nas delações de Milton Pascowicht e José Adolfo Pascowicht, existe uma clara estipulação de um limite de penas, o que não encontra nenhum amparo na legislação brasileira, seja na Lei de Execução Penal ou no Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que o acordo de delação premiada não pode, jamais, combinar leis penais, retirando benefícios de qualquer lei e fazendo uma miscelânea legislativa, o que jamais ocorreu em algum caso brasileiro, sobretudo pelo fato de não existir amparo jurídico para tanto. Cria-se uma margem para o Ministério Público e o indiciado contrarie as normas cogentes, atentem contra os princípios do Direito Público e acabem legislando. (NUCCI, 2017)

Sérgio Moro homologou, ainda, na 26^a fase da Lava Jato os acordos de delação premiada dos empresários Vinícius Veiga Borin, Luiz Augusto França e Marco Pereira de Sousa Bilinski. O trio ficou sócio em

2010, junto com um ex-funcionário da Odebrecht, do chamado banco da propina.

Para a celebração do Acordo de delação premiada, as penas propostas pelo Ministério Público, para os três, foram as seguintes: i) Condenação à pena unificada máxima de 8 anos de reclusão e suspensão dos demais feitos criminais; ii) Um ano em regime aberto diferenciado, com a única obrigação de recolhimento domiciliar noturno nos dias úteis (das 20 às 6 horas) e integral nos feriados e fins de semana, sem tornozeleira; iii) Seis meses em regime aberto com recolhimento integral nos finais de semana e feriado, sem tornozeleira. iv) De 3 a 6 meses de pena restritiva de direitos: 6 horas semanais de prestação de serviços à comunidade. v) Depois disso, suspensão condicional da pena, sem quaisquer condições restritivas pelo período restante; vi) Ficou acertada, ainda, a possibilidade de 6 viagens nacionais ou internacionais a trabalho, durante o cumprimento da pena prevista, com prévia autorização judicial pelo período máximo de 7 dias.

Mais uma vez, o *Códex* Penal sendo duramente massacrado para a criação de um grande mercado negocial. O grande problema, de fato, reside nos limites do acordo de colaboração premiada e até que ponto o utilitarismo estatal pode beneficiar o criminoso delator.

A norma que regula os acordos de delação premiada abre espaços de negociação entre acusação e acusado, a ponto de permitir o oferecimento de benefícios em troca de informações precisas acerca dos locais adequados para colheita da prova, transcendendo os meios normais de encontro destas. Mas não se pode perder olvidar que dentro do sistema jurídico pátrio, nenhum acordo pode transcender ao que preceitua a lei, já que o limite das negociações, como já visto, são as próprias leis penais.

4 DAS NULIDADES DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA E A POSSIBILIDADE DE UMA NOVA REPACTUAÇÃO/REVISÃO DO CONTRATO

A colaboração premiada, como já definida anteriormente, é conceituada como um negócio jurídico processual por se fazer presentes os requisitos de existência (agente, vontade, objeto e forma), validade (capacidade, vontade livre, objeto lícito e possível, forma prescrita em lei) e eficácia (condições, termo e encargo) do negócio jurídico, admitindo que

as partes manifestam livremente sua vontade em participar da celebração do negócio, no uso de suas plenas capacidades de participarem do acordo a ser firmado com forma prescrita em lei.

O código de processo civil traz a chamada cláusula geral de negociação processual, que autoriza a celebração de negócios processuais atípicos desde que presentes os pressupostos acima tratados. Sobre esta cláusula geral de negociação explica ARBS (2016, p.124):

A inovação se dá na abrangência que este assunto vem sendo tratado, pois, agora há em nosso ordenamento esta Cláusula Geral de Negociação Processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, ou seja, as partes podem negociar o processo, alterando suas regras, sem um rol taxativo, permitindo assim acordos procedimentais e outras convenções processuais não previstas expressamente em lei. Ressaltando que os negócios jurídicos processuais se submetem aos requisitos gerais de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.

Aqui, deve ficar claro que o acordo de colaboração tem natureza de contrato sinalagmático e, em caso de descumprimento, a rescisão pode ser requerida por qualquer das partes.

“O descumprimento pressupõe que os efeitos irradiados permanecem constituídos em razão das vontades exteriorizadas” (DIDIER JR.; BONFIM, 2016, p.161), assim, em sendo o colaborador o descumpridor, poderá perder os benefícios que lhe foram concedidos, entretanto permanecendo incólumes os meios de obtenção de provas e as provas efetivamente obtidas seja contra o colaborador, seja contra terceiro. Eventual pena cumprida também será contabilizada para futura detração.

Já no tocante a revogação do acordo, entretanto, deve ser analisada cuidadosamente pelo juiz, inclusive observando-se a Teoria do Cumprimento Substancial. A jurisprudência, acolhendo integralmente esta teoria, frisa — de vez — “o adimplemento substancial do contrato pelo credor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, [...]” (STJ. REsp. N. 272739/MG), que [evidentemente] não é o caso dos acordos de colaboração premiada.

Mutatis mutandis, nestes acordos, costuma-se referir-se à cláusula de rescisão por descumprimento do colaborador de Justiça. A rescisão evidentemente não integra um direito explícito que acarrete à resilição por uma das partes, mas reenvia ao instituto da resolução por inadimplemento (segundo o **artigo 475 do Código Civil**: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”), ainda que este contrato (acordo) esteja formatado — impropriamente — sob forma de cláusula resolutiva expressa, cuja natureza jurídica — descrita pelo artigo 474 § 1º CC. — prevê — excepcionalmente à regra — que a efetividade da resolução opere de pleno jure, ou seja, sem necessidade de uma declaração judicial.

Posto isso, mesmo admitindo que a presente cláusula nos acordos de colaboração represente uma verdadeira cláusula resolutiva expressa, há a se demonstrar que a efetividade de pleno jure não acontece em grande parte das vezes. Para que ocorra simultaneamente tanto a validade quanto a efetividade do funcionamento da cláusula resolutiva expressa, nas relações jus-privatistas.

Muito se fala em descumprimento dos termos por parte do acusado/ investigado, mas nada impede que, em situação concreta, também o Ministério Público venha a descumprir alguma cláusula do acordo, hipótese em que o acusado/investigado poderia requerer a rescisão.

Posto isso, existe também uma importante possibilidade que consiste na revisão do acordo de delação em caso de nulidade no sentido estrito, permeando, somente, nos casos do artigo 166 do Código Civil.

A nulidade do acordo poderá se dar em razão dos vícios que acometem qualquer negócio jurídico (em caso de vício na vontade do agente) ou, ainda, de inobservância das formalidades específicas estabelecidas na lei (ausência do Ministério Público no acordo feito pelo delegado), caso em que deverão ser descartados todos os elementos probatórios colhidos no acordo, bem como os que dele decorreram (*fruits of the poisonous tree*), não podendo ser utilizados nem mesmo em face de terceiros.

Como visto nos casos da Operação Lava-Jato, muitos dos prêmios dados aos colaboradores extrapolam o limite legal, infringindo a cláusula de validade, pois o objeto da negociação (leia-se os prêmios concedidos irregularmente pelo Ministério Público) é ilícito e não tem forma prevista

pela lei de Organização Criminosa. Um claro exemplo de fraude à lei imperativa, que torna inválido o acordo de colaboração.

Com efeito, ainda que a colaboração de algum réu seja crucial ao desbaratamento de uma organização criminosa, não se pode olvidar das regras já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a legalidade estrita que rege o sistema penal não permite que se ultrapassem as barreiras da lei para se entregar aos criminosos benefícios incompatíveis ao que preceitua a norma.

Com isso, quer-se dizer que, por mais que o Judiciário ou o Ministério Público obrem revestidos num intento de salvaguarda da moralidade pública, o seu limite ainda é a legislação, máxime aqui, a legislação penal (tanto a material como a processual).

Não há qualquer respaldo jurídico que ampare a possibilidade de o Ministério Público, por exemplo, almejando buscar um alvo determinado, oferecer benefícios arbitrários a um criminoso criando, por exemplo, regimes jurídicos penais originados na negociação entre as partes. O acordo não pode se reger assim como um contrato mercantil, no qual a vontade exarada faz lei entre as partes.

É nítido que em direito penal, a lei que vale é a lei legitimamente promulgada. Nada mais.

Medidas adotadas nos caso da JBS ou das operações Lava Jato, Custo Brasil, Turbulência, dentre outros, como cumprimento de regime fechado em prisão domiciliar, progressão de regime em tempo recorde, imunidade em ações penais desconexas ou perdão judicial quando o delator não foi o primeiro a colaborar, não têm nenhuma previsão legal, mas são comumente vistos nos mais variados acordos de delação premiada dos casos supracitados. O mais surpreendente é que, muitas destes acordos foram chancelados pelo Supremo Tribunal Federal.

O maior problema a ser enfrentado é o grande mercado que se cria à volta das colaborações premiadas. Tendo em mente os benefícios desproporcionais oferecidos pelo *Parquet*, nada impede que um delator atue por diversos anos em desconformidade com a lei para, ao final, colher, por si, “provas de incriminação” de terceiros, escudando-se do processo ao passo que afunda seus companheiros.

O delator poderá enxergar nos prêmios surreais a chance que precisava para alcançar certos objetivos, tudo isso utilizando o Ministério Público e o Judiciário como “escada”.

Em casos envolvendo o mercado financeiro, por exemplo, não se pode esquecer que uma delação premiada, nos tempos atuais, tem potencial para implodir o sistema econômico de um país inteiro.

Disso, podem ocorrer casos em que o delator, sabedor do potencial destrutivo de sua colaboração, realize operações anteriores na bolsa de valores, visando lucrar com eventual vazamento dos termos de sua delação na grande mídia posteriormente, comprando ou vendendo ações, tudo já pensando que o acordo poderá lhe beneficiar de maneira substancial, prevendo penas pífias se comparadas às verdadeiras sanções previstas ao delito ou possibilidades de cumprimento de pena em apartamentos de luxo. Ou, talvez, pena alguma, tudo a depender da “cabeça” que será entregue aos membros do Ministério Público.

Ficou claro que o juiz não é parte no negócio, ficando a seu cargo, conforme entendimento firmado pelo STF, a verificação da regularidade e legalidade do acordo, a posteriori, especialmente a presença e efetividade da defesa técnica e a vontade livre do colaborador, conferindo aptidão à formação de coisa julgada dessa decisão, e o relevante papel para o próprio cumprimento e efetivação do acordo firmado, bem como para o reconhecimento de eventual nulidade, retratação ou rescisão, e suas consequências jurídicas advindas da falta de cumprimento dos pressupostos já estabelecidos tanto pela lei quanto pela doutrina.

Por isso mesmo, deve-se ficar claro que a delação premiada pode ser admitida como um instrumento válido, mas deve ser adequada ao sistema jurídico pátrio e, com isso, deve reger-se integralmente pela lei, não sendo possível concebê-la como um mercado aonde se negocia livremente. O espaço de negociação deve ser aquele trazido pela lei e os benefícios, para que sejam legítimos, devem estar amparados em normas e não nas negociações entre acusadores e acusados.

CONCLUSÃO

A Colaboração Premiada é instituto que possui natureza de negócio jurídico processual, não obstante sua profundidade e amplitude devam respeitar as nuances do processo penal, em razão de sua intensa natureza política de contra poder frente ao Estado, bem como o fato de a tipicidade das formas dos atos procedimentais constituírem-se em garantias a serem observadas.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foram abordados, através do método dedutivo, os limites das premiações concedidas pelo Ministério Público, bem como a possibilidade de repactuação deste acordo de delação premiada por nulidades advindas de sua constituição. Justifica-se esse trabalho pelo seu alto valor teórico e por refletir um novo instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Aplica-se à Negociação Jurídica Processual no âmbito do processo penal a análise e o respeito aos pressupostos de existência, validade e eficácia de qualquer negócio jurídico, que serão verificados pelo juiz no momento da homologação do acordo de colaboração, bem como da possibilidade de revisão, a posteriori, deste acordo por vícios em seu ato constitutivo, preservando a lei e os princípios de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e de respeito ao Sistema Penal Acusatório.

REFERÊNCIAS

- ARBS, Paula Saleh. Negócios Jurídicos Processuais: É necessária a homologação judicial? In: PEIXOTO, Renata Cortez, SOUSA, Rosalina Feitas Martins. ANDRADE, Sabrina Dourado França (Org.). Temas relevantes de direito processual civil: Elas escrevem. Recife: Armador, 2016.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940. **Código Penal**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de janeiro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Lei das Organizações Criminosas**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda

autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, v.7, n.2. 135-189, mai./ago.2016.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, D. de R; QUEIROZ, R. P. de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella

JUSTIÇA FEDERAL - 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ. AÇÃO PENAL n. Nº 5036518-76.2015.4.04.7000/ PR, de 21 de ago. de 2017. SENTENÇA. TJPR, p. 1-73, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/andradegutierrezSENT1.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM,

NUCCI, Guilherme. **Há limites para o prêmio da colaboração premiada?**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada#author>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

PET n° 7074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 30/06/2017. Disponível no Canal do STF no Youtube, em:<https://www.youtube.com/watch?v=fGtzWVak_p0>. Acesso em: 7 jul. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017

- SOARES, Renner Araújo. **Delação premiada**. 1. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17360>. Acesso em: 03 jan. 2019.
- STJ. REsp. N. 272739/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. 01.03.2001. Mas, veja-se, também, TJRS. AC n. 197269392. 5a CC Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. j. 23.09.1998; TJRS. AC n. 70006812515. 17º C.C. Rel. Luiz Roberto Imperatore Assis Brasil. J 23.09.2003.
- STF, Inq 3982/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, 2. T., julgado em 04.03.17, DJe- 117 de 02.06.17, p. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%-28COLABORA%C7%C3O+PREMIADA%29&base=baseAcor- daos&url=http://tinyurl.com/kelt4nx>>. Acesso em : 15 jun.2019.
- SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. *In: Revista de Processo*, São Paulo, p. 141-172. Acesso em: 27 dez. 2018.
- TOMAZINI, Andressa. **(Acordo de) colaboração premiada: natureza jurídica e natureza probatória**. 1. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

VOZ “DAS RUAS” VERSUS VOZ DO POVO: A RESSIGNIFICAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO NEOLIBERALISMO LATINO

Débora Maria Martins

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente no país elenca, no art. 1º, parágrafo único, como a completa fonte de poder o voto do povo, o que se desprende que a soberania popular seria a principal fonte de todas as decisões e de todos os atos de autoridades brasileiras, parte essencial da democracia e do Estado de Direito brasileiro.

Contudo, em 2017, diante de um flagrante de dois policiais executando traficantes feridos no chão, o magistrado que decidiu sobre a legalidade da conduta policial, afirma que a voz “das ruas” teve grande relevância na sua decisão, levando-se em conta que ele afirma que “ponderou especialmente” sobre tais vozes para definir sobre a liberdade desses agentes (MARTÍN, 2017). Diante desse relato, questionou-se o que seria essa voz “das ruas”, de maneira se elas seriam legitimadas e aceitas ou não pelo principal documento político-jurídico da nação. Ademais, buscou-se entender, na presente pesquisa, se elas seriam a expressão da voz do povo que a Constituição Federal traz em seu artigo 1º.

Em caso de resposta negativa a tal questionamento, perguntou-se se essa voz estaria sendo utilizada com o fito do exercício da arbitrariedade

pelos juízes brasileiros. Da mesma maneira que, em caso de resposta afirmativa, de que forma elas estariam auxiliando a aplicação da Constituição?

Buscou-se, também, entender a influência do neoliberalismo na aplicação dessa voz das ruas, estudando os conceitos dessa fase estatal. A partir disso, tentou-se estudar as principais características do Estado neoliberal, principalmente àquelas referentes ao movimento latino, que mostrou aspectos diferentes das outras regiões do mundo.

Em termos metodológicos, com a finalidade de apreender o estado da arte do problema delimitado nesse trabalho, procurando atender aos objetivos apresentados, foi feita uma pesquisa bibliográfica em que os temas neoliberalismo, soberania popular e democracia foram priorizados. Em termos objetivos, a pesquisa foi descritiva, pois estudou as características de um movimento político-histórico já conhecido nacionalmente, fornecendo, então, diversa visão acerca do assunto. No estudo, partiu-se do entendimento das essencialidades do neoliberalismo para, depois, entender a aplicação de tal período na realidade brasileira e as consequências que ele trouxe. O objeto do presente estudo surgiu a partir do questionamento da legitimidade de aplicação de tal argumento em decisões judiciais, como a previamente referida. Da mesma maneira, percebeu-se a necessidade de inserção do tema e atualização do conteúdo programático básico e desatualizado da disciplina de Ciência Política, que introduz, criticamente, o estudo da Constituição Federal e dos principais aspectos constitucionais brasileiros. No que tange à abordagem da pesquisa, esta se deu de maneira qualitativa, tendo em vista que procurou a interpretação e a contextualização do referido tema.

2 O NEOLIBERALISMO LATINO

O neoliberalismo começou a ganhar força a partir da crise do Estado Social, representada pela dissolução do bloco da União Soviética e da derrubada do muro de Berlim, que representou o fim da busca de expansão de ideias socialistas, havendo, dessa forma, pressão na instalação das ideias de auto-regulamentação mercantis. Esses eventos elencados tiveram influência ao tentar demonstrar que as ideias socialistas, contrárias às capitalistas, eram inviáveis de concreção, sendo, então, o liberalismo o único método possível e eficaz a ser instalado mundialmente. Nesse sentido, o

Estado social não conseguiu cuidar, de forma eficaz, de todos os problemas multifacetados, como assistencialismo em saúde, educação, cultura, entre outras áreas semelhantes (PEIXOTO, 2011, p. 11-13). De maneira semelhante, no contexto do neoliberalismo e da globalização, em que se forma um discurso único do “mundo”, tem-se a técnica, que traz “as bases materiais históricas dessa mitificação” (SANTOS, 2010, p. 45). Nesse sentido, uma das principais mudanças que o Estado neoliberal trouxe foi o fato de que há diminuição da interferência estatal nos direitos econômicos, sociais e culturais, e, principalmente, na regulamentação das atividades econômicas, esta que pode ser ilustrada no fato de que:

Na experiência constitucional brasileira, podemos citar o advento da Emenda Constitucional nº 40/2003, a qual remeteu à disciplina da lei complementar praticamente toda a regulamentação da ordem financeira, retirando da Constituição princípios e regras que poderiam ser utilizados ou invocados para restringir a liberdade dos agentes financeiros. [...]. Podemos mencionar que, entre 1995 e 2004, em um breve período de dez anos, foram realizadas quase 40 emendas à Constituição Brasileira (da Emenda 05/95 à Emenda 45/2004) (PEIXOTO, 2011, p. 16).

Todavia, é relevante mencionar que o movimento neoliberal latino, principalmente, no aspecto previamente trabalhado, possui peculiaridades se comparado com o resto do mundo. Como principal característica, nos estados periféricos, percebe-se que não foi preciso romper, de fato, com o Estado Social, bastou apenas reformar constantemente a Constituição, através de emendas pontuais, ou realizar simples mudanças nas leis ordinárias infraconstitucionais. Tal fato causou o esvaziamento do sistema constitucional, a partir da desregulamentação de direitos sociais e econômicos ou da reforma desses, adequando-os a visão hegemônica de grandes corporações. Isso permitiu uma adaptação rápida, simples, em suma, sem muito alarde à perda de direitos pela população, aos interesses econômicos e políticos (PEIXOTO, 2011, p. 20).

O neoliberalismo modifica, de forma radical, a estrutura de poder, trazendo uma sujeição a globalização e ao fenômeno da financeirização do capitalismo. Isso traz como consequência maior engajamento da defesa

contra inimigos externos e internos (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 190). Busca-se, na transformação do poder estatal, diminuir a burocracia e os gastos públicos, a partir da ideia de eliminação das alianças de interesses entre grupos de pressão, lobbies e representantes. Espera-se, então, a alteração do Estado, na tentativa de transformá-lo, a partir da gestão, em uma empresa, com lógicas de concorrência e métodos utilizados em empresas privadas (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 300-301).

Ademais, uma inovação dos regimes totalitários do século XX, que refletiu, de forma direta, na América Latina, marcada pelo neoliberalismo, foi a supressão da memória coletiva. Nos regimes antigos, de fato, havia a destruição de livros, com o fito de criar a tradição da maneira que bem entendesse. Entretanto, eles ainda permitiam a disseminação da memória e da tradição por outros meios, como oralmente ou poeticamente. No século XX, não há a permissão de busca de informações por outro meio, as mentiras e a incertezas tomam conta, então, da sociedade. Os regimes totalitários tomam a eliminação da memória coletiva como uma prioridade. A difusão da informação pode salvar vidas, esse é um dos motivos pelo qual ela é tão combatida. No nazismo, a título de ilustração, a deportação de judeus na Hungria apenas cessou porque duas pessoas conseguiram escapar de Auschwitz e informaram o que se passava ali (TODOROV, 2000, p. 11-13). Essa limitação da memória coletiva, a partir da escolha, pelos regimes totalitários, da informação que se seria lembrada e repassada entre os sujeitos pode ser entendida como uma limitação da liberdade coletiva, uma vez que se percebe que os indivíduos não possuem mais sequer controle sobre as memórias e as informações que recebem e repassam, levando em consideração que tudo isso é controlado pelo regime.

O sujeito, ademais, foi cada vez mais bombardeado de informações pela sociedade neoliberal, o que levaria, pela superabundância, ao esquecimento das tradições. Isso acontece com menos violência, contudo com mais eficácia, em comparação com os regimes totalitários do século XX. Assim, “[...] en vez de fortalecerse nuestra resistencia, seríamos meros agentes que contribuyen a acrecentar el olvido-, los Estados democráticos conducirían a la población al mismo destino que los regímenes totalitarios, es decir, al reino de la barbarie” (TODOROV, 2000, p. 14-15).

Outrossim, percebe-se que o Estado foi sendo cada vez mais envolvido por agentes e classes com grande poder econômico, como o

FMI e o Banco Mundial. Em contrapartida, ele foi diminuído no que se refere à sociedade civil, possuindo regras e procedimentos extremamente burocráticos, para, muitas vezes, dificultar o atendimento e a eficiência do interesse público, a fim de criar uma imagem de ineficiência pública, contrária a imagem do setor privado, que passa a ser entendido como fácil, como desburocratizado e como alternativa para o setor público latino.

A hegemonia ideológica do neoliberalismo e sua expressão política, o neoconservadorismo, adquiriram uma desabitual intensidade na América Latina. Um de seus resultados foi o radical enfraquecimento do Estado, cada vez mais submetido aos interesses das classes dominantes e renunciando a graus importantes de soberania nacional diante da superpotência imperial, a grande burguesia transnacionalizada e suas “instituições guardiãs”: o FMI, o Banco Mundial e o regime econômico que gira em torno da supremacia do dólar. Por outro lado, a sua crise estrutural – seu raquitismo e regressividade tributária, a irracionalidade do gasto, a sangria da dívida externa, sua hipertrofia burocrática – se acrescenta um discurso ideológico auto-incriminatório que iguala tudo o que é estatal com a ineficiência, a corrupção e o desperdício, enquanto que a “iniciativa privada” aparece sublimada como a esfera da eficiência, da probidade e da austeridade. Essas imagens dicotômicas do “público” e do “privado” não resistem à menos análise, ainda que seja pelo fato elementar de que a outra cara da corrupção e da ineficiência do “estatismo” é o empresário privado que corrompe o funcionário estatal. Em todo caso, o amalgama da crise estrutural do Estado com o discurso satanizador do setor público diminuiu a capacidade deste para formular e executar políticas (BORÓN, 1995, p. 78)

Em suma, entendeu-se que o neoliberalismo possuiu características diferentes em diversas partes do mundo, principalmente no que se refere a América Latina. Tais singularidades refletiram nos setores sociais, políticos e econômicos das nações, alterando, principalmente, a ideia de soberania constitucional e popular na formulação de leis e de políticas públicas.

3 A SOBERANIA POPULAR NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

No que se refere a soberania, pode-se afirmar que “[...] refere a plena eficácia do poder, não se preocupando com a questão da legitimidade, devendo ser absoluto. Em termos jurídicos, identifica-se com o poder de decidir sobre a eficácia do direito, dizer qual a regra aplicável em cada caso.” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 161-162).

Dessa forma, entende-se, pelo art. 1º da Constituição Federal, que o interesse do povo, titular originário do poder, deve ser a única coisa a ser levada em consideração na deliberação acerca de projetos de lei e de julgamento de causas. Isso é tratado como ponto central do Estado de Direito:

A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constringedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva. Em razão disso é que o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção (STRECK; MORAIS, 2014, p. 73-74).

Com a influência do Estado social, o Estado de Direito passa a adotar, também, o caráter social, este caracterizado pela utilização da lei como instrumento de ação concreta estatal, a fim de tornar a legalidade agente efetivador dos direitos humanos e das políticas públicas (STRECK; MORAIS, 2014, p. 76). Isso passa a se caracterizar como importante aspecto da democracia, uma vez que:

É com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no ápice

ce de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, como tal, é aceita como poder legítimo (STRECK; MORAIS, 2014, p. 77).

Destarte, percebe-se que o Estado de Direito e a democracia estão estritamente interligados, o que permite que a retirada de uma passa a caracterizar déficit da outra. O interesse da maioria é, então, representado na Constituição, como fruto da soberania popular no Estado de Direito brasileiro, sendo o principal documento político-jurídico, caracterizando o poder legítimo da democracia da nação. Entende-se, no presente trabalho, que tal dispositivo normativo pode ser caracterizado como expressão do princípio da legitimidade. Isso se justifica pelo fato de que Bonavides (2000, p. 141) caracteriza tal princípio como juízo de valor em relação ao princípio da legalidade, pois questiona acerca da justificação e dos valores do poder legal, como a busca pelo entendimento de possível enquadramento da situação nos moldes da Constituição observada e posta em prática.

É mister citar, contudo, que a democracia, a partir dessa ideia de legalidade e legitimidade, não pode se encontrar dogmatizada, nem disciplinada, olvidando-se do seu caráter material. Caso isso aconteça, haverá cristalização do modelo democrático, não havendo atendimento aos fitos estabelecimentos inicialmente (STRECK; MORAIS, 2014, p. 97).

[...] não é crível, numa democracia, que a perenidade formal das regras (que deverão ser normas) assuma contornos de muros que aprisionam os participantes em limites impeditivos do vislumbre do horizonte, onde o sol se põe de forma enigmática, para um novo amanhecer.

A estabilidade jurídica, campo de estabelecimento de normas conviviais, não pode significar o aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Não pode significar o fim da democracia (STRECK; MORAIS, 2014, p. 100).

O perigo, de forma contrária, em considerar apenas o quesito material das constituições e dos direitos fundamentais é que “[...] a exceção, ao negar a lei, principal produto da soberania popular, toma de assalto a de-

mocracia. A pretensão de um governo impessoal das leis cede lugar ao governo pessoal dos homens” (VALIM, 2017, p. 27). Assim, deve-se evitar o extremismo de ambas as posições: a legalidade e a legitimidade devem ser analisadas de forma proporcional, observando os comandos gerais e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, a fim de permitir que o Estado de Direito persista, de forma correta e equilibrada, na democracia brasileira. Isso deve ser levado em consideração na atuação dos agentes políticos, uma vez que:

A democracia poderia ser considerada um direito fundamental (mas permeado por uma série de conotações de ordem patrimonial, especialmente se esses direitos desempenharem, num sistema específico, funções assecuratórias) com o explícito apelo à inclusão. Isso não ocorre nas democracias socialmente parciais (modernidade tardia), que desconsideram os laços existentes entre política, solidariedade e direitos humanos. A democracia conteria, dessa forma, um comando objetivo tendente a conferir legitimidade a todas as formas de relação possíveis, **assegurando não só o direito à participação, mas também capacidade material de participação efetiva, em uma perspectiva igualitária ou protoigualitária** (igualitarismo liberal) (ALVES, 2013, p. 117). (grifo meu)

Assim, pode-se afirmar que, para o exercício de um efetivo Estado de Direito brasileira, a voz dada aos cidadãos não deve se limitar às eleições ocorridas a cada 2 anos. Apenas com a inserção de tal disposição e efetivação do direito fundamental à democracia pode-se afirmar que a voz do povo é, de fato, expressa nas leis e na Constituição Federal.

4 A LEGITIMIDADE DA VOZ “DAS RUAS” PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De forma preliminar, faz-se mister a citação de que a atual discussão sobre a voz “das ruas” se iniciou com decisão inédito de juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual proferiu, em sua sentença:

Meditei muito sobre cada detalhe deste procedimento. Olhei, por horas, todo o acervo a ele atrelado. Ponderei especialmente sobre o a voz das ruas. Lembrei-me, na minha reflexão, das palavras do Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo: ‘As relações sociais mudaram, e a magistratura precisa mudar também. O juiz moderno não pode mais ser aquela figura da ‘torre de marfim’, especialista em temas do Direito, mas insensível ao que acontece fora de seu gabinete.’ O julgamento destes fatos me dá a convicção de que a decisão, seja ela qual for, será alvo de apedrejamento público. (Sentença, processo nº 0076306-12.2017.8.19.0001, TJRJ)

De maneira semelhante, o juiz Sérgio Moro, atual Ministro da Justiça e ex juiz conhecido pela Operação Lava Jato, ao divulgar nota, citando que é relevante que as autoridades eleitas e os partidos políticos escutem a voz “das ruas” (BRANDT, 2016, online). Isso leva a adoção do termo solipsismo judicial, o qual exprime a ideia da liberdade do juiz de decisão, conforme seus sentimentos e suas vontades (FERREIRA JÚNIOR, 2018, online).

Diante do exposto, deve-se fazer a pergunta do que seria tal voz “das ruas”. Ana Cláudia Pinho (2019, online), acerca do tema, disserta que o referido termo é incerto, pois, dele, surgem vários questionamentos, tais quais por que não “vozes”, levando-se em consideração a grande diversidade brasileira? Ademais, questiona ela se a voz a ser escutada pelas autoridades, como juízes e políticos, não seriam apenas a voz de opiniões favoráveis a eles, assim como busca entender como a voz das minorias, aqueles que não tem voz, seriam escutadas a partir desse conceito. Ademais, quando se ouve tais vozes, é possível que elas estejam equivocadas no que se refere aos valores protegidos pela Constituição. A título de ilustração, tem-se o fato de que a população, muitas vezes, em casos de violência urbana, pedem o linchamento dos suspeitos aos agentes de segurança pública. No que se refere a isso, Pinto (2016, online) afirma que não se pode generalizar afirmando que a voz “do povo” expressa sempre a razão, a justiça e a legitimidade do Estado de Direito brasileiro, como pode se observar no exemplo citado.

Lassale (1985) afirma que a Constituição é o documento político que exprime os fatores reais do poder que regem uma nação. Se elas não expri-

mirem, de forma fiel, os valores sociais daquele país, a Constituição escrita se tornará mera folha de papel. Na presente pesquisa, entende-se que, de fato, Lassale se encontra correto no ponto que afirma que os anseios sociais devem ser expressos no documento constitucional. Não é à toa que a Constituição de 1988 é classificada como histórica, pois, elaborada no contexto de redemocratização, levou em consideração os direitos antes retirados do seu povo. Moraes (2003, p. 31) afirma que as constituições históricas são “fruto da lenta e contínua síntese da história e tradições de um determinado povo”, como pode ser observado na atual constituição brasileira.

Efetivamente, o Poder Judiciário possui grande relevância para o Estado de Direito, porém:

Não se discute a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a função de aplicar a legislação é um fator de transformação social, um instrumento de realização dos direitos fundamentais, de implementação de políticas públicas e de diálogo entre as partes do processo. Todavia, o fenômeno do neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário ocupa papel de destaque, necessita de meios para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas com o sentido material da Constituição, pois a ocorrência de arbitrariedades vai de encontro à democracia.

O debate que gira em torno do papel da jurisdição constitucional – da escolha entre respostas conteudísticas e procedimentais ou, se quiser, entre verdade contra consenso – é de grande importância para o direito como um todo, pois o direito é linguagem e a linguagem necessariamente leva à interpretação. [...] (NASCIMENTO, 2009, p. 156). (grifo meu)

O Judiciário não pode, entretanto, aplicar de forma arbitrária as leis. A Constituição deve, sim, escutar os anseios sociais. Os juízes não podem, a seu bel prazer, reformar a Constituição, como o Supremo Tribunal Federal fez com a aplicação de execução provisória da pena em segunda instância, fato que contrariou, explicitamente, o art. 5º, LVII, da Constituição que postula que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com tal problemática, percebe-se que sofremos, atualmente, o que Streck e Moraes (2014, p. 121) chamam de *jurisprudencialização* do Direito Constitucional, em que decisões de tribunais podem alterar o verdadeiro sentido da Constituição. Para os autores, isso representa uma crise funcional do Estado, a qual é representada pela perda de exclusividade dos órgãos estatais. O Legislativo, por exemplo, agora não é o único a legislar, pois o Judiciário também possui esse poder.

Isso representa a fragilização do Estado como instituição, em que ele passa a concorrer com outros setores, principalmente os privados, no que se refere a respeito da lei, sua execução e a resolução de conflitos (STRECK; MORAIS, 2014, p. 121). Isso é clara característica do neoliberalismo latino. O Estado passa a ter como função, nessa fase do Estado, “de um lado, construir mercados que sejam os mais concorrenciais possível no âmbito mercantil; de outro, fazer a lógica de concorrência intervir no próprio âmbito da ação pública” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 303). Atualmente, o perigo que ameaça a democracia e o Estado de Direito não se caracteriza mais como externo, e sim interno, mostrando ser cada vez mais difícil combatê-lo, por possuírem aparência de legitimidade decorrente da democracia (TODOROV, 2012, p. 14).

O perigo reside então no progressivo esvaziamento de conteúdos e propósitos, como resultado do qual a democracia latino-americana ficaria convertida em uma monstruosa caricatura de si mesma, em uma casca seca cuja magestuosidade simbólica seria insuficiente para ocultar seu vazio. Uma democracia “minimalista” não tem condições de fazer frente aos grandes desafios e aos graves problemas sociais gerados pelo funcionamento do capitalismo latino-americano. A democracia se converteria em uma pura forma, e a vida social regressaria a uma situação “quase-hobbesiana”, em que a desigual privatização da violência e o desesperado “salve-se quem puder”, ao qual se veriam empurrados os indefesos cidadãos agredidos pelo capitalismo selvagem, dariam lugar a todo tipo de comportamentos aberrantes (BORÓN, 1995, p. 109-110).

Embora eles estejam escondidos sobre “as vestes” democráticas, não quer dizer que tal fato não demonstra perigo, uma vez que “se não lhes

for oposta nenhuma resistência, um dia eles acabarão por esvaziar esse regime político de sua substância. Conduzirão a um desapossamento dos seres e a uma desumanização de suas vidas” (TODOROV, 2012, p. 197). Todo esse processo descrito teria, então, como resultado, em longo prazo, a completa ingovernabilidade do regime democrático, juntamente com sua eventual deslegitimação, o que resultará em um regime totalitário de outro tipo marcado pelo neoliberalismo (BORÓN, 1995, p. 111-112).

A problemática aqui apontada não representa a morte da hermenêutica e a interpretação das leis. Não se defende que o juiz volte a ser a “boca da lei”, pois:

De todo modo, o ponto fulcral não está no exegetismo, no positivismo fático (por todos, basta examinar as teses do realismo jurídico nas suas variadas perspectivas) e nem nas teorias que apostam na argumentação jurídica como um passo para além da retórica e como um modo de “corrigir as insuficiências do direito legislado”. Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de “como se interpreta” e “como se aplica”, localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito “da subjetividade assujeitadora”, objeto da ruptura ocorrida no campo da filosofia pelo giro ontológico-linguístico e que não foi recepcionado pelo direito. Esse é o nó górdio da questão (STRECK, 2013, p. 42).

Não se defende que a letra pura da lei deva ser aqui aplicada. Deve haver o elemento interpretativo, se este caracteriza a experiência jurídica. Entretanto, devem ser aplicados limites e anteparos a tal atividade, a fim de evitar que o direito sofra um processo de redução limitado a situação concreta (STRECK, 2010, p. 171).

Nessa perspectiva, o Direito se caracteriza por situações além do que os tribunais falam e decidem. “o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja” (STRECK, 2006, online). Assim, não se pode permitir que os juízes decidam, ao bel da sua consciência, a partir do solipsismo judicial, o que seriam essas vozes “das ruas”, quais seriam ouvidas (aquelas favoráveis ou desfavoráveis a sua consciência). Não se pode deixar que

uma das principais características do neoliberalismo, a substituição do governo das leis pelo governo dos homens, tome conta do Estado de Direito brasileiro e permite a ressignificação do conceito de soberania popular trazido pela Constituição de 1988.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se perceber que a presente pesquisa cumpriu com os objetivos anteriormente destacados, na medida que estudou as características principais do neoliberalismo latino e a soberania popular no Estado democrático brasileiro. Da mesma forma, buscou-se entender o que seria essa voz “das ruas”, utilizadas em larga escala, atualmente, por magistrados e ministros.

Pelo que foi estudado, entendeu-se que essa voz “das ruas” não tem definição clara, deixando, assim, o conceito em aberto. A definição do que seria interesse público trazido pela antiga Lei da Imprensa, também, encontrou-se em aberto, o que serviu a muitos regimes arbitrários, pois deixou a aplicação a critério do intérprete (BARROSO, 2004, p. 32). Caso semelhante ocorre com a definição desse tipo de vozes, servindo, então, como instrumento para o solipsismo judicial, deixando para que os juízes decidam, de forma arbitrária, o que seriam tais vozes e quais devem ser ouvidas. Diante desse motivo, entendeu-se que elas não são recepcionadas pelo conceito de soberania popular trazido pela Constituição Federal.

Ora, se a arbitrariedade é utilizada como fim para se ouvir essa voz “das ruas”, ela não se mostra compatível com a Constituição Federal e seu conceito de soberania popular, na medida que ameaça a democracia e o Estado de Direito brasileiro, instituições estas bastantes protegidas por tal documento político-jurídico.

A aplicação desse conceito aberto de encontro com a legislação brasileira e os princípios constitucionais que protegem os direitos fundamentais se mostraram como expressão clara de características do neoliberalismo latino, de maneira a permitir o afastamento de segurança jurídica e da aplicação de leis que protegem o indivíduo, permitindo a ressignificação do conceito de soberania popular, o qual passa a ser utilizado de acordo com a consciência do aplicador do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 14 set. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BORÓN, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo(Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BRANDT, Ricardo. Autoridades e partidos devem ouvir a voz das ruas, diz Moro. **Exame online**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/autoridades-e-partidos-devem-ouvir-a-voz-das-ruas-diz-moro/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FERREIRA JÚNIOR, Neilso Alves. Solipsismo judicial: Do livre convencimento ao convencimento motivado. **Jurisway**, 2018. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19781. Acesso em 15 jul. 2019.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

- MARTÍN, Maria. Juiz ouve a “voz das ruas” e solta PMs acusados de execução no Rio. **El país**, 21 abr. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/20/politica/1492707645_809059.html. Acesso em: 18 de junho de 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A Filosofia Hermenêutica para uma Jurisdição Constitucional Democrática: Fundamentação/ Aplicação da Norma Jurídica na Contemporaneidade. **Revista Direito FGV**, 5(1), p. 147-168, jan-jun 2009.
- PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Do constitucionalismo social ao desconstitucionalismo neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo. **Amicus Curiae**, Santa Catarina, v. 8, n. 8, p. 1-28, 2011. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net>> Acesso em 31 mar. 2018.
- PINHO, Ana Cláudia. Como dever de ofício, juízes devem ouvir a Constituição, e não “a voz das ruas”. **Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/ana-pinho-juizes-devemouvir-constituicao-nao-voz-ruas#_ftn7. Acesso 15 jul. 2019.
- PINTO, João Batista Moreira. Ouvir a voz das ruas. Qual voz?. **Brasil Debate**. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/ouvir-a-voz-das-ruas-qual-voz/>. Acesso em 15 jul. 2019.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 19 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica, vol. 15, n.1, p.158-173. Disponível em <http://www.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina. Acesso em 16 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** - Decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2013.

TODOROV, Tzvetan. **Los Abusos de la Memoria**. Traducción de Miguel Salazar. Barcelona: Gràfiques 92, 2000.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E AS SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS

Nilton Cesar Flores

Tiago Martinez

Robson Carlos dos Santos Braga

1 INTRODUÇÃO

Objeto das mais variadas discussões, o instituto da colaboração premiada possui necessariamente implicações éticas. Afinal, seria correto agir de forma desleal e exclusivamente autointeressada, traindo a confiança de alguém, mesmo que esse alguém seja um criminoso, para receber benefícios? E se essa prática desleal fosse a favor da justiça, isso a tornaria menos reprovável? Atualmente, a discussão sobre essas questões no Brasil se mostra fundamental, tendo em vista o contexto proporcionado pela Operação Lava-Jato.

Nesse sentido, pretende-se apontar através pesquisa alguns dos problemas éticos envolvendo a colaboração premiada, sendo adotado como marco teórico os filósofos Adolfo Sánchez Vázquez, Immanuel Kant, Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

Objetiva-se com a presente análise, apresentar uma visão mais ampla a respeito dos problemas filosóficos que envolvem a colaboração premiada, evitando, assim, um olhar reducionista sobre questões relevantes. Para tanto, demonstra-se qual é a função da ética, como é realizada uma avaliação moral e, por fim, o que é considerado moralmente positivo por Kant

e pelos utilitaristas, relacionando as ideias desses filósofos com o instituto da colaboração premiada.

Destaca-se, ainda, que foi adotada uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica, assim como foram buscados dados em notícias presentes em sites da internet.

2 COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA TAREFA PARA A ÉTICA

A colaboração premiada tem sido alvo das mais variadas críticas. Isso acontece, particularmente, pois o instituto possui inegavelmente uma carga moral. Para a sua compreensão, tão fundamental quanto uma análise técnico-jurídica, se faz o diagnóstico no âmbito da ética.

Mas por que é preciso penetrar no campo da ética? A justificativa se encontra no fato de que a ética, nas palavras de Vázquez (2017, p.21), “é teoria, investigação ou explicação de um tipo de experiência humana ou forma de comportamento dos homens, o da moral, considerado, porém, na sua totalidade, diversidade e variedade.”

Nas relações entre os indivíduos surgem constantemente problemas de ordem moral. É necessário o cumprimento de uma promessa mesmo que ela proporcione prejuízos a quem prometeu? Deve-se dizer sempre a verdade ou há situações em que a mentira pode prevalecer? Seria correto trair um amigo para beneficiar a si próprio ou um número maior de pessoas?

Conforme Vázquez (2017, p.15), esses episódios se configuram como problemas práticos, ou seja, são dilemas que se manifestam nas relações efetivas e reais entre os sujeitos. Além disso, são problemas cuja solução não está atrelada a apenas um agente isolado, mas também a outras pessoas ou até comunidades inteiras que irão sofrer as consequências da decisão.

Segundo Vázquez (2017, p.16), quando o indivíduo se depara com circunstâncias como as que foram citadas acima, ele identifica a necessidade de pautar o seu comportamento por normas as quais julga mais apropriadas e adequadas para o caso. A partir dessas normas, o sujeito estabelece que possui o dever de agir desta ou daquela maneira.

Assim, declara-se que o ser humano age moralmente e que neste seu

comportamento se revelam inúmeros traços peculiares que o distinguem de outras formas de comportamento humano.

Verifica-se, entretanto, que os homens não possuem apenas um comportamento prático-moral, isto é, não apenas agem moralmente, mas também refletem sobre esse modo de agir prático e o colocam como objeto de sua observação e pensamento.

Vázquez (2017, p.17) sinaliza que assim se caracteriza a passagem do plano da prática moral para o da teoria moral. Quando se percebe esta transição, que se relaciona com o início do pensamento filosófico, estar-se-á no campo das questões teórico-morais ou éticas.

Será função da ética informar o que é um comportamento pautado por normas e em que se fundamenta o fim almejado pelo comportamento moral de cada indivíduo concreto ou de uma coletividade. Não se deve esperar da ética uma norma de ação para cada situação concreta.

Nesse sentido, as complicações encontradas em cada situação concreta e como se deveria atuar é um problema prático-moral e não teórico-ético. Contudo, por exemplo, ao se tratar de definir em que consiste o bom, não estar-se-ia falando de um problema moral cuja solução dependa do indivíduo em cada situação particular, mas de uma questão geral de caráter teórico cuja competência é do pesquisador da moral, isto é, do ético.

Em suma, nas palavras da Vázquez (2017, p.22):

A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partido delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.

Por isso, a presença da ética é valiosa e fundamental nas discussões sobre a colaboração premiada. A partir da investigação teórica, definindo o que é o bom e o que não pode ser considerado positivo, indica-se uma trajetória geral pela qual os indivíduos e a sociedade podem orientar as suas condutas nas mais variadas situações particulares e assim, realiza a tarefa de auxiliar os homens no enfrentamento dos problemas práticos.

No caso da colaboração premiada, a discussão sobre se ela é boa ou não, implica na análise da teoria deontológica da norma, elaborada por Kant, este que entende o bom como a boa vontade, bem como no exame da teoria teleológica, defendida por Bentham e Stuart Mill, estes que consideravam o bom como aquilo que é útil.

Dessa maneira, sobretudo, é preciso realizar uma avaliação moral sobre o instituto da colaboração premiada.

3 O BOM COMO VALOR: A AVALIAÇÃO MORAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Os valores morais só podem existir em atos ou produtos humanos que sejam realizados de modo livre e consciente, ou seja, os valores morais estão presentes nas práticas e condutas pelas quais se pode atribuir uma responsabilidade moral.

Dessa forma, Vázquez (2017, p.150) indica que é possível qualificar moralmente o comportamento dos indivíduos ou de grupos sociais, as intenções de seus atos e seus resultados e consequências, bem como as atividades das instituições sociais e os procedimentos da justiça.

Mas essa qualificação moral não é simples. Um mesmo ato ou produto humano pode ser julgado a partir de diferentes ângulos, podendo incorporar ou realizar diversos valores.

É o que acontece, por exemplo, no caso da colaboração premiada. Para alguns, a traição possui um desvalor moral evidente, o que aponta para o fato de que o Estado não pode motivá-la. Já para outros, não se caracteriza uma complicação a questão de o Estado abrir mão da pena ou de atenuá-la em nome de uma persecução mais eficaz.

Essas circunstâncias conduzem em direção a seguinte pergunta: como é realizada uma avaliação moral e como é possível compreender o que pode ser considerado bom para o indivíduo e para a sociedade?

Para Vázquez (2017, p.153), inicialmente, é fundamental compreender que o valor se confere a um objeto social, estabelecido ou criado pelo homem no decorrer de sua atividade histórico-social. Dessa maneira, a avaliação, por ter atribuição de um valor assim estabelecido, possui também um caráter concreto, histórico-social. Logo, os valores não existem em si, mas pelo e para o homem, e se realizam

conforme as formas assumidas pela existência humana como ser histórico-social.

Em um segundo momento, é essencial se atentar ao fato de que os objetos avaliados são os atos e as práticas humanas, mas que nem todos estão sujeitos a essa avaliação. Só podem ser avaliados moralmente aqueles atos que, em razão de seus resultados e consequências, afetam outras pessoas, um grupo social ou até uma sociedade inteira.

Por fim, a avaliação é a atribuição de um valor por parte de um indivíduo. O sujeito julga o ato de outra pessoa, aprovando ou reprovando, mas o faz na qualidade de ser social e não simplesmente como sujeito individual.

Segundo Vázquez (2017, p.155), o sujeito “encontra-se inserido num reino do valor (de princípios, valores e normas) que não inventa nem descobre pessoalmente; sua avaliação, por conseguinte, não é o ato exclusivo de uma consciência empírica, individual”.

Então, a atribuição de valor por parte do indivíduo que avalia se configura a partir da consciência do sujeito que, por se constituir como um ser histórico e social, encontra-se fundada no seu tempo e na sua comunidade.

Portanto, a partir do que foi demonstrado, isto é, como o valor é atribuído, qual o objeto que é avaliado e em quais condições se encontra o sujeito que avalia, percebe-se que a avaliação possui necessariamente um caráter concreto. Assim, avaliação moral é a atribuição de um valor concreto em uma situação determinada.

Compreendida como é realizada uma avaliação moral, surge inevitavelmente outra indagação: como avaliar se um ato é moralmente valioso, ou seja, como um ato, uma conduta ou um sistema de regras podem ser considerados bons e positivos?

Para esta pergunta, grande parte dos tratadistas da moral buscaram, e ainda continuam nessa empreitada, de se alcançar o significado do bom em sentido geral, absoluto e incondicionado. A humanidade sempre pretendeu descobrir o que seria bom em todo lugar e em todo tempo, em qualquer conjuntura, independentemente do ato moral que estivesse em foco.

Para isso, partiu-se da ideia de que os homens, ao se comportarem moralmente, almejam o bem, ou seja, a praticar atos moralmente bons.

Nesse sentido, procura-se dar uma resposta universalmente válida sobre o bom.

Vázquez (2017, p.156) esclarece que o termo “bom” passa a caracterizar exclusivamente os atos humanos considerados positivos ou valiosos do ponto de vista moral, enquanto que o termo “mau” para classificar os atos morais opostos.

Sendo assim, determinar o que é o bom resulta necessariamente em definir o que é o mau. Ambos os termos se encontram em uma relação de reciprocidade e formam um par de conceitos axiológicos indissociáveis e opostos.

Entretanto, essas definições não são elaboradas de maneira exclusivamente lógica. A concepção de bom e de mau leva em consideração a história e a realidade concreta, visto que de uma época para outra, ou de uma sociedade para outra, os conceitos de bom e de mau se modificam.

Diante do exposto, observa-se a complexidade que é definir o que é o bom e o que é o mau, bem como a questão de que os seus conceitos se modificam historicamente de acordo com as diferentes funções da moral efetiva de cada época. Os homens buscam o que é bom, embora sempre em conformidade com as aspirações de cada tempo e lugar.

Essas modificações repercutem no plano da teoria ética. Em razão disso, serão diversas as concepções conferidas ao termo “bom”, entretanto, uma vez que o foco da pesquisa reside sobre o instituto da colaboração premiada, atentar-se-á as concepções que influem diretamente nos dilemas por ele proporcionados.

Para tanto, é imprescindível a realização de uma análise, por um lado, do filósofo de Königsberg, Immanuel Kant (1724-1804), e o seu conceito de bom como boa vontade e, do outro lado, dos filósofos britânicos, Jeremy Bentham (1748-1832) e Stuart Mill (1806-1873), com as suas concepções de bom como sendo aquilo que é útil.

3.1 O bom como boa vontade: Kant e a colaboração premiada

Para Kant, o bom deve ser algo incondicionado e sem restrições, ou seja, não pode depender de circunstâncias ou situações que fujam do controle e das consequências dos atos humanos. Mas, o que poderia ser

considerado bom de uma forma absoluta, sem restrições, em todas as circunstâncias e em qualquer tempo, independentemente dos resultados e consequências dos atos humanos?

Segundo Kant (2009, p.21):

Neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade. Discernimento, argúcia de espírito, capacidade de julgar e como quer que possam chamar-se os demais talentos do espírito, ou ainda coragem, decisão, constância de propósito, como qualidades do temperamento, são sem dúvida a muitos respeitos coisas boas e desejáveis; mas também podem tornar-se extremamente más e prejudiciais se a vontade, que haja de fazer uso destes dons naturais e cuja constituição particular por isso se chama caráter, não for boa.

Kant (2009, p.23) prossegue em sua argumentação esclarecendo que a boa vontade não é boa em razão daquilo que promove, realiza ou pela finalidade que pretende alcançar, mas somente pelo querer, isto é, em si mesma e considerada em si mesma, devendo ser avaliada em grau mais elevado do que qualquer coisa que, por seu intermédio, possa ser alcançada.

De acordo com Kant (2009, p.23):

Ainda mesmo que por um desfavor especial do destino, ou pelo apetrechamento avaro duma natureza madrasta, faltasse totalmente a esta boa vontade o poder de fazer vencer as suas intenções, mesmo que nada pudesse alcançar a despeito dos seus maiores esforços, e só afinal restasse a boa vontade, ela ficaria a brilhar por si mesma como uma joia, como alguma coisa que em si mesma tem o seu pleno valor. A utilidade ou a inutilidade nada podem acrescentar ou tirar a este valor.

Além disso, para desenvolver o conceito de boa vontade, Kant (2009, p.26) indica que é necessário enfrentar o conceito de dever, este que contém em si a concepção de boa vontade. Para o filósofo de Königsberg, não basta que o sujeito atue de acordo com o dever. A boa vontade não

é aquela que age somente de acordo com o dever, mas pelo dever, sendo estabelecida unicamente pela razão.

Para distinguir se uma ação é praticada pelo dever ou de acordo com o dever, Kant apresenta como exemplo a preservação da vida pelo indivíduo. Conforme Kant (2009, p.28), é dever de cada indivíduo conservar a sua vida, sendo esta uma característica que todos os seres humanos possuem como inclinação imediata. Por ter esta inclinação imediata, o cuidado que os sujeitos dedicam para a conservação da vida não possui nenhum conteúdo moral, sendo apenas uma existência de acordo ou em conformidade com o dever.

Entretanto, caso o sujeito tenha perdido o interesse pela vida, desejando a morte constantemente e, mesmo assim, conserva a vida sem a amar, não por inclinação ou medo, mas pelo dever, então a sua máxima possui um conteúdo moral.

Kant (2009, p.31) enfatiza que uma ação, quando praticada pelo dever, possui o seu valor moral na máxima que a determina, e não no propósito em que se pretende atingir, isto é, não depende da realidade do objeto da ação, “mas somente do princípio do querer segundo o qual a ação, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada”.

Nesse sentido, agir pelo dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei. Kant (2009, p.32) destaca que:

Só pode ser objeto de respeito e, portanto, mandamento, aquilo que está ligado à minha vontade somente como princípio e nunca como efeito, não aquilo que serve à minha inclinação, mas o que a domina ou que, pelo menos, a exclui do cálculo na escolha, quer dizer a simples lei por si mesma. Ora, se uma ação realizada pelo dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objeto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que a lei objetivamente e subjetivamente, o puro respeito por esta lei prática e, por conseguinte, a máxima que manda obedecer a essa lei, mesmo com o prejuízo de todas as minhas inclinações.

Mas que lei seria esta? Neste cenário elaborado por Kant, a vontade foi despojada de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência

a qualquer lei. Portanto, nada mais lhe resta, a não ser a conformidade a uma lei universal das ações que possa servir de único princípio à vontade.

Conforme Kant (2009, p.34), nesta lei universal das ações, o sujeito deve proceder sempre de maneira que possa querer que a máxima de sua conduta se torne uma lei universal. Para explicar esse conceito, o autor traz uma questão envolvendo a promessa e a mentira.

Kant (2009, p.35), em determinado momento de sua obra, faz a seguinte indagação: “Não posso eu, quando me encontro em apuros, fazer uma promessa com a intenção de não cumpri-la? ”.

Para solucionar essa dúvida, Kant (2009, p.36) aponta que basta ao indivíduo perguntar a si mesmo: “Ficaria eu satisfeito de ver a minha máxima (me tirar de apuros por meio de uma promessa não verdadeira) tomar o valor de uma lei universal (tanto para mim como para os outros)? ”.

O indivíduo poderia afirmar a si que todas as pessoas poderiam fazer uma promessa mentirosa quando se encontram em uma dificuldade da qual não poderiam sair de outra maneira?

Kant, até reconhece que o sujeito possa querer a mentira, porém não pode querer uma “lei universal de mentir”, visto que de acordo com tal lei, não poderia haver promessa alguma.

Isso acontece, pois, caso houvesse a vigência da referida lei, seria inútil ao sujeito fazer promessas nas quais ninguém acreditaria. Seriam apenas afirmações vazias sobre possíveis futuras ações. Consequentemente, esta máxima, uma vez colocada como lei universal, destruiria a si mesma.

Desse modo, caso não se possa desejar que uma máxima se converta em lei universal, deve-se então rejeitá-la. Não por causa dos prejuízos que dela podem advir para o sujeito ou para os outros, mas porque ela não pode se configurar como princípio em uma possível legislação universal.

Segundo Kant (2009, p.37), é a necessidade das ações do sujeito por puro respeito à lei prática que constitui o dever, perante o qual precisa ceder qualquer outro motivo, pois o dever é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor é superior a tudo.

É a partir desses conceitos que a ética kantiana se coloca em face dos dilemas levantados pela colaboração premiada.

Na visão de Kant, a colaboração premiada não poderia ser considerada moralmente boa. Nessa conjuntura, o colaborador não age de boa vontade e pelo dever ao dizer a verdade, mas sim de acordo com as suas incli-

nações pessoais, intenções egoístas e pelo medo da punição. O criminoso não atua pela lei, mas em conformidade à lei da colaboração premiada.

Importante ressaltar que o alicerce da colaboração premiada não se encontra no arrependimento do criminoso. Não há intenção por parte do infrator em se redimir. O que existe é uma nova investida moralmente reprovável daquele que cometeu o crime para se beneficiar, dessa vez, traíndo a confiança e atuando de forma desleal com os seus companheiros de crime.

A colaboração premiada também não poderia ser incentivada pelo Estado, pois, a traição, independentemente de quem esteja envolvido no caso, não poderia ser estimulada com o intuito de se garantir uma maior eficiência da justiça. Tanto a traição, como a mentira que foi exposta no exemplo mencionado por Kant, não podem se configurar como princípios em uma possível legislação universal e, por isso, devem ser rejeitados.

Além disso, o indivíduo não deve ser tratado de forma diferenciada em razão daquilo que pode oferecer, mas sim por aquilo que ele é ou faz. Dessa forma, o Estado ao garantir benefícios aos criminosos com base na relevância das suas declarações, acaba por tratar os criminosos de forma diferenciada, bem como coloca a verdade, que o infrator se comprometeu a falar, como mero instrumento de troca.

O sujeito deixa de ser tratado como um fim em si mesmo. A verdade se torna uma moeda de troca e o criminoso coloca um preço naquilo que sabe e em sua integridade em prol de alguns prêmios, como por exemplo: o perdão judicial, a redução da pena até dois terços e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Viola-se, assim, o princípio da humanidade defendido por Kant (2009, p.82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

O preço dessa verdade vai inclusive causar outros transtornos. Segundo uma reportagem da revista *Veja*¹³, antes da Lava Jato, eram cerca de

13 Sob o título de “*Os novos ricos da Lava Jato*”, a reportagem aponta para a construção de

quarenta as grandes bancas de criminalistas do país, concentradas sobretudo em São Paulo e no Rio. Atualmente, esse número dobrou.

O novo mercado abrange Brasília e Curitiba e emprega uma rede de mais de 1.200 profissionais. Os advogados especializados na colaboração premiada já chegam a cobrar entre três a oito milhões de reais por causa e, com isto, apresentam-se mais problemas éticos: seria moralmente correto que advogados se tornem milionários à custa da corrupção, tendo em vista que os valores recebidos pela sua atuação serão provenientes de dinheiro ilícito? É justo que as penas sejam reduzidas ou eliminadas com base em acordos?

A partir das leituras de Kant, é evidente que o mesmo seria contrário a transformação da justiça em um mercado para acordos, visto que a justiça deixa de ser ela mesma quando se vende por qualquer preço. Conforme Rodríguez (2018, p.34), as penas eram entendidas por Kant como absolutas e qualquer barganha e interesse que transbordasse o imperativo categórico as corromperia.

Então, percebe-se a complexidade das questões quando deparadas com um olhar kantiano. Contudo, é preciso se atentar à objeção feita por Vázquez, objeção esta que é fundamental para se ter uma reflexão ética mais apurada sobre o mecanismo da colaboração premiada.

Para Vázquez (2017, p.166), a moral kantiana da boa vontade, definida exclusivamente pela razão, não representa a vontade dos homens reais, determinados historicamente e socialmente, assim como inseridos em uma rede de exigências, interesses e pretensões de sua existência efetiva.

A moral da boa vontade, se inscreve em um mundo ideal, a-histórico e intemporal. Em razão de seu caráter abstrato, ideal, formal e universal, a concepção kantiana de bom como boa vontade, se apresenta de maneira impotente e inoperante no mundo concreto dos homens reais para regular efetivamente as relações humanas.

É notório que a boa vontade deve ser almejada, e quanto mais a atuação se der dessa forma, mais se identifica o progresso moral. Entretanto, a partir da visão apresentada pelo filósofo espanhol, esta moral, que não está alinhada com os procedimentos da colaboração premiada, não seria apli-

uma nova casta de milionários: os advogados criminalistas pagos a peso de ouro para livrar das grades os poderosos acusados de corrupção. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/os-novos-ricos-da-lava-jato/>>. Acesso em: 10 de jul. de 2019.

cável e não promoveria soluções na cadeia exigências de uma sociedade em que a corrupção se tornou sistêmica e possui uma estrutura complexa de atuação.

3.2 O bom como útil: o utilitarismo e a colaboração premiada

Antes de colocar o utilitarismo diante das questões da colaboração premiada é essencial realizar breves considerações sobre este sistema ético. A concepção de bom como útil tem como suas principais referências Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e em razão disso, ao tratar do utilitarismo, estar-se-á levando em consideração os conceitos e interpretações desses autores.

Para compreender o princípio da utilidade ou da maior felicidade deve-se responder as seguintes indagações: o ato deve ser útil para quem? Em que consiste o útil?

Segundo Vázquez (2017, p.168), no que tange à primeira pergunta, é fundamental esclarecer que o utilitarismo não deve ser entendido como uma forma de egoísmo ético, ou seja, considerado bom somente aquilo que é útil ou proveitoso para um sujeito determinado.

Além disso, também não deve ser compreendido como um altruísmo ético, de acordo com o qual se excluiria o interesse pessoal e se enxergaria como bom somente aquilo que visa a utilidade de um interesse geral, isto é, o bom como útil para os outros.

Vázquez (2017, p.169) assinala que o utilitarismo defende, pelo contrário, que o bom seria o útil ou vantajoso para o maior número de pessoas possíveis, cujo interesse também incluiria a vontade individual, salvo se houvesse um conflito de interesses.

Nesse caso específico, o utilitarismo entende pelo sacrifício do interesse pessoal, da felicidade própria ou até da própria vida, na medida em que contribua para o bem-estar do maior número de pessoas possível.

Bentham (1974, p.9) estrutura o princípio da utilidade a partir da dor e do prazer. Somente esses dois elementos apontam o que o sujeito deve fazer, bem como vinculado a eles, a norma distingue o que é certo do que é errado.

Segundo Bentham (1974, p.11):

Pode-se afirmar que uma pessoa é partidária do princípio da utilidade quando a aprovação ou a desaprovação que dá a alguma ação, ou a alguma medida, for determinada pela tendência que, no seu entender, tal ação ou medida tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da comunidade; ou, em outras palavras, pela conformidade ou não-conformidade com as leis ou os ditames da utilidade.

Mill (2005, p.48) esclarece o conceito de utilidade de forma semelhante:

O credo que aceita a utilidade, ou o princípio da maior felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer (...) a ideia de que o prazer e a ausência de dor são as únicas coisas desejáveis como fins, e de que todas as coisas desejáveis são desejáveis ou pelo prazer inerente em si mesmas ou enquanto meios para a promoção do prazer e da prevenção da dor.

Portanto, observa-se que para o utilitarismo um ato será considerado bom se possuir boas consequências, independentemente do motivo que o levou a ser praticado ou da intenção que se pretendeu realizar.

Já no que toca à segunda pergunta, Bentham e Mill, divergem. Conforme explica Mulgan (2014, p.36), para Bentham, aquilo que pode ser considerado mais proveitoso para o maior número, ou seja, o conteúdo do útil, é medido de forma simples e, dessa maneira, qualquer que seja o prazer, o mais intenso é o melhor.

Mill irá se posicionar de forma contrária a este entendimento. Para este autor, há mais no prazer do que a sua intensidade e isso explica pelo fato de que as pessoas que experimentam tanto os prazeres superiores quanto os inferiores, preferem os superiores.

Nas palavras de Mill (2005, p.51):

É indiscutível que um ser cujas capacidades de deleite sejam baixas tem uma probabilidade maior de as satisfazer completamente,

e que um ser amplamente dotado sentirá sempre que, da forma como o mundo é constituído, qualquer felicidade que possa esperar será imperfeita. Mas pode aprender a suportar as suas imperfeições, se de todo forem suportáveis, e estas não o farão invejar o ser que, na verdade, está inconsciente das imperfeições, mas apenas porque não sente de modo nenhum o bem que essas imperfeições qualificam. É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco têm uma opinião diferente é porque só conhecem o seu próprio lado da questão.

Após esses breves apontamentos a respeito deste sistema ético, percebe-se que a colaboração premiada é notadamente um procedimento de viés utilitário, em razão de diversos aspectos.

Com base no utilitarismo, a colaboração premiada pode ser considerada moralmente boa, pois torna possível o bem-estar de um maior número de pessoas, tendo em vista um suposto ganho de legitimidade do Direito Penal no Brasil.

Assim, com a população observando criminosos da elite econômica sendo capturados, estar-se-ia configurando o enfraquecimento da visão de que o Direito Penal só atingiria aos pobres, passando, dessa maneira, a sensação de fortalecimento da justiça no Brasil, sentimento este que é mais relevante do que aquilo que está no outro lado da balança, que no caso seria a traição entre os criminosos e os seus valores.

Para o utilitarismo não interessa os motivos que levaram o criminoso a colaborar com a justiça, isto é, independentemente dele ter sido desleal e ter traído a confiança de seus companheiros de crime, de ter ser arrependido efetivamente ou recebido benefícios para colaborar. O que importa é proporcionar melhores resultados para o maior número de pessoas. Se a colaboração premiada permite que isso aconteça e que os procedimentos da justiça se tornem mais eficientes, então, ela será válida.

Além disso, segundo o utilitarismo não haveria mal algum no caso de o Estado incentivar a colaboração premiada, bem como possibilitar que as penas sejam reduzidas ou eliminadas com base em acordos, visto que, conforme aponta Bentham (1974, p.65), existem casos que não cabem punição, como por exemplo, as situações em que a punição é ineficaz ou

inútil, em virtude de não poder evitar prejuízos maiores. Para Bentham, “uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior”.

Nesse quadro utilitário, a verdade pode ser utilizada como moeda de troca e o criminoso não precisa ser tratado como um fim em si mesmo. É relevante a consequência que a sua colaboração irá proporcionar na maior eficiência das investigações e, por conseguinte, no combate a corrupção e na sensação de justiça sentida pela população.

Mas será que a colaboração premiada cumpre a sua utilidade no Brasil? As consequências da Operação Lava-Jato podem ser consideradas úteis e positivas? É indispensável que se coloque na balança não apenas os benefícios do combate à corrupção, mas também os impactos negativos causados na economia e na sociedade.

O conseqüente aumento do desemprego, o enfraquecimento da capacidade de consumo e a perda da qualidade de vida da população mais vulnerável, em razão da redução dos investimentos em diversas áreas, bem como a questão da realização de prisões como mecanismo de extração de delações, a supervalorização das palavras de criminosos confessos, a seletividade política das apurações criminais e a condução deliberadamente midiática da operação, são efeitos colaterais da Operação Lava-Jato que precisam ser analisados.

Para as perguntas feitas acima, por hora, não há respostas. Somente o tempo poderá afirmar se a colaboração premiada foi útil ou não, pois, a Operação Lava-Jato sequer chegou ao seu fim. Mas, mesmo que não se possa saber ao certo os seus benefícios a longo prazo, refletir sobre o instituto da colaboração premiada a partir da concepção utilitarista é fundamental para se alcançar uma visão mais completa sobre o tema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se buscou com a pesquisa apresentar uma resposta final para os problemas morais que envolvem a colaboração premiada, mas sim apontar que a reflexão sobre esses problemas representa um passo importante para se promover debates com fundamentos pertinentes e com menos reducionismos e posicionamentos equivocados.

O diálogo entre o instituto jurídico da colaboração premiada e as teorias éticas de Kant e dos utilitaristas, nada mais significa do que prosseguir

em uma caminhada onde se busca a construção de argumentos que possam aperfeiçoar o Direito e que atendam aos anseios de justiça da população.

Afinal, a partir da investigação ética, definindo o que é o bom e o que não pode ser considerado positivo, indica-se uma trajetória geral pela qual os indivíduos e a sociedade podem orientar as suas condutas nas mais variadas situações particulares e, assim, auxiliar os homens no enfrentamento dos problemas práticos.

REFERÊNCIAS

- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.
- MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução: Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.
- MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução: Fábio Creder. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- REVISTA VEJA. **Os novos ricos da Lava Jato**. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/politica/os-novos-ricos-da-lava-jato/>>. Acesso em: 10 de jul. 2019.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 37^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO BRASIL - O QUÃO PRÓXIMO ESTAMOS DE "O CONTO DA AIA"?

Larissa Machado Cruz

INTRODUÇÃO

Um Estado forte, pautado pelo fundamentalismo religioso, onde direitos humanos são inexistentes, a sociedade é dividida em castas e as mulheres são tratadas como meros objetos a serem “possuídos” pelos homens, mentalidade esta que, inclusive, faz com que o estupro seja institucionalizado “sob os olhos de Deus”. Esta é a realidade distópica da República de Gilead na história imaginada por Margaret Atwood no livro “O Conto da Aia”, obra que ganhou maior vivacidade após a produção da série televisiva homônima e que foi escolhida para análise justamente pelo fato de que, apesar de absurdas, as situações descritas pela autora não estão muito longe do cotidiano de muitas mulheres.

É evidente que existem países ao redor do globo onde as restrições aos direitos femininos são muito maiores, todavia, de modo a aproximar este estudo de nossa realidade territorial, o contexto jurídico do Brasil foi escolhido para que se possa fazer um paralelo entre as mulheres brasileiras e as mulheres de Gilead. O objetivo deste trabalho é, portanto, não apenas demonstrar como vive a população feminina nas terras tupiniquins, mas também, o de conscientizar a quem quer que leia estes escritos, sobre a urgência em se lutar pela manutenção e pelas conquistas de direitos para a mulher moderna. Assim, considerando os anos de lutas e de resistência

por suas prerrogativas, será estudada, de forma breve, como é a situação da mulher no Brasil especialmente no que tange às práticas discriminatórias, em quatro áreas principais: o campo afetivo, acadêmico, profissional e político.

A justificativa para esta pesquisa se dá pelo fato de que, em tempos atuais, especialmente no âmbito da política, a questão religiosa tem surgido de forma muito contundente, e por que não, perigosa? Neste sentido a hipótese que se levanta é: mesmo com os avanços conquistados na legislação brasileira em relação aos direitos das mulheres, será que a realidade social ainda não se parece com o cotidiano descrito em “O Conto da Aia”? Para responder a esta indagação, serão utilizadas três metodologias, quais sejam, a revisão bibliográfica da obra de Margaret Atwood; a hermenêutica, que analisará algumas legislações, demonstrando como a visão jurídica em torno da mulher foi se modificando; e por fim, o método explorativo, que, através de notícias e dados, demonstra que mesmo que a jurisprudência no Brasil tenha se transformado, a sociedade ainda se prende muito a antigos padrões de comportamento.

A conclusão destes escritos, portanto, não poderia ser outra: o coletivo feminino continua a ser discriminado. Mesmo que muitos digam que atualmente as mulheres no Brasil detêm os mesmos direitos dos homens e que são tratadas da mesma forma, as pesquisas mostram que esta realidade ainda está longe de ser atingida. Assim como na República de Gilead, as mulheres brasileiras continuam sendo proibidas de estudar, de trabalhar, de se candidatar a cargos políticos em caráter paritário, são reduzidas à condição de donas de casa, de seres subservientes e pior, continuam a ser mortas e a ser impedidas de exercer um direito natural que lhes compete: o de simplesmente ser mulher.

1- Como funciona a sociedade de Gilead, de “O Conto da Aia”

Em 1985, Margareth Atwood lançava “O Conto da Aia”, que ganhou maior destaque após o lançamento da série televisiva homônima produzida pela Hulu. Neste romance, temos o seguinte retrato: fundamentalistas cristãos assassinam membros do Congresso e tomam o poder. Uma parte dos Estados Unidos da América agora é uma República

chamada Gilead, local sem democracia e sem direitos sociais. O que mais chama a atenção é a narrativa sobre a realidade das mulheres daquele lugar: nesta nova era mundial, homens e mulheres estão se tornando inférteis, assim, em Gilead, a população feminina é dividida em castas, o que se dá, principalmente, por razões religiosas. Em uma das primeiras passagens da obra, já temos uma citação bíblica, que bem ilustra o desenrolar da trama:

Vendo, pois, Raquel que não dava filhos a Jacob, teve Raquel inveja de sua irmã e disse a Jacob: Dá-me filhos, ou senão eu morro. Então, se acendeu a ira de Jacob contra Raquel e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela lhe disse: Eis aqui minha serva Bilha; entra nela para que tenha filhos sobre os meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. – Gênesis, 30:1-3

Assim, partindo do preceito desta história de Raquel, Jacob e Bilha, as castas são divididas da seguinte forma: existem as Esposas (que são aquelas casadas com os Comandantes), as Tias (mulheres que controlam as Aias), as Aias (mulheres que são servas sexuais), as Marthas (às quais ficam relegadas as tarefas domésticas), as Econoesposas (mulheres pobres casadas com homens pobres) e, por fim, as prostitutas, que vivem no “submundo” e as chamadas de “Não Mulheres”, que são aquelas idosas, lésbicas, inférteis ou deficientes, e que estão presas em campos de trabalho forçado com altíssima radiação. Esta história é contada a partir da visão de June, que, nesta nova ordem social, chama-se “Offred”, o que seria “Of Fred”, significando, em tradução, “de Fred”, ou seja, uma propriedade de Fred Waterford, um dos personagens da obra e então Comandante. Ela nos conta, dentre muitas outras coisas, que as Aias são escravas sexuais sob os coniventes olhos daqueles que comandam esta sociedade, bem como são proibidas de ler, ouvir rádio, ver televisão, de usar vestimentas diferentes, de fazer compras, de trabalhar... de serem independentes.

Interessante anotar que a personagem principal, Offred, em uma passagem do livro, menciona que é feita uma espécie de “lavagem cerebral” nas Aias, onde a elas é inculcada a seguinte ideia: antes, quando elas eram mulheres livres, aquilo não passava de tempos de anarquia, enquanto hoje, estando na República de Gilead, elas têm “outro tipo de liberdade”, ainda que apanhem de seus Comandantes, sejam torturadas pelas Tias, não

tenham poder aquisitivo nenhum e nem ao menos possam decidir sobre suas próprias vidas. Vejamos:

(...) As mulheres não eram protegidas naquela época.

Lembro-me das regras, regras que nunca eram explicadas em detalhes, mas que toda mulher conhecia: não abra sua porta para um desconhecido, mesmo se ele disser que é da polícia. Faça-o passar o cartão de identificação por baixo da porta. Não pare na estrada para ajudar um motorista, fingindo estar em dificuldade. Mantenha as portas trancadas e siga em frente. Se alguém assobiar, não se vire para olhar. Não entre numa lavanderia com máquinas de autoatendimento sozinha, à noite.

Penso a respeito de lavanderias de autoatendimento. O que eu vestia para ir a elas. Shorts, jeans, calças de malha de corrida. O que eu punha nas máquinas: minhas próprias roupas, meu próprio sabão, meu próprio dinheiro, dinheiro que eu mesma ganhava. Penso sobre ter tanto controle.

Agora andamos pela mesma rua, aos pares de vermelho, e homem nenhum grita obscenidade para nós, fala conosco, toca em nós. Ninguém assobia.

Existe mais de um tipo de liberdade, dizia Tia Lydia. Liberdade para, a faculdade de fazer ou não fazer qualquer coisa, e liberdade de, que significa estar livre de alguma coisa. Nos tempos da anarquia, era liberdade para. Agora, a vocês está sendo concedida a liberdade de. Não a subestimem. (ATWOOD, 2017)

Veja-se que este trecho traz uma dupla crítica: Offred diz que nos tempos de “anarquia”, o que poderia ser caracterizado como a nossa atualidade – considerando que o “Conto da Aia” se passa em um futuro distópico – as mulheres não detinham nenhuma proteção e poderiam ser facilmente assediadas, o que não mais ocorre em Gilead. Todavia, nesta nova realidade vivida pela personagem, apesar de as Aias “acharem” que não são mais assediadas, elas na verdade são sistematicamente estupradas, violentadas, e privadas de quaisquer direitos, o que demonstra que não há liberdade alguma. Aqui já é possível fazer o primeiro comparativo entre

a situação das Aias e a realidade no Brasil: aqui, muitas mulheres vivem em condições subumanas de vida, pois são constantemente agredidas, são proibidas de fazer as mais simples atividades, e muitas vezes dependem financeiramente de seus companheiros abusadores, motivo pelo qual, não conseguem se ver fora daquela circunstância, e acabam se conformando com as restrições que lhes são impostas.

A série televisiva homônima do livro, produzida pela Hulu, faz um trabalho ilustrativo muito forte. Em cada episódio, o telespectador pode sentir de forma mais concreta como é viver em Gilead. Seguindo neste sentido, no artigo “Competência midiática: o ativismo dos fãs de *The Handmaid’s Tale*” tem-se que nas décadas anteriores, as séries televisivas mostravam a figura feminina apenas como um objeto a ser sexualizado, atitude que foi se modificando com o passar dos anos, de modo que muitas personagens femininas foram demonstradas sob outro aspecto. Atualmente, com a série feita a partir do livro de Margaret Atwood, os telespectadores passaram a se engajar em prol da igualdade de gênero. Segundo as autoras, “a história distópica criada por Margaret Atwood é mais verossímil do que aparenta” (SIGILIANO; BORGES, 2018).

Em texto escrito por Rogério de Moraes (2017) tem-se que o risco à democracia põe em risco também os direitos sociais, sendo que um povo adormecido, é um povo que não percebe quando aparecem os primeiros sinais de quebra de uma ordem política e que, portanto, acaba sucumbindo às tiranias. O autor diz ainda que “obras de ficção distópicas normalmente se apoiam em temores reais da sociedade e têm como um de seus elementos frequentes o totalitarismo”. Ou seja, o “Conto da Aia” foi inspirado nos medos reais, especialmente da parcela feminina da população. Rogério diz por fim que “(...) essa é uma ficção futurista que tem o pé no presente. O que para alguns pode parecer exagerado e brutal, nalgum lugar do mundo pode ser apenas cotidiano e natural”. A pergunta que se faz, portanto, é: apesar de “O Conto da Aia” ser utópico, será que isto não está mais próximo do que imaginamos?

2- A situação discriminatória no Brasil

É evidente que as mulheres modernas usufruem de direitos que no passado eram inimagináveis a elas, todavia, este não foi um processo pa-

cífico. No decorrer dos anos, independente das pautas nas quais reivindicavam, muitas ativistas foram mortas, presas, discriminadas, ignoradas, humilhadas (SOARES, 2018), da mesma forma que acontece em “O Conto da Aia”, onde as mulheres que resistem ao regime de Gilead são sistematicamente eliminadas. Assim, durante seus anos de luta, as mulheres brasileiras precisavam buscar quatro pilares básicos para poder se inserir na sociedade: o direito de se educar, de trabalhar, de ser livre no campo afetivo e de votar.

O primeiro ponto a ser analisado, portanto, é a inserção da mulher nos meios educacionais. Segundo informações do MEC, em apertada síntese, Dilvo Ristoff asseverava, em 2007, que “há, hoje, cerca de meio milhão de mulheres a mais do que homens nos campus do Brasil” e ainda que, a participação feminina nos meios acadêmicos “cresce a cada ano num ritmo 5% maior que a dos homens”. Todavia, o autor ressalta que esta não foi sempre a realidade enfrentada pelas mulheres:

A trajetória da mulher brasileira nos últimos séculos é, para dizer pouco, extraordinária: de uma educação no lar e para o lar, no período colonial, para uma participação tímida nas escolas públicas mistas do século 19; depois, uma presença significativa na docência do ensino primário, seguida de uma presença hoje majoritária em todos os níveis de escolaridade, bem como de uma expressiva participação na docência da educação superior. (RISTOFF, 2007).

Quanto às questões trabalhistas, a situação era muito parecida. O site do governo brasileiro traz a informação de que “até 1962, as mulheres casadas só podiam trabalhar fora de casa se o marido permitisse. Isso foi uma limitação imposta pelo Código Civil de 1916” (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2014). Nesta esteira, é importante aventar que o Código de 1916 é um claro exemplo de como a sociedade brasileira se organizava de forma totalmente machista. No artigo 6º, a mulher casada era descrita como relativamente incapaz, sendo o marido o seu representante. O artigo 233 mencionava que competia ao marido a administração dos bens da esposa e a permissão para que ela trabalhasse fora.

No campo afetivo, antigamente a mulher era tratada como um objeto e que, portanto, não tinha o direito de decidir por si própria. O artigo

178, §1º, do Código Civil de 1916 demonstrava o prazo de prescrição para se anular o casamento com uma mulher que fosse descoberta ser “deflorada”. O artigo 219 dizia que constituía erro essencial sobre a pessoa o fato de a mulher não ser mais virgem. No artigo 1.548, talvez um dos mais absurdos, falava-se que a mulher “honestas” que fosse violentada, poderia pedir uma compensação ao agressor.

Por fim, temos a questão do direito ao voto. Durante o governo de Getúlio Vargas, seguindo a onda sufragista que vinha se espalhando pelos quatro cantos do mundo, o Brasil permitiu o direito ao voto à mulher em 1932, porém, isto ainda era facultativo e foi “somente com a promulgação da nova Carta Magna de 1934 que o direito feminino de se alistar foi transformado em dever” (TOSI, 2016).

Este breve histórico demonstra que o Brasil não se diferenciava muito da narrativa encontrada em “O Conto da Aia”, haja vista que a mulher brasileira era tratada como mero objeto que pertencia às figuras masculinas, fossem elas de pais, irmãos, ou maridos. Em Gilead, as mulheres também não podiam mais estudar, não podiam trabalhar, não podiam participar ativamente da política e nem se casar com quem quisesse, ou até mesmo permanecer solteiras. Além disso, as mulheres eram constantemente discriminadas por seus passados. Offred, por exemplo, é constantemente humilhada pelas Tias devido ao fato de ter sido amante antes de se tornar uma Aia, o que demonstra um latente preconceito à figura da mulher em detrimento da figura do homem.

Hoje a situação tem se alterado, pois que, no âmbito educacional a presença feminina tem, muitas vezes, se sobressaído à masculina. Na seara trabalhista, segundo texto publicado pela Agência Brasil (OLIVEIRA, 2018), ao menos a disparidade salarial tem diminuído. Quanto aos direitos políticos, a mulher não apenas pode votar, como também pode se candidatar a cargos eletivos. Já no campo afetivo, a mulher tem liberdade para se relacionar com quem desejar e possui uma liberdade sexual muito mais abrangente do que no passado.

Neste sentido, temos instrumentos jurídicos que validam estas mudanças, como, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, onde, já no inciso I do artigo 5º tem-se que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, sendo que, inclusive, no inciso XX do artigo 7º, fala-se também na proteção ao

trabalho da mulher, ao passo que o §5º do artigo 226 diz que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O Código Civil de 2002 também não faz discriminação à figura feminina. A Consolidação das Leis do Trabalho, reformada pela Lei 13.467/2017, possui um capítulo dedicado à proteção do trabalho da mulher.

O Código Penal de 1940, também traz pontos importantes: o estupro ou o assédio, não configuram apenas quando a mulher for “honesta”, de modo que atualmente não importa o passado sexual de uma mulher para que ela seja atendida como violentada, mudança que ocorreu principalmente após a Lei de Importunação Sexual (Lei 13.718/18). Além disso, através da Lei 13.104/15, passou-se a estabelecer uma pena maior a quem cometer o que chamamos de “feminicídio”. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) também contribuiu de forma inequívoca para a proteção de mulheres em situações de risco.

No âmbito político, temos o Código Eleitoral (Lei 4.737/65) estabelecendo já em seu artigo 6º que o direito ao voto é obrigatório a todos, independente do sexo. A Lei Eleitoral (Lei 9.504/97) preceitua em seu artigo 10, §3º, o quórum de pelo menos 30% de participação feminina nas eleições. O artigo 93-A, por exemplo, define ser cogente que as emissoras de rádio ou televisão concedam alguns minutos diários na sua programação para a propaganda política de mulheres, jovens e negros.

Todavia, mesmo com todos estes avanços no Brasil, não só no campo jurídico, como também no campo social, há alguns pontos que ainda se assemelham muito à República de Gilead, o que nos leva à reflexão de que a obra escrita por Margaret Atwood não esteja tão longe da realidade como parece. Paula Tavares (2017) diz que “de um ponto de vista estritamente jurídico, a igualdade entre homens e mulheres no Brasil é quase plena. É uma informação destoante da realidade do dia a dia (...)”. Ou seja: as normas positivadas dizem uma coisa, ao passo que, no cotidiano, as mulheres não dispõem desta equidade preceituada nas leis.

Em 2009, o IBGE (AGÊNCIA BRASIL, 2010) calculava que 9,7% das mulheres brasileiras eram analfabetas, ou seja, não tinham acesso aos meios de educação. Um estudo divulgado pela UOL, diz que “na faixa de 10 a 17 anos, (...) as meninas são maioria entre o grupo que não estuda nem trabalha (54,4%)” (BERMÚDEZ, 2017). Apesar de a taxa de

mulheres analfabetas ser menor do que a de homens, a inserção delas no mercado de trabalho se dá de forma desigual (KESLEY, 2018). Ademais, em uma pesquisa (MORENO, 2019), foi constatado que o percentual de mulheres matemáticas chega a 26% do total de cientistas, todavia, somente 11% das bolsas do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) vão para elas. Isto é apenas um exemplo que demonstra que a desigualdade nos meios acadêmicos também continua a existir, inclusive no ensino superior. Em um paralelo, a série inspirada na obra de Atwood nos conta que além de as mulheres não poderem mais ler, elas foram as primeiras a serem demitidas e excluídas das universidades.

No Brasil também existe um cenário implícito onde homens proíbem, ainda que indiretamente, suas mulheres de trabalharem fora, o que gera um ciclo vicioso de dependência feminina (MDEMULHER, 2016). Explica-se: inúmeras vezes, após o casamento, muitas mulheres são convencidas por seus esposos a deixarem seus empregos (ou a não procurarem ocupações fora de casa) e a se dedicarem exclusivamente aos cuidados domésticos do lar e dos filhos. É evidente que esta é uma opção que se encontra no livre arbítrio de cada uma. Todavia, esta escolha acarreta consequências negativas, uma vez que com o passar dos anos, torna-se mais difícil para estas mulheres o reingresso no mercado de trabalho caso elas, de fato, desejem retornar às atividades remuneradas. Veja-se que em Gilead, as mulheres, assim como acontece muito no Brasil, também não podiam trabalhar, e viviam exclusivamente dependentes dos proventos de seus mantenedores.

Nesta esteira, passa-se a analisar a área afetiva. Apesar de, conforme dito, a mulher ter muito mais liberdade para se relacionar com quem lhe agrada, pode-se citar que a taxa de assassinatos ainda é muito alta, o que demonstra que a mulher ainda é vista como um objeto. No início de 2019, O Globo publicou uma matéria mencionando que só neste ano, já tinham ocorrido mais de 200 casos de feminicídio no país (CALCAGNO, 2019), sendo que, segundo Cíntia Acayaba e Léo Arcoverde (2019), o número de mulheres mortas no primeiro trimestre de 2019, somente em São Paulo, foi de 37. Veja-se que em Gilead, as mulheres podem ser mortas ou até mesmo espancadas por seus “senhores”, o que pode ser comprovado por algumas cenas da série “O Conto da Aia”, que mostram o comandante Fred batendo em Serena Joy – sua esposa – e depois cortando o dedo dela

quando a mulher decide pedir ao Conselho masculino para que as meninas de Gilead possam ser ensinadas a ler e a escrever.

Por fim, na seara política, a mulher também ainda não conta com a plena participação. Nas últimas eleições, tivemos a jornalista Joice Hasselmann e a professora Janaína Paschoal figurando como as deputadas mais bem votadas (ANTAGONISTA, 2018), o que é um avanço sem precedentes, porém, esta não é a realidade de todas as mulheres que atuam nos meios políticos. Em matéria publicada por Gisela Cardoso no Estadão (2016), tem-se que “o Brasil ocupa uma das últimas posições no ranking mundial de representação feminina nos parlamentos de acordo com números divulgados pela ONU”. No ano passado, o G1 (VELASCO et al., 2018) divulgou uma pesquisa alarmante, onde se percebia que, mesmo que a legislação defina a cota mínima de mulheres nas eleições, muitos partidos não cumprem com esta determinação e precisam ser notificados pela Justiça Eleitoral para que o façam.

Outro ponto que tem aproximado o Brasil da República de Gilead: o uso da religião para nortear atos políticos. É importante lembrar que, na história de Margaret, todos os infortúnios causados às mulheres começaram por meio do acesso do fundamentalismo cristão nos meios Estadais e partir daquele momento, todos os estupros, as torturas, os espancamentos e as discriminações eram justificados através da visão bíblica. Veja-se que o que se pretende aqui não é a crítica sistemática à religião em si, mas sim, ao entrelaçamento entre teocracia e política. Ao viajarmos pela história mundial, especialmente em momentos da Idade Média, passando pela “Santa” Inquisição, resta demonstrado que um Estado laico, como preceitua nossa Constituição Federal, é um dos mais importantes pilares democráticos.

As eleições de 2018 foram um bom exemplo de como a religião tem se misturado à política. O lema do então candidato, hoje presidente da república, Jair Bolsonaro era “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos” sendo que, inclusive, ele disse em entrevista que não acreditava na laicidade do Estado. Por outro viés, seu maior adversário, Fernando Haddad, que concorria à presidência, participou de missas em uma clara tentativa de arrebatar votos, o que demonstra de forma inequívoca que a crença em seres metafísicos se tornou uma moeda de troca poderosíssima.

Outra discussão que detém uma estreita linha entre as sagradas escrituras e a política: direitos reprodutivos e o aborto. Em Gilead,

as mulheres são forçadas a terem filhos, e as que tentam ou realmente conseguem abortar, são tratadas como criminosas, pois que atentam contra as “leis divinas”. No Brasil, o Código Penal de 1940 também criminaliza a prática, exceto em casos de risco para a vida da mulher, em casos de estupro ou quando o feto é anencéfalo. Ainda, é importante que se diga: todos os atuais projetos de lei sobre a interrupção de gravidez são votados majoritariamente por homens, e grande parte destes homens, compõem as bancadas religiosas do Congresso Nacional.

Em vários países do mundo, como na Argentina e nos Estados Unidos, ativistas dos direitos femininos se vestem de Aias durante os protestos, dizendo, inclusive, que a obra “O Conto da Aia” não é um manual de instruções. O que isto quer dizer? Que não só no Brasil, mas no mundo todo, há um movimento de retorno ao Estado teocrático e conservador, o que representa um risco iminente aos direitos femininos.

Por fim, a obra denuncia a falta sororidade entre as mulheres em um primeiro momento, mas depois demonstra como elas passaram a se ajudar. Em uma das cenas da série, a personagem Janine se senta ao centro de uma roda de Aias, onde estas apontam o dedo para ela e a culpam por ter sido estuprada quando jovem. Em outro episódio, após se jogar em um rio, em uma tentativa malfadada de suicídio, a mesma personagem é levada novamente a sentar-se no centro das Aias, onde estas deveriam apedrejá-la até a morte. Suas colegas de infortúnio, entretanto, recusam-se a assassinar Janine. Da mesma forma, no Brasil, com o passar dos anos, muitas mulheres também foram tomando consciência de que, para conquistar direitos, era preciso que se aglomerassem.

Assim, percebe-se que a situação da mulher obteve relativa melhora nas terras tupiniquins, fato que se deu primordialmente pelas mudanças constitucionais ocorridas a partir de 1988. Conforme visto, a legislação brasileira passou a se tornar menos discriminatória e mais inclusiva justamente a partir da promulgação de nossa última Carta Magna. Entretanto, é evidente que apenas a mudança legislativa não garante uma mudança substancial na sociedade, que ainda permanece com muitos resquícios machistas, onde muitas camadas sociais insistem em segregar e excluir as mulheres, restando ambientes predominantemente masculinos.

3- Conclusão

Ao final do livro “O Conto da Aia”, a personagem principal revela uma incerteza sobre o seu destino. Ela é capturada por forças do Estado sem ao menos saber se aquilo se tratava de uma prisão pelo fato de terem descoberto seus movimentos de resistência junto às outras Aias, ou se, na verdade, tratava-se de um resgate. Assim, ela encerra seu epílogo:

A camionete já está na entrada para carros, as portas duplas permanecem abertas. Os dois, agora um de cada lado, me seguram pelos cotovelos para me ajudar a entrar. Se isto é o meu fim ou um novo começo não tenho nenhum meio de saber: eu me entreguei às mãos de desconhecidos; porque não há outro jeito.

E assim eu entro, embarco na escuridão ali dentro; ou então na luz. (ATWOOD, 2017).

Desta forma, é interessante ressaltar a metalinguagem aqui delineada. Explica-se: os escritos de Margaret Atwood foram utilizados para compor a crítica que se pretendeu fazer ao longo deste trabalho. As mulheres brasileiras, assim como as mulheres da distópica República de Gilead, sofrem diuturnamente com as práticas discriminatórias e com a violência, seja física ou moral, a elas impostas. Todavia, mesmo lutando para obter melhores condições de vida, assim como Offred (June), elas também não sabem o que será de seus destinos em um futuro recente. Elas apenas especulam: será escuridão, ou será luz?

Jonatan Silva (2018) escreve que “não é preciso estar em um governo absolutista para sentir na pele o que é ser mulher: basta usar o metrô em São Paulo ou pegar um ônibus em Curitiba”. Assim, diante de tudo o que foi descrito, percebe-se que a emancipação da mulher brasileira ainda é muito recente, o que é demonstrado pelo fato de que o Código de 1916 – extremamente machista – somente foi substituído em 2002, pela nova legislação. A promulgação da Constituição Federal de 1988, que norteou, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade de gêneros, de modo que o homem não era mais considerado o detentor de todos os direitos sobre os bens ou as vontades das mulheres. Por fim, há também outras legislações que ajudaram a moldar

esta nova perspectiva normativa, como o Código Penal e a Lei Maria da Penha, por exemplo.

É evidente que ainda há um longo caminho a se percorrer para que não só as legislações, mas também a sociedade como um todo passe a aceitar a população feminina como objeto de direitos e deveres. A solução para estes dilemas jurídicos, apesar de difícil, não é impossível. Segundo texto escrito por Raquel Grisotto (2018), “ainda existem lacunas na legislação que dificultam a proteção de mulheres e meninas. Há leis contra o assédio sexual no trabalho, mas não no ambiente da educação, por exemplo.”. Neste mesmo texto, Grisotto ainda complementa a ideia se utilizando da fala de Paula Tavares (2017), especialista em gênero e desenvolvimento econômico do Banco Mundial, onde esta afirma que “a legislação precisa mudar para que o cenário mude”.

Por fim, é importante que se diga que no Brasil, assim como em Gilead, as mulheres possuem um lema em latim que foi repetidamente escrito no livro de Margaret: *Nolite te bastardes carborundorum*. Em tradução, significa “não deixe que os bastardos esmaguem você” (ATWOOD, 2017) e é com esta frase que se encerram estes escritos: a resistência das mulheres de hoje, que não aceitam as discriminações, ainda que muitas vezes veladas, e que lutam por seus direitos, é que fará com que a realidade se altere, de modo que a real equiparação entre os gêneros passe a ser uma conquista e não uma utopia. Não há dúvidas de que o Brasil conta com inúmeras “Offreds (June)”, “Marias” da Penha, “Clarices” Líspector, “Pagus” (Patrícia Rehder Galvão), “Anitas” Garibaldi, “Chicas” da Silva e tantas outras que fizeram história em nosso país. O caminho para a mudança jurídica e social será árduo e longo, mas não impossível. Como diz a cantora Pitty em sua música “Desconstruindo Amélia”, a mulher moderna não quer ser “nem serva, nem objeto, já não quer ser o outro, hoje ela é um também”.

4- Referências

ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. **Casos de feminicídio aumentam 76% no 1º trimestre de 2019 em SP; número de mulheres vítimas de homicídio cai.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/29/casos-de->

feminicidio-aumentam-76percent-no-1o-trimestre-de-2019-em-sp-numero-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-cai.ghtml>. Acesso em: 06 jul. 2019.

AGÊNCIA BRASIL. **Mulheres são maioria no total de analfabetos no mundo, segundo Unesco.** 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2010/09/mulheres-sao-maioria-no-total-de-analfabetos-no-mundo-segundo-unesco>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia.** Rio de Janeiro: Rocco, 2017. 366 p. Tradução de Ana Deiró.

BERMÚDEZ, Ana Carla. **Mais de 60% dos jovens fora da escola no Brasil têm de 15 a 17 anos.** 2017. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/listas/mais-de-60-dos-jovens-fora-da-escola-no-brasil-tem-de-15-a-17-anos.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL Código Civil 1906. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm>. Acesso em: 02 jul.2019.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Decreto-lei nº 5.452/43. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 1940. . Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 1965. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.504/97, de 1997. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 2015. **Lei do Femicídio**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 2006. **Lei Maria da Penha**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.718/2018, de 2018. **Lei de Importunação Ssexual**. Brasília, 14, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CALCAGNO, Victor. **Mais de 200 feminicídios ocorreram no país em 2019, segundo pesquisador**. 2019. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/mais-de-200-femicidios-ocorreram-no-pais-em-2019-segundo-pesquisador-23505351>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CARDOSO, Gisela. **A participação da mulher na política e a igualdade de gênero**. 2016. Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-participacao-da-mulher-na-politica-e-a-igualdade-de-genero/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

GRISOTTO, Raquel. **104 países proíbem a mulher, por lei, de fazer alguma coisa - e o Brasil está no grupo**. 2018. Época Negócios. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/06/104-paises-proibem-mulher-por-lei-de-fazer-alguma-coisa-e-o-brasil-esta-no-grupo.html>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial**. 2019. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2019/country-chapters/326447>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

- KESLEY, Pricilla. **Mulheres: por que o estudo não está virando oportunidade.** 2018. Todos Pela Educação. Disponível em: <<https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/mulheres-por-que-o-estudo-nao-esta-virando-oportunidade>>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- MDEMULHER. **Meu marido não quer que eu trabalhe.** 2016. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/familia/meu-marido-nao-quer-que-eu-trabalhe/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.
- MORAES, Rogério de. **Análise | The Handmaid's Tale: a série de TV que desperta o medo mais real.** 2017. Disponível em: <<https://medium.com/rog%C3%A9rio-de-moraes/the-handmaids-tale-a-s%C3%A9rie-de-tv-que-desperta-o-medo-mais-real-7607e2db860d>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- MORENO, Ana Carolina. **Matemáticas respondem por 26% do total de cientistas, mas só 11% das bolsas do CNPq vão para elas.** 2019. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/07/26/matematicas-respndem-por-26percent-do-total-de-cientistas-mas-so-11percent-das-bolsas-do-cnpq-vaopara-elas.ghtml>>. Acesso em: 28 jul. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS. **Violência contra as mulheres é ‘pandemia global’, diz chefe da ONU.** 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-chefe-da-onu/>>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- O ANTAGONISTA. **Joice (Hasselmann) & Janaína (Paschoal): as campeãs de voto.** 2018. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/joyce-hasselmann-janaina-paschoal-as-campeas-de-voto/>>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- OLIVEIRA, Kelly. **Diferença salarial entre homens e mulheres diminuiu de 2016 para 2017.** 2018. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-10/diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres-diminuiu-de-2016-para-2017>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

- ONU MULHERES. **Fim da violência contra as mulheres.** 2017. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/fim-da-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- RISTOFF, Dilvo. **A trajetória da mulher na educação brasileira.** 2007. Ministério da Educação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/202-264937351/5710-sp-1216879868>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA MULHERES. **Mulheres conquistam direitos nos últimos 100 anos.** 2014. Governo do Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/03/mulheres-conquistam-direitos-nos-ultimos-100-anos>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- SIGILIANO, Daiana; BORGES, Gabriela. Competência midiática: o ativismo dos fãs de The Handmaid's Tale. **Comunicação & Inovação, Ppgcom/uscs**, São Caetano do Sul, v. 19, n. 40, p.106-122, maio 2018. Disponível em: <https://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/view/5179/2480>. Acesso em: 08 jul. 2019.
- SILVA, Jonatan. **‘O Conto da Aia’: um retrato da mulher de hoje.** 2018. Disponível em: <<http://www.aescotilha.com.br/literatura/ponto-virgula/o-conto-da-aia-margaret-atwood-rocco/>>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- SOARES, Nana. **Como as mulheres conquistaram os direitos de hoje?** 2018. Estadão. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/como-as-mulheres-conquistaram-os-direitos-de-hoje/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- TAVARES, Paula. **Como a lei brasileira vê a mulher?** 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-como-a-lei-brasileira-ve-a-mulher/>>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- TOSI, Marcela. **A conquista do direito ao voto feminino.** 2016. Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

VELASCO, Clara et al. **Mesmo com lei, proporção de mulheres não aumenta nas eleições e Justiça precisa notificar coligações para que cumpram cota.** 2018. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/24/mesmo-com-lei-proporcao-de-mulheres-nao-aumenta-nas-eleicoes-e-justica-precisa-notificar-coligacoes-para-que-cumpram-cota.ghtml>>. Acesso em: 26 jul. 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Filipe Araújo de Moraes

José Ewerton Bezerra Alves Duarte

Almair Moraes de Sá

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral o de complexificar o direito à liberdade de expressão e o uso do discurso de ódio, como forma de promover o objetivo específico de analisar a sua exteriorização e a sua limitação pelo princípio da dignidade da pessoa humana no Estado contemporâneo. Para tanto, busca-se delimitar o significado de liberdade de expressão, como um direito fundamental não absoluto e partindo da manifestação de vozes discordantes, ideias contrárias, visões mais restritas e defesa das minorias.

Será definido as principais características do discurso de ódio, passando pelos seus efeitos nocivos para a paz e a boa convivência em sociedade e por alguns casos emblemáticos sobre o tema. E o estudo do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Como a liberdade como valor essencial à condição humana e a igual dignidade, apresentando a sua importância e uma possível violação causada pelo discurso de ódio e os possíveis limites à liberdade de expressão.

Em termos metodológicos, pautou-se no método científico indutivo, na pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas e na legislação pátria.

Assim, verificar-se-á se o discurso de ódio poderá ser aceito como liberdade de expressão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que este é um fundamento da República.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 O que significa liberdade de expressão?

O que se entende por liberdade de expressão? Antes de entrar, no tema central, é necessário apresentar os elementos que definem a conduta de se expressar com liberdade. Primeiramente, o professor Jorge Miranda ensina que “as liberdades são formas de manifestação da pessoa” (MIRANDA, 2018, p.148). E apresenta que a liberdade pode se dividir em civil e política:

A liberdade civil abrange os direitos das pessoas no seio da sociedade civil. A liberdade política compreende todos os pertinentes à relação com o Estado-poder, sejam direitos de participação *stricto sensu* ou direitos políticos, sejam – principalmente – quaisquer liberdades enquanto exercidas ou projetadas na vida pública. [...] A liberdade civil é, por consequência, primordialmente uma liberdade-autonomia. A liberdade política pressupõe liberdade-autonomia e liberdade-participação (MIRANDA, 2018, p. 145).

Assim, a liberdade de expressão representa uma manifestação de ideias, o que acaba fomentando divergências sobre a autonomia dos indivíduos. O autor Colomb ensina que a “*liberdade de expressão* é a racionalidade jurídica, no qual todos os sujeitos de direito participam da mesma racionalidade explicitamente tornada pública pela lei – há uma *racionalidade partilhada*” (COLOMB, 2007, P. 63). O ministro Gilmar Mendes em sua obra entende da seguinte maneira o que seja considerado por liberdade de pensamento e de manifestação:

Entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, co-

mentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não – de valor (MENDES, 2008, p. 350-351).

A liberdade de expressão possibilita a legitimação de vozes discordantes, ideias contrárias, visões mais restritas, defesa das minorias e muitas vezes indo na contramão do politicamente correto. O pensamento deve sair do campo das ideias, do foro íntimo, para a manifestação da palavra. Portanto, a liberdade de expressão entra na esfera jurídica quando disseminado ao público, aos outros indivíduos. Da mesma forma, tal proteção resguarda a palavra ou a manifestação escrita, como afirma Frederick (SCHAUER, 1982, p. 17): “não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada através de gestos e expressões corporais”.

No Brasil, a liberdade de expressão é constitucionalmente prevista como direito fundamental no artigo 5º, incisos IV, V, IX, X, XIV e nos artigos 220 e 221:

Art. 5º. IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; 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; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. §3º Compete à lei federal: II – estabelecer os meios legais que garantem à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, prá-

ticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrição legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrente de seu uso.

§5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Os dispositivos supramencionados mostram a vontade do legislador em, vigiar e proteger, a liberdade de expressão como um direito e uma obrigação. Neste sentido, ainda que não há uma hierarquia entre as normas constitucionais, o legislador criou uma ordem normativa de preferência no artigo 5º, dentro da esfera de formulação, manifestação, exteriorização e consequência do ato de se expressar.

A Carta Magna promove a autonomia plena para o seu exercício, no entanto, veda a situação em que fora utilizada sob a forma do anonimato, com o objetivo de impedir a exteriorização do discurso sem a devida responsabilidade. É necessário ressaltar que a liberdade de expressão não é ilimitada, pois o princípio da legalidade a rege inicialmente, mas aonde entraria o princípio da dignidade da pessoa humana nesta limitação?

De acordo com o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal (CONSTITUIÇÃO, 1988): “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, este tipo de liberdade estará sempre limitada pela integralidade do ordenamento jurídico, como por: a) normas constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade; b) normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, disciplinadas pelo código penal, como a Lei n. 7.716/89 que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etc.

A Constituição criminaliza com rigor o racismo no artigo 5º, inciso XLII, como “crime inafiançável e imprescritível” e garante uma variada gama de direitos fundamentais. É lamentável que em um país como o Brasil, o sistema democrático esteja sendo danificado por conta de expressões de ódio. O dever de civilidade democrática de tolerância e paz são fundamentos para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. O autor Waldron corrobora mostrando a necessidade de existir “a interdependência entre democracia e respeito mútuo” (WALDRON, 2012, p. 157).

Portanto, a liberdade de expressão não é absoluta no ordenamento jurídico brasileiro. Deverá se harmonizar com todos os direitos fundamentais, encaixando-se no sistema constitucional vigente. Em caso de violação de direitos, a solução poderá ser formulada pela análise da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo princípio da proporcionalidade, pela cedência recíproca entre valores constitucionais, ou por instrumentos aplicados pela hermenêutica. Mais adiante, verificar-se-á como o princípio da dignidade da pessoa humana poderá se estabelecer como um parâmetro limitador da liberdade de expressão.

2. DISCURSO DE ÓDIO (HATE SPEECH)

2.1 Conceito

O discurso de ódio é uma variável da liberdade de expressão, de modo que, o sentimento ou posicionamento de ódio, ou desprezo não exteriorizado, não entra na esfera jurídica. Apenas terá importância no ordenamento jurídico, quando o discurso de ódio for exteriorizado para a sociedade, passando a ocasionar efeitos nocivos para a paz e a boa convivência em sociedade, a depender do veículo de transmissão empregado. Avalia Bernardo que o discurso de ódio é o (FERNANDES, 2018, p. 450): “uso de palavras beliciosas (*fighting words*), que representam estopins de ação, em vez de pautas de persuasão”.

Desta forma, o discurso transmitido, oralmente ao público, gera um choque imediato, mas se for impresso e publicado, poderá propiciar um enorme dano que perdurará por considerável lapso de tempo. Leal então reflete que “é possível afirmar que um discurso consoante o meio de

divulgação escolhido promoverá maior impacto” (LEAL DA SILVA *et al.*, 2011, p. 450). Com o surgimento das novas tecnologias, como é o exemplo da internet, facebook e do instagram, a possibilidade de um dano global cresce, o que mostra a importância de se debater e falar sobre o referente discurso.

O conceito de discurso de ódio (*hate speech*) apresenta como característica primordial a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e faz com que os indivíduos e grupos sociais específicos fiquem inferiores aos que propagam o discurso. Tem como intenção a de difundir a discriminação para com todo aquele que possa ser considerado “inferior”, por exemplo, em razão de sua etnia, opção sexual, condição econômica, seu gênero, etc.

Observa-se que a discriminação normalmente é propagada por um indivíduo que se acha supostamente superior ao outro, gerando consequentemente uma humilhação e medo nas suas vítimas, pouco se importando com a dignidade do próximo. Portanto, o discurso de ódio poderia ser aceito como liberdade de expressão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana? Questão que será tratada no último capítulo. A seguir, apresentar-se-ão alguns casos judiciais polêmicos e importantes que versaram sobre liberdade de expressão e o discurso de ódio.

2.2 Casos emblemáticos

O primeiro caso a se analisar é o de *Beauharnais v. Illinois (1952)* onde uma lei do Estado de Illinois criminalizava a publicação ou exibição que expressasse:

Depravação, criminalidade, lubricidade ou falta de virtude de um grupo de cidadãos, de qualquer raça, cor, credo ou religião ou que expusesse qualquer raça, credo ou religião a desprezo, escárnio, vilipêndio e que por isso fosse capaz de produzir a quebra de paz ou distúrbios.

Joseph Beauharnais fora condenado por promover uma manifestação para pedir as autoridades públicas municipais de Chicago de impossibilitar a mudança dos “*niggers*” (termo pejorativo para se referir a afrodescen-

dentes) para bairros “brancos”, visando que o bairro continuasse apenas com moradores com tom de pele claro. Através de um panfleto associou aos negros a execução de crimes como agressões, estupros, roubos, armas de fogo e maconha. O juiz Frankfurter, falando pela Corte defendeu a lei de Illinois, decisão com o placar apertado por mínima maioria de cinco a quatro votos. Não votou com base no princípio da igualdade ou com o objetivo de defender a minoria das acusações do panfleto, e sim com fundamento na exclusão da difamação da categoria de expressão constitucionalmente protegida.

O segundo caso trata da tolerância para com o discurso de ódio como fundamento da expressão política. Foi o caso de Skokie, região periférica de Chicago, onde os moradores são em grande parte de origem judaica, inclusive, à época do ocorrido que foi na década de setenta, muitos dos moradores eram sobreviventes do Holocausto. Sabendo disso, o Partido Nazista dos Estados Unidos idealizou uma manifestação, marchando pela região portando suásticas e outros símbolos e objetos que carregavam ódio. De acordo com Lewis, “apesar dos esforços jurídicos e políticos das autoridades locais para impedir a manifestação, o Partido Nazista recebeu a permissão do Sétimo Circuito da Justiça Federal estadunidense para realizá-la” (LEWIS, 2007, p. 160). No entanto, a marcha não aconteceu por deliberação dos neonazistas, que optaram por transferi-la para Chicago.

2.3 Supremo Tribunal Federal

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal possui decisão sobre o tema, como é o caso de *Siegfried Ellwanger* (2003). Siegfried Ellwanger é um editor que escreveu e publicou alguns livros propagando e justificando o ódio a população judaica. Ele afirmou que os judeus foram responsáveis por vários problemas mundiais, como o aparecimento da Segunda Guerra Mundial. Ele promoveu em seus livros a aversão aos judeus, mais do que pregando a sua segregação. Seus livros foram: Holocausto Judeu ou Alemão?; Nos bastidores da mentira; e Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra.

Fica mais que evidente, o discurso de ódio, evidenciado pela claro desprezo e desqualificação direcionado aos judeus. Dois aspectos foram apresentados e relacionados com o princípio da dignidade da pessoa hu-

mana, são eles: liberdade de expressão e discriminação étnica contra os judeus. O conflito deveria ser de fácil solução, já que a discriminação étnica é proibida expressamente no artigo 20º da Lei n. 7.716/89.

A decisão foi no sentido de repudiar e combater o discurso de ódio. Portanto, o Supremo Tribunal Federal transmitiu que a liberdade de expressão não é um direito fundamental que pode ser usado como justificativa para a exteriorização de expressões preconceituosas, muito menos para incitar a violência e a intolerância em desfavor de grupos sociais.

A permissividade da exteriorização do discurso do ódio continua como tema controvertido nos diferentes ordenamentos jurídicos, de acordo com a opção política/ideológica de cada país. Quanto ao tema, o escritor Leal formula uma última questão pertinente à realidade brasileira: “Poderia a dignidade humana opor limites à liberdade de expressão?” (LEAL DA SILVA *et al.*, 2011, p. 53).

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ao longo da história observa-se conteúdos distintos para dignidade humana, consoante as variáveis políticas e sociais, havendo, pois, diferentes expectativas para dignidade humana, em constante revisão, de modo a corresponder aos novos valores sociais e adquirindo um conteúdo jurídico essencial, e se tornando um princípio jurídico. Será analisado neste capítulo com quais fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana poderá opor limites contra a liberdade de expressão.

3.1 A liberdade como valor essencial à condição humana

Uma das primeiras inspirações no século XVIII, no que se concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana foi a delimitação da liberdade como valor a afirmação da liberdade como valor intrínseco à natureza humana. Um espaço sem interferência ou intervenção de outros indivíduos, como forma de garantir a todos a possibilidade de realizarem os seus próprios objetivos e sonhos, sem que sofram qualquer imposição por terceiros.

A nova forma de pensar sobre a dignidade, clareou a consciência da sociedade à época declarando que a liberdade como sendo um poder de autodeterminação primordial para a existência da dignidade do ser humano. Nasce das raízes ideológicas liberais do século XVIII, onde a burguesia se opôs ao absolutismo da monarquia. Coulanges revela que: “É importante ressaltar que a liberdade para os gregos era unicamente a prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisso diferenciava-se do liberalismo clássico”. (COULANGES, 1971, p.62)

Hoje, as liberdades continuam sendo um direito de escolha, no entanto, sofreram algumas mudanças em relação às técnicas de abordagem implementadas pelos países. Resumidamente, é possível caracterizar o modelo liberal pela proteção preferencialmente negativa, já o estado social, adota a técnica de tratamento mista: negativa, mas também positiva, em busca de adequar o exercício das liberdades individuais com os direitos da coletividade.

O discurso de ódio têm potencialidade para violar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamentando na igualdade humana como valor normativo e princípio de legitimidade política. O princípio possui valor absoluto e fundamenta a instituição da República. Reflete a ideia de justiça inerente a cada ser humano e da adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Como sustenta o professor Jorge Novais:

O que muda e o que sustenta – e faz, conseqüentemente, alterar – o sentido normativo actual de dignidade humana é, na realidade, o sentido de justiça. Segundo o entendimento que sustentamos, é em função do sentido de justiça que a referida capacidade de escolha, de valoração moral e de responsabilização, tendo uma raiz individual, se projecta socialmente enquanto processo colectivo de evolução civilizacional que transforma em valoração como comportamento abominável aquilo que outrora, e por vezes há muito pouco tempo, era considerado natural, *humano*, próprio da espécie, eventualmente moralmente devido e hoje passa a ser considerado *indigno* (NOVAIS, 2017, p. 53).

Assim, constata-se que a liberdade está inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, como característica de o indivíduo não se sub-

meter a terceiro ou de não sofrer restrições estatais. Porém, a liberdade não é um direito absoluto, as pessoas não podem fazer tudo o que querem ou desejam, principalmente quando esse querer acaba por denegrir, desprezar e segregar a liberdade de outras pessoas ou grupos sociais.

Esse aspecto é ensinado por George Burdeau quando discorreu sobre liberdade (BURDEAU, 1972, p. 10): “liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento”. O autor mostra também a importância da liberdade como o condão de elaborar as normas primordiais para à manutenção da ordem social e da paz.

Destarte, a liberdade é um direito de escolha, empreendido em alguma circunstância, onde a pessoa ou grupo social exerce plenamente a sua autodeterminação. Todavia, a liberdade é limitada, pela poder legislativo, com a previsão de condutas ilícitas e das suas respectivas punições, possibilitando a proteção da igual dignidade inerente a todos os seres humanos. É como concorda o autor Bernardo (FERNANDES, 2018, p.440): “para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a igualdade, a integridade física”.

3.2 Igual Dignidade

Em uma sociedade, o discurso de ódio pode trazer prejuízos enormes em face da harmonia social, e também para o eixo da igual dignidade, a qual é uma condição importantíssima para que todo os indivíduos, sem exceção, possam conviver em sociedade sendo tratados e reconhecidos da mesma maneira. Jorge Novais apresenta que um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana está:

Para além de obrigado a garantir a todas as pessoas as condições mínimas de bem-estar e de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efectivo dos direitos fundamentais, observa necessariamente o princípio da igualdade, na medida em que está juridicamente vinculado a tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito; não o fazer seria não reconhecer a cada indivíduo uma dignidade que decorre do simples facto de se ser pessoa (NOVAIS, 2018, p. 189).

Os racistas, misóginos e homofóbicos agem com base no seu ponto de vista criando um ambiente político e social nebuloso, dividindo a sociedade e violando a dignidade de suas vítimas. Seria plausível que racistas possam insultar negros alegando o direito à liberdade de expressão? Em uma comunidade em que os discursos de ódio são exteriorizados diariamente, é de se esperar que tais vítimas possam se sentir ameaçadas a frequentarem determinados lugares, sentir-se constrangidas de ir à escola, de se expressar em público e até de andar na calçada em um dia qualquer.

O uso do poder do Estado contra essas pessoas se justifica, a partir do momento em que elas exteriorizam ou manifestam os pensamentos de ódio, ameaçando e corrompendo as suas vítimas dos seus direitos constitucionais e da sua dignidade.

Logo temos, mais uma problemática: os discursos de ódio com base no ponto de vista racista e intolerante por exemplo, devem ser tolerados? São inofensivos? Ou são capazes de promover danos nocivos as suas vítimas, e portanto, que sejam punidos? Essa é uma problemática que não será solucionada apenas no plano abstrato, mas é necessário analisar também as circunstâncias do caso concreto.

No caso específico da manifestação nazista em uma região com moradores que fugiram do Holocausto, não há espaço para dúvidas. Não é apenas uma liberdade de expressão corriqueira, pois no contexto histórico e político da população judaica, tal manifestação aterroriza pois é uma séria ameaça as suas vidas.

A utilização de uma expressão racista tem o poder de causar um intenso e dolorido sofrimento emocional nos indivíduos atingidos. Na visão de Waldron, a punição de expressões de ódio precisa ter o objetivo de defender o que se chama de “dignidade individual e uma espécie preciosa de bem público: na qual todos tenham a oportunidade de viver suas vidas, criar suas famílias e levar a cabo seus negócios e vocações” (WALDRON, 2012, p. 16). E afirma que:

A dignidade de uma pessoa não é apenas uma espécie de aura kantiana, mas a capacidade de membros de minorias vulneráveis que até o passado recente foram odiadas ou desprezadas no interior da sociedade e de interagir em pé de igualdade com os outros em público, nas ruas, nas lojas, nos negócios, e a ser tratados – assim

como todos os demais – como objeto da preocupação e proteção social (WALDRON, 2012, p. 5).

Portanto, apenas ficaria de fora da tutela constitucional à liberdade de expressão, certos discursos e expressões de ódio. Consequentemente e inevitavelmente, acontecerá de aparecer casos concretos com situações de custosa elucidação e classificação de uma possível violação ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Violação do princípio da dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade

Absorve-se até agora que a liberdade de expressão é um poder de autodeterminação, protegido pelo Estado e positivado no ordenamento jurídico. Por fazer parte da esfera do princípio da dignidade da pessoa humana, indaga-se se o princípio pode opor limites ao seu exercício.

É certo que a liberdade e suas variáveis devem acatar e observar os limites da esfera de autodeterminação disciplinada pelo sistema jurídico, visto a necessidade de estar em harmonia com os outros preceitos constitucionais existentes, como forma de não divergir da unidade sistêmica estabelecida. É o que entende o professor Jorge Novais:

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é também fundamento da exigência jurídica de aplicabilidade dos chamados princípios estruturantes de Estado de Direito (os princípios da igualdade, da proibição do excesso e da proibição do déficit, da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima), pois, e independentemente da positivação constitucional expressa que cada um deles obtenha, não há Estado de Direito que não deva pautar toda a sua actuação pela respectiva observância (NOVAIS, 2018, p. 188-189).

Do mesmo modo que, não deverá cometer ações ilícitas, já estabelecidas na legislação infraconstitucional. O professor Bernardo ao comentar a doutrina filosófica de Kant sobre a limitação da liberdade, explana o seguinte:

Nesse aspecto, o direito no pensamento do filósofo prussiano tem um papel fundamental, que é o de limitar arbítrios através do con-

ceito de legalidade. Sendo assim, o direito demarcaria um espaço dentro do qual diversas ações são lícitas – o que não quer dizer que seja impossível a prática do ilícito, mas que tal conduta é inaceitável socialmente e por isso mesmo punível pelo Estado (FERNANDES, 2018, p. 437).

A lei, como construção legislativa oriunda da soberania popular possui legitimidade inquestionável para prever restrições à liberdade de expressão, disciplinando condutas e atos ilícitos envolvendo a sua exteriorização. Todavia, nos casos concretos em que a legislação ordinária fosse omissa ou insuficiente, pode-se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana para tecer limites à liberdade de expressão do particular? No Brasil, o princípio tem previsão constitucional no artigo 1º, inciso III, pela aplicação majoritária da teoria imediata dos direitos fundamentais adotada pela Constituição Federal no artigo 5º, §1 (CONSTITUIÇÃO, 1988): “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Daniel Sarmiento é um dos defensores desta teoria e apresenta que (SARMENTO, 2006, p. 489): “a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas no Brasil é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”. A referente teoria defende que exista uma natural “irradiação” promovida pelos preceitos constitucionais, e que estes devem ser aplicados às situações concretas.

Assim, mesmo existindo um dispositivo legal para exercer a liberdade de expressão, tal direito não poderá ser exercido de forma ilimitada. O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana opõem limites quanto ao exercício da liberdade de expressão e o uso do discurso de ódio. Qualquer conduta ou ato que viole os limites da esfera de autodeterminação protegido pelo princípio poderá sofrer repressão estatal. Por exemplo, a liberdade de expressão, prevista como um direito fundamental pelo ordenamento jurídico, não permite o racismo, a calúnia, difamação ou a injúria, tais condutas são repelidas e afastadas quando exteriorizadas para as suas vítimas. Outro exemplo, seria o da liberdade religiosa. A liberdade religiosa não permite que homossexuais sejam condenados a morte ou segredados da sociedade,

independentemente das crenças ou pensamentos religiosos. Isto posto, o discurso de ódio apresenta-se como uma exteriorização de pensamento inadmissível, nociva a sociedade e a paz, violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, passível, portanto, de ação repressiva e limitadora pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o conhecimento explanado, nota-se os limites do uso da liberdade de expressão e o seu conteúdo. A exteriorização do discurso de ódio extrapola os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, pois se apresenta como uma manifestação ofensiva, com o intuito de agredir, inferiorizar e menosprezar outros indivíduos e grupos sociais. Consequentemente, possui o potencial de segregar, minimizar e silenciar as vítimas do seu discurso, o que apresenta uma violação ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para defender um princípio fundamental da República, resta fundamentado para que ocorra a intervenção estatal e que seja possível a “irradiação” do seu conteúdo, como limitador e proibidor da exteriorização do discurso de ódio, e funcionando como um protetor ao direito à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250 (1952). Disponível em: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/beauharnais.html> Acesso em: 18/06/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Valério de Oliveira Mazzouli. Coletânea de Direito Internacional/Constituição Federal. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 20/06/2019.

- BURDEAU, G. **Les libertés publiques**. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972, p. 10.
- COLOMB, Philippe. **Liberdade de expressão**. CANTO-SPERBER, Monique (org.). Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Trad. Ana Maria Ribeiro-Althoff e outros. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. vol. 2. p. 63-65. p. 63.
- COULANGES, F. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. -10ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 450.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátières; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 350-351.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. -2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p.148.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. 2º v: Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 53.
- _____. **A dignidade da pessoa humana. 1ª v: Dignidade e direitos fundamentais**. -2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 189.
- LEAL DA SILVA, Rosane et al. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Revista Direito - GV, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul.-dez. 2011.
- LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment**. Nova Iorque: Basic Books, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHAUER, Frederick. Free speech: **A philosophical enquiry**. Cambridge University. 1982

Siegfried Ellwanger no HC 82.424, Rel. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, Julg. 17.09.2003. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>. Acesso em: 15/06/2019.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ÉTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A NORMA FRANCESA QUE PROÍBE ANÁLISES SOBRE AS DECISÕES DOS JUÍZES

Fernanda Bragança

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial da utilização de inteligência artificial (I.A.) na área jurídica despertou o interesse por debates acadêmicos sobre este tópico. A tecnologia, independentemente do seu formato, reconhecidamente, visa facilitar diversas tarefas embora também cause graves preocupações. Neste momento, os desconfortos ultrapassam a inquietação quanto à perda de postos de trabalho e se concentram na questão da ética do uso para determinadas finalidades, como no caso de análises e previsões das decisões dos juízes.

Neste contexto, o artigo 33 da lei 2019-222, promulgada em março de 2019 na França, veda que os dados a respeito dos magistrados sejam publicados com a finalidade de avaliar, analisar, comparar ou prever as práticas reais ou supostas desses servidores, ainda que com escopo meramente estatístico. A consequência para a inobservância desta previsão é uma punição com pena de prisão de até cinco anos. O assunto é recente e o material publicado sobre o mesmo é bastante escasso. Mas as notícias

intrigantes sobre esta temática fazem emergir a necessidade por um conhecimento mais profundo sobre a questão.

O problema que será analisado nesta pesquisa consiste na seguinte indagação: quais as possíveis repercussões que este dispositivo normativo pode gerar sobre as empresas fabricantes de tecnologias jurídicas capazes de fazerem esse tipo de avaliação das deliberações jurisdicionais? À princípio, os argumentos expostos pelo Estado francês foram no sentido protetivo do Judiciário e dos dados dos seus julgadores.

O objetivo deste estudo é justamente analisar o art. 33 da lei 2019-222 de modo a adquirir uma melhor compreensão sobre o conteúdo desta norma legal e, conseqüentemente, sobre os seus possíveis impactos para o futuro da prática e mercado jurídicos. Ainda que a origem dessa discussão seja marcadamente francesa, ela ultrapassou as fronteiras e chamou a atenção de alguns pesquisadores brasileiros que já se manifestaram sobre a matéria e o contexto local. A metodologia de trabalho consistiu em uma revisão bibliográfica de publicações nacionais e estrangeiras e artigos de opinião que se detiveram sobre esta temática.

I. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

Em termos gerais, a inteligência artificial consiste no desenvolvimento de sistemas de computador capazes de executar tarefas que normalmente exigem habilidades humanas. São, portanto, máquinas que realizam funções que antes demandariam trabalho de indivíduos.

Esses mecanismos de I.A. dependem de modelos, os quais consistem em representações abstratas de determinado processo. Os seus programadores selecionam os elementos que constarão no protótipo e que servirão de base para a busca que se quer realizar. Essas escolhas, inexoravelmente, refletem os objetivos, prioridades e concepções do seu criador, de modo que os sistemas são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve (NUNES; MARQUES, 2018, pp. 4-5).

Após a elaboração deste modelo, o sistema será alimentado com dados de modo que possa, progressivamente, aprender com eles. Isso ocorre através de um processo conhecido como *machine learning* em que a máquina analisará todas as informações seguindo as instruções estabelecidas

pelo algoritmo nela inserido, quando passará, então, a encontrar padrões e prever resultados.

O uso da inteligência artificial (I.A.) vem sendo bastante discutido na seara jurídica sobretudo no que diz respeito à sua aplicação pelos tribunais e pelo uso em plataformas de negociação e de solução de conflitos. A automatização dos processos de tomada de decisão desperta o interesse de profissionais de diversas áreas do conhecimento, tanto dos que trabalham diretamente com o desenvolvimento de tecnologias quanto dos que são impactados pelo seu uso. Nesse sentido, o tema ganha expressão e destaque nas discussões acadêmicas.

No Judiciário, a automação já se encontra presente nas seguintes atividades: cadastramento de pessoas; classificação e organização da informação; agrupamento de casos por similaridade; jurimetria¹⁴; conclusões sobre evidências; e decisões. No âmbito das plataformas, a I.A. está fortemente presente nos algoritmos que estabelecem parâmetros de negociação conforme o caso e a empresa envolvida. É um campo de aplicação extenso, diversificado e que ainda tem espaço para expansão.

Esse fenômeno de automação foi bastante impulsionado com a proliferação das *lawtechs* e *startups* de tecnologia jurídica que, nos últimos anos, têm direcionado a sua atuação para o monitoramento de dados públicos; elaboração de petições iniciais em especial de contencioso de massa e de pronunciamentos judiciais; compilação de dados e construção de estatísticas sobre os mesmos.

Diversos escritórios de advocacia têm investido cada vez mais em softwares para realização de pesquisa de jurisprudência, análise de documentos e redação completa de peças jurídicas e contratos, além da previsão de resultados. Aqueles que possuem um contato mais distante com a inteligência artificial enxergam este cenário como uma realidade ainda distan-

14 Segundo a Associação Brasileira de Jurimetria, este termo pode ser definido genericamente como “a estatística aplicada do Direito”. Ainda segundo a instituição, “Quando se faz jurimetria, busca-se dar concretude às normas e instituições, situando no tempo e no espaço os processos, os juízes, as decisões, as sentenças, os tribunais, as partes etc. Quando se faz jurimetria, enxerga-se o Judiciário como um grande gerador de dados que descrevem o funcionamento completo do sistema. Quando se faz jurimetria, estuda-se o Direito através das marcas que ele deixa na sociedade.” Esta definição está no portal da ABJ < <https://abj.org.br/o-que-e-jurimetria/> > acesso em 24 de julho de 2019.

te, mas, de fato, este já é o dia a dia de diversas sociedades de advogados no exterior e no Brasil.

Em Recife, uma banca advocatícia adquiriu uma versão personalizada de uma tecnologia de perfil *machine learning* desenvolvida pela IBM e que se tornou conhecida nos Estados Unidos alguns anos antes como *Watson*. O objetivo foi automatizar o preenchimento de dados que se repetem em certos grupos de processos judiciais, de modo a agilizar o trabalho orgânico dos advogados. Esta foi a primeira vez que se usou este tipo de ferramenta no Brasil, tendo aqui recebido a denominação de sistema *Carol*. (SATURNO, 2018).

Desde 2018, a assistente virtual *Carol* passou a ser treinada para extrair dados básicos do processo (como nome das partes, procuradores e pedidos) e resumir as peças processuais, auxiliando na identificação dos casos repetitivos e das ações estratégicas para o escritório (Idem).

Esta tecnologia é desenvolvida de forma altamente personalizada e é um produto exclusivamente elaborado para soluções na área em que for empregado, ou seja, é moldado conforme as necessidades específicas de cada cliente e por esta razão, tende a ser oferecido no mercado com um preço elevado. Dessa maneira, o uso dessas I.A.s mais sofisticadas ainda é uma prerrogativa das grandes bancas advocatícias (Idem).

Um outro exemplo é de I.A. empregada em escritórios brasileiros é o sistema apelidado de *Ross*, que além de buscar casos anteriores semelhantes já julgados pela Justiça também fornece algumas sugestões de possibilidades de aplicações às situações em análise. O *software* corresponde a um “advogado virtual”¹⁵ que também usa a tecnologia *Watson* para compilar e avaliar um enorme volume de dados e que é capaz de “aprender” a melhor maneira de aplicar todo este catálogo de informação.

A inovação não fica restrita ao setor privado. Seguindo esta onda tecnológica, a Advocacia Geral da União, em 2014, iniciou a implantação do seu sistema AGU de inteligência artificial, que foi denominado de *Sapiens*¹⁶. O propósito da implementação desta ferramenta foi facilitar o

15 Este termo foi utilizado na matéria que abordou a divulgação do uso dessa tecnologia em escritórios brasileiros e que pode ser acessada em < <https://canaltech.com.br/ciencia/sistema-com-inteligencia-artificial-ajuda-advogados-na-hora-de-pesquisar-a-lei-66223/> > acesso em 18 de julho de 2019.

16 O procurador federal Mauro Lucio Baioneta Nogueira, um dos desenvolvedores do

trabalho dos procuradores, tornando mais rápida e simplificada a produção de peças através, inclusive, da sugestão de teses jurídicas (NUNES, RUBINGER, MARQUES, 2018).

As *lawtechs* também têm uma atuação expressiva no campo do desenvolvimento de tecnologias que viabilizam a autocomposição *online*, por meio sobretudo, de plataformas digitais de solução de conflitos. O contato entre a partes do processo é facilitado pela própria I.A. e pode ocorrer no decorrer da ação judicial e até mesmo antes da citação da parte ré, uma vez que alguns sistemas são desenvolvidos para captar a demanda ainda nesta fase precoce, quando há distribuição contra a empresa contratante do serviço. Nesses casos, a publicação torna-se mesmo

Sapiens, em entrevista, esclareceu com maiores detalhes como a tecnologia funciona: Sistema web completo de apoio à produção de conteúdo jurídico e controle de fluxos administrativos, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

O sistema atua em várias frentes, e procura, em todas elas, simplificar rotinas e expedientes. Auxilia, na elaboração da defesa judicial, com a sugestão de modelos e teses e com a possibilidade de manipulação facilitada de elementos textuais (inclusão e ordenação de teses, migração automática dos metadados do processo para o modelo, etc.), com foco na padronização da identidade visual das peças processuais. O Sapiens realiza, através de um módulo de inteligência artificial, a triagem dos processos e a indicação de teses potencialmente cabíveis no caso concreto, auxiliando no processo de tomada de decisão e na elaboração da peça processual; também unifica e relaciona os elementos constantes do dossiê administrativo eletrônico e do dossiê judicial, permitindo a migração seletiva e controlada de peças do primeiro para o último. Ele, de fato, promove a orquestração dos vários sistemas informatizados da administração pública (Sicau, sistemas da Justiça Estadual e Federal, Plenus, CNIS, Siape, etc.), de forma transparente para o usuário. O sistema também é capaz de gerenciar e oportunizar a adoção de modelos e teses de direito padronizadas em âmbito nacional, de forma a tornar coesa a atuação dos advogados públicos federais em todo o território nacional e em todas as instâncias. Além dessas funções, ele ainda fornece dados de gestão qualificada, pela medição do sucesso das teses jurídicas adotadas nacionalmente; realiza o controle de carga e movimentação de autos físicos, e a supervisão quanto a pedido de subsídios e cumprimento de decisões judiciais; fornece uma interface exclusiva de acesso a estagiários, para elaboração de minutas de peças judiciais, ofícios e pedidos de cumprimento, que serão, todos eles, eletronicamente submetidos ao prévio crivo do Procurador responsável; e possibilita a migração e distribuição automatizada de tarefas, físicas ou eletrônicas (a depender do grau de integração da Justiça da qual derivem). A íntegra está disponível em < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/230719> acesso em 18 de julho de 2019.

desnecessária tendo em vista que a I.A. otimiza a comunicação desta etapa processual (Idem).

A consequência prática do emprego desta I.A. para as empresas contratantes é a diminuição dos gastos com o processo não somente em razão da celebração de acordos, mas também em decorrência do menor tempo que a lide se prolonga nos escritórios de advocacia o que, consequentemente, diminui a remuneração devida a estes.

Além desta questão financeira, um outro aspecto que chama bastante atenção é o da ética no uso dessas informações. De fato, atualmente, há diversos softwares capazes de mapear as decisões anteriores dos magistrados e a partir disso preveem possíveis resultados futuros com alto percentual de assertividade. Tão logo o processo é distribuído a um juiz já é cabível antecipar o provável desfecho do caso. Ocorre que a posse desses dados está restrita aqueles que se utilizam deste tipo de tecnologia, sendo que os próprios prolores dessas decisões não têm conhecimento sobre os mesmos. Isto quer dizer que as empresas e os grandes escritórios tendem a conhecer muito mais sobre o perfil do decisor do que ele próprio.

Esta não é a única repressão de caráter ético. Neste mesmo sentido, outras podem ser apontadas como por exemplo, a reprodução de padrões discriminatórios pelo algoritmo¹⁷. Não obstante, o foco deste estudo é a discussão sobre a detenção e o uso de informações sobre as decisões dos magistrados que incluem mapeamento e estatísticas do seu histórico decisório por empresas e escritórios de advocacia.

II. O CONTEÚDO DA NORMA FRANCESA

A Lei 2019-222 da França, promulgada em março deste ano, estabelece a programação judiciária para o período de 2018 a 2022 e trata da reforma judicial. O seu artigo 33¹⁸ impõe diversas condições para a publi-

17 Conforme estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Oxford: [...] o aprendizado de máquina pode confirmar padrões discriminatórios – se eles forem encontrados no banco de dados, então, por conseguinte, um sistema de classificação exato irá reproduzi-los. Deste modo, decisões enviesadas são apresentadas como resultado de um “algoritmo objetivo” (GOODMAN; FLAXMAN, 2017, pp. 50-57 apud NUNES; MARQUES, 2018)

18 O texto da norma em francês está assim redigido:

«*Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et*

cização de dados referentes ao Judiciário, como por exemplo, a proibição de que os mesmos possam ser usados com o fim de proceder a qualquer tipo de perfilamento (MARSHALLOWITZ, 2019).

O trabalho de análise proibido por esta disposição normativa inclui também as iniciativas manuais de construção de estatísticas sobre um determinado decisor. Por conseguinte, caso uma equipe decida anotar manualmente como especificamente um juiz julga um certo pedido, se procedente ou improcedente, e publique esses resultados estará violando a imposição legal.

O Conselho Constitucional se manifestou sobre esta matéria na decisão de nº. 2019-778 DC¹⁹ de 21 de março de 2019, afirmando que o objetivo da norma é evitar e conter a criação de estratégias de litigância em função das características individuais dos magistrados, o que segundo a Corte, contribuiria para distorcer o funcionamento da Justiça francesa.

O destinatário imediato dessas normas são as *lawtechs* que oferecem soluções jurídicas de litigância direcionada e que causam certo desconforto no Poder Judiciário francês em razão de fornecerem elementos para comparação entre os juízes. Nesse sentido, alguns pesquisadores afirmam que a intenção do legislador foi assegurar a independência funcional dos magistrados diante de um quadro de decisões judiciais públicas disponibilizadas eletronicamente (ALMADA, 2019).

leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique.

« Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe.

«Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Disponible em < https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/2019-222/jo/article_33> acesso em 18 de julho de 2019.

19 A íntegra da decisão está disponível em < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>> acesso em 19 de julho de 2019.

Os críticos à norma argumentam que a mesma prejudica um mercado potencialmente relevante para a promoção da Justiça como também vai de encontro aos interesses de maior transparência e previsibilidade das decisões judiciais. Conforme salienta Richard Tromans, colaborador do site Artificial Lawyer, não há registro de outra norma semelhante no mundo. Ainda que as estatísticas de cunho descritivo dos tribunais continuem sendo permitidas, muito se perde em relação aos dados individuais de cada julgador francês (Idem). Uma outra corrente, contrariamente, ressalta que esta iniciativa visa tão somente parar a transformação de dados em informação e a sua publicidade, mas o que está ocorrendo por parte de alguns autores é uma supervalorização da mesma enquanto um ato contra o uso da inteligência artificial no campo do Direito (MARSHALLOWITZ, 2019).

As restrições impostas pela norma de fato causam certa apreensão. A proteção dos dados envolve inclusive a retirada do nome e sobrenome das partes antes da divulgação eletrônica das decisões. Quando a sua divulgação for susceptível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade dessas pessoas, também ficará oculto qualquer elemento que permita identificá-las bem como os terceiros e os magistrados que atuaram no processo. O problema é que a legislação não define os parâmetros para a delimitação desses casos, o que torna seu conteúdo extremamente aberto.

A associação brasileira de jurimetria ressalva que o uso de análises preditivas traz não somente benefícios para o mercado mas para a administração da Justiça como um todo. Uma empresa munida de um modelo preditivo, ao invés de apenas litigar de maneira massiva, pode verificar quais as suas chances de vitória naquela vara e, em sendo reduzidas, poderá oferecer mais rapidamente uma proposta de acordo e de maneira mais eficiente resolver o litígio por autocomposição (NUNES; CORREA; TRECENTI, 2019).

Não obstante essas observações, a norma está produzindo efeitos e repercute bastante entre os pesquisadores da área de inteligência artificial. O que é preciso verificar a partir de agora são os possíveis impactos que este dispositivo legal poderá causar na prática jurídica de forma geral, inclusive no Brasil.

III. O FUTURO

Esta norma surgiu no contexto da recente entrada em vigor do Regulamento geral sobre a proteção de dados da União Européia²⁰, o qual é aplicável ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como o tratamento por meios não automatizados contidos em ficheiros ou a ele destinados.

O artigo 33 da Lei francesa 2019-222 coloca em evidência uma temática bastante sensível em termos de decisões judiciais, que é a transparência desses provimentos, um princípio indispensável para o controle e acompanhamento das mesmas por parte dos cidadãos.

Outro ponto que gera controvérsias é tipo de negócio desenvolvido por milhares de *startups* ao redor do mundo, inclusive na França, que consiste justamente na fabricação de novas tecnologias capazes de otimizar o trabalho dos juristas e fazer análises preditivas de expectativas de ganhos e resultados. Ainda que a direção da norma seja conter a publicação desses dados, o fato é que o ramo de atuação das empresas desse mercado fica limitado, considerando que inúmeras instituições têm interesse em contratar os *softwares* tendo em vista a divulgação das informações obtidas por meio desses recursos.

Consequentemente, a pesquisa científica, seja de caráter público ou privado, que tenha por objeto de estudo as decisões jurisdicionais prolatadas por magistrados franceses também é afetada, pois o conteúdo relativo às análises dessas deliberações não poderá ser exposto ao público caso tenha alguma das finalidades barradas pela norma.

Não obstante a lei 2019-222 tenha delimitada a sua abrangência territorial é indiscutível que gerou inquietações a nível mundial, até mesmo no Brasil, quanto a todos esses tópicos. O mercado jurídico brasileiro está fortemente aquecido com o emprego das tecnologias que permitem essas predições e a tendência é a expansão do seu uso por um número crescente de escritórios, sobretudo à medida que o valor do investimento se tornar mais acessível.

20 A versão em português está disponível em < <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1> > acesso em 23 de julho de 2019.

Apesar do receio que alguns autores manifestaram logo após a publicação dessa lei, não parece plausível que medidas legislativas como essas consigam frear o avanço de recursos tecnológicos que façam jurimetria ou que agilizem certas tarefas dos advogados. O aperfeiçoamento de algumas funções com a tecnologia é um caminho sem volta que abrange desde as áreas mais técnicas de engenharia até ramos das ciências sociais aplicadas como o Direito.

No Brasil, o momento é de expectativa para a entrada em vigor, em dezembro de 2020, da Lei Geral de Proteção de Dados²¹. O panorama é de amplo incentivo às iniciativas que buscam digitalizar a indústria e os serviços com apoio do Ministério responsável pelo setor visando a geração de produtos mais competitivos e modernos com a consequente retomada do crescimento da economia. Este é o quadro divulgado pelo Governo Federal na sua agenda brasileira para a indústria 4.0. Portanto, por aqui, não parecem existir motivos, seja de cunho político ou econômico, para embasar uma postura de caráter legislativo semelhante à francesa.

CONCLUSÃO

O artigo 33 da lei francesa 2019-222 colocou em confronto duas realidades: o uso da inteligência artificial pelo Direito para certas finalidades e a transparência e o aprofundamento da pesquisa sobre o posicionamento dos magistrados. A discussão ultrapassou as fronteiras da Europa uma vez que tanto o emprego de I.A. quanto a questão da proteção de dados integram o topo da lista dos principais temas discutidos na atualidade.

O conteúdo do dispositivo legal é bem abrangente e proíbe qualquer forma de publicação com a conotação de avaliar e parametrizar as decisões dos juízes. O texto gera inquietude porque não estabelece parâmetros ou relativa situações em que os dados obtidos por meio dos algoritmos possam ser utilizados ou veiculados de alguma maneira. A discussão acadêmica gerou dois tipos de argumentos: o que entende que a norma tem cunho protetivo para garantir a independência funcional dos magistrados e outro que afirma que a previsibilidade das decisões faz parte da formulação de

21 Ver < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm > acesso em 28 de julho de 2019.

estratégias pelos advogados. Na Era digital, esta elaboração é acelerada pelas novas tecnologias.

A preocupação das empresas de *lawtechs* é que este mercado está bastante aquecido com as crescentes demandas por estes produtos, tanto por parte de escritórios de advocacia quanto por instituições de pesquisa. No Brasil, em que pese o mesmo contexto de debate sobre o resguardo de informações pessoais, há uma forte política de incentivo à digitalização da Indústria e dos serviços consolidada a nível governamental; o que a princípio, afasta a expectativa de uma iniciativa semelhante por parte dos nossos legisladores. Em todo o caso, é imprescindível acompanhar o desdobramento do assunto e as repercussões tanto para as empresas desenvolvedoras dessas tecnologias quanto para a atuação dos advogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL aposta em inteligência artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos, Portal AGU, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/230719> acesso em 18 de julho de 2019.

ALMADA, MARCO. Reforma judiciária francesa proíbe a construção de perfis estatísticos dos juízes. Blog Lawgorithm, 4 de junho de 2019. Disponível em < <http://www.lawgorithm.com.br/2019-06-04-reforma-judiciaria-francesa-jurimetria/>> acesso em 19 de julho de 2019.

BRASIL. Agenda brasileira para a indústria 4.0. Disponível em < <http://www.industria40.gov.br>> acesso em 24 de julho de 2019.

FRANÇA. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Disponível em < https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/3/23/2019-222/jo/article_33> último acesso em 23 de julho de 2019.

GOODMAN, B.; FLAXMAN, S. R. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, n.º. 38, v.3, pp. 50-57, 2017.

MARSHALLOWITZ, Sofia. O que pretende a França em proibir a jurimetria? Portal Jota, Opinião e Análise, artigos, 18 de junho de 2019. Disponível em < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-pretende-a-franca-em-proibir-a-jurimetria-18062019?utm_source=JOTAFullList> acesso em 19 de julho de 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Revista de Processo, v. 285, pp. 421-447, nov. 2018.

NUNES, Dierle; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia. Portal Conjur, Opinião, 9 de julho de 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia#_ftn11> acesso em 18 de julho de 2019.

NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando; TRECENTI, Julio. A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões. Portal Migalhas, 14 de junho de 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI304441,51045-A+lei+francesa+de+acesso+a+dados+judiciarios+algumas+reflexoes>> acesso em 19 de julho de 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento 2016/679/UE, de 27 de abril de 2016. Dispõe sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em < <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e-15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>> acesso em 23 de julho de 2019.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 13. 709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de dados pessoais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> acesso em 28 de julho de 2019.

SATURNO, Ares. Inteligência Artificial da IBM está ajudando escritório de advocacia brasileiro. Portal CanalTech, Inteligência Artificial, 18 de janeiro de 2018. Disponível em <<https://canaltech.com.br/in->

teligencia-artificial/inteligencia-artificial-da-ibm-esta-ajudando-es-
critorio-de-advocacia-brasileiro-106622/> acesso em 18 de julho de
2019.

SISTEMA com inteligência artificial ajuda advogados na hora de pesqui-
sar a lei. Portal CanalTech, Ciência, 18 de maio de 2016. Disponível
em < [https://canaltech.com.br/ciencia/sistema-com-inteligencia-ar-
tificial-ajuda-advogados-na-hora-de-pesquisar-a-lei-66223/](https://canaltech.com.br/ciencia/sistema-com-inteligencia-artificial-ajuda-advogados-na-hora-de-pesquisar-a-lei-66223/)> acesso
em 18 de julho de 2019.

O SISTEMA DAS FRANCHISINGS EM FACE DA RECESSÃO ECONÔMICA DO BRASIL: DIRETRIZES, ESTATÍSTICAS E ASPECTOS NORMATIVOS

Igor Labre de Oliveira Barros

Anna Isadora Coimbra de Oliveira

Introdução

A temática das franchising, ou como conhecido no Brasil as franquias, é ainda contornado de dúvidas no mundo jurídico, devido aos poucos esclarecimentos no que tange a área através de escritos. Assim o trabalho busca de forma minuciosa e esclarecedora, trazer as definições e ponderações sobre aspectos que envolvam as franquias.

Deste modo, é esboçado um rápido histórico sobre o tema, ponderando os tipos de franchising e vantagens, se faz uma relação sobre a entrada do mundo das franquias no Brasil e como o legislador se comportou em face a esse novo sistema, expondo assim as gerações que as franchising atravessaram até chegar ao atual momento.

De forma suscita se faz ponderações e explicações sobre o Código Deontológico Europeu do Franchising, que deve servir como modelo para a solução de incertezas que muitas vezes as leis nacionais dos países não suprem, desta forma se faz uma relação com as legislações internacionais sobre franquias, em especial a Portugal, que muito se assemelha seus aspectos jurídicos em outras partes com o Brasil, facilitando uma possível

comparação de divergências e semelhanças.

Ao final se faz uma análise da crise financeira que se desencadeou de forma internacional, trazendo aspectos sobre a crise, e a forma de o comércio dribla essa situação, mostrando assim, que as *franchising* é e foram um método bastante eficaz para se conseguir firmar uma relação comercial com faturamentos louváveis em meio a situações de dificuldades financeiras. Através das estatísticas se busca demonstrar que o mercado das franquias é crescente, e que se ocorrer um estudo e planejamento sobre o negócio vale apenas investir, independente do momento financeiro.

1. Histórico das Franchisings no Brasil

As *franchising* ou franquias são uma tática empregada pelo âmbito empresarial, que tem como finalidade, um aparelho de negócios de autorizada na qual o franqueador, que é determinado o que detém a marca, cede ao franqueado, que será o autorizado a explorar a marca, o direito de uso da marca, patente, infra estrutura, know-how e direito de repartição exclusiva ou semi-exclusiva de alvitres ou serviços. Assim se configura como uma disposição mercantil no qual a franqueadora outorga ao franqueado uma franquia do seu comércio, com o desígnio de objetar o sucesso precedente. As *franchising* copia em distintos pontos, o mesmo tipo padrão de negócio agrupado ao nome da marca. Há uma formidável multiplicidade de negócios e seção de atividades neste aparelho.

Suas origens são nos Estados Unidos, por volta dos anos 1850. A Singer Sewing Machine Company, que se constituía como uma fabricante de máquinas de costura, sediada na região de New England, decorreu a outorgar autorizações de uso da marca e seus métodos para mercantes que estivessem evidente aspiração em revender seus artigos em distintas regiões do país. Em 1898 conforme Buccirosi (2011, p.16) “General Motors deu início a ampliação de seus pontos de comercialização, criando o conceito de concessionária de veículos”. Ainda nesta ocasião, a Coca-Cola criou a inicial franquia de fabricação, outorgando autorizações para que empresários facultassem de produzir e revender seus refrigerantes em outros pontos.

O franqueado encarrega-se e trabalha na franquia e paga parte do faturamento ao franqueador sob a configuração de royalties. Eventualmen-

te, o franqueador ao mesmo tempo cede ao franqueado o perpendicular uso de tecnologia de inauguração e administração de negócio ou preceitos ampliados ou detidos pelo franqueador, mediante estipêndio direto ou indireto, sem ficar qualificado vínculo empregatício.

O franqueado quando se estima a este modelo de negocio financia ampla parte da expansão, não necessitando o franqueador de capital avultado, concentrando na obra e desenvolvimento de novos produtos e benefícios. Os franqueados segundo Abrão (2011, p. 114) “em sua maioria atingem implicações superiores aos alcançados por unidade própria e parceiros altamente discursados e motivados e a imagem da marca sai cada vez mais avigorada”, pois é associada ao know-how, à força do labor e aos relacionamentos locais do franqueado. Também se tem uma descentralização da estrutura, gerando acrescimentos em termos de custos fixos menores do que com unidades próprias, assim possibilitando proveitos acrescidos em capitalizações de escala, o sistema possibilita dilatação de mercado de forma célere e viabiliza ações de elevação e de marketing de forma adjacente e coordenada.

Desde o ponto de vista econômico é necessário confederar-se, quer para a proteção recíproca do comércio e da indústria, que é a que se chama união aduaneira, quer para a construção e conservação das vias de transporte, estradas, canais, estradas de ferro, quer para a organização do crédito, dos seguros, etc. O objeto dessas federações particulares é subtrair os cidadãos dos Estados contratantes à exploração plutocrática, tanto de dentro como de fora; formam pelo seu conjunto, em oposição ao feudalismo econômico que hoje domina, o que chamarei federação agrícola-industrial. (BORK, 2012, 663)

Nos franchising é notório o relacionamento estável entre franqueador e franqueado. Cada franquia do negócio é administrada por um autônomo. Não obstante da autonomia na inauguração, operação e gerenciamento do labor, a extensão comercial deve corresponder às normas e modelos da franquia. Já o franqueador nesta relação, é facultado por prover uma linha de informação, como sobre a marca, especializações de produção, venda e marketing, aos seus franqueados.

Nessa relação empresarial, é cogente a exposição de um periódico de franquia pelo franqueador, advertindo as espécies gerais do negócio jurídico. Não obstante, ainda que possível o retornar mais célere, a compra de uma franquia de ordinário exige um imissão inicial alta, pois é conciso conjecturar custos com localidade de instalação, aparelhamentos e pessoal. As especializações, ferramentas e aparelhos empregados nas alivies redes de franquias são aproveitados para aperfeiçoar o desempenho de outros tipos de caminhos de vendas, como organizações de revendas, de revendedor comercial, de auxílios técnicos, de distribuidores e outros serviços.

Existem três tipos de franchising que são notórias, a exemplo as franchisings de distribuição, em que o franqueado revende um produto fabricado pelo franqueador, sob a marca do qual é fidalgo o último, favorecendo da assistência técnica e mercantil. As franchisings de serviços conforme Barbosa (2014, p.27) “constituem quando o franqueado proporciona um serviço, através de uma marca ou nome comercial habilitado pelo franqueador, com alicerce nas diretrizes estipuladas”. E as franchisings de indústria são estabelecidas pelo franqueado que produz ele próprio o fruto a comercializar, sob uma marca ou nome mercantil, sujeito as recomendações do franqueador.

As franquias possibilitam em meio a situações de crise financeira, a implantação de comércios que já são conhecidos pelo público e que já possuem uma estabilidade de mercado. Assim quem é franqueado, dar início a um exemplo de negócio já conhecido e com marca bem-conceituada permite um início com inferior risco. Além disso, há intercâmbio de conhecimentos estável entre companheiros, ingresso a metodologias profissionais de gestão e operação, marketing cooperado com a rede; recomendação de fornecedores e aparelhamentos pode, possibilitando uma concentração a mais na gestão do comércio. No outro lado, o franqueador ao mesmo tempo ganha com o alargamento célere aliado a menores investimentos. Os relacionamentos locais dos franqueados fortalecem cada vez a marca, descentraliza as gestões e potencializa o efeito da intervenção.

As franquias também proporcionam como vantagem a probabilidade de abertura de comércio sem imperativo de conhecimento empresarial no campo, existe também o desconto da precipitação submergido, face ao emprego da apreciação de mercado já versado e com sucesso. É visível que as franquias proporcionam a quem deseja este novo negocio a benfeitoria

e bom emprego de marca já com popularidade no negócio. As empresas que possuem este sistema segundo Forgioni (2009, p.49) “proporcionam desenvolvimento inicial e de forma consecutiva, através de novas ferramentas de gestão, noção disponível sobre volume de vendas, indicador de clientes”, também pode-se oferecer a percentagem de lucros impetrada, inteligência das preferências, rotina de consumo, gestão do período de rotatividade dos estoques e das precisões de reposição.

2. As normas jurídicas brasileiras e aspectos em face das franchising

No Brasil a primeira empresa a praticar o sistema de franchising foi o *Yázigi Internexus*, em 1950. A escola de idiomas Yázigi foi pioneira neste sistema, mas só em 1994 foi estabelecida uma norma jurídica que regula o sistema de franquias, em 15 de dezembro de 1994 a Lei 8.955/94, dispôs sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Segundo a Associação Brasileira de Franchising (ABF)²² o estado de São Paulo detém 56,9 por cento das franquias do país, setor que cresceu 20,4% no Brasil em 2010, e nessa escala de crescimento encerrou o ano de 2012 com um crescimento de 16,2% em relação a 2011, com um faturamento bruto de mais de 103 bilhões de reais. Nos termos deste levantamento, as franchisings são responsáveis por mais de 777 mil empregos diretos originados, com mais de 1 800 marcas de franquias influentes no país. Permanecem do mesmo modo outras configurações de licenciamento de marcas, mas somente as que desempenham o disposto na lei supracitada podem ser ajustadas como contratos de franquia.

A lei que regula os contratos de franquia assegura maior transparência entre as partes contratantes. A lei regula o contrato para as franquias como um contrato típico, este tipo contrato cujas regras disciplinadoras estão previstas de estilo conciso nos códigos ou em leis esparsas. Mas ressalta Guerreiro (2004, p.53) “que os contratos inominados são aqueles não previstos pelo legislador, é contrato criado pelas partes, ou seja, funda-se no princípio da liberdade de contratar”, a Lei 8.955, estabelece em seu artigo 1º, que os contratos “são disciplinados por esta lei”. Ocorre, en-

22 Para acessar as estatísticas na íntegra acesse : < <https://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/>>. Acesso em 20 de dez de 2018.

tretanto, que o artigo 3º, que contém 15 incisos, e o art. 4º trata apenas da Circular e apenas um artigo, o 6º, determina a forma escrita para os contratos de franquia. Nenhum dispositivo regulamenta o seu conteúdo. Inexistem, portanto, regras jurídicas que regulamentam o contrato de franquia propriamente dito, colocando em oscilação o tipo de contrato por confusão da norma jurídica vigente.

As franquias de segunda geração eram visualizadas quando os franqueados tinham direito ao uso da marca e à distribuição exclusiva do produto e/ou serviço, ou seja, os franqueadores apenas revendiam seus produtos para os franqueados e não mais para outros comerciantes em geral, ainda que não franqueados. Nas Franquias de terceira geração além do uso da marca, afirma Lisboa (2009, p.117) dispõe da “distribuição de produtos e/ou serviços com exclusividade, o franqueado recebe *know-how* de comercialização do franqueador e se faz necessária a prestação de serviço”, consecutivamente em constância ao franqueado. Na medida em que o franqueador adquire mais *know-how*, fica ele obrigado a repassar para o franqueado. A franquia de quarta geração além dos requisitos formais da franquia de negócio formatado, os franqueadores passam a se diferenciar entre si pela qualidade do sistema e da prestação de serviços à rede, como treinamentos periódicos, reuniões previamente agendadas com os franqueados, possibilidade de recompra de unidades, apresentação e estimativa de relatórios e, sobretudo, uma maior participação dos franqueados nas disposições tomadas pelo franqueador nas ações que digam respeito a toda rede, o que, no entanto, se pode verificar, na prática, já existir nas franquias de terceira geração.

Na franquia de quinta geração se tem a tentativa de maior profissionalismo da rede, que além dos requisitos das gerações anteriores possui características próprias. Não há consenso entre os doutrinadores sobre o conceito. Enquadra-se entre as franquias de quinta geração as que possuem um ótimo relacionamento entre franqueados e franqueador, trabalhando com a utilização de um mesmo sistema de informática que evoluem, juntamente, com o mercado consumidor. As franquias de sexta geração Martins (2004, p. 82) “destacam-se as redes sustentáveis, com características como a inclusão na gestão da franqueadora com estabelecimento de compromissos com o desenvolvimento sustentável”, isso ocorre por meio de parcerias com associações representativas ou de pactos empresariais na-

cionais e internacionais e a criação de espaços para que os franqueados desenvolvam seus próprios projetos e que tais práticas, sempre que possível, possam ser incorporadas pela franqueadora e pelos demais franqueados. Trata-se de redes de alta responsabilidade social, com programas sólidos de interesse coletivo e ambiental.

As Franquias de sétima geração é a rede que, além de possuir todas as características das anteriores ainda tem como objeto a prestação de serviço público ou distribuição de produtos de excelência, é o que se vem chamando de Socialismo Privado. Com isso, apresenta características estranhas às demais. Primeiro, enquanto as gerações anteriores foram moldadas com o tempo as empresas que queiram ser denominadas de 7ª Geração devem além de possuir os requisitos anteriores ainda prestar relevante serviço público à coletividade de forma satisfatória. Muitas das primeiras franquias brasileiras já prestavam tais serviços, como nas escolas de idiomas, todavia, somente após o decorrer de certo tempo, foram incorporando as características das demais gerações e só agora podem ser chamadas de 7ª Geração.

As sete gerações do sistema de franquias levam ao entendimento de que no século XXI, a existência de franqueadores que concedem apenas a licença de uso da marca ou patente e, somente após longo período no mercado, adquirem *know-how* suficiente para transferi-lo. A natureza jurídica do contrato de franquia, tendo em vista o art. 2º da lei, forma-se essencialmente, aponta Pinheiro (2005, p.125) “da licença de uso de marca ou patente, da distribuição de produtos e/ou serviços, do *know-how* e da prestação de serviços, elementos de outros contratos, é certo, podem vir a formá-lo”. Mas não são, entretanto, essenciais são apenas acessórios do pacto principal. Inexistindo assim, qualquer vínculo empregatício, pois se se trata de contrato diverso ao de trabalho, cuja relação direta se estabelece entre empresas, a do franqueador e do franqueado.

O contrato deverá conter disposições claras a respeito dos limites territoriais, para que o franqueado saiba exatamente onde exercerá suas atividades. Para que se obtenha a padronização característica da franquia, é interesse das partes que o produto seja exatamente igual nos estabelecimentos, para que ele tenha irrestrita aceitação por parte do público consumidor. A aparência dos locais onde a atividade é exercida, do pessoal e do gerenciamento dos negócios deve ser estabelecida pelo franqueador, a fim de assegurar a identidade de coisas, apresentação das pessoas e métodos

de operação. O franqueado, apesar de ser um comerciante independente, não pode adotar uma política de vendas. Os métodos de trabalho, as promoções, a publicidade, os preços e, enfim, tudo aquilo que diz respeito à franquia é decidido pelo franqueador.

Desta forma está, portanto, o franqueado submetido à supervisão e orientação do franqueador. É obrigado, inclusive, a aceitar a designação de um interventor no seu estabelecimento, para verificar o cumprimento do contrato, se assim for ajustado. Não se trata, como já foi dito, de subordinação. Trata-se da necessidade constante de transferência de *know-how*, através da prestação de serviço. Assim com anota Silveira (2008, p.84) o “franqueador detalhar como serão prestadas as informações, o grau de frequência, como solicitar os serviços, custos e disponibilidade para orientar o franqueado na sua loja”.

O franqueado tem interesse em trabalhar apenas com produtos ou serviços que estejam livres de entraves, concorrências e que lhe confirmem uso e gozo pacíficos, em virtude do privilégio decorrente do registro. Necessário, por isso, verificar se o franqueador detém legalmente o respectivo registro, no órgão competente, que lhe confere exclusividade. Pretende o legislador perante esta norma jurídica, assegurar os direitos do franqueador após o término do contrato, evitando que o franqueado lhe cause prejuízo, seja em função do uso do sigilo quanto ao processo de fabricação dos produtos ou do exercício de atividade concorrente. No contrato deve constar todas as cláusulas contratuais, no sentido de o franqueado ficar ciente de todas as obrigações que estará assumindo quando da celebração do contrato. Tratam-se, mais uma vez, do efetivo cumprimento do princípio da transparência.

Assim se tem que a Circular de Oferta de Franquia tem por finalidade assegurar ao franqueado maior transparência sobre o negócio a ser desenvolvido. Por isso, prescreve a lei que seja apresentada ao candidato dez dias antes da assinatura do contrato, a fim de que não assumam qualquer responsabilidade da qual não tenham pleno conhecimento, sob pena de ser decretada a anulabilidade do contrato. As despesas de royalties, de publicidade, de aluguel da marca, de utilização pelo uso da marca, de sistema de *know-how* e quaisquer outras pagas periodicamente ao franqueador serão consideradas despesas operacionais dedutíveis para fins de apuração de lucro real do franqueado ou de empresa que o franqueado constitua para

operar a franquia, observando-se o disposto no art. 7º da Lei 4.506, de 30.11.1964 e legislação superveniente.

Existem também as franquias Master, que ocorre quando o franqueador contrata com uma pessoa, denominada, subfranqueador, para que subfranquia terceiros, chamados franqueados, que deverão obedecer a todos os padrões impostos pelo pacote de franquia adquirido. A master franchising é a franquia da franquia, essa forma é utilizada para ampliar a rede numa determinada região, tanto em território nacional como internacional.

3. O Código Deontológico Europeu do Franchising e as Legislações Internacionais

Na legislação portuguesa, em que se é de fácil constatação entre diferenças e similaridades com a legislação brasileira, se constata como primeira diferença que não existe um padrão neste tipo de negócio. Trata-se de um contrato inominado, uma vez, que não é regulado por qualquer norma legal específica, encontrando-se, portanto, na esfera da autonomia negocia das partes. Em virtude de não haver legislação nacional peculiar sobre o contrato de franchising, os membros da Federação Europeia de Franchising, da qual Portugal é membro, ajustaram um Código de Deontologia que está em vigor desde o mês de janeiro de 1991.

Os membros da federação cominam a obrigatoriedade de respeitá-lo. O código é constituído por seis artigos, acentuados como a definição de franchising, princípios orientadores, recrutamento, publicidade e divulgação, seleção dos franqueados, o contrato de franchising e master franchising. Em meados de 2000, a Associação Portuguesa de Franchise (APF)²³, em sociedade com a Empresa Internacional de Certificação S.A. (EIC), lançou-se num projeto precursor a nível mundial, que versava na criação de uma Certificação de Serviços para o sistema de Franchising, com o desígnio de disponibilizar ao mercado português um utensílio oficial, credível e independente, que permitisse distinguir as marcas que aplicassem as consideradas boas técnicas de franchising. Em Dezembro de 2003, a Certificação do Serviço de Franchising passa a ser homolo-

23 Para mais informações disponível em: < <http://www.associacaofranchising.pt/home>>. Acesso em 15 de dez de 2018.

gada pela Acreditação do IPQ, passando Portugal a ser o primeiro país do mundo a aprontar uma certificação para o Franchising, homologada pela organização governamental responsável pelo Sistema da Qualidade nacional respectivo.

Em 2017, a Federação Europeia do Franchising, que integra 18 associações nacionais, consentiu um novo Código Deontológico Europeu do Franchising. O objetivo do novo código é assegurar o desenvolvimento do aparelho de franchising de uma forma ética em toda a União Europeia. Esta nova atualização abraçou princípios que são aplicáveis em todas as etapas da afinidade de franchising, complementa Verçosa (2017, p.15) “tanto na fase pré-contratual, como na redação do contrato e na fase pós-contratual, definindo também aspetos essenciais como definição de franquia, compromissos do franquisado”. Este código é vinculativo para todos os seus associados, que se empenharam a promovê-lo e aplicá-lo nos seus países, assim como a responsabilizarem-se pela sua disponibilização ao público geral.

4. A crise financeira globalizada e o comportamento comercial das franchisings

Conforme a Associação Brasileira de Franchising (ABF), o setor de franquias prevê extensão de 8% em seu faturamento e de 3% em número de integrações. No estudo levantado se obtêm que as franchisings respondem por 2,4% do PIB e emprega diretamente mais de 1,2 milhões de trabalhadores. Com cerca de 2,8 mil marcas franqueadoras e mais de 140 mil unidades franqueadas difundidas por todo o país, o setor armazena um faturamento anual na casa de R\$ 160 bilhões.

Em meio à crise econômica, o mercado de franquias tem apontado desempenho superior ao dos âmbitos de comércio e serviços no país. Até junho de 2017, a franchising brasileira havia patenteadado aumento de 7,4% em sua receita no aglomerado dos últimos 12 meses. No mesmo período, o comércio varejista viu sua receita aumentar em 3,3%, enquanto o setor de serviços registrou retração de 1,2%, segundos dados do IBGE. Para a ABF, “a atuação do campo no cenário de incertezas econômicas do país se devem a diligência das redes em diversificar formatos para atrair novos investidores”. A principal aposta do comércio tem sido as microfranquias,

modelos de negócios compactos que estabelecem espaço pequeno e que impetram investimento de até R\$ 90 mil e são regressadas para quem quer começar a empreender.

Donde se deduz que a “crise” é um fenômeno de mudança social e econômica, que pode ser brusco ou leve, e que exige dos atores humanos uma reflexão, uma análise, uma decisão e uma ação. Pode-se assim dizer que a “crise” é em si mesma um fenômeno altamente produtivo, altamente criativo. O que marca o crescimento da humanidade são as sucessivas crises, as sucessivas provocações de mudanças. As crises econômicas, sociais e políticas fazem parte de um desenrolar do pensamento e da vida da humanidade. Sucedem-se periodicamente, em tratos de tempo mais ou menos longos. Cada crise provoca um questionamento composto de duas etapas: uma análise retroativa dos fatos e das relações de causa e efeito e a projeção criadora para o futuro. (SILVEIRA, 2014, p. 71)

As franquias são portas a revela quem tem vontade de empreender, proporcionando um emprego estável e uma passagem sólida. O desemprego que se torna notório em tempos de crises financeiras é uma oportunidade para quem deseja empreender em meio a tempos de crises. Estações de crise são também momentos de conveniência. Vence os períodos difíceis quem sabe inovar, desta forma, o comércio de franchising desig-nou em inovação para sobreviver e continuar crescendo mesmo em períodos conturbados da economia brasileira. São mudanças no padrão de negócios, nos formatos das unidades, na estratégia de ampliação da rede e também nos perfis dos franqueados, basilares para a manutenção do crescimento e a proveito dos negócios. Grandes redes optam por criar contornos enxutos, enquanto franqueados práticos aproveitaram as prerrogativas oferecidas por elas para expandir suas intervenções.

Em análise os dados da Pesquisa de Inovação nas Franquias Brasileiras, realizada pela Associação Brasileira de Franchising (ABF), em parceria com a Fundação Dom Cabral (FDC) e Conferência Nacional de Serviços (CNS)²⁴, mostram que 91,8% das redes franqueadoras inseriram algum

24 Acompanhe mais informações sobre a pesquisa em: < <https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Pesquisa-de-Inovacao-nas-Franquias-Brasileiras-ABF-e-CNS.pdf>>.

novo produto ou serviço entre 2014 e 2016. Quase 80% delas se constata-ram que o fator da inovação estendeu a participação no mercado e 85% aumentando sua rentabilidade.

Ressalta-se que em meio às dificuldades financeiras, é necessário se ter mais flexibilidade em termos de modelos e formatos, visando obter franquias onde se pode ser mais maleável e abra o leque para atrair outros franqueados. Cidades e regiões sempre têm diferentes públicos distintas. O mercado consumidor também busca se preocupa cada vez mais com a sustentabilidade. Na hora de pensar em reduzir o custo de produção com materiais mais baratos, é necessário pensar se isso pode ser feito de maneira também mais sustentável.

Se, como ensina Saint-Exupéry, a derrota fortifica os fortes, as crises servem para fortificar as instituições sociais. A crise lança o desafio, não de destruir o mercado, ou de reforçar o Estado, mas de construir um quadro mais sólido de governança empresarial e de regulação estatal, com o que se conseguirá um equilíbrio razoável entre o funcionamento adequado dos mecanismos de mercado e a ação reguladora dos poderes públicos. (FABRI, 2010, p. 95)

Para uma empresa se desenvolver em tempos de crise financeira e atrair novos franqueados ou também os mais experientes são necessário oferecer a eles condições mais vantajosas, como parcelamentos maiores e desconto em taxas, e entre outros. A atual crise financeira que se permeia desde 2008, que não é só no Brasil, mas também mundial é o maior de todos os fantasmas para quem deseja fazer um investimento seguro. No meio de tanta incerteza, as redes de franquias são algumas das melhores alternativas para quem deseja abrir seu próprio negócio com o menor risco possível. É ponderado o investimento mais seguro para quem quer empreender, as franquias oferecem uma bagagem completa, que inclui marca consolidada e clientes cativos. Isto significa que não há necessidade de passar pelos enigmas de se sagrar partindo do momento inicial.

Além de harmonizar uma grande estrutura de apoio para a abertura do negócio, uma rede bem estruturada consegue proporcionar o suporte necessário ao seu bom andamento, mesmo em tempos de crise, graças à

coleção de aprendizados bem-sucedidos de gestão, experiência e conhecimento que têm do mercado. Vivemos uma economia globalizada e que é impraticável ficar totalmente imune a crises, mas mesmo as franquias internacionais que, afirma Tôrres (2003, p.82) “em uma primitiva análise, podem não ser uma sugestão de uma boa oportunidade, devem crescer bastante, pois os investimentos que já foram desempenhados no Brasil”, hoje já oferecem uma estrutura sólida para quem deseja investir com segurança e obter o respaldo de aparelhamentos que possuem uma grade mundial.

O fato é que neste período as franquias se tornaram uma boa demanda para quem não recusou de abrir o próprio negócio e quer contar com a garantia de empresas que já atuam no mercado a tempo satisfatório para driblar as condições adversas provocadas pelas crises econômicas. Uma pesquisa divulgada pelo Sebrae-SP, indica que 62% das empresas paulistas não concluem seis anos de vida, enquanto apenas 8% das franquias não dão certo. É compreensível a movimentação de investidores que até então desempenhavam seus investimentos no mercado financeiro e que agora percebem a fragilidade desta opção. Sem equívoco, o setor de franquias poderá ser uma das referências de momentos de problemas econômicos.

Conclusão

Em meio as incertezas que uma crise financeira globaliza abarca, o sistema das franchisings se comporta como inovador e como meio de fugir desta situação, podendo também ser um meio de proporcionar uma possível válvula de retomada de crescimento. Claro que todos os sistemas comerciais se deparam com dificuldades, principalmente em meio a dificuldades financeiras globalizadas, mas através do que foi ponderado neste trabalho o sistema das franquias se apresenta como o mais seguro e como o menos desvantajoso para quem quer investir em tempos de crise financeira.

Existem ainda diversos pontos que a legislação necessita avançar em relação as franchising, principalmente na facilitação de sua implementação e possíveis motivações a quem deseja entrar neste tipo de mercado. As normas jurídicas brasileiras neste tema em partes se fazem omissas a alguns assuntos, aprofundando somente na parte de relações contratuais. Com o

mercado crescente é necessário que o legislador brasileiro olhe com atenção a este tema e rediga um sistema jurídico que beneficie este mercado da franchising, pois pode ser um dos pilares para a reconstrução e subida financeira brasileira.

Assim existe as legislações internacionais que em alguns países já são avançadas, e outras assim como no Brasil deixam a desejar em alguns aspectos sobre o sistema das franquias, sempre se pode ter por modelo o Código Deontológico Europeu do Franchising, que atualmente se comporta como a norma mais completa sobre o tema. Em meio a crises financeiras se constatou que as franquias se comportaram de forma inovadora, assim obtendo resultados benéficos e não maléficis em tempos que o comercio se oscilou, para quem deseja investir, como apontado nas estatísticas discernidas no trabalho o sistema de franchising é o de menos riscos e com maior possibilidade de afirmação no mercado nacional e globalizado. Assim as franquias são um pilar para a atual economia globalizada girar, necessitando ainda que os legisladores inovem no sentido de estimular este sistema que de certa forma supre algumas desigualdades existentes em tempos de crise, principalmente a falta de emprego.

Referências bibliográficas

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 4.p. 147.
- BARBOSA, Leonardo Garcia. **Sociedade anônima simplificada**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, ano 51, n. 204, out./nov. 2014. p. 27.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 65.
- BORK, Robert H. **What does the Chicago School teach about internet search and the antitrust treatment of Google?** Journal of Competition Law & Economics. 8(4), 663-700, 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm >. Acesso em: 16 de dez. 2018.

BUCCIROSSI, Paolo et alii. **Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment.** Düsseldorf: Institute for Competition Economics. Discussion Paper nº 22. May 2011. p. 16.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics – Essays in Reform and Recollection.** New Haven: Yale University Press, 2016, 224p.

FABRI, Andrea Queiroz. **Planejamento econômico e mercado: aproximação possível.** Belo Horizonte, Forum, 2010. p. 95.

FERNANDES, Lina. Franquia: comentários à Lei n 8.955/94. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5158, 15 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36898>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** São Paulo: RT, 2009. p 49.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. **Seguros privados: doutrina, legislação e jurisprudência.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p. 53.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.p. 117.

MARTINS , João Marcos Brito. **Direito de seguro: responsabilidade civil das seguradoras.** 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 82.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 123.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 125.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 249.

SILVEIRA, Newton. **Estudos e pareceres de propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 74.

-----. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 71.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário e direito privado**: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: RT, 2003. p. 82.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Breves considerações econômicas e jurídicas sobre a criptomoeda**. Os bitcoins. Revista de Direito Empresarial, S ao Paulo: RT, v. 15, mar./abr. 2017,p. 15.

(DES)CONSTRUÇÃO, JUSTIÇA E CRÍTICA NA RAZÃO COMUNICATIVA: O PARTICIPANTE-OBSERVADOR HABERMASIANO E O POTENCIAL CRÍTICO DA TENSÃO ENTRE A PRAGMÁTICA DA POSSIBILIDADE E A PRAGMÁTICA DA IMPOSSIBILIDADE

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste artigo é avaliar o potencial da teoria do agir comunicativo para estabelecer critérios normativos que permitam aos sujeitos postular formas de juízo universalmente válidas, transcendentemente aos seus padrões culturais de compreensão.

Para Habermas (1987), todo sujeito capaz de linguagem e ação poderia participar de uma interação. Nos moldes do agir comunicativo, tais participantes transcenderiam do mundo da vida a um âmbito universal, em que realizariam juízos críticos sobre as pretensões de validade oriundas desse mundo.

Contudo, mesmo partidários da ética comunicativa questionam a possibilidade de universalização por meio do procedimento habermasiano. Benhabib (1991), ainda que mantenha a pretensão habermasiana de visualizar as relações entre os sujeitos da interação nos moldes de uma reciprocidade simétrica, entende ser necessário corrigir a noção de “outro generalizado”, de modo a possibilitar a preservação do ponto de vista do outro

concreto. Em moldes um tanto diferentes, Young (1997), realizando uma crítica pós-moderna ao autor, postula, inspirada em Levinas, um modelo de reciprocidade assimétrica entre os sujeitos da interação, visto acreditar que a experiência do outro é irredutível ao self. Aliás, na visão de Miriam Bankovsky (2012), o próprio Levinas poderia acusar Habermas de não ter superado a filosofia da consciência, visto que seu princípio da universalidade exigiria do sujeito avaliar as normas por meio de uma projeção do “outro generalizado” (Mead) naqueles que com ele interagem, implicando uma verticalização de um entendimento monológico sobre as normas sociais.

Por sua vez, Derrida (1988), cujos primeiros trabalhos foram criticados por Habermas, vê na pretensão de universalidade uma falta de modéstia. O franco-argelino concorda com Habermas quanto à ética do discurso se basear em regras socialmente consolidadas, mas não considera que tais normas sejam racionalmente necessárias, e sim contingentes histórica, temporal e espacialmente, determinando um compromisso com a possibilidade de se comunicar perante a impossibilidade de fazê-lo. Para Derrida, uma ética da discussão exige certas atitudes perante as relações históricas do sujeito, o que envolve uma combinação entre a percepção da impossibilidade de concretização plena da justiça e a necessidade de busca e crença na possibilidade desta justiça.

Diante do exposto, desenvolveremos, à luz da leitura desconstrutiva de Habermas feita por Bankovsky, um diálogo entre o professor alemão e as perspectivas de Benhabib, Young, Levinas e Derrida, com o fulcro de testar a seguinte **hipótese**: dada a impossibilidade, defendida por Derrida e intrínseca à revisibilidade de resultados habermasiana, de concretização plena da justiça; a ética comunicativa de Habermas, para preservar o seu potencial crítico perante os padrões culturais dos sujeitos da interação, concebe o procedimento deliberativo como uma mediação permanente entre as dimensões ideal e factual, cujo resultado consensual pode transcender, sempre de modo imperfeito, a percepção inicial sobre contextos locais sem destes se desligar.

2 O PARTICIPANTE-OBSERVADOR HABERMASIANO

O sistema metodológico de Habermas (1987, p. 35 e ss.) tem como pressuposto a aptidão dos participantes de uma interação para compar-

tilhar um ponto de vista intersubjetivo a partir do qual possam formular, tal qual observadores, postulações objetivas de validade com expectativas recíprocas de compreensão. Cada participante pode acreditar, assim, que sua compreensão da interação é compartilhada pelos seus interlocutores. O mecanismo habermasiano envolve uma objetificação, pelo sujeito, de sua interação local com os outros participantes. Quem participa observa os comportamentos e expectativas implícitas daqueles com quem interage e de si mesmo, nos termos da noção de “outro generalizado” (Mead) – adulto socializado que introjetou os papéis e normas da realidade social particular. Nessa visão, a socialização dos adultos envolve o fato de estes, em suas experiências, aprenderem a esperar comportamentos alheios em certos tipos de situações e reconhecer que isso é recíproco. Ao retornar à perspectiva do participante, o sujeito projeta em seus parceiros de interação as expectativas que aprendeu a nutrir perante o “outro generalizado” e utiliza, dada a reciprocidade do procedimento, tais projeções como uma orientação para suas próprias ações. Torna-se, então, possível ao participante avaliar as normas de ação compartilhadas quanto a sua aceitabilidade pelo “outro generalizado” e, por conseguinte, por seus concretos parceiros de interação. Esse procedimento satisfaria as expectativas de todos os participantes, permitindo a caracterização da interação como intersubjetiva (moral), recíproca e, portanto, idônea a justificar a aceitação das consequências das normas gerais de conduta por aqueles que interagem. Pode-se falar, pois, em um interesse generalizável (BANKOVSKY, 2012, p. 131).

Este expediente foi utilizado por Habermas para reconciliar as perspectivas subjetiva e intersubjetiva nas estruturas de interação, de modo a resolver uma contradição vista pelo autor em Kant, que definiu o sentimento moral como simultaneamente empírico e não-empírico. Ao abordar o interesse moral, Kant atrelou o sentimento moral à capacidade das leis morais de serem praticamente efetivas, ou seja, à possibilidade de que o sujeito deseje empiricamente agir moralmente. Ao mesmo tempo, o sentimento moral não poderia ser empírico, sob pena de leis empíricas predeterminarem sozinhas o desejo de agir, o que inviabilizaria que se falasse em leis jurídicas e livre-arbítrio. Habermas, investigando as condições transcendentais da moralidade e da ação moral, quis reformular intersubjetivamente o fato da razão kantiano da liberdade prática, que

é apriorístico e atestado pelo sentimento moral. Para tanto, assumiu o princípio (U), de modo quase-transcendental, como pressuposto pragmático para a comunicação consensualmente orientada e, portanto, para a própria moralidade, pretendendo, assim, solucionar o paradoxo kantiano de identificar um sentimento como simultaneamente racional e empírico (BANKOVSKY, 2012, p. 132).

A tese de Habermas sobre a interação foi desafiada por Young e Benhabib, que, embora inseridas na tradição da democracia deliberativa, enxergam problemas na relação de reciprocidade simétrica postulada por ele, como veremos no próximo tópico.

3 YOUNG E BENHABIB: DEBATES NA FAMÍLIA DA ÉTICA COMUNICATIVA

Young e Benhabib ressaltam a necessidade de dar espaço às diferenças e particularidades. Ambas reconhecem o potencial contributivo da ética comunicativa para a democracia, mas têm divergências quanto ao modo de enxergar a dimensão da reciprocidade na interação. Young (1997, p. 342-3 – tradução nossa) resumiu assim seus pontos de confluência e discordância em relação a Benhabib e Habermas:

Eu concordo com Benhabib que a ética comunicativa é uma estrutura frutífera para a teoria moral, em parte por sua ligação direta com os valores da democracia. Eu concordo com uma ética comunicativa que normas de respeito moral e reciprocidade igualitária estão expressas implicitamente em situações ordinárias de discussão nas quais as pessoas buscam alcançar um entendimento. Eu também endosso a ideia de que normas morais e políticas são mais bem testadas por um diálogo concreto no qual múltiplas necessidades, interesses e perspectivas são representadas. Eu concordo, ademais, com a crítica de Benhabib à abordagem de Habermas à ética comunicativa. Assim como ela, quero desenvolver uma consideração do respeito e da reciprocidade igualitária que dependa, menos do que a dele, da unidade e do consenso, bem como que cuide mais das diferenças específicas entre pessoas. Eu acredito, porém, que identificar o respeito moral e a reciprocidade com a simetria e a viabilidade de inversão de

perspectivas tende a bloquear a diferenciação entre sujeitos que Benhabib quer manter aberta.

Benhabib (1991, p. 136-7; 32) concorda com grande parte da proposta de Habermas, mas se incomoda com sua pretensão de que as normas morais universais sejam produzidas em um processo dialógico no qual os participantes ignorem suas perspectivas particulares – o “grau zero da compreensão”. Por tal razão, a autora defende que um processo dialógico tem como possibilitar a formulação de princípios com os quais todos podem concordar a partir de seus pontos de vista particulares. Não se trata de uma rejeição do ponto de vista do “outro generalizado”, mas sim de uma complementação com juízos que preservem o ponto de vista do outro concreto, que exsurge a partir de seu próprio contexto narrativo. A universalidade, pois, deveria possibilitar uma inversão de perspectivas entre membros de uma comunidade moral, que estariam vinculados entre si por essas ligações de reciprocidade de expectativas normativas e que, assim, poderiam respeitar o ponto de vista e considerar igualmente os interesses e necessidades do outro em um debate. Por sua vez, a reciprocidade demonstraria que os sujeitos atribuam uns aos outros um valor igual ao que atribuam a si mesmos. A autora conclui, então, que juízos morais podem ser oriundos de reflexões de sujeitos morais contextualmente situados, mais propriamente do que resultantes da aplicação de princípios morais gerais a casos particulares.

Young também nega a ideia de Habermas de que o diálogo moral requer a adoção de um ponto de vista imparcial perante as experiências concretas, em que o participante, tal qual um observador, só concorda com princípios e juízos consistentes com essa imparcialidade. Porém, ao contrário de Benhabib, para quem existe uma relação moral de reciprocidade simétrica entre o self e o outro, posições que seriam inversíveis, Young (1997, p. 340 – tradução nossa) diz que “não é possível nem moralmente desejável que as pessoas engajadas em uma interação moral adotem o ponto de vista umas das outras”.

Para Young (1997, p. 341), a ética comunicativa é atrelada ao pressuposto de que os sujeitos morais são insubstituíveis, visto terem históricas e posições sociais particulares. A reciprocidade assimétrica postulada por Young expressa-se na estrutura, familiar a Derrida, de dádivas e pergun-

tas, com a qual a teoria de Habermas, segundo a autora, deveria se importar mais. O diálogo permite que as pessoas superem suas diferenças e se entendam, sem que para isso estabeleçam uma identificação ou (como queria Benhabib) uma inversão mútua de perspectivas, visto que esta: 1) poderia obscurecer a diferença e a particularidade da posição do outro; e 2) é ontologicamente impossível, pois o contato com outros permite a transcendência do sujeito em relação ao seu próprio ponto de vista e a entrada em uma relação de mediação com o outro, mas não uma transposição ao ponto de vista do outro.

Young (1997, p. 355) esclarece que o fato de considerar inviáveis e prejudiciais à comunicação as tentativas de inverter posições para realizar julgamentos morais não significa que o entendimento entre sujeitos de uma interação seja impossível. Ao contrário, a despeito de diferenças ontológicas e sociais, é possível e necessário compreender através da diferença. Essa compreensão, porém, quando vista à luz da noção de assimetria, está atrelada a uma concepção própria do que é o compreender e do que o torna possível. Não se trata, como é costumeiro pensar, de encontrar coisas em comum com o outro. Se assim fosse, o processo compreensivo consistiria, como quer Benhabib, na construção de uma identificação mediante uma inversão de posições, o que redundaria na inviabilidade de que o sujeito transcendesse sua própria experiência. A questão está em conceber a compreensão como a possibilidade de aprender algo novo saindo de si mesmo, o que pressupõe justamente que o sujeito não busque encaixar a expressão do outro em seus próprios pré-conceitos, mas sim se disponha a ouvir abertamente, de modo a perceber aspectos que não notaria sem a explicação do outro.

Young (1997, p. 351) vê toda interação comunicativa como uma relação de aproximação entre sujeitos que se encontram através de distâncias de tempo e espaço. Porém, mesmo quando ocorre sobreposição ou compartilhamento de interesses, a situação histórica estruturada diferenciaria esses sujeitos. Para justificar sua posição, Young (1997, p. 351 – tradução nossa e destaque da autora) recorre a Levinas, que

critica o impulso filosófico de reduzir a relação comunicativa entre sujeitos éticos a uma medida comum ou à comparabilidade. Enquanto comparar a situação [...] de agentes de acordo com algum

padrão de igualdade é definitivamente necessário para teorizar a justiça, antes dessa comparação há um momento de respeito pela particular sensibilidade incorporada da pessoa. Nesse momento de reconhecimento, as posições concretas das outras pessoas são assimétricas. Enquanto a comunicação entre pessoas pode construir relações de similaridade ou solidariedade entre elas, suas posições são, a despeito disso, irreduzíveis e não-inversíveis (*irreversible*). A relação ética é também assimétrica no sentido de que se abrir para a outra pessoa é sempre uma **dádiva**; a confiança em comunicar-se não pode esperar que a outra pessoa prometa reciprocidade, ou a conversação nunca começará.

Como nota Bankovsky (2012, p. 33), ao contrário do que pensa Young, que busca Levinas para aperfeiçoar o modelo de Habermas, as teses levinasianas parecem incompatíveis com as do professor alemão, pois o ideal moral de pessoa deste não se coaduna com uma concepção de pessoa como responsável pelo Outro único. Vejamos.

4 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS ÉTICAS DE HABERMAS E LEVINAS

Bankovsky (2012, p. 134-5), cotejando Habermas e Levinas, explica que a concepção de intersubjetividade deste não admitiria o princípio moral da argumentação – princípio da universalidade (U) – como completamente intersubjetivo. Esse princípio estaria fundado em uma pragmática da projeção, ignorando uma condição fundamental da comunicação anterior a esta projeção: a pragmática da exposição ao Outro. Tal qual Kant, criticado por Levinas, Habermas seria um filósofo da consciência, pois seu procedimento de avaliação de normas de ação sugere que os participantes projetem uns nos outros o seu entendimento monológico sobre as normas do “outro generalizado”. Levinas entende que seria necessário, para alcançar a intersubjetividade, suspender os próprios interesses e tomar em consideração os do Outro, o que exigiria contrariar a pretensão de generalização de interesses que Habermas atrela ao princípio (U). A ética, pois, não poderia, como quer Habermas, depender de que os sujeitos assumam reciprocamente a possibilidade de alcançar um consenso sobre tais interesses. Não seria possível, nem mesmo via (U), alcançar uma avaliação

intersubjetiva, pois o “você”, comandado pela responsabilidade ética, e o “eu”, como posição instantânea e enunciativa que justifica seu autointeresse em termos que imagina que o outro também considerará aceitável, seriam irreduzíveis um ao outro (BANKOVSKY, 2012, p. 134-5).

Em Levinas (1988), a responsabilidade envolve uma resposta ao Outro, e esta não é uma autoexpressão espontânea. Tal resposta não é uma justificação dos próprios interesses aos outros, mas sim, propriamente, a meta da comunicação. Diferentemente, há em Habermas uma pragmática do entendimento mútuo que vincula o sujeito a se justificar perante o outro. Os interesses morais, em Habermas, são compreensíveis nos termos de pressuposições pragmáticas compartilhadas. Ora, a pragmática de projeção recíproca é central em sua ética do discurso, o que, supostamente, lhe permitiria afirmar que sua teoria supera o solipsismo da filosofia da consciência. Aqui, Bankovsky (2012, p. 134) nota que eventuais críticas ao fato de Habermas entender ser possível alcançar consensos compatíveis com interesses generalizáveis reciprocamente reconhecidos por participantes de uma interação poderiam ter uma resposta na contrafactualidade do acordo universal que ele entende presumível. Ora, pensar sobre o discurso exige que se presuma que os sujeitos de uma interação podem se entender – algo impossível para Levinas.

Em uma perspectiva levinasiana, a presunção contrafactual de Habermas só pode ser considerada uma condição comunicativa posterior a uma condição primária: “ser-afetado” de modo a ultrapassar a possibilidade de reformulação do conteúdo desta experiência. Ao contrário, para Habermas, não é possível escutar sem reformular em termos próprios o conteúdo daquilo que se escuta (BANKOVSKY, 2012, p.134-5). Ora, a ética habermasiana, ao situar o princípio do discurso no lugar de um princípio moral, encontra na linguagem, como estrutura do ato de fala, um *telos* (HABERMAS, 2004, p. 9;108). Se o bem moral em Habermas é a capacidade de preservar a competência interativa em situações de conflito, a bondade moral, entendida como uma atitude de disponibilidade para a solução dialogada de conflitos, pode ser predicada da vontade. O uso linguístico orientado para o acordo intrínseco como *telos* à linguagem humana é o modo originário de usar a linguagem. Linguagem e acordo, pois, não se comportam reciprocamente como meio e fim, e sim como conceitos reciprocamente interpretáveis, pois só podemos esclarecer o conceito

de acordo quando definimos o que significa usar proposições em sentido comunicativo. Assim, o fato de realizar o fim próprio da linguagem é o que confere valor à ação comunicativa (CORTINA, 2008, p. 232-6).

Levinas prioriza os interesses do Outro quando em cotejo com a consideração igualitária dos interesses de todos, visto que esta, supostamente, contrariaria a própria concepção de relação ética do autor. Bankovsky (2012, p. 143), aqui, enxerga um problema que justifica suas ressalvas a Levinas, ao qual a autora prefere uma combinação entre o pensamento de Habermas e Derrida. A autora, ao contrário de Levinas, não abandona as possibilidades de uma justiça baseada no Estado, razão pela qual reconhece a necessidade de que sejam estabelecidos procedimentos idôneos a permitir a comparação entre interesses particulares. Bankovsky defende a existência de uma obrigação ética perante todos os Outros, a qual estaria em permanente tensão com as demandas de consideração individual. Eventualmente, portanto, seria necessário reconhecer, diferentemente do que quer Levinas, que obrigações éticas particulares não podem ser cumpridas perante a exigência de consideração imparcial.

Derrida, apesar de ser influenciado por Levinas, entende que a obrigação de pluralidade perante o Outro e o Terceiro exige um compromisso construtivo com a possibilidade. Embora reconheça, assim como Levinas, o igual direito de todos os Outros à consideração individual, Derrida não rejeita as características centrais do construtivismo, quais sejam: a imparcialidade, um ideal de pessoa moral e a praticabilidade dos princípios políticos. É necessário, portanto, segundo Derrida, arriscar uma transgressão à consideração individual, pois a responsabilidade da justiça dirige-se, simultaneamente, ao único Outro e a todos os outros como iguais, o que exige, para que a própria ética possa se sustentar, uma negociação (BANKOVSKY, 2012, p. 115; 131). É nesse ponto que Bankovsky (2012, p. 121 – tradução nossa) estabelece a ponte entre Habermas e Derrida:

O ideal de personalidade ética que Levinas sustenta requer uma obrigação incondicional perante o destino do Outro particular. [...] a ética do discurso só considera seriamente os interesses particulares que as pessoas podem ter como participantes individuais da ação quando combinados com a exigência de imparcialidade entre

pessoas que Levinas rejeita, e, assim, proporciona uma negociação praticável das demandas que Derrida associa à justiça.

Mas é possível enxergar uma complementação entre Habermas e Derrida, considerando que os autores se criticaram mutuamente na década de 80? Vejamos.

5 HABERMAS X DERRIDA: CONTRADIÇÕES PERFORMATIVAS

Habermas, nos anos 80, rejeitou a desconstrução por entender que esta não possibilitaria uma argumentação racional idônea a reconciliar a tensão entre a obrigação ética e a consideração imparcial. O professor alemão incomoda-se com a relevância dada por Derrida a virtudes como persuasão, retórica, influência e poder, as quais fragilizariam a validade, elemento essencial em uma comunicação moral orientada para um entendimento mútuo. Habermas afirma até que Derrida se recusa a estabelecer um diálogo argumentativo com ele, preferindo recorrer às mencionadas categorias, de modo a evitar a contradição performativa em que incorreria caso confirmasse a tese de Habermas. O professor alemão acusa o franco-argelino de obscurecer a distinção entre a comunicação moral e a interação estratégica, destruindo o dever primário da filosofia, qual seja, o de resolver problemas (BANKOVSKY, 2012, p. 128).

Por sua vez, Derrida (1988, p. 156-8) acusa Habermas de, ao criticá-lo, não ter sido modesto, lhe faltando disposição para refletir se tinha compreendido adequadamente o pensamento da desconstrução. Essa postura seria ofensiva ao procedimento da própria ética do discurso, algo inaceitável vindo de um pretense “filósofo do consenso, do diálogo e da discussão” (1988, p. 157). Habermas, para Derrida, teria incorrido em uma contradição performativa ao ignorar que a ética do discurso, para possibilitar um compromisso entre sujeitos que interagem, precisa obedecer a regras, ainda que imperfeitas, concebidas pelas pessoas socializadas ao longo da história. Como Bankovsky (2012, p. 146 – tradução nossa) explica,

as regras de compromisso são mais bem entendidas como determinações contingentes de um compromisso com a possibilidade

de se comunicar em face da impossibilidade de fazê-lo. Consequentemente, Derrida defende um plexo de procedimentos sociais que correspondem a este compromisso [...]. Derrida fala na necessidade de estudar detidamente o objeto de avaliação, escutar os outros antes de projetar um ponto de vista, tentar entender a particularidade de um pensamento, discutir as posições dos outros nos termos deles do modo mais cuidadoso possível e proceder com uma mente aberta. [...] os procedimentos que Derrida menciona são similares aos procedimentos habermasianos, englobando regras como as de inclusão total, igualdade e tentativa de se abstrair da própria perspectiva subjetiva para considerar os interesses dos outros participantes nos próprios termos deles.

As razões acima inspiram Bankovsky (2012, p. 127; 145-8) a afirmar faltar a Habermas uma postura que contribuiria para um aperfeiçoamento de sua teoria da ação comunicativa. É verdade que a autora, em sua análise derridariana, concorda com a pretensão de Habermas de defender a perspectiva deliberativa perante alternativas mais prejudiciais, como a autoridade tradicional, a cientificização da política, a tirania da opinião majoritária e as doutrinas cosmológicas – a ética comunicativa e seu potencial para a atividade de deliberação, ao buscarem autoridade na razão dos indivíduos, constituem uma forma de fracasso melhor do que outras. Porém, Bankovsky afirma que Habermas não reconhece as implicações da provisoriade para sujeitos que buscam alcançar a justiça. A autora está, nesse ponto, a enxergar que a teoria de Habermas é insuficiente quanto à indecidibilidade da tensão entre a consideração imparcial e a individual (obrigação ética). Por tal razão, sugere que a humildade, a abertura ao outro e a resiliência diante dos equívocos inevitáveis ocorridos em contextos de interação são atitudes cívicas presentes em nossa tradição que possibilitam um combate às injustiças oriundas da própria busca pela justiça. Podemos, então, ler o descumprimento dos mandamentos de Derrida por Habermas como falta de humildade e abertura. Ademais, para Bankovsky, Habermas assume uma pretensa desnecessidade de agir com resiliência – justamente a virtude que permite ao cidadão escapar da inércia perante a inabilidade de alcançar a justiça, bem como manter sua convicção construtiva sobre a necessidade e a universalidade das normas – perante os

fracassos, como se a inexorável imperfeição de sua interpretação não fosse de sua própria responsabilidade.

Diante do exposto, haveria, perante uma análise desconstrutiva de moldes derridarianos, alguma possibilidade de redenção para Habermas?

6 HABERMAS COM DERRIDA: TENSÃO ENTRE AS PRAGMÁTICAS DA POSSIBILIDADE E DA IMPOSSIBILIDADE

Derrida (1988) admite a necessidade de assunção do risco de determinar o conteúdo da justiça diante do sofrimento alheio, o que significa buscar uma reconciliação entre obrigação ética e imparcialidade. Ademais, destaca a irredutibilidade da força ao salientar a tensão conceitual entre os componentes que definem um sistema particular de conceitos. A partir desta premissa, podemos dizer que o conceito de justiça comporta duas demandas que só se perfectibilizam por meio da quebra de suas próprias integridades. As tendências antidemocráticas da concepção aristotélica de democracia denunciadas por Derrida (2005, p. 28 e ss.) podem encontrar em Habermas um caminho para uma democracia deliberativa que não se limite ao princípio majoritário. Ora, em Habermas a regra da maioria está envolta em procedimentos que permitem a definição do princípio (D), a partir do qual a autonomia individual confere a validade moral do procedimento deliberativo mediante o consenso racional: “O voto majoritário deve estar sujeito à própria prática deliberativa que o legitima” (BANKOVSKY, 2012, p. 129 – tradução nossa).

Bankovsky (2012, p. 141-2) diz que o Habermas maduro reconhece que o consenso racional, conceitualmente, é simultaneamente possível e impossível. Ora, por se tratar de um ideal, sua possibilidade depende do reconhecimento de sua impossibilidade. Habermas difere a resolução de demandas de justiça para o futuro, nos moldes de uma “justiça-por-vir”, de caráter perfectível, no sentido desconstrutivo. Como Bankovsky (2012, p.148 – tradução nossa) explica,

isto talvez seja perceptível no desejo do Habermas maduro de colocar de lado sua anterior atitude polêmica perante Derrida, reconhecendo que ‘Derrida parece ainda estar inspirado pela memória

da promessa de uma democracia radical. Esta continua sendo para ele uma fonte da reticente esperança na solidariedade universal que permeia todas as relações’.

Ora, se Habermas admite que o consenso racional, caso efetivado, tornaria a comunicação desnecessária, a justiça é um ideal pelo qual só faz sentido lutar por se saber que nunca será realizado. Habermas (1990, p. 365), aliás, cita Wellmer – autor influenciado por Derrida e que vê na justiça o paradoxo de ser um ideal cuja concretização significaria o fim da história humana – ao admitir que a tomada de decisões políticas transcende o potencial de justificação da razão comunicativa. A justificação empírica e reconstrutiva do consenso racional é hipotética, não tendo caráter absoluto, enquanto um consenso racional completo seria absoluto e não seria revisável, negando o próprio caráter hipotético do procedimento de justificação. Ora, a reconstrução racional, como método, apresenta seus produtos como universalmente necessários e objetivos, mas não deixa de ser uma reconstrução imanente às práticas de interação social analisadas reconstrutivamente, o que impossibilita sua transcendência em relação ao contexto particular em que se dá. Essa transcendência é sempre pretendida pela análise reconstrutiva, mas nunca alcançada – ao contrário do que queria Kant, com sua certeza transcendental – e seus resultados são revisáveis em situações individuais de interação (HABERMAS, 2003, p. 78; 100 e ss.; 259).

Este tipo de análise empírica, pois, só pode ter um caráter hipotético, de modo que, como Habermas (1990, p. 365) admite e Alexy (2011, p. 132) endossa, as referências ideais de sua teoria só são alcançáveis de modo aproximativo. Ora, ele acrescentou ao consenso racional um procedimento de teste do discurso, o qual soma ao princípio (D) a concordância dos participantes da interação quanto à revisibilidade dos consensos obtidos. A resolução absoluta das questões mantém-se no plano normativo da teoria, mas a revisibilidade dos resultados permite o adiamento da resolução da tensão entre a consideração imparcial e a individual. Nada disso fragiliza o potencial normativo do procedimento reconstrutivo como orientação para o entendimento mútuo. Ao contrário, o reconhecimento racional da abertura à contestação pelos participantes da interação implica a admissão de que nenhum consenso empírico é totalmente racional, o que fortalece

Habermas contra as críticas que vêm em sua tese um déficit de realidade (BANKOVSKY, 2012, p. 142).

Bankovsky (2012, p. 144) explica que há, em Habermas, uma tensão entre duas pragmáticas: a da possibilidade e a da impossibilidade do consenso racional. A pretensão comunicativa expressa tanto a intenção de alcançar um consenso universal e sem constrangimentos como um desejo de um equívoco mútuo de entendimento. Querer uma comunicação sem coerção pressupõe reconhecer que isso é possível e impossível. Há, pois, uma irracionalidade na pragmática da possibilidade do consenso racional, o que o permite não ser meramente coercitivo. O futuro por-vir não é uma continuação do presente, mas sim algo diferente, conceitual e empiricamente impossível, sempre postergado. Há, pois, um paradoxo na democracia deliberativa quando lida à luz de Derrida, pois “as normas procedimentais que esta institucionaliza – a completa inclusão, igualdade e consideração dos interesses dos outros participantes em seus próprios termos [...] – não podem, em princípio, ser satisfeitas” (BANKOVSKY, 2012, p. 144 – tradução nossa). É justamente por tais razões que Bankovsky (2012, p. 134) vê o potencial habermasiano para contemplar, sem negar a desconstrução, a dimensão construtiva que há em Derrida: em Habermas, o discurso, como não representa uma realidade externa à linguagem, mas sim constitui a realidade, tem um conteúdo sempre revisável, desde que respeitadas as condições pragmáticas de validade ou legitimidade.

Alexy (2011, p. 124), lendo Habermas, diz que podem surgir no discurso comportamentos incomuns fora dele. Por tal razão, a dependência da realização das condições para uma situação ideal de fala em relação ao agir comunicativo não pode ser entendida como uma impossibilidade de que o discurso modifique as condições fáticas. Normas opostas aos contextos de ação podem ser discursivamente justificadas como corretas, de modo que a tese de Habermas viabiliza a transcendência crítica de contextos culturais por participantes de uma interação. Ainda assim, “a apresentação inicial de Habermas sobre a deliberação racional e a sua abordagem madura sugerida por suas concessões estão unidas por um compromisso com a visão de que não há um ponto de vista externo às próprias perspectivas dos cidadãos quando questões de justiça exsurgem entre eles” (BANKOVSKY, 2012, p. 145 – tradução nossa).

Por um lado, qualquer pretensão de justiça precisa estar acompanhada de uma convicção na possibilidade de universalização de normas, sob pena de um pessimismo antissocial que esvazie o potencial de concretização de um horizonte mais justo (BANKOVSKY, 2012, p. 145). Por outro, esta pretensão universalização só pode ser realizada a partir dos próprios contextos locais dos sujeitos da interação, os quais agem como se fosse possível – embora cientes de que não é – se colocar num ponto de vista externo, típico de um observador, para garantir a igual consideração imparcial dos interesses de todos. Devemos, pois, entender a abstração habermasiana operacionalizada por meio da noção de “outro generalizado” de modo aproximativo, tanto quanto só se pode cogitar de modo imperfeito, tal qual um horizonte nunca alcançável, a generalização de interesses. E é justamente no fato de a generalização e a transcendência pretendidas serem impossíveis que há espaço para a consideração individual do Outro, a qual está em tensão permanente com a consideração imparcial.

A tensão entre o ideal e factual no procedimento habermasiano torna-se mais perceptível quando compreendemos a interação entre sujeitos como uma mediação entre ambas as dimensões. A tentativa de transcendência do sujeito concreto e localizado para o plano imparcial de consideração do “outro generalizado”, com o subsequente esforço para projetar o “outro generalizado” no parceiro concreto de interação, é um procedimento permeado pela factualidade, mas que a tenta transcender criticamente a partir de elementos preexistentes nesta própria factualidade – afinal, o “outro generalizado” é um modelo construído indutivamente a partir das experiências sociais do sujeito. E o juízo normativo concreto que exsurge como resultado da interação é o apogeu do entrelaçamento entre ideal e factual, consideração imparcial e consideração individual, que permeia o procedimento proposto por Habermas.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho avaliou o potencial do projeto de Habermas para preservar, no procedimento de fundamentação racional de juízos normativos, uma pretensão crítica perante padrões culturais. Para tanto, discutimos as críticas de Benhabib e Young a Habermas e cotejamos este e Levinas a partir de Bankovsky, de modo a proporcionar um melhor entendimento

das aparentes deficiências habermasianas, mormente quanto à assunção da ideia de “outro generalizado”. Em seguida, assumimos, com Bankovsky, que há na desconstrução uma exigência de construção, o que viabiliza um diálogo produtivo entre Derrida e Habermas, a despeito dos conflitos entre ambos. Mais à frente, defendemos que, não obstante a aparente falta de humildade, abertura e resiliência de Habermas perante as deficiências de sua teoria, a ética comunicativa é compatível com a tensão, postulada por Derrida, entre a impossibilidade de concretização plena da justiça e a necessidade de busca e crença em sua possibilidade. Dados tais elementos, concluímos pela confirmação de nossa hipótese de trabalho, visto que a reconstrução racional habermasiana é permeada por uma dupla pragmática que envolve uma tensão entre o ideal e factual e, portanto, é imanente às práticas de interação social analisadas reconstrutivamente – o que, por um lado, impossibilita que o procedimento reconstrutivo seja desvinculado do contexto particular em que se dá, mas, por outro, permite a crítica quanto à percepção inicial sobre contextos locais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BANKOVSKY, Miriam. **Perfecting justice in Rawls, Habermas and Honneth: a deconstructive perspective**. London: Continuum, 2012.
- BENHABIB, Seyla. **Situating the self**. New York: Routledge, 1991.
- CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- DERRIDA, Jacques. _____. “Honesty of thought”. In: THOMASSEN, Lasse (ed.) **The Derrida-Habermas reader**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, p. 300–306.
- _____. **Limited inc**. Evanston: Northwestern University Press, 1988.
- _____. **Rogues: Two Essays on Reason**. Stanford: Stanford University Press, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **On the Pragmatics of Communication.**

Cambridge: The MIT Press, 1990.

_____. **The theory of communicative action:** Vol. II. Boston: Beacon Press, 1987.

_____. **Truth and justification.** Cambridge: The MIT Press, 2003.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito.** Edições 70, 1988.

YOUNG, Iris. **Assymetrical reciprocity.** *In:* Constellations Volume 3, No 3, 1997, p. 340-363.

O RESPEITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL ENQUANTO PROJEÇÃO INERENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pedro Léo Alves Costa

1. Introdução

No histórico do pós-guerra e a consequente derrocada das hordes totalitárias, como o nazismo e o fascismo, o Direito pareceu tomar novas formas, precipuamente com o marco teórico do neoconstitucionalismo e o nascimento da Lei Fundamental de Bonn em 1949 (MARTINS, 2018, p. 78), dando uma força normativa nunca antes vista à Constituição, ofertando a esta a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, reaproximando, pois, essa ciência jurídica à ética (BARROSO, 2005, p. 5).

Partindo desse ponto de torque, se observa que com o nascimento de novas normas fundamentais democráticas, impulsionadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a “Carta Cidadã” de 1988, que as listou logo em seu primeiro artigo, vieram a consagrar formalmente a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento jurídico, moral e estruturante, alçando-a a preceito limitador e orientador dos atuais Estados Democráticos de Direito pós-modernos no Ocidente.

A dignidade humana, seja enquanto valor axiológico, princípio constitucional ou regra normativa, se tornou passível de produzir consequências jurídicas práticas, remodelando sua tônica e tornando tarefa ou obrigação jurídica a cargo do próprio Estado conquanto parâmetro da sua atividade. Constituindo, igualmente, em um padrão identificador da natureza do relacionamento entre Estado e indivíduo, trazendo grandes consequências na interpretação e alcance dos direitos fundamentais e suas garantias (NOVAIS, 2011, pp. 51 e 52).

Nesta feita, a presente pesquisa tem o desígnio de trazer a tona o estudo da dignidade da pessoa humana, sua importância, conceitos, acepções, surgimento e, principalmente, sua influência em questões de gênero e sexualidade, especificamente no respeito à orientação sexual enquanto uma de suas projeções inerentes, demonstrando que apesar do estudo desta temática ter muitas vezes uma concepção estritamente jurídica, também pode reverberar em diversas outras tendências e questionamentos que fogem do *status quo* da área legal.

Com isso, é possível observar logo de início, que a dignidade da pessoa humana, preceito basilar, se torna uma metanorma (ou *prima principium*) que possui diversidade e plurifuncionalidade, conferindo unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, orientando as margens de abertura e atualização deste catálogo (NOVAIS, 2011, p. 53), o que inclui aqui, diga-se de passagem, o próprio respeito a questões de gênero e orientações de escolha sexual, bem como a individualidade de cada um, tornando a pessoa humana, conforme já afirmara Immanuel Kant, “um fim em si mesma”; devendo (e não facultando), assim, a sociedade e o próprio Estado promover a autonomia, liberdade e bem-estar de cada pessoa em concreto.

2. Um rápido olhar histórico sob a dignidade da pessoa humana

Para entender e solidificar, ao menos em um sentido perfunctório, o que seja a dignidade da pessoa humana é de bom alvitre reconstruir a trajetória histórica de tal preceito, já que esta não é uma tarefa fácil, pois possui corolário no amálgama de vários entendimentos doutrinários e filosóficos, paulatinamente erguidos no próprio desenrolar da mentalidade ocidental.

Sarlet (2015, pp. 31 e ss.), fazendo este aparato histórico, leciona que a ideia de se atribuir um valor intrínseco da dignidade, e posteriormente à pessoa humana, advém no pensamento filosófico clássico e no ideário (doutrina) judaico-cristão, perfazendo um sentido onde o homem possui um valor próprio, não podendo este ser transformado em um mero objeto ou instrumento de ação alheia (tal pensamento, dicotomicamente, foi renegado pelo próprio cristianismo e suas instituições, como aconteceu na “Santa Inquisição”).

Na antiguidade clássica, é possível vislumbrar que a dignidade, ou *dignitas*, da pessoa humana aduzia apenas à posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros do grupo, no sentido de se acolher a existência de mais ou menos pessoas dignas.

Noutro giro, o pensamento estoico trazia a dignidade abstratizada conquanto a qualidade humana, que por ser inata da natureza de cada um, o fazia distinto das demais criaturas, transformando cada pessoa humana em igual na mesma dignidade, apelo este encontrado, por sua vez, na própria noção de liberdade pessoal de cada indivíduo. Liberdade, aliás, que Aristóteles (1986, p. 86, livro III) entendia como sendo “o objeto de escolha de uma coisa que está a nosso alcance e que é desejada após deliberação, a escolha é um desejo deliberado de coisas que estão ao nosso alcance; porque após decidir em resultado de uma deliberação, desejamos de acordo com o que deliberamos”.

Em Roma, mais precisamente com a influência do olhar de Cícero, a noção de dignidade adquire um duplo significado. Por um lado, o homem possuiria uma dignidade na qual é decorrente de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre todos os outros, o que lhe garantiria um *status* especial no universo, sendo este um sentido absoluto da dignidade. E por outro, de maneira relativa, a dignidade estaria voltada à posição social do indivíduo, posição, que assim, poderia ser alterada ao longo de sua existência.

Quando surgiu a primeira fase do cristianismo, o pensamento do Papa São Leão Magno é o que se destaca, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança e que, ao se tornar homem, este teria dignificado a natureza humana, além de recrudescer a relação divina/humana mediante a crucificação de Jesus de Nazaré.

Logo depois, no apogeu da Era Medieval, se transpõe o pensamento de Tomás de Aquino, no qual além do fundamento da dignidade ser o mesmo que coexistia no de Leão Magno, ainda havia o fato da capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal maneira, que sua *dignitas* existe em função da sua própria vontade, apondo aqui uma pitada de substância do racionalismo, influenciado por Boécio.

No contexto antropocêntrico renascentista, e sem renunciar da inspiração dos teóricos católicos, Giovanni Pico della Mirandola afirmou que, sendo criatura divina, ao homem, diferentemente dos outros seres, foi outorgada uma natureza indefinida, para que com o livre arbítrio, soberano e artífice, fosse dotado de capacidade de ser e ter aquilo que ele quisesse, ou seja, “como ser inacabado, o homem modela-se definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha. Nisso consiste sua dignidade”.

Nos idos dos séculos XVII e XVIII, com o ápice do jusnaturalismo, dando sequência ao estoicismo do mundo clássico e humanista do período renascentista, a concepção da dignidade da pessoa humana se interligou com o próprio direito natural *per si*, em um processo de racionalização e laicização (secularização), mantendo-se e evoluindo a noção básica da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Foi, porém, com Kant, cuja acepção de dignidade partia também da noção ética do ser humano, que houve uma separação completa da ligação com a religião, construindo, assim, uma concepção a partir da autonomia da vontade, entendida como a “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana”, sustentando, ainda, que

o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um

valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Perpassado o tempo, e na condição de um dos expoentes do idealismo filosófico alemão do século XIX, Hegel acabou sustentando uma noção de dignidade centrada na ideia de eticidade, como uma instância que reverbera o concreto e o universal, assim como o individual e o coletivo, de tal forma que o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão, influenciando, assim, o pensar atual do que seja dignidade.

Desta forma, com tais ideias, hodiernamente parece ainda ser difícil assentar uma conceituação estanque do que seja a dignidade humana. Mas se demonstra com essa evolução de entendimentos, que a dignidade ocupa um lugar de destaque no pensamento filosófico, jurídico e social em uma verdadeira transdisciplinariedade de matéria e vertentes.

É de se notar, destarte, que apesar de tal dificuldade, a dignidade sempre estará imbricada a noções de escolha, liberdade e isonomia, o que se interliga harmoniosamente ao objeto de estudo, já que a temática central aqui proposta caminha no sentido de traçar objetivos pessoais de escolhas e conceitos que partam da própria natureza humana, substanciando-se num fulcro onde preferências diferentes das do senso comum, possam ser respeitadas de uma maneira geral, concepção esta, pois, advinda do próprio contexto de tais pensamentos acima explanados.

3. A dignidade humana e sua natureza jurídica: de fundamento constitucional da República Federativa do Brasil a valor axiológico

Quando se fala em dignidade da pessoa humana é de importância salutar ter em mente que esta possui uma multiface de características inerentes a seu conceito, como se viu. E tais infinitudes reverberam inclusive na tentativa de buscar o que seria a própria natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.

De início, de maneira positivada, a dignidade humana encontra-se em diversas Cartas Constitucionais democráticas pelo mundo. Na *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (ALEMANHA, 1949) se localiza logo no artigo primeiro, quando infere que

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Na *Constitución Española* (ESPANHA, 1978) o artigo décimo do Título I, que trata dos direitos e deveres fundamentais, diz que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 1976) vem a aduzir que aquela nação “é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Já no Brasil, na “Carta Cidadã” (BRASIL, 1988), a dignidade da pessoa humana se transmuda em um fundamento, juntamente com a soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, conforme o também artigo primeiro.

Quando se fala em “fundamentos” Flávio Martins (2018, p. 534) reza que estes são a base principiológica sobre o qual será construído o país, por isso que chamados de meta-princípios, dos quais decorrem todos os outros princípios e regras constitucionais. Canotilho (2011, p. 1.666), lembra que estes são as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensando as opções políticas nucleares e que refletem a ideologia inspiradora da Constituição, além de expressar as concepções triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte que radicam no cerne político de uma constituição política.

O que se poderia presumir do motivo, estruturalmente e diagramalmente, da dignidade humana quase que unanimemente está disposta logo nos artigos iniciais destas Cartas Políticas democráticas, reforçando um preceito que logo deve ser lembrado logo ao se tomar um primeiro contato com as normas constitucionais.

Desta forma, a dignidade humana teria algumas funções nesta seara, como legitimadora moral do Estado, interpretativa/ hermenêutica, limitadora e identificação de direitos fundamentais, (SARMENTO, 2016, pp. 76 e ss.), bem como tarefa do Estado e da comunidade (SARLET, 2015, pp. 89 e ss.), por exemplo.

Ao dar legitimidade ao Estado e ao sistema jurídico²⁵, a dignidade humana vem a estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana e não o contrário, baseando toda esta estrutura, pois, na democracia e nos direitos humanos.

Depois, porque vem a guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, permeando esse processo de aplicação das normas constitucionais em todas as áreas, como as que tratam da organização do Estado, disciplina da economia, tributação, família etc. Mais do que isso, a dignidade deve se irradiar para todos os ramos da ordem jurídica, inclusive sobre o campo privado (CANARIS, 2012, p. 129), impondo a releitura dos preceitos e institutos de todas as áreas sob as suas lentes (SARMENTO, loc. cit.).

Neste campo, inclusive, a dignidade da pessoa humana atua também como um importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais que estejam em posição de conflito, já que enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio, sem anular um ao outro (diferentemente do que acontece em caso de conflito entre regras). Tal critério vem sendo

25 Sistema este, aliás, que é do tipo “normativo aberto de regras e princípios”, já que: a) jurídico, pois um sistema dinâmico de normas; b) aberto, por ter uma estrutura dialógica, que se verve na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas às novas concepções cambiantes da verdade e da justiça; c) e normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através das próprias normas (CANOTILHO, 2011, p. 1.159)

empregado, por exemplo, para afirmar a sindicabilidade judicial de prestações materiais concernentes ao mínimo existencial, mas não contempladas em sede legal, o que suscita o conflito entre a dignidade e o princípio da separação de poderes (SARMENTO, loc. cit.).

Resta destacado também, que esta dignidade se perfaz numa verdadeira natureza bifronte: de *facere* e *non facere*. Limitando a atuação do Estado e da comunidade, já que objetiva que cessar que o poder público e a sociedade venham a violar a dignidade pessoal de cada um (não fazer) e impondo, em uma perspectiva programática (fazer), que estes devem a ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (SARLET, 2015, p. 89).

Noutro giro, além dessas funções primordiais da dignidade humana no ordenamento, sua natureza jurídica também alcança diversos ares, já que a dignidade pode se travestir tanto de um valor axiológico, quanto de norma (princípio ou regra), ou seja, se transmuta em tudo o que possa estruturar o próprio arranjo do ordenamento.

Inicialmente, saliente-se que a dignidade humana, antes de assumir uma postura positivada nos textos legais (conquanto norma), é uma condição de valor superior e fundamental da ordem jurídica, sendo, dentro analogicamente de uma hierarquia suposta, uma espécie de “preceito constitucional” de maior hierarquia axiológico-valorativa, algo tão inerente a cada um, que não poderia ser arrancado, já que nasce e morre consigo, uma verdadeira qualidade de valor supremo, ou atributo do ser humano, que não poderia ser concebida, quiçá retirada, pelo ordenamento jurídico (SARLET, loc. cit.), como algo que foge da própria inerência dos preceitos jurídico-positivos. Aqui sua natureza jurídica se concebe em algo absoluto (valor axiológico), pois, que não pode ser limitado jamais pelo Estado.

Essa noção axiológica abarca uma espécie tripartida de valor. Blanco de Moraes (2014, p. 467), autor lusitano e professor da Universidade de Lisboa, explica que esta acepção é um “enunciado jurídico de valor antropológico, espiritual e universal, representando na exigência de respeito pela condição de ser humano e que opera, simultaneamente, como pressuposto existencial e fim do Estado de direito, para além de operar como justificação axiológica do sistema de direitos fundamentais”, assim o é:

antropológico, porque tem como objeto o homem, como ser biológico individual, único e irrepetível;

espiritual, porque o homem, como ser vivo, possui um atributo fundamental que é a perfeita consciências de si próprio, a qual se manifesta: na atenção que confere a si mesmo e aos outros; no entendimento que lhe permite buscar no campo religioso, o transcendente, e, ainda, na faculdade superior de discernimento que lhe permite dominar os elementos da natureza e auto-determinar-se livremente, para o bem e para o mal;

universal porque, tendo a sua fonte na civilização judaico-cristã, emerge a ideia-força de que a pessoa humana, como valor digno de tutela jurídica, tem seguido uma longa marcha no sentido da sua aceitação por outras civilizações, como axioma válido para toda humanidade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem terá construído um passo decisivo nessa direção.

Depois, quando positivada pelo legislador, já conquanto norma²⁶, a dignidade da pessoa humana pode tomar forma ou de princípio ou regra. Princípios, por exemplo, são normas com alto grau de abstração; vagos e indeterminados, necessitando de mediações concretizadoras do legislador ou do juiz; de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes; sendo *standarts* juridicamente vinculantes radicados nas existências de justiça ou na ideia de direito; fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, numa função normogenética fundamentante (CANOTILHO, loc. cit.). Sendo, pois, uma norma que exige que alguma coisa seja realizada na maior medida do possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto (SILVA, 2009, p. 168), demandando uma imperatividade de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos, permitindo um balanceamento consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

26 Os princípios e as regras (*principles-rules*) são duas espécies de normas. Desta forma, norma = regra + princípio. (CANOTILHO, 2011, p. 1.160).

Já as regras, possuem uma carga de abstração bastante reduzida; susceptíveis de aplicação direta; vinculadas com um conteúdo meramente funcional; nas quais prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não é cumprida, não deixando qualquer espaço para outra solução, pois se uma regra vale, deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos (CANOTILHO, loc. cit.).

Nesta senda, a dignidade tomando a forma de norma jurídica, se torna, diferentemente do valor axiológico absoluto, algo relativo que pode ser ponderado, no caso de princípio, ou não utilizado objetivamente, no caso de ser regra. Por exemplo, a dignidade humana se reverbera em diversos outros princípios constitucionais como o da vida, isonomia, liberdade. Já enquanto regra, ela pode ser positivada numa estrutura implícita de uma lei infraconstitucional²⁷, por exemplo. Daí a necessidade de verificar, em qual situação na qual se encontra.

O que se percebe, assim, é que a dignidade é multidimensional e está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, tais como a própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar (VILHENA, 2006, p. 64), com uma textura sempre vaga e multidigitada (MORAES, 2014, p. 465), que por ter um caráter especial, ao ser codificada, pode ser ponderada no caso concreto, sempre levando em conta a dignidade de outra pessoa em face de outra, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse, demonstrado sua importância e força de estruturar toda a conjuntura jurídica de qualquer Estado.

4. Das projeções da dignidade da pessoa humana e o respeito à orientação sexual também enquanto projeção

Jorge Miranda (2015, p. 245 e ss.), professor da Universidade de Lisboa, interligando o estudo da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, explana que, característica essencial à pessoa, como sujeito, e não objeto, coisa ou instrumento, a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas.

27 A lei é um exemplo de regra.

Possuindo esta (a dignidade), diversas representações práticas no campo social, cultural e jurídico, enunciando-se em diversos pontos.

Por exemplo, onde a dignidade “é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana, não de um ser ideal e abstrato”. É o homem e a mulher, tal como existência, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e vem a resguardar. Por exemplo, quando uma nação venha a proibir a pena de morte ou a extradição para cumprir a esse tipo de pena, ou ainda, a garantia contra a tortura e os maus tratos, penas degradantes ou desumanas.

“É da pessoa em qualquer dos gêneros, masculino e feminino”, onde em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade. Por exemplo, quando o Estado tenha a incumbência de promover a igualdade entre ambos os sexos (igualdade de gênero), ao exercício de direitos cívicos e políticos e no acesso a cargos políticos.

“É tanto da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção”, porque a vida humana é inviolável. Quando, por exemplo, o Estado deva garantir o direito ao planejamento familiar ou, no sistema jurídico brasileiro, quando o Código Civil resguarde ao nascituro os direitos da sua personalidade, como honra, nome e sepultura.

“A dignidade da pessoa não pode ser apreendida sem consideração da bioética”. Daí a legislação deva garantir a identidade genética, nomeadamente na criação, desenvolvimento e na utilização das tecnologias na experimentação científica e ainda regulamentar a procriação assistida em termos de salvaguardar a dignidade dos envolvidos, dando-se como exemplo, no plano internacional, a Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos, a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

“Compreende o respeito das pessoas necessitadas de cuidados de saúde”, de onde, por exemplo, haja a incumbência governamental de disciplinar as formas empresariais e privadas de saúde em articulação com o serviço público, com o fito de assegurar, em ambas as instituições, adequados poderes de eficiência e qualidade e de disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso de produtos farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.

Compreende também “o respeito e a garantia da intimidade das pessoas”. Quando a legislação resguarde, por exemplo, os direitos de imagem,

palavra e à reserva de intimidade da privada e familiar. Ou ainda, o direito ao esquecimento, amplamente jurisprudencializado no ordenamento jurídico brasileiro ou na inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

A dignidade determina “o respeito pela liberdade da pessoa, pela sua autonomia”. Como quando se guarde o direito ao desenvolvimento da personalidade, na inviolabilidade de consciência, religião e culto, na liberdade de criação cultural, de aprender e ensinar, de expressão e informação, de escolha de profissão, no caráter pessoal do sufrágio.

A dignidade da pessoa é saber que “cada pessoa vive em relação comunitária, mas também que esta mesma dignidade é dela mesma, e não da situação em si”.

Que esta dignidade é também “a dignidade social que exige integração e inclusão”. Desde a inclusão das pessoas com deficiência no contexto social (através de políticas públicas) até o direito de todos os cidadãos de tomar parte na vida política e na direção de assuntos públicos do país. Ou ainda, na igualdade de oportunidades na escolha de profissão ou gênero de trabalho. Ou no direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão contra e contra o exercício abusivo de autoridade na família e demais instituições.

Onde a dignidade “exige condições de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar”, daí a retribuição do trabalho segundo a quantidade, a natureza e a qualidade, observando-se o princípio de igualdade salarial. Ou ainda, quando cabe ao sistema de seguridade social proteger os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez ou orfandade.

A dignidade traz, também em uma de suas projeções, “o primado da pessoa do ‘ser’ e não o do ‘ter’”, pelo qual a liberdade prevalece sobre a propriedade. Numa clara alusão a questão da despatrimonialização do direito privatista, como o civil, resguardando uma clara função social da propriedade e do patrimônio, bem como do interesse coletivo em face do puramente privado.

Ou que a dignidade “protege que o ser humano não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui”, em uma busca, pelo Estado, de constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação.

E, dentre tantas outras exemplificações das projeções da dignidade pessoa humana, o professor vem a mencionar que a dignidade também é “o respeito à orientação sexual das pessoas, sem discriminação”. Conforme explicitada no próprio texto normativo constitucional Português, em seu artigo 13º (princípio da igualdade), nº 2 onde *ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual*.

Nesta toada, a orientação sexual, segundo os Yogyakarta Principles²⁸ (que são os princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero), é a “capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas” (ICJ, 2007).

O respeito à orientação sexual (seja qualquer uma, homossexual, heterossexual ou bissexual, citando de maneira restrita) enquanto projeção do postulado da dignidade da pessoa humana, neste contexto doutrinário, em uma interpretação hermenêutica teleológica, se torna, invariavelmente, também estrutura e fundamento da República Federativa do Brasil e por isso obrigação, dever, acatamento e busca da efetividade de tal preceito, seja por parte do Estado ou da sociedade.

Quando se fala em Estado, deve-se ter em mente, pois, que cabe aos poderes estruturados da nação, tal dever de respeito, seja no âmbito do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, nas três esferas da federação (federal, estadual e municipal).

28 The Yogyakarta Principles address a broad range of international human rights standards and their application to SOGI issues. On 10 Nov. 2017 a panel of experts published additional principles expanding on the original document reflecting developments in international human rights law and practice since the 2006 Principles, The Yogyakarta Principles plus 10. The new document also contains 111 ‘additional state obligations’, related to areas such as torture, asylum, privacy, health and the protection of human rights defenders. The full text of the Yogyakarta Principles and the Yogyakarta Principles plus 10 are available at: www.yogyakartaprinciples.org <como visto em 5 de agosto de 2019>

Primeiro pelo Executivo, enquanto programador da execução de políticas públicas e gerenciador da atuação financeira e organizacional da própria Administração Pública.

Em razão de que esse poder, tem o dever, pois, de resguardar, aplicar e efetivar programas e orçamentos para que se garantam uma estruturação dinâmica e concreta no que tange a essa questão. Perpassando desde a ampliação de programas já existentes ou a criação de novas formas de abarcar questões sobre gênero, sexo e sexualidade, em um contexto social diverso, como, por exemplo, a criação de conselhos, com a participação do governo e da sociedade civil, ou ampliando o debate do tema em escolas públicas, qualificando profissionais para lidar, enfrentar e discutir com essas causas.

Pelo Legislativo, já que possuidor da função típica legiferante, que tem o dever de discutir e votar uma legislação que seja eficiente no sentido de colocar em prática também o respeito e a educação para as mesmas questões, colocando de lado, discussões ambíguas e rasas sobre uma pauta inexistente de “ideologia de gênero”.

Ou o Judiciário, julgando questões que também tornem de maneira efetiva tais demandas, como aconteceu recentemente, por exemplo, com o *leading case* da mudança de nome e sexo nos registros civis das pessoas transgêneras, com base na própria dignidade da pessoa humana, no âmbito RE/670.422 (STF, 2018), que fincou as seguintes teses:

“1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil. Não se exige, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto pela via administrativa. 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’. 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4. Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício, ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros dos órgãos públicos ou privados, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.”

Mas não só isso, a questão vai além do âmbito público. Se é papel do Estado o respeito a orientação sexual de cada um, e tem este o dever de tornar efetiva tal medida, similarmente se torna encargo da sociedade, como um todo, de uma maneira até ética e moral, no espectro da sua subjetividade, ser cumpridora desta função, enquanto cidadãos subjugados sob o manto das questões normativas constitucionais.

6. Conclusões

Chega-se a conclusão de que, com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, influenciada pelo neoconstitucionalismo europeu, a dignidade da pessoa humana se tornou fundamento expreso na nossa Carta Política. E deste postulado, assim, se retiram diversas facetas, entre elas o devido respeito a orientação sexual das pessoas, que se transmuta em um dever de efetividade dessa posição pelo Estado e sociedade, aquele enquanto garantidor de medidas públicas, legais e judiciais e este como estruturador social de novas ideias e mudanças de paradigmas quanto a estas matérias.

Assim, se permite afirmar, que as questões de gênero e sexualidade tornaram-se motes de cunho extremamente importante para a formação da sociedade brasileira, não podendo o próprio Estado (como se vê hodiernamente) relegar e colocar de lado tal função, sob a pecha deste ser taxado de cometer inconstitucionalidades omissivas ou comissivas, por não respeitar uma parte estrutural da própria dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da imanente estrutura do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Demonstrando-se, por igual, que houve uma mudança de paradigma de assuntos relacionados a questões de gênero, sexo e sexualidade, precipuamente na seara do Direito Público, com a doutrina e jurisprudência trazendo obrigações práticas para o Estado e sociedade, fazendo com que estes busquem medidas que tragam o efetivo respeito e a indubitabilidade de medidas nessa seara.

Restando provado que questões que antes eram considerados “tabus” em diversas áreas da ciência, se tornaram campos férteis para novas discussões e mudança de mentalidade no que tocam a estas, refletindo, assim, a mudança do atuar do Estado, em qualquer esfera de poder, bem como

a mudança de ideias sociais, com a inserção de tais temáticas de gênero na estrutura do ensino e do debate em diversos níveis de organização e ordenamentos.

Lembrando Canotilho (2011, pp. 225 e 226) que a dignidade da pessoa humana exprime, assim, a abertura do Estado à uma ideia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico, significando o contrário de “verdades” ou “fixismos” pré-existentes, trazendo a ideia de que o diferente também deva ser respeitado, o que se consagra com o respeito à orientação sexual.

7. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomâco*. São Paulo: Editora Abril, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 670.422. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014. 2014a.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina Editora, 2011.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). *Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*. 2007.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
- VILHENA, Oscar Vieira. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

A FACE OCULTA DO FEMINICÍDIO: NARRATIVAS CONSOLIDADAS PELO FENÔMENO CULTURAL DA MISOGINIA

Sandra Vidal Nogueira

Osmar Veronese

Introdução

De acordo com Atencio (2015), ao redor do mundo, calcula-se que, de um total de 93.000 mulheres assassinadas, 43.600 (quase a metade!) sejam crimes praticados por maridos, companheiros ou algum familiar das vítimas, enquanto que somente 6% do total de homens assassinados foram crimes com autoria de esposas, companheiras ou membros da família.

Nesse sentido, há de se considerar, que o fenômeno da violência contra mulheres não é um fato novo, pelo contrário, mostra-se tão antigo quanto à própria humanidade. Na realidade, a questão relativa à subjugação máxima do sexo feminino, por meio do extermínio, tem suas raízes ligadas a diferentes matrizes de tradição do pensamento ocidental, ou seja, as mulheres sempre foram tratadas como objeto, ao qual o homem podia usar, gozar e dispor. Isto significa dizer que a violência de gênero é reconhecida como uma grave violação aos direitos humanos e não resultado de desentendimentos episódicos, ou mesmo de rompimentos das relações afetivas e sexuais motivados por ciúmes.

O que é há de novo e muito recente na História do Brasil é, pois, a atenção em superar os indicadores dessa violência, como condição *sine*

qua non à melhor construção de nossa humanidade. E mais novo ainda é a sua judicialização. A criminalização da problemática, não só pela letra das leis, mas fundamentalmente, pela consolidação de estruturas, mediante as quais o aparelho policial e/ou jurídico possa ser mobilizado para proteger vítimas e/ou punir agressores (BAY, 2008; BRAZÃO, 2010).

Urge, portanto, o entendimento de que suas causas ultrapassam a aparente passionalidade, afetividade, ocasionalidade e pessoalidade. São manifestações das profundas desigualdades de poder entre homens e mulheres, que permanecem sujeitados/as a esquemas de dominação e exploração e acabam por reproduzir, no micro espaço – relações íntimas, a matriz hegemônica de uma ordem social mais abrangente e estrutural, de natureza pública e política.

Para tratar dessa questão, o presente trabalho aborda o tema do feminicídio, a partir de dois eixos orientadores das reflexões ensejadas. O primeiro deles contextualiza a problemática dos assassinatos de mulheres e a visibilidade alcançada pela tipificação do feminicídio na América Latina e, em especial no Brasil. E o segundo, conceitua os crimes, caracterizando o fenômeno cultural da misoginia, que ainda permanece oculto nas narrativas consolidadas pelo patriarcado²⁹.

A tipificação do feminicídio na América Latina e, em especial, no Brasil

O tema do feminicídio conquistou visibilidade após a condenação do México na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 2009, pelo inúmeros assassinatos de mulheres em Ciudad Juárez³⁰. As ocorrências iniciaram nos anos de 1990 do século XX³¹. (BEJARANO,

29 Parte integrante da Pesquisa de Pós-Doutoramento em Direito de Sandra Vidal Nogueira na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões-URI, *Campus Santo Ângelo*, RS, intitulada: “*Cartografias do feminicídio: desigualdade e subalternidade de gênero na terra sem males*”, sob orientação do Prof. Dr. Osmar Veronese. Líder do Grupo de Pesquisa: “*Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*”, CNPQ/URI.

30 Localizada no estado de Chihuahua, fazendo fronteira com El Paso, nos Estados Unidos da América.

31 O filme intitulado: *Bordertown*, uma produção norte-americana, escrito e dirigido por Gregory Nava e protagonizado por Antonio Banderas, Jennifer Lopez e Martin Sheen, registra os acontecimentos de *Ciudad Juárez*. Lançado em 2006 foi traduzido para o português como *Cidade do Silêncio*.

2011; ALBARRAN, 2015)

De acordo com Largade (2012), a mobilização da sociedade civil e a força dos movimentos sociais foram fatores decisivos para que essa situação tivesse ressonância junto ao Sistema de Proteção de Direitos Humanos da América Latina³². Houve um histórico de mais de cinquenta recomendações internacionais ao México, durante um período de pouco mais de dez anos³³.

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual se destaca a seguinte parte do preâmbulo e do Artigo 2.1, respectivamente.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

[...]

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948, p. 5)

A Declaração de 1948 inaugurou a concepção de direitos humanos

32 A América Latina conta com um Sistema Regional de Proteção de Direitos Humanos formado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e um Sistema Universal, pela Organização das Nações Unidas (ONU).

33 Sobre a questão se pronunciaram a Anistia Internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Parlamento Europeu, os congressos de países europeus incluindo o Congresso de Deputados da Espanha, o Congresso dos Estados Unidos, grupos de localidades de diversos países, organizações não governamentais, redes de mulheres e outras entidades. Todos eles se manifestaram no sentido de exigir que o governo do México esclarecesse todos os casos de feminicídio em Ciudad Juárez, garantisse acesso à justiça para os familiares das vítimas, oferecesse políticas públicas de igualdade de gênero para enfrentar as causas dos crimes e erradicasse a violência contra mulheres naquela região, extinguindo a impunidade. (GARITA, 2013)

universais e indivisíveis, entretanto, somente em 1979 foi adotada pelas Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, sigla em inglês) ou mais comumente conhecida como “A Convenção da Mulher”. O Estado brasileiro ratificou a Convenção da Mulher somente em 1984³⁴.

A CEDAW é considerada como sendo o primeiro tratado internacional sobre os direitos das mulheres. O artigo 1º da CEDAW (ONU, 1979) delimita o que restou convencionado sobre a expressão “discriminação contra a mulher”:

Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Vale lembrar, que ONU e OEA adotaram Convenções de direitos humanos contendo as especificidades dos diferentes sujeitos de direitos, como por exemplo, das crianças, das minorias étnicas e das mulheres³⁵. Produziram, então, uma série de tratados, convenções e acordos internacionais que compreendem os Direitos Humanos das Mulheres. Os tratados da OEA voltados para os Direitos das Mulheres estão vinculados às suas três convenções³⁶.

34 Para maiores informações consultar: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm>

35 Em 1993, foi adotada a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, o primeiro documento internacional de direitos humanos focado exclusivamente na violência contra a mulher. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres foi reforçada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995.

36 São elas: a) Convenção Interamericana sobre Direitos Políticos das Mulheres (1948); b) Convenção Interamericana sobre Direitos Cívicos das Mulheres (1948); c) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (1994), também conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Na América Latina dezesseis países³⁷ contam com legislações voltadas à punição ao feminicídio entre os anos de 2007 e 2015. São eles: Argentina (2012), Bolívia (2013), Brasil (2015), Chile (2010), Colômbia (2008), Costa Rica (2007)³⁸, El Salvador (2012), Equador (2014), Guatemala (2008), Honduras (2013), México (2012), Nicarágua (2012), Panamá (2011), Peru (2011), República Dominicana (2014) e Venezuela (2014). (COMPROMISSO E ATITUDE, 2015; ONU, 2015).

A preocupação em criar uma legislação específica no Brasil para punir e coibir o feminicídio seguiu a recomendação de organizações internacionais, como a Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) e o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ambos da ONU.

Em que pese o Brasil ter ratificado, no ano de 1994, a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher”, mais conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, internamente, demorou mais de uma década para que fosse criada uma legislação de proteção à mulher em situação de violência. Aliás, isto ocorreu somente por pressões internacionais, após o país ser denunciado pela omissão no enfrentamento à violência contra a mulher, no emblemático caso “Maria da Penha”. (BRASIL, 1995; ONU MUJERES *et al.*, 2011; ONU MUJERES, 2013; 2014)

A Lei nº 11.340, conhecida como “Maria da Penha”, foi sancionada em agosto de 2006, visando maior rigor nas punições para esse tipo de crime. A introdução do texto aprovado constitui uma boa síntese da Lei:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá

37 Não possuem legislações a esse respeito: Cuba, Haiti, Paraguai e Uruguai.

38 O primeiro país a criminalizar o feminicídio na América Latina.

outras providências.

Apesar disso, somente no ano de 2015, a Lei nº 13.104³⁹ alterou o art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), no sentido de prever o feminicídio como circunstância qualificadora e modificou o art. 1º da Lei nº 8.072/90 para caracterizá-lo também como crime hediondo, tipificando-o, como sendo um assassinato que envolve violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação por razões da condição de ser mulher ou associada ao gênero (BRASIL, 2015).

Para que as mortes violentas de mulheres possam ser investigadas adequadamente e os autores dos assassinatos processados e julgados com as peculiaridades que esse tipo de crime demanda, no ano de 2014, o Escritório Regional do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), em colaboração com a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), elaborou um modelo de protocolo latino-americano para investigar mortes violentas com mulheres por razões de gênero.

O Brasil foi selecionado como o primeiro país para adaptar o referido Protocolo à realidade política, cultural, social e jurídica do país. Para tanto, no ano de 2016, foram elaboradas as “Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar, com perspectiva de gênero, as mortes violentas de mulheres (feminicídios)” (BRASIL, 2016).

A aprovação da Lei do Feminicídio no Brasil representa uma grande conquista, configurando-se como um instrumento valioso para dar visibilidade às situações de discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres que, em sua forma mais aguda, se traduz de maneira letal. Antes desse reconhecimento, não havia sequer coleta de dados para apontar o número de mortes e a impunidade passou a ser uma das marcas desse contexto. Para Tibury (2018), não é apenas a falta de castigo, inexistente uma expressa vontade política de punir os responsáveis e, de certo modo, até se protege aqueles que cometem tais crimes.

O crime “por amor” torna-se, assim, um crime “de exceção”. O homicídio passional transforma-se em homicídio privilegiado. Essa mudança mexe na tradicional alegação da legítima defesa da honra, relacionada di-

39 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm

retamente com a violação da instituição familiar. De acordo com Campos e Carvalho (2011) e Campos (2017), os fundamentos patriarcais sempre foram mantidos pela sociedade brasileira, sem grandes contestações, em razão do contrato de casamento. Não se concedia à mulher honra própria separada da honra masculina. Nos processos, a defesa tecia o argumento de que a honra do casal era uma só e quando alguma das partes, notadamente a mulher, cometia algum ato desonroso, tal ato tornava seu marido violento, levando-o a matar.

Em face disto, a erradicação da violência contra as mulheres vai além de apreciar o assunto, sob a égide dos instrumentos punitivos ou fazer reduções simplistas dos casos, tornando-os fatos isolados. Deve-se fazer um esforço concentrado para ressignificar a problemática, colocando sobre suspeita as narrativas já consolidadas pelo patriarcado (VERONESE e BERWANGER, 2014). Sobre este aspecto, Lima e Souza (2015, p. 515-516) esclarece.

O patriarcado se origina da combinação das palavras gregas *pa-ter* (pai) e *arkbe* (origem, comando). A expressão refere-se a uma forma de organização familiar e social em que um homem, o patriarca, submete os outros membros da família ao seu poder (...) caracterizado pela monogamia feminina e a patriliearidade, como resultado da adequação da organização familiar e social ao aparecimento da propriedade privada. (...) É significativo que a família patriarcal e a imagem da mulher reclusa à esfera privada e submissa ao marido persistam como modelo de relações conjugais, mesmo quando a participação das mulheres no orçamento doméstico, proporcionada pelo trabalho fora de casa, se contrapõe às figuras tradicionais do homem provedor e da mulher economicamente dependente, que caracterizam o patriarcalismo.

Tibury (2018, p. 27) acrescenta: ao definir o patriarcado como “*uma espécie de ordenamento fundamentalista, simbólico, político, econômico e jurídico, que implica que homens possam fazer o que quiserem com mulheres e nem serem culpados por seus atos*”. A Autora sinaliza, ainda, que o patriarcado possui uma estrutura de crença firmada em uma verdade absoluta, produzida na forma de discursos, eventos e rituais. Em sua base está a noção de haver

uma identidade natural entre os gêneros, a superioridade masculina e a inferioridade das mulheres.

Há de se entender, portanto, que o exercício do poder patriarcal autoriza que mulheres sejam violentadas de diversas formas diariamente, até chegar ao ato último em seus corpos e suas vidas, o feminicídio. (GOMES, 2012)

Ávila *et al* (2014), Camacho (2014) e Campos (2017) orientam sobre a necessidade de se repensar os protocolos de acolhida à Filosofia Feminista⁴⁰, diante da necessidade de se dar conta da configuração cultural de desigualdade entre homens e mulheres.

Nesse sentido, há de se promover releituras sobre a lógica patriarcal perpetuada pela colonialidade dos poderes instituídos homem/mulher nos cenários de subalternização, a partir de aportes decoloniais⁴¹. Conjuntamente, estimular processos de desconstrução da subalternização da imagem de feminilidade, incentivando questionamentos sobre os lugares ocupados na estrutura social da América Latina e do Brasil, ainda tão desiguais.

40 *“Filosofia feminista é uma forma pontual relativamente recente. (...) A filosofia feminista não estuda as mulheres como mero tema a ser compreendido. Ela não pretende recuperar traços perdidos que mostrariam o valor das mulheres no passado do pensamento. Antes, a filosofia feminista se ocupa em entender o modo como foi construída a definição de “mulher”. (...) o que a filosofia feminista se propõe é, além de ser uma forma de ética, ser também uma crítica da metafísica do patriarcado. A filosofia feminista torna-se cada vez mais uma desmontagem das categorias da dominação masculina, tais como sexo e gênero, que serviram de armadilha contra as individualidades postas sob o controle masculino em uma história que hoje pede para ser reescrita.”* (Tibury, 2015, p. 255-256).

41 Optou-se aqui pelo uso do termo “decolonial” e não “descolonial”. O conceito em inglês é *decoloniality*. Sobre esse termo existe um consenso entre os autores vinculados a essa perspectiva de estudo. Já com relação à tradução para espanhol e português não há uma posição unânime. Entretanto, prefere-se o termo decolonial para marcar uma distinção com o significado de descolonizar em seu sentido clássico. Deste modo quer salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua.

Um tipo de violência sexista motivado pela misoginia

A expressão *feminicídio* foi inserida recentemente no vocabulário jurídico e acadêmico brasileiro. É, pois, uma palavra usada na legislação de vários países no Continente Latino Americano para identificar um novo tipo penal, aquilo que está registrado na lei como um qualificador de homicídios. (PEDRO e PINSKY, 2012)

Bidaseca (2013) refere que o termo foi cunhado, em 1974, pela Escritora norte-americana Carol Orlock. Diana Russell (2006), Feminista sul-africana, utilizou a expressão *femicide* no Tribunal Internacional dos Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976, definindo o mesmo como a morte violenta de mulheres pela condição de ser mulher ou por razões associadas ao gênero, em equivalência a homicídio simples ou qualificado. Marcela Lagarde, Antropóloga Mexicana e especialista em Etnografia⁴², traduziu para *feminicide* em 2004, ao entender que essa expressão ultrapassa a definição dada anteriormente e está atrelada à ideia do genocídio⁴³ de mulheres, motivado pela misoginia, ou seja, o ódio ou aversão pelas mulheres.

O feminicídio⁴⁴ passou a ser compreendido, desde então, como crime de Estado, porque este viabiliza sua prática, por ação ou omissão, ao compactuar com a perpetuação das características patricarcais, androcêntricas e da preservação desta ordem, sendo sua responsabilidade à prevenção e proteção das mulheres em face à violência sexista, garantindo, assim, vida e liberdade. A esse respeito esclarece Puga (2015, p. 652-653).

Uma das violências que mais tem preocupado o Estado é a violência de gênero, aquela praticada por homens contr mulheres que se

42 Fundadora Associada de “La Red de Investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres”.

43 O feminicídio tem sido relacionado com os crimes contra a humanidade, os quais respeitam a mesma ideia atribuída ao genocídio, ou seja, que podem ser caracterizado independentemente de ocorrerem em contexto de guerra, porém somente são considerados quando praticados como parte de um ataque sistemático ou generalizado à uma população civil, diferentemente do que ocorre em relação ao genocídio.

44 Ambos os termos, femicídio e feminicídio são, muitas vezes, utilizados como equivalentes em que pese a tradução de Marcela Lagarde.

utilizam de força física ou de ameaças, provoca sofrimentos psicológicos, intelectuais, físicos, sexuais e morais com o objetivo de coagir, humilhar, castigar, submeter e punir. (...) O anonimato e a invisibilidade da violência de gênero foi objeto de luta dos movimentos feministas e julgamentos de organizações mundiais que queriam uma legislação apropriada contra a impunidade masculina. (...) A partir dos anos de 1990 começa a surgir uma reação a favor das mulheres que sofrem dessas agressividades em casa, nas ruas e no trabalho, e é assim que se dá a criação das Delegacias Especiais para Mulheres, SOS Mulheres, Casa Abrigo e, no ano 2000, se ganha a proteção e direito da Lei 11.340/2006, a popular lei Maria da Penha.

Contudo, não há uma preocupação estatal genuína em reverter à situação de violência contra mulheres proporcionada pelas estruturas patriarcais que a colonialidade impôs às mulheres latino-americanas. As pressões são todas elas externas, a partir de condenações simbólicas, porém cada vez mais surgem exigências advindas de narrativas de justiça de gênero, atreladas ao atendimento do capital internacional, de modo que os acordos comerciais dependem de uma erradicação ou minoração das violações de Direitos Humanos na América Latina.

Segundo Lagarde (2012, p. 216) *“El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas general prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres”*. Essa forma de assassinato não se constitui em evento isolado e tampouco inesperado e pode ocorrer em diferentes contextos: no âmbito familiar, nas relações interpessoais, por grupos armados ilegais, a mando de agentes estatais ou em espaços públicos. Faz parte de um processo contínuo, envolvendo possibilidades que levam à morte as mulheres.

Caracteriza-se, assim, como crime cometido, em geral, por maridos, parceiros ou ex, motivados por um sentimento de posse e a não aceitação do término do relacionamento ou da autonomia de escolha das mulheres. Permite-se, neste rol, abarcar os casos de desaparecimento de mulheres e incorpora também as mortes maternas, por aborto inseguro e todas as situações que indicam ação ou omissão pelo sexo da vítima. Alguns suicídios podem ser considerados feminicidas, quando praticados num contexto que configurou situação de opressão sobre a vítima.

De acordo com Spivak (2010) inclui, igualmente, práticas de terror e um vasto espectro de abusos, verbais, físicos e sexuais, exemplificados por: violação, tortura, escravidão sexual, estupro, prostituição e abuso sexual infantil intrafamiliar ou extrafamiliar, violência física ou emocional, assédio sexual por telefone, nas ruas, no trabalho e no ambiente escolar/acadêmico, diversas formas de mutilação e barbárie, operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização em virtude da criminalização do aborto, ou maternidade forçada, psicocirurgia, negação de comida, cirurgias plásticas e outras mutilações realizadas em prol do embelezamento.

Atencio (2011) elenca outros tipos de feminicídio: a) feminicídio familiar o qual é praticado por um homem com laços de parentesco; b) feminicídio infantil que seria o assassinato de meninas praticado tanto por homens quanto mulheres que tenham relação de confiança com a criança; c) feminicídio por ocupações estigmatizadas seria aquele praticado contra mulheres que trabalham na noite, em bares e casas noturnas, como bailarinas, *stripers*, garçonetes e prostitutas; d) feminicídio sexual sistêmico desorganizado envolve sequestro, tortura, violação e descarte do cadáver, sendo que os assassinos podem ser conhecidos ou desconhecidos e matam de uma só vez e em período determinado. e) feminicídio sexual sistêmico organizado também envolve sequestro, tortura, violação e descarte do cadáver, porém é praticado por redes organizadas, com métodos específicos, de forma sistemática.

A face oculta do feminicídio: uma infração contra as leis impostas pelo patriarcado⁴⁵, a partir da dominação masculina como fundamento para a construção cultural da misoginia. Diz-se da aversão, repulsão mórbida, ódio, desconfiança ou desprezo por mulheres. A misoginia pode se manifestar de várias maneiras: exclusão social, abusos e barbáries, discriminação sexual, hostilidade, isolamento ou indiferença na casa ou no ambiente de trabalho, depreciação e objetificação sexual. Ela é parte integrante do

45 Russel e Harnes (2006) comentam que o feminicídio pode ser praticado também por mulheres, quando estas agem como agentes do patriarcado, ou seja, são casos em que mulheres auxiliam homens a praticar o assassinato de outras mulheres, quando mães matam as filhas devido à preferência pelos filhos, quando as mortes resultam de mutilação genital realizadas por mulheres, quando agem como cúmplices, e, seguindo a mesma lógica, quando matam suas companheiras, namoradas, ex-namoradas, etc.

preconceito e da ideologia sexista, posta numa perspectiva essencialista e universalista como uma forma de genocídio⁴⁶. Para Segato (2010, p. 19)

Así como las características del crimen de genocidio son, por su racionalidad y sistematicidad, originarias de los tiempos modernos, los feminicidios, como prácticas casi maquinales de exterminio de las mujeres son también una invención moderna. Es la barbarie de la colonial modernidad mencionada anteriormente. Su impunidad, como he tentado argumentar en otro lugar, se encuentra vinculada a la privatización del espacio doméstico, como espacio residual, no incluido en la esfera de las cuestiones mayores, consideradas de interés público general.

A misoginia funciona como um sistema de crença que tem acompanhado o patriarcado e as sociedades dominadas pelo homem. Coloca mulheres em posições subordinadas com acesso limitado ao poder e a tomada de decisões. De acordo com Berger (2015, p. 462),

As teorias sobre o papel da mulher desenvolvidas pelos padres da Igreja a colocam como filha e herdeira de Eva, portanto fonte do pecado Original. Atuando como instrumento do Diabo, atribui-se a ela a separação entre o homem e Deus. Advoga-se um caráter maligno intrínseco a todas as mulheres e reclamam-se ações de vigilância e disciplina sobre ela. Forja-se um caráter mau do sexo feminino, o que ideologicamente torna também benefício para todos a sua submissão.

As reações de raiva e ódio produzidas pela misoginia são contra a autonomia conquistada pelas mulheres no uso de seu corpo ou quando acessam posições de autoridade, poder econômico e/ou político. Espaços, tradicionalmente ocupados pelos homens, desafiando, assim, o equilíbrio assimétrico entre masculino e feminino. A intencionalidade é sempre ferir, causar sofrimento ou até mesmo aniquilar a fêmea. Falta ao macho

46 Assassinato deliberado de pessoas motivado por diferenças étnicas, nacionais, raciais, religiosas e, por vezes, também, sociais e políticas. O objetivo final do genocídio é o extermínio de todos os indivíduos integrantes de um mesmo grupo humano específico.

agressor ‘potência’ diante de alguém que avança no desejo de obter liberdade. E, assim, ele, primitivamente, busca eliminar a ameaça causada pela fêmea para manter ou recuperar o controle sobre a ‘presa humana’.

Há reiteradas tentativas de invisibilizar as mortes, que, por consequência, sempre foram toleradas pela sociedade. Inúmeros discursos proferidos por homens e mulheres procuram criar um ambiente digamos “favorável” para abafar os casos, minimizar os atos de violência e/ou justificar a conduta dos assassinos. É comum se ouvir dizer sobre os homens: “*Coitado, Ele sempre foi um bom homem! Era calado e calmo, apesar de estranho, mas fazia tudo para a esposa! Essa pessoa que matou a gente desconhecia!*”. Já em relação às vítimas, mulheres, as conversas, em geral, possuem tom desqualificador, alto grau de perversidade e inúmeras versões negativas sobre suas vidas. Não faltam amantes nas narrativas e outros enredos, que justificariam, em tese, a valoração socialmente aceita, de que “*Essa mulher merecia mesmo é morrer*” ou “*Eu sou macho, também faria o mesmo*”.

Persistem, ainda, graves deficiências e irregularidades nas investigações judiciais destes casos, como por exemplo: a) a utilização de estereótipos pelos operadores judiciais; b) a demora no início das investigações c) a lentidão das mesmas ou inatividade nos expedientes; as negligências e irregularidades na colheita e prática das provas e na identificação das vítimas e dos responsáveis; d) a gestão das investigações por parte de autoridades que não são competentes e imparciais; e) a escassa credibilidade conferida as asserções das vítimas e seus familiares; f) o trato inadequado das vítimas e de seus familiares quando procuram colaborar na investigação dos feitos; e, g) a perda de informação.

Referências bibliográficas

ALBARRAN, Jenny. Referentes conceptuales sobre femicidio/feminicidio: su incorporación en la normativa jurídica Venezolana. *Comunidad y Salud* [online]. 2015, vol.13, n.2, pp. 75-80.

ATENCIO, Graciela. Lo que no se nombra no existe. In: **Feminicidio**: el asesinato de mujeres por ser mujeres. Graciela Atencio (Ed.). FIBGAR, Catarata, Madri, 2015. p. 17-35.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de *et al.* (org.) **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero**. Brasília: ESMPU, 2014.

BEJARANO, Cynthia. Introducción: una cartografía del feminicidio en las Américas. In: BERGER, Carlos Norberto. Misoginia. In: COLLING, Ana Maria; TODESCHI, Loandro Antonio (org.) **Dicionário crítico de gênero**. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2015, p. 461-463.

BIDASECA, Karina. Feminicidio y políticas de la memoria. Exhalaciones sobre la abyección de la violencia contra las mujeres. In: **Hegemonía cultural y políticas de la diferencia**: CLACSO, Buenos Aires, 2013.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. Editora 34: São Paulo, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. **Diretrizes Nacionais Feminicídio: Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres**. Brasília: ONU Mulheres; Ministério da Mulher, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos/ Secretaria de Políticas para as Mulheres; Ministério da Justiça/ Secretaria Nacional de Segurança Pública, abril/2016.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 10 de maio de 2018.

- BRAZÃO, Analba; OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Violência contra as mulheres - Uma história contada em décadas de lutas**. Coletânea Cidadania e Feminismo. CFMEA: Brasília-DF, 2010.
- CAMACHO, Marcela Fernández. Feminismo Descolonial. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo; SÁNCHEZ, Urenda Queletzú Navarro; BUSTAMANTE, Guillermo Luévano. (Coords.) **Feminismos y Derecho: diversas perspectivas del derecho, del género y la igualdad**. México: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2014.
- CAMPOS, Carmen Hein **Criminologia Feminista: Teoria feminista e crítica às criminologias**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. f. 143-169
- COMPROMISSO E ATITUDE. **Legislações da América Latina que penalizam o feminicídio**. 2015. Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-femicidio/>>. Acesso em 31 de outubro de 2015.
- GARITA, Ana Isabel Vílchez. **La regulación del delito de femicidio/femicidio en América Latina**. Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres: Panamá, 2013.
- GOMES, Renata Raupp. Os novos direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.71-97.

- LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. In.: BULLEN, Margaret. MINTEGUI, Carmen Diez. (Coords.) **Retos Teóricos y Nuevas Prácticas**. Universidad Autónoma de México (UNAM): 2012.
- LIMA, Lana Lage da Gama; SOUZA, Suellen André de. Patriarcado. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (org.). **Dicionário de gênero**. Dourados, MS; Ed.UFGD, 2015, p. 515-516.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.
- _____. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)**. 1979.
- ONU MUJERES *et al.* **Feminicidio en México: Aproximación, Tendencias y Cambios 1985-2009**. Ciudad de México, México. 2011.
- ONU MUJERES. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Informação de Referência. **Mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)**. 2013.
- ONU MULHERES. **Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídio/feminicídios)**. Brasil: 2014.
- PEDRO, Joana Maria; PINSKY, Carla Bassanezi. In: **Nova história das mulheres no Brasil**. Editora Contexto: São Paulo, 2012.
- PUGA, Vera Lúcia. Violência de gênero/Intolerância. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (org.). **Dicionário de gênero**. Dourados, MS; Ed.UFGD, 2015, p 652-653.
- RUSSEL, Diana; HARMES, Roberta. **Feminicidio. Una perspectiva global**. Diversidad Feminista. CEIICH/UNAM: Cidade do México, 2006.

SEGATO, Rita Laura. *Que és un feminicídio? Notas para debate emergente*. Brasília: UnB, 2006.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Trad.: Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

TIBURI, Márcia. **Feminismos em comum:** para todas, todes e todos. RJ: Rosa dos Ventos, 2018.

____. Filosofia Feminista. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Lo-sandro Antonio (org.). **Dicionário de gênero**. Dourados, MS; Ed.UFGD, 2015, p. 255-256.

VERONESE, Osmar e BERWANDER, Jane Lucia Wilhelm. **Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

AS PESQUISAS BASEADAS NO CONCEITO DE BIORREFLEXIVIDADE NARRATIVA E OS ESTUDOS SOBRE A INVISIBILIDADE DAS MULHERES

Sandra Vidal Nogueira

Osmar Veronese

Introdução

As pesquisas científicas baseadas no conceito de biorreflexividade narrativa têm apresentado contribuições férteis para desvelar os processos que produzem e reproduzem a subordinação de gênero, no tratamento das questões sobre as mulheres. Fazem parte desse universo de análise os estudos que tangenciam: a) as categorias cognitivas da prática e historicidade; b) o sistema pessoal de produção de saberes; c) os discursos psicanalíticos; d) a questão hermenêutica; e) e, as implicações sociais e epistemológicas do método. Por meio deles é possível identificar como essas relações se organizam e se sustentam, além de entender, algumas de suas consequências para as mulheres no mundo do trabalho e na produção da pobreza (JOSSO, 2010; NOGUEIRA, 2015).

O conceito de biorreflexividade narrativa está situado no referente epistemológico⁴⁷ da lógica do sensível, a partir da experiência das escri-

47 O referente epistemológico parte do pressuposto de que todo conhecimento é contingente, situado e temporal e que a produção de conhecimento se constitui sob determinadas relações de poder. A palavra epistemologia é usada aqui para designar mais os conteúdos criados, do que propriamente os mecanismos físicos e psíquicos que são condições neces-

tas de si. Pautado em movimentos socioeducativos de “Histórias de vida em formação”, estimula escutas abertas e polifônicas, alicerçado na ideia de ressignificação das experiências cotidianas. Daí, ao fazer narrativas das cenas de sua própria história, que se configuram como algo sempre particular, contingente, aberto e quiçá inesgotável, a pessoa procura dar sentido às suas experiências e, nesse percurso, constrói outras representações sobre si mesma.

A preocupação com essa temática teve início nos anos 1980. Os pioneiros mais conhecidos na literatura especializada brasileira são Gaston Pineau (França e Canadá), Pierre Dominicé, Matthias Finger, Marie Christine Josso (Suíça), Guy de Villers (Bélgica), António Nóvoa (Portugal). No Brasil, as pesquisas com fontes autobiográficas têm se voltado mais para as questões identitárias, notadamente, na formação ao Magistério.

Nessa direção, evidencia-se a eclosão da existência do que se pode denominar de sujeito social aprendiz, baseado em três possíveis modelos: o biográfico, o autobiográfico e o interativo ou dialógico.

Esse sobrevôo contemporâneo de produções e criações institucionais, representando as histórias de vida em formação, pleiteia, por sua interpretação como indicadoras da gênese de uma corrente de pesquisa-ação-formação existencial, mais do que a de uma simples técnica pedagógica nova. Novas técnicas e abordagens metodológicas, biográficas e autobiográficas aparecem, mas trabalhadas por questões de fundo axiológicas, epistemológicas e éticas. Quem faz a história de vida de quem? Por quê? Para quê? Com o quê? Quando? Até onde? Em função de que regras e de quais saberes? (PINEAU, 2006, p. 336).

Apesar dos avanços conquistados, ainda são raros os trabalhos que investigam a ressignificação da experiência no ato de narrar a própria vida, como forma de partilhar inquietações sobre o lugar central de uma epistemologia da experiência nas escritas de si e nos contextos da formação e transformação das pessoas e suas comunidades. Caberia então indagar

sárias para que conheçamos algo. A epistemologia se reveste, assim, de um caráter político e ético a partir do qual se pode exercer a crítica das produções das diversas epistemologias. (GADAMER, 1997)

sobre a pertinência investigativa desse conceito aplicado aos estudos que buscam desvelar o feminino invisível e por vezes silenciado.

Igualdade de gênero e empoderamento de mulheres

O gênero se refere, basicamente, aos aspectos de tudo aquilo que é vivenciado, gestual, corporal, culturalmente mediado e historicamente constituído na sociedade. Diz respeito, em última análise, às qualidades e características que pessoas e grupos atribuem a cada sexo, representando uma maneira particular de se referir às origens, exclusivamente sociais, das identidades subjetivas de homens e mulheres, tornando-se, assim, uma ferramenta poderosa nas mais variadas “construções sociais” (FAO, 2009).

Ferraro (2010) reforça a tese, de que, ampliar o conceito de gênero significa ir além da percepção de que este seja apenas a consideração dos papéis socialmente atribuídos para mulheres e homens. Existe uma vinculação direta entre gênero, raça e classe, portanto, não se pode associar o feminismo como sendo um movimento pela igualdade, mas de modo essencial, uma luta contra todo tipo de opressão, força esta que não está condicionada exclusivamente ao sexismo. Para Chanter (2011, p. 16),

Torna-se claro então que um pressuposto implícito engastado na ideia de que as feministas devem lutar pela igualdade com os homens é o de que as mulheres buscam igualdade com os homens privilegiados. Já que o privilégio se manifesta de modos que tipicamente beneficiam identidades brancas, de classe média e heterossexuais, definir o feminismo em termos de igualdade é, para todos os efeitos, engastar na definição de feminismo hipóteses de privilégio que desde o começo enviesaram tal definição.

Recorrendo ao pensamento de dois ícones acadêmicos sobre questões feministas, Badinter (1986) e Scott (1990; 1994), o mais importante é o reconhecimento de que homens e mulheres possam ser compreendidos de forma relacional, visto que há ditames clássicos e de natureza cultural, em função dos quais os sujeitos constroem a si mesmos, apropriando-se de códigos de gênero geograficamente situados e, às vezes, reinventando ou subvertendo tais códigos.

Rezende e Coelho (2010) destacam que os conhecimentos e noções concernentes às mulheres focaram-se nas diferenças físicas e biológicas entre elas e os homens, reconhecendo nessas diferenças, físicas e biológicas, uma condição de inferioridade feminina (mais frágeis, mais fracas, menos aptas as atividades racionais), legitimando situações de desigualdade e de dependência frente aos homens, fossem eles pais, irmãos, maridos ou filhos.

Cada sexo tem suas funções, suas tarefas, seus espaços, seu lugar e posição quase predeterminados, de modo que, persistem fortes demarcações históricas de papéis e poderes existentes, nas interfaces de masculino e feminino⁴⁸. Via de regra, há de se considerar, que a atuação das mulheres sempre esteve muito restrita à esfera da vida privada, voltada para as atividades doméstica, de produção de valores para usos direcionados à família e da própria reprodução da espécie, além das tarefas atinentes às funções de cuidadora de crianças, velhos e incapazes⁴⁹. Segundo Aboim (2012, p. 99)

Certamente, essa realidade mudou ao longo do século XX. Alterou-se profundamente a ordem de gênero, alteraram-se igualmente as divisões claras (se é que algum dia o foram) entre público e privado, tal como tinham sido delineadas a partir do século XVIII com a emergência da modernidade. Estamos hoje longe da colagem linear entre homens e espaço público, mulheres e espaço privado. No mundo ocidental, o sistema patriarcal, que o ideal de

48 Pensando, de modo particular, no mundo Ocidental, com predominância judaico-cristã, os princípios apregoados, tanto no Antigo como no Novo Testamento, destacam o homem como “cabeça” da família e o responsável pelo governo da casa. Assim, a religião cumpre a função de legitimação da ordem social e as pessoas contam com ela para que lhes forneça justificativas de existir em uma posição social determinada a ser cumprida em razão da obediência ao dogma cristão (BOURDIEU, 1999).

49 A consolidação do capitalismo moderno, aliado ao incremento da vida urbana, com novas formas de vida social e a ascensão das mentalidades burguesas, inicia um acelerado movimento de liberação feminina, ao passo que dissolve a família proletária e coloca as mulheres no mercado de trabalho, retirando-as do espaço privado da família, reorganizando as vivências familiares e domésticas, bem como o tempo e as atividades femininas. O trabalho assalariado exerce a função de mola propulsora do processo de autonomia das mulheres, de modo que não é o direito e sim a economia, a base da emancipação feminina e da nova estrutura familiar.

família burguesa tão bem reproduzia, não tem cessado de sofrer reveses, à medida que mulheres e homens derrubam fronteiras e alcançam conquistas em espaços que antes, pelo menos idealmente, lhes pareciam vedados. A ordem de gênero tradicional encontra-se profundamente alterada nesta primeira década do século XXI. Progressivamente, foram legitimados os direitos sociais das mulheres na esfera pública, decaindo também a imagem social do homem como provedor e figura de autoridade. Ao mesmo tempo, como frequentemente se argumenta, descerrava-se uma vida privada menos regulada por instâncias exteriores e vista como mais centrada no bem-estar individual e nos afetos do que na reprodução da família.

Da leitura esclarecedora de Aboim, fica claro que, no meio do caminho para a expansão das ideias e práticas sobre a trajetória a ser percorrida pela condição feminina na história da humanidade encontram-se traços marcados pelas convenções sociais, tradição masculina e imaginário coletivo, mais do que os aspectos atrelados à sua natureza, biologia ou fisiologia. Sobre o assunto, Chanter (2011, p. 12) Acrescenta: “*Os construtos ideológicos surgem, ganham prevalência e legitimidade e passam a parecer naturais. O sexo então passa a representar, depois do fato, o “fundamento” do gênero, ainda que seu papel fundamental seja um papel que derive de um consenso social sobre o que o sexo deva ser.*”

Para Vianna, Carvalho, Schilling e Moreira (2011), apesar de tudo isso, não se pode deixar de considerar que as mulheres já são mais da metade da população brasileira e cada vez mais decisiva na economia e na política do país. Assumem, também, papel de destaque nos municípios. São elas as beneficiárias diretas dos principais programas sociais do governo federal: Bolsa Família e Minha Casa, Minha Vida. Paulatinamente, as mulheres estão sendo incluídas em atividades centrais e ganhando legitimidade na conquista dos direitos adquiridos, tais como: autodeterminação; assumir um papel ativo na política, no governo e nas lideranças; representação política; educação; propriedade legal e transmitir uma herança. Portanto, investir em mulheres é ter retorno seguro quanto aos resultados das políticas públicas, que vão incluir pessoas, transformar comunidades e mudar a história de municípios e regiões.

Segundo Carvalho (2011), a igualdade de gênero tem um papel imprescindível no quadro apresentado, como instrumento de desenvolvimento, visto que, ela pode aumentar a eficiência econômica e melhorar resultados de crescimento, removendo as barreiras que impossibilitam, principalmente às mulheres de ter o mesmo acesso que os homens têm à educação, oportunidades econômicas e insumos produtivos, dentre outros.

A igualdade de gênero foi reconhecida como um direito humano desde o estabelecimento das Nações Unidas. A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e os pactos internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (ICCPR) e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR), de 1976, todos contêm claras declarações sobre o direito das mulheres de serem livres de discriminação. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia Geral em 1979, obriga os signatários a promover ações que assegurem igualdade de gênero em ambas, a esfera pública e privada, e a eliminar ideias tradicionais estereotipadas sobre os papéis dos sexos (UNIFREM, 2011). De maneira relevante, os governos, na Conferência Mundial da Mulher de 1995, em Beijing, delinearum um conjunto de ações específicas para atingir os padrões de igualdade e empoderamento definidos pela CEDAW, na Plataforma de Ação de Beijing⁵⁰.

Os efeitos multiplicadores da perspectiva política atribuída à igualdade de gênero têm sido cada vez mais reconhecidos em várias esferas da vida pública. O 3º. Objetivo de Desenvolvimento do Milênio é promover a igualdade de gênero e empoderamento das mulheres. Ele é apenas um dos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs), extraídos da Declaração do Milênio, que foi adotada por 189 Governos em 2000⁵¹.

A Declaração do Milênio reafirma o papel central da igualdade de gênero, dentro da perspectiva da Quarta Conferência Mundial da ONU

50 Para mais informações sobre os instrumentos legais e outros padrões internacionais relevantes, de particular importância para os direitos humanos das mulheres e a igualdade de gênero, incluindo a CEDAW e outros instrumentos de acordo, consultar: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/plat1.htm>

51 Os ODMs abordam os grandes desafios ao desenvolvimento mundial e estabelecem prazos e metas mensuráveis, acompanhadas por indicadores de monitoramento de progresso, com uma data limite de alcance para 2015. Para aprofundar estudos sobre o tema, consultar: <http://www.portalodm.com.br>

sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, e de outras importantes conferências internacionais, como as Conferências sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 1992), Direitos Humanos (Viena, 1993), População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), a Cúpula para o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995) e a Conferência sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1996). Essas conferências mundiais, organizadas pela ONU na década de 90, deram um impulso para que a comunidade internacional, reunida na Cúpula do Milênio, em 2000, acordasse os passos necessários para reduzir a pobreza e alcançar o desenvolvimento sustentável (UNIFREM 2011).

Em se tratando dos princípios de empoderamento das mulheres, de maneira específica e abaixo identificados, há se de destacar, que os mesmos, forjados através de processo consultivo internacional que incluiu múltiplas partes interessadas, conduzido pelo Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento das Mulheres (UNIFREM) e Pacto Global das Nações (UNGC)⁵², fornecem uma salutar “lente de gênero” para fomentar ações de responsabilidade corporativa, diversidade e inclusão e participação plena das mulheres em todo o setor privado. São eles:

1. Estabelecer liderança corporativa sensível à igualdade de gênero, no mais alto nível.
2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação.
3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as mulheres e homens que trabalham na empresa.
4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional para as mulheres.
5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de suprimentos e marketing.
6. Promover a igualdade de gênero através de iniciativas voltadas à comunidade e ao ativismo social.
7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero (UNIFREM, 2011, p.1).

52 Fundado em 2000, o Pacto Global das Nações Unidas é uma iniciativa de política estratégica para os negócios que estão comprometidos em alinhar suas operações e estratégias com dez princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção. Para outros esclarecimentos, veja: www.unglobalcompact.org

Os conceitos de empoderamento e fortalecimento das comunidades locais e regionais são essenciais para a compreensão do desenvolvimento social, nos níveis micro e macro. Assim, contempla valores como autonomia, democracia, dignidade da pessoa humana, solidariedade, equidade e respeito ao meio-ambiente. Para o Banco Mundial (2012), o desafio principal reside na possibilidade de empoderar cada vez maior das pessoas, na perspectiva de ampliar suas reais condições de cidadania⁵³. Isto implica dizer, que tanto mulheres como homens, possam assumir o controle das suas vidas: definir os seus objetivos, adquirir competências e habilidades, aumentar a autoconfiança, resolver problemas, encontrar outras alternativas para geração de emprego e renda, desenvolvendo a sua própria sustentabilidade. É, simultaneamente, um processo e um resultado.

Estudos continuam a demonstrar que a redução das barreiras sociais, econômicas e políticas enfrentadas pelas mulheres e meninas amplia a educação, reduz, dentre outros fatores, a mortalidade infantil e a vulnerabilidade ao HIV e AIDS. A maior participação das mulheres na força de trabalho reduz igualmente a pobreza, através de aumento de produtividade e dos ganhos efetivos.

Inversamente, a discriminação sistemática contra as mulheres e meninas tornará impossível para muitos atingir as metas de redução de pobreza e outros Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Os ODMs abordam os maiores desafios ao desenvolvimento mundial e estabelecem prazos e metas mensuráveis, acompanhadas por indicadores de monitoramento de progresso, com uma data limite de alcance para 2015. A preocupação crescente com o fato de que os ODMs não serão atingidos vem acompanhada de reconhecimento cada vez maior de que o alcance da igualdade de gênero é crítico para o alcance de todos os outros ODMs.

Não se pode negar os avanços do Brasil em alguns dos ODMs, incluindo o alívio da fome e da pobreza, o ensino básico universal, o combate ao HIV/aids e a sustentabilidade ambiental, entretanto, o país, ainda, fica para trás em relação a uma das metas cruciais, ou seja, o empodera-

53 Em 2000, o Brasil foi um dos 155 governos signatários da *Declaração de Jomtien*, elaborada na Conferência Mundial de Educação para Todos (Tailândia) e ratificada na Cúpula Mundial Educação para Todos, em Dacar (Senegal). A terceira meta do Projeto Milênio refere-se a promoção da igualdade de gênero e ao *empoderamento* das mulheres, prevista como medida necessária para a melhoria das condições de vida pela ONU.

mento de gênero. No universo de abrangência geopolítico brasileiro, as mulheres continuam tendo escassa representação nos postos de tomada de decisões no país. Embora representem cerca de 52% dos eleitores brasileiros, as mulheres só têm representação de 10% no Poder Legislativo. E apenas dez dos 38 ministérios são encabeçados por mulheres. (DIESSE/MDA/NEAD, 2001; IBGE, 2012)

De acordo com Barnsted e Pitanguy (2011), o uso do “gênero” reitera, assim, a ênfase sobre todo um sistema de relações políticas e sociais que pode incluir o sexo, contudo, não é diretamente determinado pelo sexo e nem determina diretamente a sexualidade das pessoas.

Deve-se, assim, entender a importância de empoderar as mulheres, como forma de que elas participem integralmente, em todos os setores da vida social e em todos os níveis de atividade política é, pois, fundamental para construir economias fortes, estabelecer sociedades mais estáveis e justas, atingir os objetivos de desenvolvimento, sustentabilidade e direitos humanos internacionalmente reconhecidos, melhorar a qualidade de vida para as mulheres, homens, famílias e comunidades e impulsionar as operações e as metas dos negócios.

Conclusão

Os processos de redemocratização da sociedade brasileira, desencadeados a partir de meados dos anos 1980, possibilitaram um cenário de abertura política no país, com forte presença dos movimentos sociais e particularmente das frentes em defesa das mulheres na cena cotidiana, ocupando lugar de destaque na vida das cidades, instituições e comunidades.

Nessa época, os estudos sobre gênero conquistaram o status de campo de investigação científica no Brasil, em decorrência, principalmente, do fortalecimento do movimento feminista, nos planos nacional e internacional, fruto dos debates advindos a emergência dos direitos sociais, após a promulgação da Constituição de 1988. (BUTLER, 2010).

De acordo com Aboim (2012), dentre outros, há consenso na ideia de que, o avanço na produção acadêmica acerca do tema⁵⁴ e a emergência de novos fundamentos teóricos e metodológicos para interpretar a histórica

54 Para Vianna, Carvalho, Schilling e Moreira (2011, p. 526) *“Esta tarefa e particularmente difícil em temáticas multidisciplinares como os estudos de gênero e de sexualidade, disper-*

discriminação das mulheres têm contribuído sobremaneira para reavaliar seus poderes políticos e sociais, visando à superação do discurso da opressão, por meio da afirmação de sociabilidades distintas e ao mesmo tempo singulares⁵⁵.

Tomando por base uma referência analítica para conceituar a noção de gênero, observa-se o fato dela se constituir, em essência, num contínuo de elaborações e reelaborações, de cunho histórico e político, do feminino e do masculino nas relações vividas entre os sexos, com expressiva assimetria⁵⁶. Para Chanter (2011, p. 17),

As mulheres têm sido tentadas a permitir que os homens tomem as decisões éticas importantes em seus nomes. Se nos recusamos a assumir a responsabilidade por nossa própria liberdade, preferindo aquiescer à vontade de outras pessoas e optando por desistir de ser os autores de nossas próprias vidas, condenamo-nos ao status de coisa.

Apesar das mudanças sociais, econômicas e culturais nas sociedades contemporânea e principalmente na geopolítica brasileira, em pleno século XX, homens e mulheres ainda permanecem em situações desiguais, nas várias esferas da vida social, relacionadas com a divisão sexual do trabalho⁵⁷.

... entre diferentes áreas do conhecimento que raramente dialogam entre si”.

55 Os estudos de Vianna, Carvalho, Schilling e Moreira (2011, p. 532) identificam que, “A única rede de descritores e informações bibliográficas no campo dos estudos de gênero é o *Tesouro para Estudos de Gênero e sobre mulheres - TEG (1998)*, principal referência para a busca de indicadores de gênero no país”.

56 O pensamento de Beauvoir (1980a/b) sobre o assunto é basilar, abrindo caminhos como matriz conceitual para todo o desenrolar das contribuições dadas pelos movimentos feministas e da própria produção acadêmica na área.

57 O uso da terminologia “*divisão sexual do trabalho*” amplia a possibilidade de análise na direção da própria subestimação das atividades realizadas pelas mulheres nos contextos familiares, contribuindo sobremaneira para a percepção da enorme invisibilidade em que se encontra o trabalho feminino. Apesar disto, mostra-se necessário ir além, como forma de introduzir interpretações pontuais sobre outras dimensões igualmente relevantes, como por exemplo, as questões de classe social, de raça/cor e etnia, corte geracional, dos direitos

Existem, portanto, elos de ligação entre linguagem, reflexividade e consciência histórica, numa relação dialética entre a reinvenção de si e a ressignificação da própria experiência. Essas correntes multidimensionais que se forma, remete a proliferação de alguns neologismos que acionam o termo grego *bio* como prefixo — biografização, biocognitivo, bioético e biopolítico — ao representarem um importante indicador linguístico da construção de novos espaços conceituais para o trabalho com o inédito dos problemas vitais.

Desse ponto de vista, segundo Beltrão (2009) e Louro (2010), não se pode negar que uma das maiores barreiras para a emergência na melhoria do indicadores de ampliação do capital social nas nações é a negação dos direitos humanos básicos a uma parte significativa da população, e isso se aplica genericamente às mulheres.

Nesse sentido, ao abordar as questões de gênero focaliza-se a emergência de uma forma mais consistente, ou seja, transversal e multidisciplinar, de analisar os papéis sociais das mulheres e homens na sociedade, apreendendo as desigualdades e, aprimorando, como um de seus componentes analíticos centrais, a assimetria de poderes estabelecidos no entorno social (BARDIN, 1997; BERSNTEIN, 1996; MAINGUENEAU, 1998; FRANCO, 2003; SOUSA, 2008).

Referências bibliográficas

- ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. Florianópolis: **Revista Estudos Feministas**. [online]. 2012, vol.20, n.1, pp. 95-117.
- BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro**: relações entre homens e mulheres. Trad. Carlota Gomes. 5ª Ed., RJ: Editora Nova Fronteira. 1986.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa, Edição 70, 1977.
- BARNSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline. (org.). **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

- BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo. 1. Fatos e mitos.** Trad. Sérgio Milliet. 4ª Ed., RJ: Editora Nova Fronteira, 1980a.
- BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo. 2. A experiência vivida.** Trad. Sérgio Milliet. 2ª Ed., RJ: Editora Nova Fronteira, 1980b.
- BELTRÃO, Kaizô Iwakami & ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX. *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, pp. 125-156, 2009.
- BERNSTEIN, Basil. **A estruturação do discurso pedagógico:** classe, códigos e controle. Petrópolis: Vozes, 1996
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999.
- BUTLER, Judith _____. *Problemas de gênero:* feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 3ª ed., 2010.
- CARVALHO, Marília. O conceito de gênero: uma leitura com base nos trabalhos do GT Sociologia da Educação da ANPED (1999-2009). *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 46, 2011.
- CHANTER, Tina. **Gênero:** conceitos-chaves em Filosofia. Trad. Vinícius Figueira. Porto Alegre: ArtMed, 2011.
- DIEESE/MDA/NEAD. **Estatísticas do meio rural 2010-2011.** 4. ed. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos; Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural; Ministério do Desenvolvimento Agrário. São Paulo, 2011.
- FERRARO, Alceu. Escolarização no Brasil: articulando as perspectivas de gênero, raça e classe social. *Educação e Pesquisa*, v. 36, n. 2, pp. 505-526, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. RJ. Vozes, 1997.
- IBGE. **Censo Demográfico 2010.** Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/index.php> Acesso em 28/10/2019.

- JOSSO, Marie-Christine. **Experiência de vida e formação**. Natal: EDUFRN; São Paulo: Paulus, 2010.
- NOGUEIRA, Sandra Vidal. Biorreflexividade narrativa. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (org.). *Dicionário de gênero*. Dourados, MS; Ed.UFGD, 2015a, p.75-77.
- PINEAU, Gaston. As histórias de vida em formação: gênese de uma corrente de pesquisa-ação-formação existencial. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.32, n.2, p. 329-343, maio/ago. 2006.
- REZENDE, Claudia Barcellos; COELHO, Maria Claudia. **Antropologia das emoções**. RJ. Editora FGV, 2010.
- SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Sociedade*, Porto Alegre, 16(2): 5-22, jul./dez. 1990.
- SOUSA, Elizeu Clementino de. (Auto)Biografias, identidades e alteridade. Modos de narração, escritas de si e práticas de formação na pós-graduação. **Revista Fórum Identidades** ano 02, vol.04, jul. dez 2008, p, 37-50.
- UNIFREM. **Princípio de empoderamento das mulheres**: igualdade significa negócios. Genebra: UNIFREM/ONU, 2011. Disponível em: <http://www.unifem.org.br/>. Acesso em 28/10/10112.
- VIANNA, Cláudia; CARVALHO, Marília; SCHILLING, Flávia & MOREIRA, Maria de Fátima. Gênero, sexualidade e educação formal no Brasil: uma análise preliminar da produção acadêmica entre 1990 e 2006. **Educação & Sociedade**, v. 32, n. 115, pp. 525-545, 2011.

ANÁLISE PRELIMINAR DO PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA BARRAGEM DE REJEITOS NO LEITO DO RIO PEDRA DE FERRO LOCALIZADO ENTRE OS MUNICÍPIOS DE CAETITÉ E PINDAÍBA

Janete Souza Carvalho

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem vivenciado em sua história de desastres ambientais as maiores tragédias relacionadas ao rompimento de barragens de rejeitos de minérios, como pode ser constatado com os episódios ocorridos no Município de Mariana\MG (2015) com a barragem de rejeitos de minério de fundão pertencente a empresa Samarco e recentemente no Município de Brumadinho\MG (2019), com a barragem de rejeitos da mina Córrego do Feijão associada a empresa Vale S.A (BRIZA, 2019)

Nesse contexto, observa-se que apesar da grande quantidade de preceitos legais relacionadas ao direito ambiental não apenas no cenário jurídico brasileiro como também em âmbito internacional, vislumbra-se, que tem emergido de maneira incessante os problemas colacionados ao setor de extração de minérios principalmente no que cerne ao rompimento de barragens de contenções, que acabam por ocasionar graves problemas socioambientais, demonstrando assim, grande fragilidade no processo de licenciamento ambiental das empresas mineradoras (STIVAL; SILVA, 2018).

Frente as contingências acima tratada, é de salutar importância trazer à baila uma abordagem acerca do Projeto Mina de Ferro, da empresa mineradora BAMIN, que tem por finalidade a extração do Minério de Ferro no Município de Caetité, e com data definida de início da instalação da barragem de rejeitos de minério no Rio Pedra de Ferro, situado no Município de Pindaí\BA divisa com o Município de Caetité\BA, assim, importa enfatizar que com a implantação do Projeto Pedra de Ferro, tem-se que o estado da Bahia ocupará a terceira posição como maior produtor de minério de ferro no Brasil (BAMIN, 2018)

Contudo, apesar do desenvolvimento econômico tão almejado com o Projeto Pedra de Ferro, vislumbra-se, que tem causado insegurança na população local, devido o local escolhido para a instalação da barragem de rejeitos, levantando que, o local indicado para a construção, está localizado em meio a 26 nascentes que abastecem o Município de Pindaí\BA, bem como, verifica-se, que caso seja implantada e ocorra um possível rompimento afetará diversos moradores do município supra, bem como poderá atingir diretamente o Município de Guanambi\BA, tendo em vista que o único reservatório de água potável do mesmo está na rota de escoamento dos rejeitos, dentre outros danos (VILASBOAS, 2009).

Como já mencionado acima, a intensificação dos desastres envolvendo o rompimento de barragens de rejeitos de minérios, e consequentemente a provocação de diversos danos nas áreas econômica, social e ambiental, contribuiu de forma contundente para o aumento da sensação de insegurança dos moradores não apenas do Municípios de Pindaí e Guanambi\BA, mas também da população local que teme uma tragédia caso ocorra um possível rompimento da barragem de rejeitos de minérios a ser construída no Leito do Rio Pedra de Ferro (BRITO, SAMPAIO e SILVA, 2019)

Nesse contexto é válido destacar, que o local selecionado para a construção da barragem de rejeitos de minério que é o Leito do Rio Pedra de Ferro, está localizado em meio a áreas de nascentes, sendo essas de extrema importância para os municípios circunvizinhos e principalmente para as comunidades locais, que utilizam dessa fonte hídrica para o abastecimento (VILASBOAS, 2009).

Assim, diante do exposto acima, e entendida a delimitação do tema, a presente pesquisa apresenta a seguinte problemática: quais os possíveis

impactos socioambientais podem advir com o processo de instalação da Barragem de Rejeitos de Minério a ser construída no Leito do Rio Pedra de Ferro, localizado entre os Municípios Baianos de Caetité e Pindaí?

Assim, importa dizer que a presente pesquisa se justifica pela atualidade, bem como, pela insuficiente abordagem acadêmica do assunto, permitindo de tal maneira, que com a elaboração do hodierno estudo, o mesmo possa contribuir, tanto na seara acadêmica, como também para a sociedade civil e o meio ambiente que serão diretamente impactados com tais construções, portanto, insta esclarecer que a pesquisa não tem por fim precípua a exaustão do tema abordado, mas submete-se a uma primeira análise de toda situação ensejada.

Nessa perspectiva, o objetivo geral que tenderá a ser galgado nesse trabalho, será o de analisar o processo de instalação da Barragem de contenção de rejeitos da Mina Pedra de Ferro a ser construída no Leito do Rio Pedra de Ferro, localizado na divisa do Municípios de Caetité\BA e Pindaí\BA.

E apresenta especificamente, o objetivo de descrever acerca do Extração de Minérios no Brasil; Discorrer sobre o Projeto Pedra de Ferro com ênfase na pretensa instalação da Barragem de rejeitos no Leito do Rio Pedra de Ferro, localizado entre os Municípios de Caetité\BA e Pindaí\BA; Avaliar os possíveis impactos socioambientais da instalação da barragem de rejeitos no Leito do Rio Pedra de Ferro, localizada entre os municípios de Caetité\BA e Pindaí\BA; Inferir sobre o papel da Justiça Ambiental nos conflitos socioambientais advindos da construção de barragens de rejeitos.

Outrossim, a metodologia adota consistiu na aplicação do método dedutivo partindo de premissas gerais e descendo ao particular, nessa toada, para atingir os objetivos propostos foi realizado o levantamento teórico bibliográfico de obras contemporâneas, assim como, a pesquisa teve por técnica a observação direta, baseando-se no estudo documental e de campo, através do qual, teve as seguintes fases procedimentais: a *priori* fez-se, o recorte espacial da área de estudo, sendo o objeto de análise o local adotado para a implantação da barragem de rejeitos que será no leito do Rio Pedra de ferro e a partir dos dados coletados realizou-se a sistematização das informações obtidas.

Por fim, são expostas as principais considerações acerca dos pontos evidenciados no decorrer da pesquisa, afim de apresentar um estudo crítico acerca da implantação do Projeto Mina Pedra de Ferro nos Municípios

de Caetit  e Pinda \BA e os possíveis impactos no meio socioambiental da constru o da barragem de rejeitos no Leito do Rio Pedra de Ferro.

2 EXTRA O DE MINÉRIO NO BRASIL

  s bido que a minera o sempre esteve presente na história brasileira, tendo contribuído de forma significativa para a constru o do País, e, entre os anos de 1500 a 1989 as atividades minerárias mais importantes concentraram-se, na extra o de ferro, ouro e diamante e atualmente as extra oes com maior ênfase são: ferro, petróleo, carvão, alumínio, ouro, dentre outras (MENEZES; SOUZA, 1995).

Destarte, sobreleva notar, que a economia brasileira atual também guarda profunda rela o com a atividade de extra o de minério, sendo está, uma das principais atividades econômicas do País, e, diante de tal cenário, marca de maneira contundente o desenvolvimento econ mico do mesmo, levando o Brasil a se destacar no cenário mundial da atividade extrativa de minério (SOUZA JÚNIOR, MOREIRA, HEINECK, 2018).

Com efeito, convém destacar que a extra o de minérios resulta uma produ o volumosa de resíduos sólidos, destacando-se, os estéreis produzidos em virtude da extra o do minério e os rejeitos que adv m das usinas de beneficiamento\tratamento, sendo os mesmos descartados pelas mineradoras devido   ausência de interesse econ mico (IBRAM, 2016).

No tocante aos resíduos sólidos produzidos pelas mineradoras, cuida a presente pesquisa de analisar apenas a disposi o de rejeitos. Assim, acerca do termo rejeitos, dispõe Curi, (2017, p.33):

Rejeitos são materiais sem valor econ mico oriundos do processo de tratamento de minérios. Em geral, exibem granulometria arenosa ou argilosa como resultado dos processos de britagem e moagem para a libera o das partículas de minério. Em muitas minas, os rejeitos são dispostos em barramentos de conten o de rejeitos, sendo transportados das usinas de tratamento de minério na forma de polpas (uma mistura de sólidos +  gua). Essas usinas de tratamento de minério são instala oes industriais onde os minérios provenientes da minas são britados, cominuídos e concentrados. Nas usinas, os minérios podem ser concentrados por processos

gravimétricos, que se valem das diferenças de densidade entre os minerais; químicos, em que os minérios são solubilizados por lixiviação ácida e depois precipitados; ou físico-químicos, tais como os processos de flotação de certos minérios de ferro.

Frente ao exposto, percebe-se, que para o descarte do rejeitos de minérios é necessário que se torne viável a construção de barramentos de contenção, sendo assim, uma alternativa de armazenamento desses materiais se dá através da instalação de barragens de rejeitos pelas empresas mineradoras, entretanto, é necessário salientar, que tais reservatórios de contenção, devem ser erigidos com os devidos cuidados de segurança, pois representam um eminente risco socioambiental (THOMÉ; PASSINI, 2018).

Nesse contexto, verifica-se, que tão importante como o acompanhamento do processo de instalação de barragens de rejeitos, também se mostram adequadas e necessárias a supervisão pós construção, devido aos graves danos que podem ser causados ao meio social, ambiental e econômico caso ocorra algum vazamento, pois, difere de vazamentos de barragens comuns, com idêntico volume de água, pois, enquanto a última apenas tem o condão de alagar casas e demais espaços o último tem a força de impulsiona-las, arrastando junto com fluxo de rejeitos (PENMAN, 1998).

Ademais, outro ponto a ser destacado acerca da instalação de barragens de rejeitos, diz respeito ao processo de Licenciamento Ambiental, exteriorizando-se como um importante instrumento de análise e gerenciamento dos riscos do empreendimento, nesse sentido, oportuna é a transcrição Sampaio (2017, p.97 e 98)

[...] reconhecer que a atividade econômica já não mais se encontra livre para explorar os recursos naturais e o reconhecimento de que o desenvolvimento somente será admitido se for sustentável. Para tanto, a legislação brasileira impõe um sistema de licenciamento ambiental trifásico que se traduz em autorizações de planejamento prévio, instalação e operação, com base nas melhores práticas ambientais disponíveis. Como as melhores práticas ambientais estão intrinsecamente ligadas ao desenvolvimento científico e tecnológico, a circunstâncias de fato, tempo e modo, as licenças ambientais são provisórias, devendo passar por procedimento de renovação periodicamente.

Contudo, insta esclarecer que apesar da importância da exploração de minério para o País, apenas recentemente foi disciplinado tratamento a matéria, assim, destaca-se a Lei Federal nº 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a Lei Federal nº 12.334/2010 que estabeleceu a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais e cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (IBRAM, 2016).

Apesar de tais legislações estarem em vigor, observa-se, ser necessário tratar de forma específica acerca dos riscos da atividade minerária, deste modo, temos no âmbito Federal a Resolução nº 143, de 10 de julho de 2012 do Ministério do Meio Ambiente – Conselho Nacional de Recursos Hídricos em que estabelece critérios gerais de classificação de barragens por categoria de risco, dano potencial associado e pelo seu volume, e, a Resolução nº 144, de 10 de julho de 2012 também do Ministério do Meio Ambiente – Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de modo que, estabelece diretrizes para implantação da Política Nacional de Segurança de Barragens, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, em atendimento ao art. 20 da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010 (IBRAM, 2016).

Deste modo, não obstante a importância da atividade minerária para a economia do País, insta consignar, que a presente atividade, principalmente no que cerne a disposição dos resíduos representam eminente risco para o meio social, econômico e ambiental, tendo em vista a magnitude dos últimos desastres ocorridos no estado de Minas Gerais, com o rompimento de barragem de rejeitos de minério nos Municípios de Mariana (2015) e recentemente em Brumadinho (2019), de modo que, tais acontecimentos intensificaram os debates acerca da segurança das barragens de rejeitos principalmente no que cerne a técnica de alteamento utilizada (TOMÉ; PASSINI, 2018).

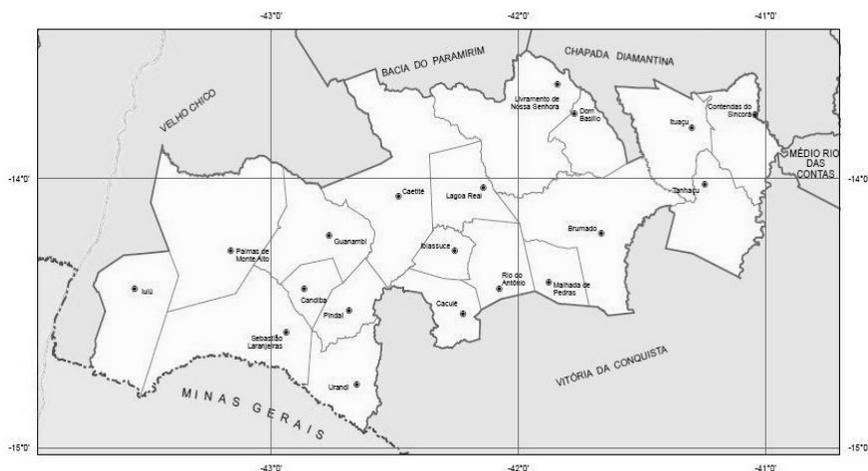
Nessa perspectiva, importa dizer que apesar da vasta legislação ambiental existente no País, estas caminham a passos largos, principalmente no que cerne as questões envolvendo barragem de rejeitos, que somente houve maior desenvolvimento em sua regulamentação com o rompimento da Barragem de fundão em 2015 no Município de Mariana\MG, que provocou danos de grande magnitude, atingindo principalmente os grupos populacionais mais vulneráveis (CNDH, 2017).

Nesse contexto, é válido destacar que a presente pesquisa, tem por objeto de estudo, uma análise preliminar do processo de instalação da barragem de rejeitos de minérios de Ferro, a ser construída no Leito do Rio Pedra de Ferro entre os Municípios Baianos de Caetité e Pindaí, deste modo, será esboçado no próximo tópico algumas características desse do local a ser implantado o empreendimento.

3 APRESENTAÇÃO DO TERRITÓRIO SERTÃO PRODUTIVO E O PROJETO PEDRA DE FERRO

Diante do mencionado, torna-se imperioso trazer à baila sobre a produção de minério no Estado da Bahia, especificamente no local identificado como Sertão Produtivo, localizado no Centro-sul, formado por 19 (dezenove) municípios, e, apresentando abrangência territorial de 23.544,51 Km², que compreende a 5,7% da área total do estado, sendo que neste território, encontra-se o objeto de estudo da presente pesquisa, que são os Municípios de: Caetité, Guanambi e Pindaí (SEI, 2016). A figura 01 apresenta a localização dos Municípios abrangidos pelo território de identidade- Sertão Produtivo.

Figura 01- localização dos Municípios abrangidos pelo território de identidade- Sertão Produtivo.



Fonte: SEI, 2016

Ainda sobre o território de identidade Sertão Produtivo é imperioso salientar, que apresenta a maior incidência de mineral de todo o estado, e dentre os minerais com maior abrangência destaca-se, o ferro, manganês, urânio, talco, ouro, dentre outros, aparecendo como uma das principais atividades econômicas regional, ficando atrás somente do comércio e da administração pública (SEI, 2016).

Identificada as principais características do território Sertão Produtivo que abrange dentre outros, os Municípios de Caetitê e Pindaí, faz-se necessário tratar acerca da exploração do minério de ferro *in loco*, destacando os principais pontos acerca do Projeto Mina de Pedra de Ferro e da Barragem de Rejeitos a ser instalada entre os Municípios de Caetitê\BA e Pindaí\BA.

A priori, é imperioso destacar que o Projeto Pedra de Ferro de responsabilidade da Bahia Mineração S.A (BAMIN), reveste como um importante empreendimento para o Estado da Bahia, pois, estima-se que, a mina Pedra de Ferro tem capacidade para produzir em torno de 20 toneladas anuais, de alta qualidade de minério de ferro, tendo assim o projeto, o condão de levar o Estado a ocupar a terceira posição de maior produtor de minério no País, ficando atrás somente dos Estados do Pará e de Minas Gerais (RTGA, 2018).

Nesse diapasão, é imperioso consignar, que a celeridade em implementar o Projeto Pedra de Ferro nos Municípios ora citados, foi profundamente motivado pelo elevado preço do minério de ferro, ademais, o Estado também influenciou na otimização do Projeto para a exploração da mina, tendo em vista desenvolvimento regional, bem como a arrecadação de impostos e royalties (BRITO; SAMPAIO e SILVA, 2019).

Ainda sobre a Mina Pedra de Ferro, sobreleva notar que o projeto tem por objetivo implementar um complexo minério-industrial, contando com atividades de diversas naturezas, acerca dessas atividades dispõe o relatório Técnico de gestão ambiental (2010, p.10):

Mina Pedra de Ferro, incluindo as áreas de lavra e planta de beneficiamento do minério de ferro, pilha de estéril, barragem de rejeito e áreas de apoio operacional (escritórios, restaurante, oficinas, posto de abastecimento, dentre outras), nos municípios de Caetitê/BA e Pindaí/BA, situadas no sudoeste do estado da Bahia. Ter-

mineral Privativo de Embarque em Ponta da Tulha, Ilhéus/BA. O concentrado de minério de ferro (pellet feed) produzido na mina, será transportado pela Ferrovia de Integração Oeste-Leste - FIOL do Governo Federal até o terminal da Bahia Mineração, de onde será exportado [...]

Frente ao supramencionado, torna-se oportuno consignar, que o Projeto Pedra de Ferro que ainda está em desenvolvimento e alicerçado em várias etapas, anseia a construção de um complexo industrial, que vai desde a exploração da mina, local de beneficiamento\processamento, construção de barramentos de contenções de rejeitos e por fim o transporte do concentrado do minério (RODRIGUES; SILVA e NUNES, 2017).

Entretanto, cumpre observar que concomitante a implantação do Projeto Pedra de Ferro e das promessas de desenvolvimentos regional, é possível vislumbrar o potencial risco dessa atividade para os Municípios locais, que poderá afetar diretamente o meio social e principalmente o meio ambiental natural da região (CARTA DOS ATINGIDOS PELA BAMIN- FIOL-PORTO SUL, 2011).

Posta assim a questão, relevante se faz, a abertura de um subtópico específico, afim de tecer algumas considerações acerca da análise preliminar dos possíveis impactos advindos do Projeto Mina Pedra de Ferro e especialmente da pretensa instalação da barragem Pedra de Ferro no Leito Rio de Pedra no Município de Pindaí\BA.

4. ANÁLISE PRELIMINAR DOS POSSÍVEIS IMPACTOS DA INSTALAÇÃO DA BARRAGEM DE REJEITOS NO LEITO DO RIO PEDRA DE FERRO

Apesar da atividade minerária representar significativa parcela da economia do País, de outro lado, observa-se que tal atividade reflete aos mais diversos riscos socioambientais, impactando de forma drástica, não apenas o meio ambiente natural, como também, o âmbito social e econômico, demonstrando ser um forte oponente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (RIBEIRO, MENDES, 2013).

Nesse íterim, observa-se, que a atividade minerária produz elevado volume de rejeitos, sendo necessário, para comportar tais resíduos a

construção de armazenamentos, formando assim os chamados diques e barragens de rejeitos, contudo, tais reservatórios devem ser planejados de forma cautelosa, caso contrário, consubstancia-se como um risco eminente a sociedade e ao meio ambiente (SOUZA JÚNIOR, MOREIRA, HEINECK, 2018).

Destarte, a preocupação com a construção de barragens de rejeitos, tem se tornado cada vez mais incisiva, isso, devido aos recentes episódios de desastres, ocorridos recentemente com o rompimento das barragens de rejeitos do Município de Mariana\MG em 2015 e do Município de Brumadinho\MG no ano de 2019, causando graves problemas socioambientais (FREITAS et al, 2019).

Nesse diapasão, notório enfatizar, que atualmente a premente instalação da barragem de rejeitos de minério de ferro, a ser construída no leito do Rio Pedra de Ferro localizado entre os Municípios de Caetité\BA e Pindaí\BA, tem gerado grande comoção popular, que protestam pela mudança do local escolhido para a implantação da mesma. Importante salientar, que apesar da construção da Barragem estar marcada para o ano de 2020, os moradores temem que quando do seu funcionamento, sobrevenha um possível rompimento, que poderá atingir de forma contundente grande parte da população local, tendo em vista que no local a ser construída, existe diversas nascentes e encontra-se aproximadamente a 12 (doze) Km da barragem de Ceraíma localizada no Município de Guanambi\BA, sendo esta última, o único reservatório potável de água que abastece toda a Cidade (FERREIRA, 2019)

Nesse sentido, expõe Vilasboas (2009) que a instalação da barragem de rejeitos no Leito do Rio Pedra de Ferro, irá provocar danos de diversas natureza, principalmente por ser um local de nascentes, que serve como fonte hídrica para as comunidades locais, que utilizam dessa fonte de água doce para o consumo, assim como para o cultivo de culturas agrícolas, enfatizando ainda, ser a comunidade de Guirapá a mais atingida pois utiliza predominantemente da água do Rio Pedra de Ferro (VILASBOAS, 2009).

Nessa perspectiva, observa-se que o Projeto da Mina Pedra de Ferro está em fase de desenvolvimento, contundo, a preocupação como o meio socioambiental tem-se intensificado entre a população local, principalmente no que cerne ao local escolhido para a construção da barragem de rejeitos que situa-se no leito de Rio Pedra de Ferro, que é uma fonte

hídrica de abastecimento para os municípios de Caetité, Pindaí e Licínio de Almeida, que manteve-se perene nesses últimos 10 (dez) anos (RODRIGUES; SILVA e NUNES, 2017).

Nessa toada, vislumbra-se, que o local escolhido para a implementação da barragem de rejeitos que está localizada em Áreas de Preservação Permanentes –APP, e como, já evidenciado acima, o referido local adotado para a construção está entre várias nascentes e sua implantação irá impactar de forma categórica o curso natural da água, bem como, irar provocar imensuráveis prejuízos a cultura das comunidades locais (BRITO; SAMPAIO e SILVA, 2019).

Deste modo, diante da exposição dos contundentes problemas ambientais e sociais que sobrevirão com a construção da barragem de rejeitos, e tentando evitar a concretização de tal construção o Ministério Público Estadual da Bahia representado pela Promotora de Justiça Luciana Khoury, recomendou a BAMIN que não realizasse a construção da Barragem no local indicado, devendo a mesma apresentar ao órgão outras alternativas de locais, tendo em vista, que os estudos levantados pela Bahia Mineração S.A são inconsistentes, não condizendo assim com a realidade apresentada (BRITO, 2017).

Nessa perspectiva, é imprescindível salientar, que devido aos desastres ocorridas no Estados de Minas Gerais com barragens de rejeitos construídas com a técnica a montante, a BAMIN modificou a técnica a ser utilizada na barragem de rejeitos da Mina Pedro de Ferro que passará a utilizar do método a jusante por ser considerada uma técnica mais segura de construção.

Neste contexto, depreende-se, que existe um desafio a ser superado no que cerne desenvolvimento econômico da atividade minerária de forma sustentável, sendo assim, necessário se faz tratar acerca dos impactos das externalidades negativas de empreendimentos dessa magnitude, demonstrando ser necessário encontrar meios de conciliação entre esses dois objetos, e, é nessa linha de pensamento, que surge um conceito inovador que é o da justiça ambiental, deste modo, sobre o conceito de justiça ambiental dispõe Ascerald (2010, p. 108):

A noção de “justiça ambiental” exprime um movimento de resignificação da questão ambiental. Ela resulta de uma apropriação

singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social. Esse processo de ressignificação está associado a uma reconstituição das arenas onde se dão os embates sociais pela construção dos futuros possíveis. E nessas arenas, a questão ambiental se mostra cada vez mais central e vista crescentemente como entrelaçada às tradicionais questões sociais do emprego e da renda.

Posta assim a questão tem-se que a justiça ambiental tem por finalidade precípua tratar acerca da distribuição dos riscos ambientais, de modo que, as externalidades negativas dos empreendimentos de magnitude como o da extração de minério de ferro, não afete somente os grupos mais vulneráveis, revestindo-se, a corrente ideológica acima transcrita como uma verdadeira busca por justiça social (BRITO; SAMPAIO e SILVA, 2019).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, sobreleva notar, que o presente estudo, teve por investigação a análise dos possíveis impactos socioambientais que podem advir com o processo de instalação da Barragem de Rejeitos de Minério a ser construída no Leito do Rio Pedra de Ferro, localizado entre os Municípios Baianos de Caetité e Pindaí.

Diante disso, a partir dos estudos desenvolvidos acerca da problemática levantada, ficou demonstrando que a extração de minério representa papel fundamental no desenvolvimento econômico do País, contudo, por outro lado, a presente atividade tem aprofundado os conflitos socioambientais, como pode ser observado com os recentes rompimentos de barragens de rejeitos no Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, após analisar a implementação do Projeto de Ferro no Município de Caetité\BA e sobretudo a pretensa instalação da barragem de rejeitos no Leito do Rio Pedra de Ferro, foi possível constatar a partir dos dados coletados que o local selecionado para a implantação da referida barragem revela-se como prejudicial em primeiro momento aos mananciais existentes, que servem como única fonte hídrica para abastecer comunidades dos municípios de Caetité, Pindaí e Licínio de Almeida, bem como, outro problema que apresenta diz respeito a um possível rom-

pimento que afetará de forma unívoca a barragem de ceraíma que é um importante reservatório de água potável utilizado por toda população Guanambiense.

Logo, observa-se que o desenvolvimento da atividade de extração de minérios tem contribuído para aprofundar os impactos ambientais e em especial as desigualdades sociais, pois quando de acidentes com a atividade extrativa vislumbra-se, que os principais atingindo são os mais vulneráveis em termos econômicos e financeiros, deste modo, sugere-se como uma solução adequada para a resolução do conflito existente, o desenvolvimentos de estudos e avaliações de outras áreas para a implantação da referida barragem, levando em consideração, como critério de escolha para o local indicado aquele que não apresente impactos ao meio ambiente e social, de forma a primar pela justiça ambiental.

Por tudo isso, conclui-se, que a hodierna pesquisa não teve por fim precípua exaurir a compreensão acerca da temática abordada, apresentando assim, a partir do levantamento de dados, uma primeira análise do processo de implementação da barragem de rejeitos no Leito Rio Pedra de Ferro a ser construída entre os Municípios Baianos de Caetitê e Pindaí, de forma a expor, num primeiro momento as principais nuances dos impactos socioambientais que poderão advir com o empreendimento, ficando ao âmago da seara acadêmica o seu aprofundamento.

REFERÊNCIAS:

ACSELRAD, Henri . Ambientalização das lutas sociais? O caso do movimento de justiça ambiental. **Estudos Avançados**, v. 24, p. 103-120, 2010.

BAHIA MINERAÇÃO – BAMIN. **Projeto Pedra de Ferro**. Salvador, 2015. Disponível em <<http://www.bahiamineracao.com/interna.php?cod=7>> . Acesso em: 02 de Julho de 2019.

BAMIN, Bahia Mineração. **Bahia Mineração transformará estado em terceiro produtor de minério de ferro do país**. Salvador, 2011. Disponível em: <http://www.bamin.com.br/artigos/Releaser%20Institucional%20BAMIN.pdf>. Acesso em: 10 Junho de 2019.

BRASIL. **Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRITO, Diego Henrique Santos; SAMPAIO, Rubens Jesus; SILVA, Paulo Sávio Damásio.

Rev. Eletrônica Mestr. Educ. Ambient. Rio Grande, v. 36, n. 1, p. 185-203, jan./abr. 2019.

BRITO, George. **MP combate implantação de barragem de rejeitos minerais em Caetité**. Disponível em <<http://www.mpba.mp.br/noticia/40005>> . Acesso em: 02 de Agosto de 2019.

BRIZA, Dulce Helena Rizzardo. Brumadinho: o segundo alerta. **Self-Rev do IJUSP**, v. 4, n. 1, 2019.

CARTA DOS ATINGIDOS PELA BAMIN-FIOL-PORTO SUL (BA). **Justiça nos trilhos**.

Ilhéus, 28 out. 2011. Disponível em: <http://www.justicanostrilhos.org/nota/836>. Acesso em: 23 Jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - CNDH (2017). **Relatório sobre o**

rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriodaBarragem-doRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2019.

CURI, A. **Lavras de Minas**. São Paulo: Oficina de Textos.2017.

DE SOUZA JÚNIOR, Tennison Freire; MOREIRA, Eclesielter Batista; HEINECK, Karla Salvagni. BARRAGENS DE CONTENÇÃO DE REJEITOS DE MINERAÇÃO NO BRASIL. **HOLOS**, v. 5, p. 2-39, nov. 2018. ISSN 1807-1600. Disponível em: <<http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/7423>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL-
DNPM. **Anuário Mineral Brasileiro**: Principais Substâncias
Metálicas – Brasília: DNPM, 2018.

FREITAS, Carlos Machado; BARCELLOS, Christovam; ASMUS,
Carmen Ildes Rodrigues Fróes, SILVA Mariano Andrade; Xavier,
Diego Ricardo. Da Samarco em Mariana à Vale em Brumadinho:
desastres em barragens de mineração e Saúde Coletiva. **Caderno de
Saúde Pública 2019**; Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.
php?pid=S0102- 311X2019000600502&script=sci_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2019000600502&script=sci_arttext)>. Acesso
em: 13 Jun.2019.

FERREIRA, Luan. **Após tragédias em Mariana e Brumadinho, mo-
radores de zona rural na BA temem construção de barragem
de rejeitos de minério**. Disponível em: <[https://g1.globo.com/ba/
bahia/noticia/2019/06/07/apos-tragedias-em-mariana-e-brumadin-
ho- moradores-de-zona-rural-na-ba-temem-construcao-de-barra-
gem-de-rejeitos-de- minerio.ghtml](https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/06/07/apos-tragedias-em-mariana-e-brumadinho-moradores-de-zona-rural-na-ba-temem-construcao-de-barragem-de-rejeitos-de-minerio.ghtml)>. Acesso em 02 Jul. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO (IBRAM). **Gestão e
Manejo de Rejeitos da Mineração**. Organizador, Instituto Brasi-
leiro de Mineração. 1.ed. – Brasília: IBRAM, 2016.

MENEZES, Messias Gilmar de; SOUZA, Wilson Trigueiro de. **Crono-
logia da Mineração no Brasil**. Brasília: DNPM, 1995.

PENMAM, A.D.M. **The need for dam safety**. Case Studies on Tail-
ings Management. International Council on Metals and Environ-
ment (ICME), p. 5-6. 1998.

RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL-RIMA. **Mina Pedra de
Ferro**. Belo Horizonte, 2009.

RELATÓRIO TÉCNICO DE GARANTIA AMBIENTAL-RTGA.
Gerencia do Meio Ambiente. Ano base 2017. Disponível em <
[https://docplayer.com.br/3835436-Rtga-relatorio-tecnico-de-ga-
rantia-ambiental.html](https://docplayer.com.br/3835436-Rtga-relatorio-tecnico-de-garantia-ambiental.html)> Acesso em 20 de Jun. de 2019.

- RELATÓRIO TÉCNICO DE GARANTIA AMBIENTAL-RTGA. **Gerencia do Meio Ambiente. Ano base 2010.** Disponível em < file:///C:/Users/gilma/Desktop/artigos%20mestrado/licenca.pdf> Acesso em 28 de Jun. de 2019.
- RIBEIRO, J. C. J; MENDES, S. F. A participação no fechamento de mina no direito comparado. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 23-54, jul./dez. 2013.
- RODRIGUES, Fernanda Oliveira; SILVA, Jamile Jorge Ferreira da; NUNES, Paula Idma Chaves. Parecer da nascente do riacho pedra de ferro nos municípios de Caetitê e Pindaí- Bahia. In: **II Simpósio Bhaiano de Geografia Agrária: entre a teoria e a prática, articulações e resistências.** Salvador-Ba. 2017. Disponível em <https://2sbga2017.ufba.br/sites/2sbga2017.ufba.br/files/eixo2_fernanda_jamile_paula.pdf>. Acesso em 15 Jun. 2019.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direito Ambiental. **Fundação Getúlio Vargas- FGV.**2017.Disponível em:<https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_ambiental_20132.pdf>. Acesso em 06 Junho de 2019.
- STIVAL, Mariane Morato; SILVA, Sandro Dutra e. O desastre da barragem de mineração em Mariana e os impactos no Direito Internacional Ambiental e no brasileiro. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 8, n. 2, p. 205-228, Jan\Abr. 2018.
- SUPERINTENDÊNCIA DE ASSUNTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA BAHIA – SEI. Desenvolvimento Territorial – **Território de Identidade Sertão Produtivo:** Estudo de Potencialidades Econômicas Sertão Produtivo 2016.
- THOMÉ, Romeu; PASSINI, Matheus Leonardo. Barragens de rejeitos de mineração: características do método de alteamento para montante que fundamentaram a suspensão de sua utilização em Minas Gerais. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR** - v.18 - n. 34 - p. 49 a 65, 1º sem.2018. Disponível em: < http://e- revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/issue/view/975>. Acesso em: 19 Junho de 2019.

VILASBOAS, Zoraide. Adiada a discussão do licenciamento da exploração de ferro em Caetité. **Ecodebate**, Bahia, 22 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2009/12/22/adiada-a-discussao-do-licenciamentoda-exploracao-de-ferro-em-caetite-bahia/>>. Acesso em: 15 Junho de 2019.

A INFLUÊNCIA RELIGIOSA E A AUTENTICIDADE ELEITORAL

Gabriel Vieira Terenzi

“A vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias”

Clèmerson Merlin Clève

1. INTRODUÇÃO

Talvez o mais importante e implícito valor de uma eleição seja a sua autenticidade. Ora, se uma votação tem justamente como objetivo a declaração daquela, entre uma pluralidade de opções, que traduza a vontade da maioria, essa declaração precisa necessariamente ser autêntica, sob pena de que essa eleição se torne insignificante.

Desse modo, por autêntico entende-se não só que um determinado processo eleitoral se adequou às normas jurídicas, mas que esta adequação de fato foi apta a revelar o desejo dos votantes, e ainda que tais desejos tenham sido íntegros, despidos de interesses escusos ou de uma indevida influência exercida por terceiros.

Como é de se imaginar, a transposição dessa teoria à prática cotidiana enfrenta enormes dificuldades. Em primeiro lugar, difícilíssimo auferir sem sombra de dúvidas a honestidade da intenção de qualquer votante. Não obstante, a legislação opõe barreiras com o intento de preservar o livre-exercício do sufrágio, em especial no que diz respeito à interferência que pode ser exercida por candidatos ou interessados em relação ao eleitor.

Ademais, deve-se tratar com a devida delicadeza o tema da intervenção judicial em procedimentos eleitorais, para que não se cometam arbitrariedades justamente no intuito de evitá-las.

Nesse cenário, destacam-se as eleições com a participação cada vez maior – direta ou indiretamente – do elemento religioso. Seja como argumento de autoridade contra ou a favor da índole de determinado candidato, até na atribuição de aspecto messiânico a este, passando pela possibilidade de influência dos dogmas religiosos à atuação do Poder Público, indispensável que se debatam as consequências desta interferência.

Assim, busca o presente analisar essa conduta do ponto de vista do direito eleitoral, em especial sob a ótica do Princípio da Autenticidade, promovendo crítica à posição atual de parte da Doutrina em relação a prática dessa influência como modalidade de abuso de poder.

2. DESENVOLVIMENTO

Impera em qualquer país civilizado a necessidade de que não ocorra, por parte do governo, a intromissão exacerbada no campo privado dos interesses e direitos fundamentais de cada indivíduo. Em verdade, esta é a grande razão de ser dos Direitos Humanos. Tal ramo costuma ser subdividido em gerações ou dimensões, de modo a facilitar sua compreensão e melhor identificar sua finalidade.

Quanto a esta configuração, “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta” (MORAES, 2017, p. 44).

Assim, tem-se que os Direitos Humanos em sua primeira dimensão manifestam-se em imposições negativas ao Estado, o qual deve-se abster de interferir frente aos indivíduos. Nesse sentido, “são denominados também ‘direitos de defesa’, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano” (RAMOS, 2017, p. 53).

É nessa categoria que se inserem os direitos políticos, os quais objetivam assegurar, regulamentar e limitar ao cidadão o exercício da soberania popular, manifestada pela atuação no processo político. A participação em eleições autênticas converte-se em forma de assegurar ao indivíduo

a interferência na tomada de decisões políticas, e portanto é um direito fundamental de todo ser humano.

Nessa toada, todo eleitor, ao votar, possui a expectativa ou ao menos a intenção de influenciar a esfera administrativa. Em outras palavras, o sufrágio professa a escolha, por parte do votante, daquele que ele considera mais benéfico a si e aos seus. Em assim sendo, ainda que não se considere hipótese alguma de interferência ilícita, inegável haver uma influência por parte da ideologia, do discurso, da postura e da figura do candidato para com o votante.

2.1 A Influência Religiosa Eleitoral

Sendo os atributos pessoais, portanto, relevantes como forma de aquisição de votos, não é surpresa que, dentre estes, funcione assim também a religião do candidato. A pluralidade de ideias encontra-se espelhada na pluralidade política, sendo certo que em um ambiente democrático haverá representantes das mais diversas escolas de pensamento socioeconômicas. Se é certo que serão eleitos, assim, representantes de setores profissionais, defensores de pautas ideológicas, e autoridades de várias áreas, não é de se estranhar que também sejam escolhidos patronos de grupos religiosos.

Seja em razão de até hoje se perceber na religião uma imposição de elevados valores éticos, seja pela mera identificação entre as crenças do votante com as de seu candidato, seja ainda pela intenção de que os dogmas daquela determinada matriz religiosa sejam impulsionados pelo seu respectivo eleito, a votação é sem dúvida influenciada pela religião.

Ademais, na disputa eleitoral tal fenômeno ganha relevo, com a aquisição por parte da religião de valor de ativo político. Para além das qualidades técnicas, carismáticas e da ideologia que um candidato representa – ou diz representar – pode o mesmo ainda ser tido como mandatário de uma religião.

A princípio, nada obsta esse fenômeno, que inclusive é natural em qualquer sociedade. Todavia, buscou-se, historicamente, determinar limites à atuação política por parte das religiões, bem como à influência partidária dos líderes religiosos.

Há diversos exemplos nos ordenamentos jurídicos nacionais das balizas, mais ou menos severas, impostas à confusão entre o Poder Público

e as entidades religiosas. A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) a título de exemplo, vedava em seu artigo 24, inciso VIII, o recebimento por parte de partido ou candidato de valor proveniente de entidade religiosa, o que foi tacitamente revogado desde o entendimento, por parte do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 em 2015⁵⁸, da impossibilidade de doação por parte de pessoas jurídicas.

Sendo também a liberdade religiosa direito fundamental e constitucionalmente protegido, essas limitações se justificam não só para garantir que as eleições não sofram excessiva intervenção por parte da fé do votante, mas ainda para que não sejam impostos, pela dimensão política, axiomas da crença particular como arbitrariedades aos direitos individuais.

Ocorre que as doutrinas religiosas manifestam uma característica imperativa, os dogmas relativos à crença, em regra, não são para contestar, e sim para obedecer. Ainda, pela própria finalidade de salvação de qualquer religião, esta exerce uma inequívoca mobilização de seus fiéis.

Assim, põe-se em discussão não à religião em si – a qual é, por si mesma um direito de mesma estatura que os direitos políticos – nem mesmo à eleição de um candidato que em maior ou menor grau seja representante de grupo religioso. Mas sim, a possibilidade de que esse grupo religioso se utilize do fervor de seus fiéis como forma de indevida interferência política, podendo assim afetar a igualdade e a autenticidade do pleito.

2.2 O Abuso de Poder Eleitoral

Como já vislumbrado, qualquer conduta que resulte na perversão do sufrágio, ou que extraia do eleitor a sua plena liberdade de voto, viola nefastamente os direitos humanos, atentando inclusive contra as bases do Estado Democrático de Direito. Não por outra razão é que buscam diversos dispositivos legais garantir o livre exercício da capacidade política e coibir as interferências indevidas nesta seara.

Ademais, impera no Direito Eleitoral, dentre outros, princípios como o do Aproveitamento do Voto, segundo o qual deve-se dar o maior valor à manifestação de vontade do eleitorado; o da Igualdade, segundo o qual não pode um candidato receber tratamento diverso dos demais; e ainda o

58 STF - ADI: 4650 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 26/03/2013, Data de Publicação: DJe-059. Divulgação 01/04/2013. Publicação 02/04/2013.

Princípio do Sigilo das Votações, como forma de preservação da honestidade eleitoral.

Dentre aqueles dispositivos, tem ganhado especial relevância as intenções de coibir a prática de Abuso de Poder. Tal conduta pode ser conceituada como o “mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição” (GOMES, 2018, p. 321).

A Doutrina costuma entender o tema como gênero, todavia, diverge por vezes na definição de suas espécies. Assim, para alguns decorrem deste os abusos de poder político e econômico (RAMAYANA, 2018); enquanto para outras não menos eminentes posições haveria uma terceira espécie, qual fosse o uso abusivo dos meios de comunicação (ALMEIDA R., 2017).

A Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64 de 1990), em seu artigo 22, estabelece, nesse sentido, a possibilidade de “abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social”.

Embora não seja esse o foco do presente, em nosso sentir, o uso abusivo dos meios de comunicação é fenômeno que se separa das demais hipóteses de abuso apenas como forma de facilitar sua identificação, posto que esse uso indevido estará necessariamente englobado pelo abuso de poder econômico ou político.

De todo o modo, é correto identificar este mencionado abuso de poder econômico como a utilização monetária desmedida durante a campanha. Portanto, não apenas a “compra de votos” em si, como se vê com a captação ilícita de sufrágio, trazida pelo artigo 41-A da Lei das Eleições, mas também a utilização de financiamento além dos parâmetros permitidos pela legislação configuraria a prática abusiva (artigos 18-B; 22, § 3º; e 25 daquela legislação).

Já o abuso de poder político ou de autoridade decorre do desvirtuamento das condutas da administração em benefício outro que não seja o do interesse público, em favor de um candidato ou partido. Esse é o teor do artigo 73 e seguintes da lei eleitoral.

Ora, ao se analisarem tais práticas, denota-se a ilegalidade tão somente dos atos – literalmente – abusivos. A utilização de capital financeiro

dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas eleitorais, por exemplo, não resta ilícita, assim como a possibilidade de que o detentor de mandato eletivo pratique determinadas condutas partidárias, desde que compatíveis com o mandato, sem que nelas incorra em abuso de poder político.

Assim bem observa José Jairo Gomes: “A rigor, os termos poder e influência não possuem o mesmo sentido. Influência apresenta significado mais amplo, sendo o poder uma das formas pela qual ela se manifesta” (GOMES, 2018, p. 304).

O que se pode depreender é que a influência ao eleitorado é esperada e permitida pela legislação, posto que em verdade é essa a razão de ser do período de campanha eleitoral, sendo esta “a oportunidade que a legislação eleitoral atribuiu ao candidato para exteriorizar o símbolo real do mandato representativo e partidário” (RAMAYANA, 2018, p. 522).

Todavia, a espécie do gênero influência caracterizada como abuso, ou seja, a conduta que ultrapassa os princípios da normalidade seja por ilicitude seja por excessividade, descamba em atos abusivos, os quais são vedados e punidos pela legislação.

Quanto a tal punição, temos que, por força do que dispõe o artigo 22, XIV da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990) a condução de abuso, devidamente apurado e assim julgada, enseja a cassação do registro ou diploma, bem como a declaração de inelegibilidade do beneficiado por oito anos.

Já a Lei das Eleições sanciona (art. 30-A) especificamente o Abuso Econômico, com a negação ou cassação do diploma; e a ocorrência de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A) com multa de mil a cinquenta mil Ufir e, igualmente, cassação do registro ou diploma. Por sua vez o mesmo diploma, quanto às condutas vedadas à agentes públicos (art. 73 e seguintes), impõe multa de cinco a cem mil Ufir, a cassação do registro ou diploma, ineficácia ou suspensão da conduta, se o caso, e ainda à eventual responsabilização por improbidade administrativa.

Caberia ainda a ação de impugnação de mandato eletivo, contemplada no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, e as consequências penais se tipificada a conduta de Corrupção Eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Ante a exposição, é imprescindível notar que sempre que a votação for maculada por “falsidade, fraude, coação, ingerência de poder econô-

mico e descaminho ou abuso do poder de autoridade, ou uso de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedado por lei, ela é anulável” (ALMEIDA NETO, 2014, p. 83).

Pois bem. Tema de vanguarda junto ao Direito Eleitoral é justamente a compatibilização entre os princípios e valores de uma eleição e aquela influência inevitavelmente exercida por ideologias, grupos e figuras religiosas.

Alguns autores tem assim defendido outras modalidades de influencia abusiva, calcados no comando do artigo 242 do Código Eleitoral, o qual determina não ser lícito à propaganda “empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”.

Amilton Augusto Kufa, por exemplo, atribui a essa hipótese o nome de “abuso do poder carismático ou ideológico” (KUFA, 2016), do qual se extrairiam, dentre outros, o abuso de poder religioso. Para tal autor, o desvirtuamento de práticas e crenças religiosas com o fim de obtenção do voto ensejaria a configuração da prática. Por essa visão, seria possível ao operador do direito enquadrar tais condutas como ilícitos eleitorais calcando-se no comando do artigo 242 do código.

A jurisprudência, todavia, não vem encampando a possibilidade de configuração do desvirtuamento religioso como modalidade autônoma de abuso eleitoral. Antes, como se depreende do bem elaborado teor do Recurso Ordinário n° 5370-03.2014.6.13.0000, proveniente do Estado de Minas Gerais, tem pendido o Tribunal Superior Eleitoral por compreender eventuais práticas de desvirtuação religiosa como abrangidas pelo conceito de abuso de poder ora econômico ora de autoridade.

Ante a inevitável possibilidade de influência abusiva religiosa aos pleitos, concomitantemente à não adequação da conduta às práticas de abuso de poder propriamente ditas, é que busca o presente a sua configuração como modalidade diversa de ilícito eleitoral. Vejamos.

2.3 A Autenticidade Eleitoral

Diversos os princípios jurídicos que norteiam à produção, interpretação, e aplicação do Direito Eleitoral. Talvez, dentre estes, o mais curioso seja aquele da Autenticidade.

Com previsão abundante não só em diversos diplomas normativos de uma miríade de Estados nacionais, mas ainda em instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, uma vez que é pertencente a tal ramo o direito político de exercer a soberania popular mediante o voto. Cite-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 21, item 3) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 23, item 1, b).

Muito embora estes respectivos instrumentos citem “honestidade” e “autenticidade”, respectivamente, inegável tratar-se do mesmo preceito de lisura o qual deve ser constatado em qualquer eleição considerada válida.

Por sua vez, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 14, § 9º, que Lei Complementar deverá estabelecer casos de inelegibilidade e prazos de sua cessação, com o fim de “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função”.

Assim, não obstante a coletividade de sua aplicação, diverge a Doutrina a respeito de sua definição, especialmente em quão abrangente se traduz este princípio, bem como quais as consequências advindas de sua eventual violação.

Segundo o conceito de Diogo Rais “uma eleição normal e legítima será aquela na qual a contenda fica imune de vícios, de possíveis fraudes e, conseqüentemente, a escolha da maioria da população fez-se representar por meio do voto” (RAIS, 2018, p. 29).

Ricardo Moreira de Almeida (2017), por sua vez, lastreia o princípio no valor de cidadania, atrelando-o especialmente à necessidade de que haja igualdade entre os candidatos. Assim, para o autor, não restaria legítimo aquele sufrágio em que não houvesse balanceamento entre os que pleiteiam cargos eletivos.

Já José Jairo Gomes vai de encontro a esse posicionamento por se utilizar de uma concepção mais abrangente, segundo a qual a “ideia de legitimidade é bem mais ampla e sutil, pois já pressupõe essa adequação, isto é, pressupõe a legalidade; na verdade, encontra-se a legitimidade relacionada a um sistema de valores” (GOMES, 2018, p. 87).

Portanto, segundo tal linha de raciocínio é lícito presumir que a autenticidade de uma eleição vai além da sua mera adequação normativa.

Para aquele doutrinador, esta advém da conferência de credibilidade por parte do povo ao pleito. O Princípio:

“Está vinculado à própria ideia de eleição, pois, se a eleição não for legítima, ela de nada servirá e fará letra morta a democracia. Em outras doutrinas, este também é conhecido por “princípio do impedimento de falseamento da vontade popular” (VARGAS, 2009, p. 85).

Imprescindível citar-se que “a garantia da lisura das eleições nutre-se de especial sentido de proteção aos direitos fundamentais da cidadania (cidadão-eleitor)” (RAMAYANA, 2018, p. 22). Nessa toada, por serem os direitos políticos (exercidos pelo sufrágio) integrantes do ramo dos direitos humanos, a salvaguarda à autenticidade do pleito se encontra intimamente ligada à proteção da soberania popular como pressuposto de dignidade humana.

Equivale a dizer que a ilegitimidade eleitoral repercute diretamente (e universalmente) na sociedade, atentando contra os pilares de qualquer Estado Democrático de Direito, por violar a proteção fundamental à autodeterminação humana. Por sua vez, assim também a mesma proteção deve ser considerada ante à influência jurisdicional ao voto.

Assim, se por um lado cabo à Justiça Eleitoral interferir no sufrágio como forma de garantir que este não seja deslegitimado pelas intenções escusas ou naturalmente pelas diferenças entre os candidatos; por outro deve tal interferência buscar, incessantemente, o respeito efetivo à autodeterminação externada pela vontade popular que é, em última análise, soberana.

Temos nos postado junto à ideia mais abrangente daquele preceito, no sentido de ser a autenticidade qualidade conferida pelo judiciário com a chancela popular que somente se extrai da eleição a qual preencha, concomitantemente, três dimensões distintas. Em nossa concepção, são estas a obediência ao regramento eleitoral; a possibilidade de utilização do pleito como forma de aferição da vontade popular, e ainda a substancial autenticidade da intenção do votante.

Em um primeiro momento, a legitimidade pressupõe a fiel observância da legislação. O processo eleitoral autêntico será aquele em que o rito procedimental obedeceu às disposições legais, constitucionais, e ainda provenientes de tratados internacionais de Direitos Humanos, em que eventuais irregularidades foram retificadas, sancionadas ou anuladas.

Em sua segunda dimensão, o pleito deve ser considerado autêntico quando for este capaz de apontar a vontade prevalente do eleitorado. Não se esqueça, “o fim maior de uma eleição é retratar de forma legítima a vontade do povo, através de um processo justo” (VARGAS, 2009, p. 92).

Daí, o sufrágio não pode ser tido como legítimo se não servir de ferramenta hábil à atribuição daquela, dentre uma pluralidade de opções, que prevaleceu ante a maioria dos votantes.

Finalmente, é necessário à conclusão pela legitimidade que uma eleição não tenha sido irremediavelmente maculada pela influência desmedida e artificial à vontade dos eleitores. Neste último estágio, trata-se da autenticidade substancial, ou em sentido estrito-particular. Vejamos, novamente, que o Código Eleitoral no já citado artigo 242 reza que a propaganda, em qualquer forma ou modalidade, “mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”.

Não obstante a menção do *codex* seja referente a publicidade durante a campanha eleitoral, inegável que a intenção legislativa vai além. O que se busca, outrossim, é a garantia de que não seja a opinião pública indevidamente induzida pela criação artificial de estados mentais emocionais ou passionais.

Sem mencionar a enorme dificuldade prática de constatar, concretamente, esta ocorrência perante o votante, é lícito presumir que este dispositivo legal considera como inautêntico o voto do eleitor que se encontra – mais uma vez, artificialmente – induzido àqueles estados.

Como mencionado, a dificuldade resta em definir exatamente aquilo que torna ou não uma determinada interferência artificial, já que, toda conduta, em maior ou em menor medida, objetiva alguma influência por parte do candidato ou partido, com o fim de obtenção do voto.

Ademais, deve ficar claro que com essa concepção não se tem a pretensão de afirmar que somente seria autêntico o voto quando motivado por interesses altruísticos ou benéficos à coletividade. “Não que isso não seja desejável: ao contrário, o é, além de ser uma decorrência do ideal republicano. Isso não pode chegar a determinar, no entanto, a invalidade ou a ilegitimidade do voto baseado em preferências pessoais” (SALGADO, 2010, p. 116).

Já foi estabelecido que em nossa visão, também em consonância com a melhor doutrina, a influência é gênero do qual o abuso se manifesta como espécie. Assim, por óbvio uma campanha eleitoral influenciará o eleitor. É lícito que ao promover seu voto o cidadão esteja mentalmente convencido, emocionalmente intencionado, ou passionalmente interessado em seu candidato. O que torna a eleição inautêntica é a indução artificial – e, portanto, abusiva – a estado mental, emocional ou passional.

Necessário notar a distinção entre as dimensões do instituto da autenticidade, em nossa visão, especialmente no que diz respeito aos seus primeiro e terceiro escopos, foco do presente estudo. Uma vez sendo violada a norma eleitoral, descumprido um mandamento legislativo, pervertido um princípio do sufrágio, imediatamente se configura tal conduta como atentado à autenticidade eleitoral, em sua primeira modalidade, a autenticidade formal.

Ao seu passo, ainda que respeitado de maneira fanática todo o regramento da matéria, em sendo artificialmente induzido ao voto o eleitor por estado mental, emocional ou passional; estaremos, em tese, diante de quebra de autenticidade substancial, ou seja, nesta terceira dimensão.

Evidentemente, em ambos os casos, não se defende, embora ferida a autenticidade, a anulação imediata e total do sufrágio. Constatado o desrespeito à legislação (primeira dimensão), dever-se-á analisar a consequência que o próprio ordenamento impõe à ocorrência, qual seja, a preclusão da mera irregularidade, a convalidação, a declaração de nulidade e a aplicação de eventuais sanções.

Doutro lado, verificada a quebra de autenticidade substancial (terceira dimensão), poderá ser decretada a nulidade daquele voto, mas não necessariamente da votação em si, observando-se os parâmetros próprios e o regramento dispensado pela legislação ao tema.

A teoria das nulidades eleitorais é orientada pelo comando do artigo 219 do Código Eleitoral, segundo o qual o Juiz deve atender aos fins da eleição, “abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”. É a consubstanciação do previamente referido Princípio do Aproveitamento do Voto, segundo o qual, até que se demonstre cabalmente a ilegalidade (e, por que não, a inautenticidade?) deve-se sempre prezar pela subsistência da vontade do eleitor.

Todavia, a mesma legislação também identifica situações em que o voto será nulo (art. 220), bem como autoriza a sua anulação em determinadas ocasiões, quais sejam as dos artigos 221 e 222. Segundo este último, a votação “viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei” é passível de anulação.

Ora, é inegável que a indução artificial do eleitor a estados sugestionáveis em benefício eleitoral é vedada por aquele artigo 242 do *códex*. Assim, o voto desta decorrente torna-se anulável pela disciplina do artigo 237. Finalmente, tem-se que a eleição em que mais da metade dos votos for anulada, deverá ser dada como prejudicada e caberá ao respectivo Tribunal a realização de novo pleito, a ser marcado dentro do prazo de vinte a quarenta dias (artigo 224, também do Código Eleitoral).

2.4 A Influência Religiosa e seu Impacto à Autenticidade Eleitoral Substancial

Buscamos com o presente trabalho vincular o abuso religioso eleitoral (ou seja, a influência religiosa excessiva) à quebra de autenticidade, fundada no comando do artigo 242 do Código Eleitoral, e não como forma autônoma de abuso eleitoral.

Antes de mais nada, deve-se ressaltar, conforme já descrito, que determinadas condutas abusivas por parte de integrantes de grupos religioso podem muito bem ser compreendidas como formas de Abuso de Poder Político ou Econômico.

É inegável que se na atuação de qualquer associação ou líder religioso houver infração ao ordenamento jurídico, restará desonesta a eleição. Um detentor de função pública, por exemplo, que beneficia candidato com o qual compartilha crença religiosa, em infração à norma eleitoral, comete aquela primeira prática (abuso de poder político). Igualmente, comete a segunda modalidade (abuso de poder econômico), em tese, aquele que se utiliza indevidamente de dinheiro proveniente de agremiação religiosa para financiar sua campanha.

De todo modo, é também concebível a visualização de condutas, se assim quiser nomeá-las, de “abuso religioso” em sentido estrito. Todavia, não nos parece que estas condutas podem receber o mesmo tratamento jurídico

que aqueles abusos efetivamente previstos pela legislação – o político/de autoridade e o econômico – por se tratarem de fenômenos distintos.

Embora em ambos os casos se verifique um atentado à legitimidade, nos parece que os abusos previstos e sancionados pela própria norma eleitoral revelam, uma vez descumpridos, quebra da primeira dimensão de autenticidade – a formal – por atentarem à estrita legalidade eleitoral. Já em se verificando a manifestação do voto por influência excessiva ou ilícita (abusiva) de figura, grupo, mandamento ou doutrina religiosa, o que se tem em verdade é a indução artificial do eleitor em estado mental, emocional ou passional, o que viola a autenticidade da votação na terceira dimensão – a substancial.

O líder religioso que se utiliza dos seus próprios atributos deíficos como argumento de autoridade à suas opiniões políticas; a exaltação da conformidade das características de um candidato aos dogmas, ou mesmo a identificação de qualidades messiânicas de uma ideologia são todas manifestações dessa interferência carismática.

Ocorre que, a princípio, todas estas figuras são permitidas pelo cenário democrático eleitoral, até que se enquadrem em uma violação da norma (quebra da primeira dimensão de autenticidade) ou que descambem à indução artificial da vontade do eleitor (terceira dimensão). Tão somente aquele voto exercido mediante a abusiva interferência religiosa é que se torna privado da sua finalidade, tornado ilegítimo, não-autêntico.

Daí emanam duas perguntas. A primeira, por que não equiparar essa interferência religiosa em modalidade concreta e autônoma de abuso? A resposta é que o exercício do sufrágio é a manifestação da soberania popular, a qual por si só é garantia fundamental do indivíduo. Por se tratar de norma relativa a direitos humanos, ainda mais de primeira geração (direito de defesa individual ante o Estado), a interferência ao ramo deverá ser sempre cautelosa.

Assim, tem-se um embate entre o aproveitamento do voto externado e a necessidade por parte da Justiça em efetivar a legitimidade do pleito. A legislação, inclusive lastreada pelo constituinte, achou por bem definir aquelas modalidades de abuso como situações em que, ainda que o voto seja válido, deverá seu beneficiário ser sancionado com a perda do cargo (posto que decorre do abuso a cassação do registro ou diploma) e ainda com a inelegibilidade (incidência de direitos políticos negativos).

Não cabe, outrossim, ao judiciário, ampliar as hipóteses previamente previstas pelo Legislativo de interferência a um feixe jurídico tão caro aos direitos individuais, sob pena de ferir a autenticidade do sufrágio com a intenção de protegê-la. Ademais, essa interferência religiosa não passou despercebida ao regramento normativo. Tão somente não se pode enquadrá-la ao abuso eleitoral, muito menos aplicar à esta as punições previstas ao excesso econômico ou político.

Daí surge a resposta para a segunda pergunta: Qual a relevância desta diferenciação? É que com a ocorrência dos abusos propriamente ditos, o que equivale a dizer, com a violação da autenticidade em sua primeira dimensão, decorre a cassação do registro do candidato ou do diploma do eleito, para não mencionar a possibilidade de decretação de inelegibilidade, apuração de improbidade, dentre outros. Todavia, daquela indução artificial a estado mental, emocional ou passional, não são previstas tais sanções.

Caso uma entidade ou figura religiosa, em violação ao artigo 242 do Código Eleitoral, promova essa influência artificiosa, levando um grupo de fiéis à privação de sua efetiva vontade popular em benefício de um candidato, partido, coligação ou ideologia, mas sem infringir normas relativas à financiamento (abuso de poder econômico) e condutas de agentes públicos (abuso de poder político), o que se terá é tão somente a possibilidade de anulação da votação deste grupo em razão do comando do artigo 222, e a punição dos responsáveis pela propaganda ilícita.

Por sua vez, caso a anulação atingisse mais da metade dos votos válidos (portanto desconsiderados os brancos e nulos-em-sentido-eleitoral) aí então seria cabível a anulação da eleição, com a consequente nova realização da mesma.

Enquanto na ocorrência de abusos o poder jurisdicional pune efetivamente o seu beneficiário com a perda do mandato, na indução do eleitor a estado sugestionável a mais grave decorrência seria a realização de novo pleito, em que o beneficiado até mesmo poderia, em tese, participar.

3. CONCLUSÕES

Diante de todo o raciocínio, nos parece haver nítida e importante divisão entre as dimensões de legitimidade eleitoral. Ademais, com a de-

vida relevância que impera sobre o feixe dos Direitos Humanos, nos quais compreendem-se os direitos políticos, nos parece desmedida e ilegítima a sanção, sem o explícito lastro legal pertinente, de conduta que não se enquadre efetivamente nas vedações previstas ao ramo.

Assim, muito embora seja eminente a realidade da influência religiosa aos pleitos, bem como inegável a necessidade de que esta seja analisada do ponto de vista do controle judicial, como forma de garantir o livre exercício do sufrágio, não nos parece, no todo, adequado a configuração destas hipóteses como modalidades próprias de abuso eleitoral.

Antes, ao se considerar o tratamento distinto dispensado pela legislação aos institutos, revela-se, ao menos em nosso sentir, mais adequada a configuração da influência religiosa, quando seja esta abusiva, como conduta que viola a autenticidade substancial do voto, por induzir o eleitor de maneira artificial a estado mental, emocional ou passional, o que subtrai deste a possibilidade de livre exercício da soberania popular.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Direito Eleitoral Regulador. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 fev. 2019.

_____. Lei nº 4.737/65. Brasília, 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. Lei nº 9.504/97. Brasília, 30 de setembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm. Acesso em 13 fev. 2019.

- _____. Lei Complementar nº 64/90. Brasília, 18 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm Acesso em 14 fev. 2019.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- KUFA, Amilton Augusto. O controle do poder religioso no processo eleitoral, como garantia do estado democrático de direito. Revista Justiça Eleitoral em Debate, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.21-24, jan-mar. 2016. Disponível em: https://www.tre-rj.jus.br/site/gecoi_arquivos/190620181908_arq_109114.pdf. Acesso em: 07 jun. 2019.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- OEA. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2015.
- RAIS, Diogo (Organizador). Direito Eleitoral Digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
- VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Princípios Constitucionais de Direito Eleitoral. 2009. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O DILEMA DAS COMUNIDADES CARIOCAS DIANTE DO CONFLITO DE LEGALIDADES: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

Mateus Perigrino Araujo

Isabelle Barreira Munarin

Guilherme Pareja de Lima Ramos

1. Introdução

O presente artigo visa abordar aspectos da dinâmica jurídica de resolução de conflitos comunidades periféricas cariocas, tratando-a como uma manifestação própria e legítima da fenomenologia jurídica, tal como o direito estatal. Com isso, tem-se em vista o paradigma do pluralismo jurídico. Para isso, será feita uma crítica ao positivismo jurídico enquanto abordagem inadequada para explicar fenômenos jurídicos complexos como o aqui analisado, para posteriormente engajar-se na proposta mediata do artigo.

2. Do modelo positivista ao pluralismo jurídico: superação do obstáculo epistemológico.

2.1 As teses centrais do positivismo jurídico.

2.1.1 A tese da descrição.

Três podem ser consideradas as teses centrais do positivismo jurídico, cuja relação é necessariamente causal. A primeira, e a tese principal dentre as demais, é a tese da descrição, segundo a qual diz que o direito é um objeto a ser conhecido, possível de ser descrito a partir da observação de uma natureza que lhe é própria (KELSEN, 2009, p. 1), se utilizando, para tanto, de juízos de fato, tal como a ciência, que observa seu objeto de estudo e o descreve nas suas qualidades e características, sem qualquer apreciação axiológica por parte do observador (BOBBIO, 1995, p. 135). O fenômeno jurídico para os positivistas, por ter uma natureza própria e específica, passa a ser objetivamente reconhecível ao homem (BOBBIO, 1995, p. 136).

A consequência da tese da descrição acima exposto, no estudo do direito, é a redução do objeto de estudo do fenômeno jurídico para tudo aquilo que se expresse de forma objetiva na realidade. *In casu*, a expressão mais comum dessa “manifestação objetiva” é por meio do direito válido. O direito válido, aqui, tem o significado normas válidas (TROPER, 2008, p. 38-39). Nesse viés, é possível concluir que a tese da descrição tem por objetivo a compreensão do fenômeno jurídico dentro da perspectiva de normas. Mas não quaisquer tipos de normas, vez que elas poderiam ter uma origem de total desinteresse ao direito, tal como as normas morais. As normas tratadas pela tese da descrição, que se traduziriam no fenômeno jurídico considerado aceitável pelo positivismo jurídico seriam as normas jurídicas válidas (BOBBIO, 1995, p. 105-108).

2.1.2 Tese das fontes sociais.

Em consequência da definição do objeto de estudo do positivismo jurídico – normas válidas – tem-se o reconhecimento do procedimento a partir do qual esse objeto se manifesta objetivamente na realidade, que como bem demonstra Troper, é por meio de uma autoridade competente. Ressalte-se que aqui é mais adequado falar de fonte socialmente autorizada, por ser uma terminologia que melhor abarca as diferentes formas de abordagens entre os autores aqui trabalhados.

A importância desta tese reside na sua capacidade de criar procedimento para a cognoscibilidade do fenômeno jurídico dimensionado anterior-

mente, a partir da verificação de “testes” supostamente universais. Dworkin trabalha extensamente essa tese com a noção de “teste de pedigree”, advinda da noção de regra de reconhecimento de Hart (HART, 2001, p. 111-121). Segundo o último, o reconhecimento do direito dar-se-ia tão somente quando a sua reprodução não dependesse única e exclusivamente da vontade da autoridade, mas também de um tipo de norma anterior a essa.

2.1.3 Tese da separação entre o direito e a moral.

Em termos gerais os positivistas realizam alguma separação entre direito e moral. Essa separação, entretanto, não é a mesma para os diferentes positivistas. É possível dizer, de maneira geral, que existe duas formas através das quais os positivistas realizam a sua separação: A primeira estabelecendo uma relação de separação contingencial entre o direito e moral, ou seja, abre a possibilidade para que em algum momento ambos os sistemas estejam em harmonia em algum sentido, o que não significa que ambos os sistemas dependem um do outro. A segunda estabelece uma relação de separação necessária, ou seja, em momento algum direito e moral vão se encontrar no mesmo sistema, sob pena do sistema em questão não poder ser considerado direito.

2.2 Críticas ao positivismo jurídico enquanto modelo último de compreensão do fenômeno jurídico.

2.2.1 Crítica interna ao positivismo: O interpretativismo de Dworkin.

Como foi demonstrado na primeira parte do capítulo, o positivismo se vale de um arcabouço conceitual para limitar o fenômeno jurídico ao aspecto de normas jurídicas válidas, se utilizando, para isso, de instrumentos e critérios de verificação supostamente universais. Ocorre que, esses mesmos procedimentos não foram suficientes para explicar adequadamente o fenômeno jurídico, fato esse defendido por teóricos do próprio positivismo jurídico, em especial Ronald Dworkin. Sua crítica forte ao positivismo pode ser melhor encontrada quando Dworkin traça críticas ao modelo de positivismo de Hart (DWORKIN, 2002, p. 35-50), sobretudo, por meio da crítica ao modelo de “regra de reconhecimento”

(DWORKIN, 2002, páginas 63-72) como padrão de validação universal do fenômeno jurídico positivo. Essa nova forma de abordagem desloca a sua tese central, a da descrição, de “algo a ser conhecido” para tornar-se “algo a ser interpretado” a partir das práticas sociais que efetivamente ocorrem dentro do sistema onde esse fenômeno se manifesta. Essa aposta num construtivismo metodológico, orientado por um interpretativismo daqueles valores que regem determinada sociedade, torna a questão toda a construção conceitual do positivismo jurídico comprometida. A principal consequência desse padrão metodológico, é que não existe uma relação necessária, para a compreensão do fenômeno jurídico, da adesão às teses centrais do positivismo (DWORKIN, 2002, p. 63-72). Ainda que o autor discorde do ponto de vista aqui defendido, entendemos que sua crítica não apenas enfraquece a legitimidade que o positivismo este exerce enquanto teoria adequada de explicação do fenômeno jurídico - tal como o que será analisado nesse artigo - mas enfraquece sobretudo a legitimidade que exerce dentro da única maneira “jurídica” de resolução de conflitos. No entanto, como se verá a seguir, existe um passo anterior - e mais profundo - a ser considerado na crítica ao positivismo jurídico, quando o que está em jogo é o ato de conhecimento do fenômeno jurídico, o que, na nossa opinião, fornece fortes razões para a comunidade jurídica considerar estudar seu objeto fora da sua manifestação monista - aqui entendida como autoridade única, não necessariamente estatal.

2.2.2 Crítica externa ao positivismo: a crise epistemológica.

O positivismo jurídico, não obstante tenha diversos problemas com sua própria corrente teórica, como se pode observar anteriormente, ainda sofre com problemas meta teóricos que antecedem sua narrativa. Essa falha reside no paradigma epistemológico sobre o qual o positivismo jurídico estabelece seus alicerces, para se propor como a melhor alternativa para estudar o fenômeno jurídico. Como destacado anteriormente, o positivismo jurídico se relaciona profundamente com um noções epistemológicas da ciência clássica, que estabelecem diferenças claras entre sujeito e objeto, tornando possível a “descrição neutra” do fenômeno jurídico, a partir de determinados procedimentos e testes de verificação, livrando o direito de

quaisquer outras relações com outras áreas do conhecimento. Entretanto, como destacam Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho, o chamado Construtivismo Radical – corrente da teoria da ciência de 1950 demonstra que a tentativa da ciência moderna clássica de eliminar o subjetivismo e conhecer, racionalmente, o universo objetivo não pode ser concretizada em face da complexidade da relação entre observador e observado (GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, 2013, pg. 36-37).

Essa noção traz uma consequência de suma importância para compreender como o positivismo jurídico não consegue cumprir com sua promessa de melhor abordagem. Pois na medida em que o positivismo se oferece a realizar uma descrição do suposto fenômeno jurídico verdadeiro, ele participa da sua construção, colocando as suas preferências dentre as várias preferências possíveis para se analisa fenômeno jurídico. A partir do instante em que a atitude de descrever de modo neutro é impossível epistemologicamente, tendo em vista que o sujeito e objeto da relação de descrição tornam-se inseparáveis, é forçoso a conclusão de que os valores do sujeito serão exatamente o resultado daquilo que se terá tanto como método de descrição e como o resultado deste método. A participação de certos valores do positivismo, como também visto anteriormente, de maneira alguma obedece padrões aleatórios, mas sim aos padrões culturais que o seu “sujeito” da está inserido, no caso o contexto do direito produzido no ocidente. De maneira muito esclarecedora, Orlando Villas Bôas Filho, fazendo um resumo do pensamento do francês Étienne Le Roy, identifica esse padrão como fazendo parte de uma “nomologia monológica”, segundo a qual a estabilização da “ordem” se dá por meio de uma autoridade única, que se contrapõe à concepção africana, por exemplo, cuja estabilização se dá por vários polos (VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 301-302).

3. O funcionamento do Direito das comunidades cariocas e sua relação com o Direito do Estado brasileiro.

3.1 O Direito além do Estado.

Já provada a vantagem do pluralismo jurídico para desvendar o fenômenos jurídicos complexos, deve-se admitir a existência de mais de um

ordenamento jurídico dentro das ramificações de uma mesma sociedade. Antes de tudo, deve-se qualificar o direito das favelas como distinto do estatal, mas, cuide-se para jamais tê-lo como isolado.

O Direito manifesta-se de diversas maneiras. É fenômeno mundial observar mais de um direito dentro de um país. Em regra, o Direito estatal é dominante e das suas ramificações emergem outros ordenamentos, menos dominantes, porém, inegáveis. Os direitos ocultos, observados por Rouland, estão presentes abundantemente nas sociedades estatais, sendo vistos predominantemente em grupos que não se encaixam nos moldes sociais. A marginalização anda lado a lado com a existência de direitos extra-oficiais (ROULAND, 2008, pg. 187).

As favelas do Rio de Janeiro possuem como característica o nascimento por meio da adaptação, não foram planejadas nem tiveram o acesso devido ao ordenamento estatal (SANTOS, 2014, pg. 90). Todos esses atributos confirmam a marginalidade das favelas, o que induz uma concepção errônea que aqueles que lá habitam são criminosos. O crime não é natural ao habitante da comunidade. De toda forma, há crime nas comunidades e até este tem direito próprio; de acordo com Rouland, não só existe um “direito dos bandidos” como este, por vezes, se inspira no direito estatal (ROULAND, 2008, pg. 187). Ainda assim, a violência não é requisito para a existência de direito diverso ao oficial; em moldes mais pacíficos, há a filosofia dos neo-rurais que em sua tentativa de viver sem regras acabou por criar seu próprio direito (ROULAND, 2008, pg. 192).

As comunidades cariocas, conforme os exemplos acima, são sociedades que não atuam dentro do jurídico estatal. Tentar encaixá-las nos moldes previstos no direito oficial é impossível, pois seu próprio ordenamento foi desenvolvido organicamente. Tirando a lição da experiência dos neo-rurais, tentar forçar um “não-direito” apenas acaba por criar um direito próprio; da mesma forma, tentar forçar um direito que não existe dentro de uma sociedade, apenas acaba por causar a concepção de seu próprio direito; oculto e periférico mas de toda forma eficaz para “garantir o ordenamento social mínimo” (SANTOS, 2014, pg. 90).

Assim, é inegável o direito próprio das comunidades cariocas, fato já atestado por Santos (SANTOS, 2014, pg. 90). Clara, também, é a condição popular deste (ROULAND, 2008, pg. 187).

3.2 A Pasárgada de Santos

O autor Boaventura de Sousa Santos defendeu, em 1973, sua tese de doutoramento diante da Universidade de Yale (EUA). Nela, descreve suas experiências e análises jurídicas realizadas durante sua estadia na favela do Jacarezinho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Apelidou a comunidade de Pasárgada e tinha como primeiro objetivo de estudo “revelar o funcionamento do sistema jurídico como um todo numa sociedade de classes, designadamente o Brasil” (SANTOS, 2014, pg. 92).

Embora sendo verdade que cada localidade possui características próprias e que a obra de Santos trata apenas de uma favela específica enquanto que este artigo trata das comunidades em geral, há de se reconhecer as similaridades entre as favelas cariocas uma vez que encontram-se em posições muito parecidas. Portanto, admite-se nessa obra a utilização das observações do particular para explicar o global.

3.3 A conversa entre Direitos: a dinâmica entre ordenamentos distintos

Reconhece-se a existência de mais de um direito dentro do Brasil. Deste fato, questiona-se: esses ordenamentos são independentes entre si?

A resposta está no pluralismo jurídico, que “alarga consideravelmente a nossa visão do direito e percebemos bem a maleabilidade de que este ganha com isto” (ROULAND, 2008, pg. 187). As sociedades ocidentais com sua rigidez característica, põem toda sua confiança no direito oficial para ordenar as relações sociais, dando à este posição exclusiva para exercer essa função (ROULAND, 1008, pg.187). Acontece que o “pluralismo jurídico não recorta conjuntos estatísticos: ilumina direitos vivos, cuja sorte difere de acordo com as grandes tradições culturais” (ROULAND, 2008, pg. 194). Assim, entende-se o direito uma coisa viva, sempre em evolução e relacionando-se com outros vivos; como nos ensina a antropologia (ROULAND, 2008, pg. 195).

O direito é mutável por natureza, contudo veja-se que a coexistência de direitos também pode ocasionar a mutação ou conglomeração destes ordenamentos, restando óbvia a influência que um direito pode ter sobre o outro; devendo-se, claramente, admitir a relação entre direitos (ROU-

LAND, 2008, pg. 195). A questão agora: nas comunidades cariocas, como ocorre essa relação?

Em primeiro momento, admitir a existência de um direito distinto do estatal parece resultar em uma concepção de que entre esses dois ordenamentos há disputa determinar quem regerá as relações sociais daqueles inseridos em ambos. Contudo, a mera existência de distinções entre as normatividades não configura automaticamente concorrência, afinal, dentre todas as funções de uma sociedade a primária é a de preservação.

Boaventura de Sousa Santos estudou a favela que chamou de Pasárgada e nela viu um direito próprio. Em sua obra, Santos descreveu o caráter pluralista de Pasárgada e afirmou que o direito desta pode ser complementar ao direito Estatal. (SANTOS, 2014, pg. 92). Assim, o direito local de determinada favela pode se inspirar no direito oficial para tomar forma, e este pode se utilizar do direito local para cumprir com seus objetivos.

Um exemplo da situação descrita acima seria a criação de um contrato entre dois particulares da comunidade, prática incontestavelmente típica do direito civil estatal, celebrado além da forma estabelecida em lei, porém com o mesmo objetivo. Aqueles que celebram o contrato têm certo conhecimento da forma usualmente estatal de fazê-lo e se utilizam dela para seu interesse, contudo, não possuem conhecimento técnico suficiente para seguir as restrições legais.

3.4 As características do direito não oficial e seus reflexos no aspecto litigial da convivência social.

3.4.1 A influência do direito estatal na personalidade do ordenamento das comunidades.

O direito extra-estatal pode tomar por base de sua forma o próprio ordenamento estatal, mesmo que não reconheça este como seu direito (ROULAND, 2008, pg. 187). Rouland, citando Pierre de L'Estoile, descreve o julgamento de um bandido pela própria máfia que participava, e expõe as condições muito parecidas com o julgamento admitido no estado, porém adaptado para aquela sociedade (ROULAND, 2008, p. 187).

Os direitos não oficiais se inspiram no direito oficial, para a formação de seu próprio (SANTOS, 2014, pg. 126). O fazem pois têm consciência

da eficácia do ordenamento estatal para reger a sociedade ou simplesmente por estarem familiarizados com este. Adaptam institutos, formas e procedimentos para sua realidade, a fim de manter certa ordem social.

Santos observou a existência, em Pasárgada, da Associação de Moradores (AM), que foi criada “com o objetivo de organizar a participação, autônoma e coletiva, dos habitantes de Pasárgada, no melhoramento, físico e cívico, da comunidade” (SANTOS, 2014, pg. 152). Essa Associação passou a ter funções condizentes com os Três Poderes estatais concentradas em apenas um órgão (SANTOS, 2014, pg. 154). A AM acaba por obter um caráter oficial, como se tivesse apoio da autoridade estatal em todos os seus atos ou jurisdição análoga ao Estado (SANTOS, 2014, pg. 156).

3.4.2 As características do direito das comunidades

3.4.2.1 Quanto à forma e à retórica

O direito oficial do Estado brasileiro é recheado de jargões, tem a palavra escrita como principal meio de comunicação e é restringido por toda a burocracia e os procedimentos tipificados. Já o direito das favelas se utiliza muito mais do discurso argumentativo teórico para provocar uma reação das autoridades, este discurso, por sua vez, muitas vezes é falado (SANTOS, 2014, pg. 156).

O direito das comunidades “tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal” (SANTOS, 2014, pg. 34), isso porque neste a abundância da utilização de leis, sistemas e procedimentos restringem a possibilidade argumentativa. Santos constata que o uso de legislação no ordenamento de Pasárgada é ralo, o que permite que esse ordenamento se desenvolva a partir da retórica e do uso de topoi (SANTOS, 2014, pg. 31), que são “as premissas de argumentação, pontos de vista ou opiniões comumente aceitas que tornam possível a argumentação, por não serem, eles próprios, objetos de argumentação” (SANTOS, 2014, pg. 102).

Devido à predominância do discurso argumentativo e um “jurídico não legalístico” (SANTOS, 2014, pg. 32), o direito das comunidades passou a operar por meio da mediação como meio decisório dominante, em vez da tradicional adjudicação, isso se dá pelo fato de que esse modelo aumenta a capacidade de persuasão do discurso (SANTOS, 2014, pg. 32).

O direito das favelas possui um processo bem mais flexível que o oficial, que é tipificado pelos Códigos de Processo (SANTOS, 2014, pg. 32). O direito processual estatal é de equivalente importância ao direito material; a forma não se mistura com o objeto e ambos têm o mesmo impacto para o desfecho das ações. Já o direito das comunidades tem pouco interesse na manutenção formal do conflito, o foco é muito mais voltado para o objeto da ação, este que, muitas vezes, pode ser confundido com o processo em si; por exemplo, se no direito estatal há procedimento específico que não pode ser descumprido, nas favelas esse embargo processual pode facilmente ser contornado por força da argumentação (SANTOS, 2014, pg. 33).

O processo judicial do direito brasileiro está repleto de jargões e expressões próprias do mundo jurídico, em parte isso se dá pois os integrantes desse mundo pretendem se separar da “sociedade comum”, a fim de destacar sua importância e eloquência. Já no mundo das comunidades, a própria condição educacional dos habitantes, que em sua maioria não possuem formação superior, em conjunto com a característica não formalística do processo não permite que o discurso seja excessivamente técnico. A linguagem utilizada corresponde a baixo grau de profissionalização na área jurídica; tanto das partes quanto do próprio julgador (SANTOS, 2014, pg. 33); em geral, linguagem é a mesma que é usada numa conversa casual; apenas em raras ocasiões a tecnicidade do discurso ascende, quando for necessário seu uso para a compreensão da realidade do caso (SANTOS, 2014, pg. 33).

3.4.2.2 Quanto às instituições

De acordo com Santos, é institucionalizado o exercício da função jurídica que se caracteriza “pela divisão interna e externa do trabalho jurídico e a consequente tendência para a profissionalização; pela hierarquia técnica e social do exercício das tarefas que integram a função; pela atuação padronizada e impessoal sujeita a critérios específicos de competência e a princípios e normas de racionalidade sistêmica” (SANTOS, 2014, pg. 36). O autor também admite que os critérios de medição da institucionalização são independentes entre si (SANTOS, 2014, pg. 36).

Dessa forma, admite-se que a institucionalização pode variar quanto ao seu grau, dependendo da relação de suas características aos critérios utilizados para sua medição. Os direitos dos Estados ocidentais são, em regra, altamente institucionalizados em relação à função jurídica e, quando se analisa o Brasil não é diferente (SANTOS, 2014, pg. 37). Não há dúvidas que a função jurídica no país se tornou independente das demais funções sociais, aumentando seu grau de especialização e conseqüentemente criando novas profissões no caminho. Como consequência natural da hierarquização nasceram novas funções, estas que são constituídas de grande padronização e conseguinte impessoalização (SANTOS, 2014, pg. 37).

Quando se analisa o direito das favelas percebe-se que o nível de institucionalização nela se opõe vigorosamente o modelo estatal em cada um dos critérios utilizados por Santos para classificar a institucionalização do direito oficial. Isso se dá, principalmente pelo alto espaço argumentativo lá presente, o que limita a existência de instituições rígidas para operar o meio jurídico (SANTOS, 2014, pg. 38).

As relações jurídicas nas favelas, em geral, são muito mais pessoais do que no ordenamento estatal: os negócios jurídicos são firmados entre particulares que normalmente possuem uma relação além da formal e os litígios têm como partes pessoas que se relacionam na vida pessoal constantemente, muitas vezes, até o “juiz” (terceiro designado para resolver um conflito) tem uma relação com as partes além daquela ação, um exemplo disso Santos traz quando constata que “o presidente da associação tem um pequeno comércio em Pasárgada e é membro destacado de uma das muitas organizações religiosas ativas na comunidade, exerce as funções na associação, incluindo função jurídica, a par de suas atividades comerciais e religiosas” (SANTOS, 2014, pg. 38). Assim, confirma-se a impessoalidade mínima do direito das favelas, resultando numa padronização precária nesse sistema, considerando que cada qual se utiliza de artimanhas tópicos-retóricas para o convencimento, o que contém a criação de parâmetros a serem seguidos (SANTOS, 2014, pg. 39).

Quando se trata da divisão do trabalho e a hierarquização decorrente desta, o direito das comunidades também apresenta níveis consideravelmente menores em comparação com o direito estatal. Tomando por exemplo a Associação de Moradores onde há a nomeação de cargos diversos contudo não há divisão concreta de funções entre cada um, sendo

as funções do presidente e do secretário de difícil distinção (SANTOS, 2014, pg. 39), contrastando o direito oficial que tende a deixar as funções mais importantes com o presidente de determinada instituição (SANTOS, 2014, pg. 39).

Conclui-se, portanto, que o espaço argumentativo é inversamente proporcional à utilização de instituições jurídicas (SANTOS, 2014, p. 43).

3.4.2.3 Quanto ao poder de coerção

O Estado atua através de diversos instrumentos coercitivos no meio jurídico. Santos define esses instrumentos como “o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente acionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias” (SANTOS, 2014, p. 39).

Em discussões que admitem apenas o direito legalístico estatal como possível, entende-se que a legitimidade do uso do poder de coerção limita-se ao Estado, monopolizando esse poder (SANTOS, 2014, p. 39). Kelsen entende o poder de coerção como sendo exclusivo de órgãos policiais, os quais exercem as funções da administração direta do Estado (KELSEN, 2009, p. 44). Contudo, esse artigo estuda o direito a partir do pluralismo jurídico e admite o direito além do Estado.

Em contrapartida ao modelo estatal, que se utiliza abundantemente do poder coercitivo em razão da manutenção da ordem social, tanto de maneira ameaçadora quanto prática (tomando preferência pela segunda, ou pelo menos se utilizando dela para potencializar os efeitos da primeira), acionando seu direito à violência legítima (SANTOS, 2014, p. 40), as comunidades não possuem muitos instrumentos de coerção para acionar, agindo muito mais por meio de ameaças (SANTOS, 2014, p. 41), utilizando de uma forma de intimidação que Santos denominou “retórica da força” (SANTOS, 2014, p. 41). A violência em si não tem muito espaço no poder coercitivo das favelas, mas a demonstração da intenção de utilizá-la sim, ao passo que a principal estratégia é procurar amedrontar aqueles cuja coerção é direcionada (SANTOS, 2014, p. 41).

Contudo, devido ao caráter absurdo do discurso violento empregado, este sempre tem caráter recursal e a ameaça só passar a tomar lugar no direito das comunidades uma vez que a argumentação lógica não foi sufi-

ciente para convencer um indivíduo a deixar de infringir o ordenamento dessas (SANTOS, 2014, p. 41).

Conclui-se, pois, que a “amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção a serviço da produção jurídica” (SANTOS, 2014, p. 43).

3.4.3 Os litígios nas comunidades

O direito tem a função de organizar a sociedade e coordenar os interesses de diversos indivíduos (SOUZA, CARACIOLA et al., 2018, p. 1). Quando se trata de uma sociedade complexa com grande quantidade de pessoas não é incomum ver duas ou mais possuírem interesse no mesmo bem e daí nasce o conceito de conflito de interesses, o que, caso manifestado para o plano da realidade, dá início a um litígio, o qual deverá ser resolvido (ou prevenido) dentro dos moldes do ordenamento jurídico que os interessados se apresentam (SOUZA, CARACIOLA et al., 2018, p. 2).

Para o direito processual oficial, o Estado é quem deve exercer sua jurisdição para resolver ou prevenir conflitos, através do Poder Judiciário (SOUZA, CARACIOLA et al., 2018, p. 3). Entretanto, no ordenamento não oficial não se pode assumir que o Estado entrará em ação quanto a atividade litigial lá presente, mas sim que esta será enfrentada pela normatividade interna das sociedades. Dessa forma, trataremos agora da prevenção e da resolução de litígios no ordenamento das favelas.

3.4.3.1 A prevenção de litígios

Boaventura de Santos observou em Pasárgada uma atitude comum entre o habitantes desta e os praticantes do direito oficial, o contrato, mesmo que de formas diferentes.

No direito oficial, para ser válido, o contrato deve seguir os moldes indicados em lei. Já em Pasárgada, Santos constatou que para que o negócio jurídico alcance seus objetivos, é necessário um processo de ratificação conduzido pela AM, o qual tem caráter constitutivo do contrato, pois introduz uma normatização a este, cuja forma é muito mais flexível em comparação com o direito estatal (SANTOS, 2014, p. 178).

Os contratos celebrados dentro das favelas são extremamente maleáveis em sua forma a fim de atenderem da melhor maneira possível os interesses das partes, essa maleabilidade pode resultar numa fase pré-contratual mais complexa, abundante em negociações, no entanto não é gasto muito tempo na sua preparação, exprimindo assim satisfação maior dos envolvidos (SANTOS, 2014, p. 210).

Nos negócios jurídicos das comunidades o conteúdo se sobrepõe a estrutura, contudo, além do simples foco na finalidade do contrato, há também condição hiper-subjetiva nas relações lá firmadas da observância da reputação e da ética das partes extremamente rígidas (SANTOS, 2014, p. 210). Nesse sentido, um contrato pode estar redigido na forma correta e cumprir com o interesse das partes, porém caso um dos contraentes tiver sua reputação manchada esse contrato pode chegar a não ter efeitos. No mesmo seguimento, um contrato pode desobedecer a normatividade lá estabelecida em prol da preservação da imagem de um. Santos traz um exemplo de um imóvel vendido mesmo sem a anuência do cônjuge de uma das partes, que mesmo separado (há pouco tempo), seu consentimento deveria ser procurado para possibilitar a venda da casa, mas não o foi a fim de evitar constrangimento. (SANTOS, 2014, p. 222).

3.4.3.2 A resolução de litígios

Apesar de todos os esforços para a prevenção de litígios, nem sempre o objetivo é alcançado e um conflito de interesse emerge para níveis de difícil controle, criando-se um litígio. Uma vez formado, como este é resolvido?

Não existe apenas uma forma de resolução de litígios dentro do direito das favelas. As opções são inúmeras, variando desde o Poder Judiciário do Estado até “tribunais” internos, criados apenas para resolver conflitos existentes em uma favela específica; contudo, a abundância de possibilidades não garante que o Poder Jurídico alcance a todos (SANTOS, 2014, p. 310-312).

Contudo, quando se trata de situações em que as pessoas têm acesso ao Poder Jurídico, as partes podem escolher entre os meios oficiais do Estado ou os próprios caminhos internos da comunidade em que estão situadas; entretanto, caso optem pela segunda opção, estas devem reco-

nhecer a qualidade jurídica do “tribunal” escolhido, uma vez que esta não é implícita (SANTOS, 2014, p. 234).

Uma vez escolhido o meio pelo qual o conflito será resolvido, resta analisar as condições pelas quais isso ocorrerá. A argumentação é elemento protagonista na resolução de conflitos e o os habitantes das favelas possuem níveis técnicos-jurídicos muito limitados, por esse motivo, o principal fundamento utilizado para expor o direito é o moral (SANTOS, 2014, p. 249). O discurso de moralidade possui tanta força nesse ordenamento que muitas das vezes é o único argumento utilizado; a moral religiosa (SANTOS, 2014, p. 316), acompanhando essa premissa, é abundantemente utilizada.

O argumento moral tem grande força nas favelas, contudo, a simples invocação de moralidade não possui grande efeito; mais ainda que a fundamentação da parte, a reputação desta dentro da comunidade é a estratégia de convencimento que extrai maior resultado (SANTOS, 2014, p. 250). Há abundância de argumentos *ad hominem* a fim de manchar a reputação da outra parte, indo muito além dos assuntos propriamente jurídicos do conflito, uma vez que no ordenamento das comunidades existe uma possibilidade muito grande de que a reputação ruim de uma parte resulte numa decisão desfavorável a esta. No ordenamento não oficial, nem todos são iguais perante a lei, principalmente por força reputacional. Santos exemplifica isso quando constata que quanto mais idoso um cidadão é, “mais direito”, devido a noção de o indivíduo idoso ajudou a construir a própria favela no qual o conflito se situa e, portanto, merece ter maior reconhecimento de “bom cidadão” em relação aos demais (SANTOS, 2014, p. 342).

Foi enfatizado que o formalismo não é farto no direito não oficial e isso se dá por conta da baixa complexidade que a maioria dos conflitos têm. Entretanto, há casos em que a complexidade da relação jurídica exige um grau de formalismo muito mais elevado que o habitual; nesses casos, a apresentação de documentação adequada passa a ser obrigatória e simples argumentos morais perdem sua força convencional. Em circunstâncias como estas, o direito oficial pode e até costuma ser invocado, seja como parâmetro ou como ameaça (SANTOS, 2014, p. 268).

Mesmo considerando a possibilidade de elevar o formalismo dependendo da complexidade do caso, fato é que, em geral, este não é necessário.

As formas de resolução de conflitos nas favelas tendem muito mais para uma espécie de mediação, por meio da qual tentam resolver os conflitos (que em sua maior parte têm origem no ambiente da relação pessoal entre as partes) a partir da conversa em vez do modelo tipicamente estatal (adjudicação).

Conclusão

As comunidades cariocas são sociedades inseridas em duas normatividades distintas concomitantemente e por isso possuem características únicas quanto ao seu direito. Embora seu direito seja orgânico e disponha de características próprias marcantes que foram aqui expostas, nota-se grande influência do direito oficial do Estado brasileiro neste, ao passo que não apenas existem ao mesmo tempo mas conversam entre si.

Conclui-se que para os inseridos nessas sociedades há a possibilidade de escolha de como desejam tratar um assunto jurídico, podendo ser este conduzido pelo ordenamento interno, pelo oficial, ou por uma mistura entre ambos. Obviamente a sociedade é afetada por essa condição mas não necessariamente de maneira prejudicial, o ordenamento não oficial interfere e resolve as questões quando o oficial é omissivo, o estatal pode ser usado para complementar o interno quando assim for mais vantajoso para os habitantes das favelas.

Em momento algum o direito do Estado é negado dentro das comunidades, esse é apenas adaptado para servir da melhor maneira possível às sociedades. Contudo, não se pode negar as formas de organização interna que distinguem-se vigorosamente do direito oficial. Pode-se deduzir então, que os efeitos de dois ordenamentos distintos numa mesma sociedade resulta numa normatização híbrida, podendo os habitantes dessa sociedade transitar, sem empecilhos, entre ambas os direitos ou até mesmo mesclá-los para se adaptar melhor às necessidades jurídicas deles (SANTOS, 2014, p. 310).

Bibliografia:

BOBBIO, Norberto, 1909 O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério / Ronald Dworkin ; tradução e notas Nelson Boeira - São Paulo : Martins Fontes, 2002. - (Justiça e Direito).
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann / Guilherme Leite Gonçalves, Orlando Villas Bôas Filho. - São Paulo: Saraiva, 2013.
- HART, Herbert L. A., 1907-1. O conceito de direito, 3ª edição. Fundação Caloute Gulbenkian.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria Pura do Direito / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. - 8.ª ed. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LAFER, Celso, 1941 - A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt / Celso Lafer. — São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- ROULAND, Norbert. Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade / tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão - 2ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito dos oprimidos : sociologia crítica do direito, parte 1 — São Paulo : Cortez, 2014.
- SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. Teoria geral do processo contemporâneo / ...[et al.] — 3 ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Atlas, 2018.
- TROPER, Michel - A filosofia do direito / Michel Troper | tradução de Ana Deiré |. São Paulo: Martins. 2008. - Coleção Tópicos Martins.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 109 p. 281 - 325 jan./dez. 2014. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico.

O USO DA METODOLOGIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE AUMENTO DA QUALIDADE REGULATÓRIA: O CASO DA NORMA DE MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO EM SAÚDE SUPLEMENTAR

José Maria dos Santos Junior

Aluísio Gomes da Silva Junior

1. Introdução

O presente trabalho visa debater a implementação da metodologia de Análise de Impacto Regulatório (AIR) em Saúde Suplementar no Brasil. O instrumento é uma abordagem sistemática que busca o aprimoramento das decisões dos agentes reguladores e em sentido orientado no que tange à política geral do Estado para sua efetiva aplicação. Consiste na avaliação de benefícios em potencial, custos e impactos das regulamentações propostas. Um instrumento que, grosso modo, pode-se dizer nascido da “administração da regulação” ao ser considerado como um mecanismo de tomada de decisão. A proposta da AIR começa com a identificação do problema e dos objetivos daquela causa identificada no mercado regulado. A partir desse ponto, cria-se análises de custos e benefícios para que se possa escolher aquela mais eficiente para o Estado Regulador. Assim, a utilização da AIR também permite um maior con-

trole e monitoramento das ações, além de aumentar o grau de *accountability* da política regulatória.

O principal objetivo da AIR é fortalecer a governança regulatória e a partir dessa intenção aumentar o índice do país num ambiente regulatório mundial. Segundo a Presidência da República (Brasil, 2018), a metodologia de AIR traz consigo o princípio da “boa regulação” – isso derivado dos aprendizados das medidas regulatórias que afetaram o mercado de forma errônea, como o *Subprime* norte-americano. Em muitos casos também no Brasil pode-se averiguar a elaboração de normativo sem qualquer cuidado técnico, em especial de informações e dados sobre o mercado, ou muitas vezes derivados de viés político ou *rent seeking*. Esta mudança de paradigma é uma das razões que a AIR tem sido impulsionado cada vez mais por instituições internacionais, como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que lidera a implementação desse modelo pelo mundo. Também pode-se afirmar, nesta linha, que a utilização da metodologia de AIR facilita a codificação única entre os mercados regulados pelo mundo. Além disso, o AIR no bojo da qualidade regulatória é visto como forte elemento de transparência e participação social e governamental dentro das ações regulatórias.

A partir das explicações, este estudo busca apresentar a potencialidade da metodologia de Análise de Impacto Regulatório como meio de incrementar a qualidade da regulação em saúde suplementar. Para tanto, usou-se como referência o processo normativo da Resolução nº 433/2018, sobre Mecanismos Financeiros de Regulação.

Este artigo apresenta inovação dentro sua área por ser pioneiro em debater análise de impacto regulatório em relação à saúde suplementar. O tema ainda é pouco debatido nas universidades, com alguns escritos para energia e para vigilância sanitária. Ademais, o tema está na pauta atual pela tramitação da nova lei das agências e no pacote da Medida Provisória da Liberdade Econômica (MP 881/2019), e através da eminente minuta de procedimentos para construção de AIR dentro da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). É uma possibilidade ímpar do debate dentro da universidade sobre regulação em saúde suplementar a partir da interdisciplinaridade entre direito e economia.

A metodologia aplicada foi o escrutínio teórico das teorias normativas e econômicas da regulação e pela análise profunda dos documentos já existentes sobre o mecanismo de AIR.

Destarte, este estudo divide-se em quatro partes, além dessa introdução. No capítulo segundo apresenta-se o marco teórico sobre qualidade regulatória e a metodologia de Análise de Impacto Regulatório. No terceiro capítulo, disserta-se sobre como a metodologia de Análise de Impacto Regulatório foi utilizada para qualificar a regulação de mecanismos financeiro de regulação. A última parte fica por conta das considerações finais.

2. Referencial teórico envolto na análise de impacto regulatório e qualidade regulatória

2.1 AIR como alternativa para aumentar a eficácia das medidas regulatórias

A metodologia de AIR é uma abordagem sistemática que busca o aprimoramento das decisões dos agentes reguladores e em sentido orientado pela política geral do Estado como um todo. Consiste na avaliação de benefícios em potencial, custos e impactos das regulamentações propostas. Um instrumento que, grosso modo, pode-se dizer oriundo “administração da regulação” ao ser considerado como um mecanismo de tomada de decisão. A proposta de AIR começa com a identificação do problema e dos objetivos daquela causa identificada no mercado regulado. A partir desse ponto, cria-se análises de custos e benefícios para que se possa escolher aquela mais eficiente para o Estado Regulador. Assim, a utilização de AIR também permite um maior controle e monitoramento das ações, além de aumentar o grau de *accountability* da política regulatória.

A AIR procura entender a natureza e a magnitude da tomada de decisão regulatória. Em muitos casos, após a realização da AIR, é medido que o mais correto a se fazer é a própria ausência da ação proposta, ou seja, não regular.

A AIR não tem caráter vinculante à tomada de ação. É auxiliar para que o corpo diretivo competente decida a melhor e mais segura ação regulatória. A utilização da AIR como instrumento de decisão não invalida ou

deslegitima a força do conselho ou da diretoria das autoridades, que ainda permanecem como independentes. Este é um lado complexo da questão da AIR, pois para muitos especialistas, a AIR amarra a autoridade a uma decisão ou a algum tipo de controle governamental já que a AIR traz consigo elementos da política governamental em seu relatório (PECI, 2007).

Segundo Kirkpatric *et al* (2007), a AIR contribui a partir de dois eixos na qualidade regulatória: formalização legal dos objetivos a serem alcançados e a abertura dos procedimentos para que estes objetivos sejam efetivados. Assim, a AIR conseguiria atrelar os resultados dos objetivos centrais em termos como desenvolvimento econômico, ambiental, social, entre outros macro-objetivos. No outro plano, no conceito interno da agência, a AIR trabalha a governança e promove uma consistência e transparência da tomada de decisão pelo agente regulador, que no fim, é um agente público (e deve ser orientado sempre através da transparência). Os citados autores chamam a primeira estrutura de “lógica externa” em representatividade de macro-objetivo e de “lógica interna” a parte que remete a governança da própria agência reguladora.

É importante deixar claro três pontos colocados pela OCDE como precursais da boa regulação: o uso de análise baseadas em evidências; priorização de normas de incentivos e também a necessidade premente de se ter participação popular nas decisões. A partir dessas condições mínimas exigidas pode-se dizer que a AIR vem somar a qualidade regulatória de forma eficaz e que sendo utilizada de forma correta pode aumentar a transparência, tecnicidade e legitimidade – tanto política quanto popular – da tomada de decisão regulatória. Como afirma a própria Presidência da República (2018), a metodologia de Análise de Impacto Regulatório, embora seja feita voltada para as Agências Reguladoras, não se limita a essa. Podem ser usadas por qualquer órgão público que tenha poder normativo no intuito de facilitar a coerência na tomada de decisão.

Segundo Black (2002), o uso da AIR pode ajudar a evitar falhas na elaboração das normas regulatórias de comando e controle, principalmente. Poderiam assim diminuir o custo administrativo de fiscalização e cumprimento das normas ao fazer com que os agentes consigam ter conhecimento e aceitação *ex-ante* da norma, como forma de evitar normas com sanções inapropriadas. Além disso, acarretar-se-ia de igual modo, uma implementação mais responsável e monitorada através da melhoria

do *accountability* e de *compliance* exigido, além de evitar a captura regulatória devido à exposição dos formuladores a todos os agentes do mercado.

Kosousci (2010) em seu trabalho sobre AIR no Brasil chega a se perguntar se a AIR não assume mais um papel burocrático do que de celeridade. Também chega a questionar se a AIR não é um conjunto padronizado de velhas ferramentas com novos rótulos. Lima (2010) responde com a afirmação, que embora ainda incipiente de análise sobre a própria AIR, é convicto que o instrumento permite uma maior gestão do processo regulatório, sobretudo pela população e demais *stakeholders* envolvidos. Portanto, permitiria que o Brasil adentrasse na globalização das práticas regulatórias num processo de imersão internacional do mercado, tendo um avanço no que tange a qualidade regulatória nacional.

2.2 Qualidade regulatória a partir da Análise de Impacto Regulatório

A qualidade regulatória é medida pela capacidade de resposta das medidas tomadas pelos reguladores para sanar algum problema de mercado, ou como visto, para alcançar os objetivos ditados na regulação daquele mercado específico. Aragão (2010) coloca a qualidade regulatória como uma resposta positiva para as seguintes questões:

- (i) se o problema que demanda a atuação do Estado foi corretamente definido;
- (ii) se a ação estatal é justificada, considerando os seus possíveis custos e benefícios e as alternativas cabíveis;
- (iii) se há base legal para a regulação estatal;
- (iv) se o grau de intervenção é o mínimo possível para atingir o objetivo visado;
- (v) se os benefícios da regulação justificam os seus custos;
- (vi) se a distribuição dos efeitos positivos e negativos da regulação na sociedade é pautada na transparência;
- (vii) se a regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos administrados;
- (viii) se todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar as suas opiniões e críticas a respeito das normas regulatórias, através de mecanismos de consulta pública;
- (ix) se a observância das normas regulatórias pelos particulares é incentivada e assegurada através de distribuição eficiente de competências entre órgãos e governo;
- (x) se a regulação foi implementada da maneira como esperada. (ARAGÃO, 2010, p. 10)

A OCDE também apresentou a questão da qualidade regulatória inicialmente em 1992 aos governos signatários para que tomassem ações de melhoria regulatória de modo a alcançar o desenvolvimento com base na ampliação da capacidade de governar, planejar e formular e implementar políticas. A partir desta data, cresceu a liderança da OCDE nos quesitos de melhora da qualidade regulatória. Em 2005, foi publicada uma lista de princípios básicos da qualidade regulatória pelo citado organismo internacional:

1. Adotar no nível político programas abrangentes de reforma regulatória que estabeleçam objetivos claros e diretrizes que tratem da implementação;
2. Avaliar impactos e rever regulações de forma sistemática, de modo a assegurar o cumprimento dos objetivos de forma eficiente e efetiva num complexo contexto econômico e social em mudança;
3. Garantir que as regulações, as instituições reguladoras responsáveis pela sua aplicação e os processos regulatórios sejam transparentes e não discriminatórios;
4. Rever e fortalecer, sempre que necessário, o alcance da regulação, a efetividade e o caráter obrigatório da política de concorrência;
5. Estabelecer a regulação econômica em todos os setores, de modo a estimular a concorrência e a eficiência, mantendo a regulação apenas em situações em que seja considerada como a melhor forma para atender ao interesse público;
6. Eliminar barreiras regulatórias desnecessárias ao comércio e ao investimento por meio de políticas de liberalização e de incentivo à abertura de mercado por meio do processo regulatório, aumentando a eficiência econômica e a competitividade;
7. Identificar interfaces importantes com outros objetivos de política e desenvolver políticas para alcançar esses objetivos e apoiar a reforma.

É visível a proposição da OCDE de margear a qualidade regulatória como incentivo à internacionalização do comércio. Assim, pela padronização e até pela colocação de que a eliminação de barreiras regulatórias desnecessárias como uma flexão evidente à globalização. A OCDE, organismo controlado pelas principais nações de poder econômico, faz com que as suas idéias de modernização sejam levadas pela bandeira do desen-

volvimento por todo o mundo. É uma crítica a como os instrumentos são passados para os países em desenvolvimento embora o uso do Análise de Impacto Regulatório pode sim ajudar na eficiência e na legitimidade da norma reguladora, sobretudo pela capacidade de interagir com a sociedade civil obrigatoriamente.

A AIR é uma ferramenta anterior a norma. Essa é a regra geral em que a o instrumento serve para orientar a escolha da medida regulatória e avaliar sua condição de alcançar com eficiência o objetivo prestado. Porém, sabiamente a autora Koçouski (2016) coloca que o uso de AIR de forma *ex-post* ainda pouco utilizado serve para avaliar como tem estado à norma já vigente. O uso *ex-post* da AIR permite que a norma seja alterada de acordo com a dinâmica que o mercado regulado exige visto que os objetivos da política regulatória norteados anteriormente. Existe uma barreira cultural neste tipo de uso pela AIR em razão da contestação do poder regulatório anteriormente fixado.

Wegrich (2008) postula que o debate de qualidade regulatória foi a chave para o que ele chama de “Regulação Moderna”. O debate da qualidade gira em torno de “quanto o efeito de regulação, como também em relação aos efeitos colaterais não intencionais de regulação, principalmente as consequências de custo para os destinatários”.

2.3. Debate sobre uso da metodologia de AIR na implementação da norma de mecanismos financeiros de regulação

A ANS publicou em julho de 2018 a Resolução 433/2018 que disciplina os mecanismos financeiros de regulação. Destarte, a pergunta central deste trabalho permeia se a metodologia de Análise de Impacto Regulatório contribuiu para a elaboração de uma resolução eficiente e com qualidade regulatória. A ANS elaborou seu mais robusto relatório de Análise de Impacto Regulatório⁵⁹ sobre mecanismos financeiros de regulação, objeto de análise desta seção.

59 ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/audiencias_publicas/ap06/ap06_analisedeimpactoregulatorio.pdf>. Acesso em: 21/07/2018.

A metodologia de AIR consegue permear todos os passos deste processo decisório, não podendo aferir que seja mais importante em algum passo específico. A ANS traz junto com seu projeto a iniciativa regulatória, o uso da metodologia de AIR para as tomadas de decisão, conforme prega em seu Guia de Boas Práticas Regulatórias (ANS, 2014). Segundo o Guia, o AIR será dividido em três níveis de intensidade: básico (fase I), complexo com análise qualitativa (fase II), e o último que gira em torno de um problema regulatório complexo que demande análise quantitativa, além das fases anteriores (fase III).

Mecanismos Financeiros de Regulação são aqueles instrumentos utilizados para mitigar o risco moral do consumidor, ou seja, gerar práticas de uso eficiente e racional dos serviços de saúde prestados. Os mecanismos mais conhecidos são o co-pagamento e a franquia que atuam como fator moderador de uso dos serviços de saúde. Arrow (1963) reconhece o efeito do uso de fatores moderadores para evitar a sobre-utilização ao gerar uma espécie de custo para o beneficiário que não mais terá um custo marginal zero do serviço. Mas, como se verá, o cerne da questão é a ponderação de como esse fator moderador pode evitar a sobre-utilização ou também pode fazer com que esse custo gerado seja impeditivo de uso necessário, caracterizando uma barreira indevida ao usuário.

A necessidade de revisão do regulamento vigente era emergencial. A normativa mais recente foi elaborada há 20 anos (Resolução CONSU nº 8/1998) e não contempla a evolução do mercado de saúde. As operadoras de plano de saúde almejam a redução de custos e ampliação do número de beneficiários. Este último grupo, por outro lado, tem o desejo eminente de ter um plano de qualidade e mais em conta.

3.1 Análise do uso da Metodologia de AIR na construção da Resolução 433/2018

O uso de metodologia de Análise de Impacto Regulatório fortaleceu o processo de tomada de decisão no intuito de deixar o debate tecnicamente robusto e permitir que vários grupos de interesses distintos fossem ouvidos. Em nenhum momento foi uma resolução imposta através do poder hierárquico do Estado. Preconizou-se, a todo momento, o diálogo, como solicita a metodologia de AIR. Um exemplo concreto foram

as constantes alterações das três minutas apresentadas. A metodologia de AIR auxiliou para que não se tivesse uma resolução feita por um lado só, especialmente para instrumentos de defesa do consumidor que estavam mais ausentes na primeira minuta.

A metodologia de AIR foi o suporte e a principal ferramenta para os debates dentro os interessados, além de ter sido legitimado como referência do devido processo administrativo pelas entidades representativas e pelos órgãos do governo.

A metodologia de AIR está eivada de princípios, em especial, do “devido processo administrativo”. É uma similaridade ao princípio constitucional do devido processo legal. São fases que não podem ser ultrapassadas, em especial, à das contribuições e participação social. Estas fases corroboram para o contraditório dentro da decisão regulatória. É a chance dos agentes regulados conseguirem afetar a norma que a eles serão impostas. Assim, em face de princípios, a metodologia de AIR centra-se concomitante no princípio da eficiência. A norma tem que gerar resultados positivos no mercado e, sobretudo, na sociedade.

A Resolução nº 433/2018 foi elaborada para funcionar como um sistema. Ela é articulada em vários instrumentos internos para poder propiciar aos agentes regulados, seja o beneficiário ou o operador de plano de saúde, a satisfação almejada. Ou seja, para que o beneficiário tenha seu direito devido ao plano de saúde a partir da percepção de risco e o operador de plano de saúde o aumento da sua receita por novos contratos advindos da nova norma. Assim, instrumentos como o limite de percentual de co-pagamento, do limite de exposição financeira, do incentivo a condutas de prevenção, da lista de isenção, do valor fixo para o pronto socorro, entre outros tópicos não podem perder a sincronia neste sistema gerado a partir da nova norma.

A parte falha do processo de tomada de decisão que a qualidade da norma, sem dúvida, foi à ausência da fase III do Guia de Boas Práticas Regulatórias de análise de dados quantitativos. Ficaram ausentes a valoração dos custos e dos benefícios estimados, deixando a fundamentação do Resolução presa a princípios teóricos, por mais corretos que estejam.

No processo de tomada de decisão, a primeira minuta de resolução teve um viés mais mercadológico. Era uma minuta que estava preocupada com a produtividade das operadoras, com cláusulas de faltas sem justifica-

das do beneficiário e percentual de 50%. A metodologia de análise de impacto regulatório ao abranger o debate com toda sociedade, notadamente entidades de beneficiários e órgão defesa de direitos como Defensoria Pública e Ministério Público, possibilitou que esse debate fosse equilibrado a dar um tom mais consumerista para a nova norma, ou melhor, menos mercadológica.

Levou-se em conta também nesta análise os dois elos de pagamentos que serão suportados pelo beneficiário: a mensalidade e aquela do mecanismo financeiro (seja franquia ou a parte do co-pagamento). Também relatou a necessidade de que as faturas mensais sejam distintas para não tirar o poder de decisão orçamentária do próprio consumidor.

É esperado que o consumidor direcione estes gastos até a franquia ou caso o valor da co-participação esteja momentaneamente alto para o setor de saúde pública. Infelizmente, o relatório de AIR não avançou para o terceiro nível de análise quantitativa. Mas é de se prever que se tenha um aumento de prestações de serviços de saúde pública nestes casos. Não há o debate sobre o direito, porém, sobre o impacto nas contas públicas e também do devido ressarcimento ao SUS por parte das operadoras. Infelizmente, este debate, embora mencionado no segundo relatório do AIR, não supriu as expectativas por conta dos agentes regulados e nem obteve encaminhamentos concretos. É um ponto que merece atenção e monitoramento, especialmente dos órgãos de governo, pelo impacto futuro nas contas públicas.

Ao contrário do que se vê em alguns pronunciamentos e decisões de tribunais⁶⁰, a norma editada trouxe segurança jurídica ao disciplinar mecanismos que já existiam. É um controle do Estado a partir da agência reguladora competente. Nesta toada, não se vislumbra em nenhum momento ausência de competência para a ANS uma vez que a própria lei que cria a agência é taxativa na permissão para normatizar a questão. Porventura, é necessário o comentário de que a ausência de disciplina caracteriza um cenário de insegurança (e não o contrário).

A Resolução vem trazer uma série de garantias e direitos em relação à saúde suplementar (não se fala em direito à saúde em seu conceito de direito social). A temática aqui é contratual em que a agência atua para

60 STJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF532_liminar.pdf>. Acesso em: 21/07/2019.

equilibrar esta relação jurídica. Assim, segurança para o consumidor dentro da relação foi norte para elaboração da norma, como a consolidação do instrumento do limite de exposição financeira que claramente protege o consumidor de ter um desembolso desordenado.

Portanto, é importante destacar os avanços em relação à norma CONSU. A regulamentação atual traz instrumentos de transparência para o consumidor no ato da compra. Traz condições de o consumidor ter poder de escolha com planos mais acessíveis devido à redução de custos. Para o consumidor atual de planos convencionais e o consumidor agora com a Resolução 433/2018, o preço a ser pago será aquele marginal a sua co-participação. Espera-se que em médio prazo já se possa verificar uma redução de custos dos planos ofertados, uma vez que, o consumidor também não selecionará o plano com fator moderador se ele não tiver um desconto suficiente para que não escolha o plano convencional com totalidade de acesso sem acréscimo. No mercado internacional pode-se aferir uma diferença de 30 a 40% de um plano convencional para um com fator moderador (OCDE, 2012).

Outrossim, conclui-se que não foi somente o relatório do AIR que enriqueceu o debate. Mas a metodologia completa de análise de impacto regulatória. Por mais discricionária que a metodologia ainda esteja na ANS, o debate e o tempo decorrido amadureceram os setores envolvidos para uma decisão plausível para todos, por mais insatisfeitos que ambos os lados saíram com algumas questões.

Outro ganho para Resolução nº 433/2018 foi ter disciplinado a franquia em seu modo limitada por acesso e dedutível acumulada. A franquia dedutível acumulada é aquela em que as partes combinam um valor a ser atingido pelas partes. Até esse valor específico a operadora de plano de saúde não arcará com as despesas em saúde.

A nova Resolução funcionará como um pré-contrato já existente entre as partes. Este pré-contrato tem a essência de garantir o mínimo preconizado pelo acesso regulamentado do direito da saúde suplementar. Assim, como o relatório de AIR mesmo já discorre, há a necessidade de se rever a norma para uma Avaliação de Risco Regulatória - ARR, como pede o Guia de Boas Práticas Regulatória da ANS. O relatório de AIR ainda manteve-se muito similar a uma nota técnica, porém, o que se viu foi que a metodologia de AIR foi a base da condução do processo

decisório. A sua obrigatoriedade de rito e de incentivo a participação fez com que pela primeira vez, em 15 anos de tentativa, fosse aprovada uma resolução sobre o tema. Grosso modo, a metodologia de Análise de Impacto Regulatória, por mais ausente de dados quantitativos, fundamentou e permitiu a tomada de decisão sobre a Resolução nº 433/2018.

Discorrido o escrutínio acima, seguindo as reflexões de Aragão (2010) sobre a intensidade da qualidade regulatória apresentados no marco teórico, analisa-se positivamente a Resolução nº 433/2018 uma vez que foram atendidos a maioria dos dez critérios elencados pelo autor.

O primeiro item de “(i) demanda a atuação do Estado foi corretamente definida”, como também coincidentemente concluído pela metodologia de AIR, foi satisfeita ao deixar clara a necessidade de regulamentar os fatores de moderação sem que, contudo, deixasse as garantias da legislação de saúde suplementar afetadas.

No próximo item (ii), “se ação estatal foi justificada considerando os possíveis custos e benefícios e as alternativas cabíveis”, a qualidade regulatória não foi satisfatória integralmente. Por mais que tenham sido apresentados cenários e alternativas possíveis através da análise multicritério, a ausência de dados quantitativos fragiliza a qualidade regulatória. Não se tem dúvida quanto à necessidade e complexidade do tema para demanda uma análise de nível III.

Sobre a questão de base legal pertinente (iii), considera-se que a ANS tem competência literal para disciplinar norma de mecanismos financeiros de regulação.

O próximo (iv) “se o grau de intervenção foi o mínimo o possível para atingir o objetivo visado”, acredita-se que fora atendido em parte uma vez que a possibilidade de intervenção poderia ter sido maior para o beneficiário, principalmente em questões dos simuladores, da psiquiatria e isenções de acidentes em internações. A condução do processo normativo, como preconiza a diretriz da OCDE, priorizou o mínimo de intervenção para o máximo de resultado de interesse público (que também poderia ter sido maior). Porém, em questões de mercado, a intervenção de limitação dos co-pagamentos e da franquia considera-se adequada visto que não existia norma para estes produtos.

Quanto (v) à questão ante aos benefícios da regulação justificariam os custos, espera-se que principalmente para os consumidores possa signifi-

car ganho na redução do preço do plano de saúde. Teoricamente, a ação regulatória será capaz de gerar esse superávit.

A distribuição dos efeitos positivos e negativos da regulação na sociedade foi pautada na transparência durante todo o processo decisório (vi). A ANS inclusive inovou em questões de divulgação, como uso de *periscope*, *youtube*, distribuição de todo documento recebidos e disponibilizados no endereço eletrônico específico.

Neste item (vii) a qualidade regulatória não foi satisfatória uma vez que a linguagem está clara, consistente, porém, não compreensível e acessível aos administrados. Conforme adiantado, esse é percalço que ameaça a eficácia da norma devido à complexidade dos assuntos e a maneira como se dará a comunicação destes novos mecanismos com a população como um todo.

Quanto ao princípio do contraditório, todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar as suas opiniões e críticas a respeito da norma via audiência e consulta pública (viii). A participação social é um dos principais pilares da metodologia de AIR e fora observado durante esses anos de diálogo e elaboração da norma. Importante a observação de que o cumprimento do preceito da participação social venha a ser entendido como uma norma que satisfaça os interesses de todos os lados. A participação social remete a possibilidade de participar e influenciar na busca pela decisão regulatória eficiente.

Na questão (ix) da observância das normas regulatórias pelos administrados seja incentivada e assegurada através de distribuição eficiente de competências entre órgãos e governo, deduz-se que satisfatoriamente atendida uma vez que ambos participaram do debate e vislumbram ganhos com sua execução, além da competência de fiscalização e controle estar centrada na própria agência.

No último item, (x), “se a regulação foi implementada da maneira como esperado”, entende-se que a Resolução nº 433/2018 atendeu o requisito em partes. A decisão foi publicada oficialmente, obedecendo ao rito ordinário de aprovação, fundamentada nos devidos pareceres jurídicos e técnicos, no qual se insere os relatórios de AIR. Porém, destaca-se a situação ainda de expectativa e incerteza quanto à implementação da norma, devido à cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF) que sustou os efeitos, por ora, ante motivos alheios à metodologia de AIR. Na deci-

são liminar, o STF entendeu que o valor de 40% para limite de co-participação prejudica o consumidor e, surpreendentemente, ao contrário da interpretação apresentada neste trabalho, que a ANS não dispõe de competência para edição de normas sobre o assunto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve a intenção de apresentar a metodologia de AIR como uma ferramenta capaz de proporcionar normas que preenchesse os requisitos do paradigma da qualidade regulatória. De fato, o uso da metodologia de Análise de Impacto Regulatória permite que as normas alcancem os objetivos pretendidos, ainda mais pelas reflexões existentes e pelas análises contidas no seu rito. Destarte, a metodologia, em breve, será obrigatória para todas as agências reguladoras por conta da eminente aprovação do projeto da Nova Lei das Agências Reguladoras.

No caso para a ANS, a metodologia de AIR encontra-se internalizada atualmente em virtude do empenho da agenda regulatória definida após o PRO-REG, sobretudo após 2010. Porém, não se pode aferir quantas vezes a metodologia fora aplicada uma vez que em várias normas publicadas não estão apensados os devidos relatórios.

Na ANS, embora exista o Guia de Boas Práticas Regulatórias a ser observada, a condução da metodologia do AIR ainda é discricionária. De toda forma, o Sumário Executivo obrigatório contém alguns elementos da metodologia de AIR. O fluxo de processo normativo com a metodologia de AIR apresentado está em tramitação interna. Será a possibilidade da ANS adaptar cultura própria de decisão à metodologia de AIR. Ressalta o esforço da agência para manter o nível de publicidade dos diálogos, um dos pilares da transparência e controle social. Contudo, é necessário que haja a introdução de metodologia de AIR *ex-post* na nova norma de regulamentação do processo decisório. Esta norma em trâmite há de observar essa adaptação para que se possa aplicar devidamente a metodologia de AIR. Sobre a disponibilização de dados, como a ANS recebe periodicamente informações de envio obrigatório pelos regulados e tem competência para solicitar informações adicionais necessária, poderá proporcionar a ausente fase III – análise quantitativa aos seus relatórios de AIR.

Ante ao processo de tomada de decisão da norma de Mecanismos Financeiros de Regulação, cabe a consideração de que o uso da metodologia de Análise de Impacto Regulatório auxiliou na fundamentação técnica e no incremento da qualidade regulatória, em especial para maturidade do debate e na participação social. O ganho do uso da metodologia de AIR está no próprio processo. Como apresentado na última seção, o saldo final em questão de qualidade regulatória é positivo. Porém, como afirmado, carece de aprimoramento de análise quantitativa. Também, pelo processo de decisão da Resolução nº 433/2018, pode-se aferir que houve baixo grau de controle governamental, ponto que a metodologia de AIR fora acusada instrumentalizar. Hoje, pela forma estruturada no Brasil, a metodologia de AIR, além da qualificação técnica, tem muito mais um caráter de contraditório e controle social do que de inferência governamental.

Por fim, por mais que já esteja em andamento, a ANS tem pela frente um caminho de maturidade significativo para efetiva implementação da metodologia de Análise de Impacto Regulatório. Ainda mais considerando a pauta de demandas sensíveis que vão exigir normas com qualidade regulatória de excelência: como a mudança da forma do reajuste de preço para o *price-cap*, dosimetria de penalizações; além das análises das normas passadas, como o rol de procedimentos.

REFERÊNCIAS

ANS. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução nº 433 de 2018. **Dispõe sobre mecanismos financeiros de regulação. 2018**

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Guia de Boas Práticas Regulatórias. 2015.**

ARAGÃO, A. S. de. (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Análise de Impacto Regulatório – AIR. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, ano 8, n. 32, pp. 9-15, out./dez. 2010.

ARROW, Kenneth. **Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care**. American Economic Review, v.53, 1963.

BLACK, Julia. **Regulatory conversations**. Journal of law and society 29.1 (2002): 163-196.

KIRKPATRICK, C.; PARKER, D. (org). Regulatory impact assessment: towards better regulation. 2007, apud BARRETO, D. F. G. **Avaliação de impacto do controle externo do Tribunal de Contas da União na regulação de infraestrutura**. Mestrado em Regulação e Defesa da Concorrência. Tese, 65 páginas. Universidade de Brasília. Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. 2011.

KOÇOUSKI, Ângela Regina. **Qualidade regulatória brasileira : a Análise de Impacto Regulatório como instrumento indutor de governança na Agência Nacional de Energia Elétrica**. Brasília : IPEA, 2016.

LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. **A avaliação de impacto regulatório no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade do Rio de Janeiro, 2010

PECI, Alketa. **Regulação no Brasil: Desenho, Governança, Avaliação**. Editora Atlas, 2007.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Guia de Boas Práticas Regulatórias**. 2018. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias>.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança**. Paris: OECD Publishing, 2012.

_____. **Relatório sobre a Reforma Regulatória – Brasil: Fortalecendo a governança para o crescimento**, 2008.

WEGRICH, K. **Regulação Moderna em Discussão** – Um estudo literário. RAND Europe, Junho, 2008.

AS INFORMAÇÕES OBTIDAS NO *CRIMINAL COMPLIANCE* E O APROVEITAMENTO PARA EMBASAMENTO DA DENÚNCIA DO CRIME ECONÔMICO

Bertrand de Araújo Asfora Filho

1. INTRODUÇÃO

A globalização econômica trouxe consigo inúmeras transformações sociais, inclusive no mundo jurídico econômico, entre elas, a preocupação acerca da criminalidade no âmbito empresarial e econômico, especificamente no quesito de prevenção aos crimes empresariais.

Os crescentes casos de corrupção e deslealdade com o objetivo de enriquecer ilicitamente, aumentando o capital da empresa de forma criminosa, juntamente com a falta de transparência das corporações do mercado capitalista, traz consigo o enfraquecimento da economia e consequentemente a desilusão da sociedade no quesito punibilidade dos infratores.

Dessa forma o estado começou a buscar formas de adentrar na responsabilidade penal econômica, visando resguardar a ordem jurídica e o bem-estar social.

Visto isso, o direito penal adentrou no ramo da economia e das empresas, e quanto mais avançava na questão, mais se via a necessidade de existir mecanismos de prevenção e combate a criminalidade empresarial, assim como de reprimir comportamentos ilícitos das pessoas jurídicas.

Com isso, surge a figura da *compliance*, que é uma forma de prevenção a possíveis infrações legislativas, sendo uma função de controle do cumprimento das regras, normalmente, funcionando através de um departamento exclusivo de *compliance*.

O *compliance* faz vigilância interna para o acompanhamento dessas regras jurídicas a que está sujeita certa empresa ou entidade, que se pode traduzir na correção de comportamentos, melhoria de comportamentos, ou na sua prevenção, diminuindo com esta vigilância os riscos de práticas ilegais.

Para além do valor interno, isto significou que nas empresas passou a existir realidades organizadas que se pode articular com as investigações criminais em curso.

Em alguns países, há sectores em que é obrigatório as empresas terem setor de *compliance* – área ambiental, área de medicamentos, financeira. Inclusive, é meritório salientar que na Espanha, a criação de regimes legais de adoção de sistemas internos de cumprimento foi associada a uma possível isenção de responsabilidade da empresa que tiver o sistema de *compliance* a funcionar.

Importante mencionar que ⁶¹ “na base do Sistema Espanhol está o Sistema Comunitário Europeu de prevenção à Lavagem de Capitais. Entre as diretivas mais importantes encontra-se a Diretiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991. Há, contudo, que se mencionar um documento anterior, qual seja, a Recomendação R (88) do Conselho da Europa, que, em relação à responsabilidade penal das empresas, estabelece a premissa de que a empresa deve ficar isenta de responsabilidade criminal quando não houve envolvimento da organização na prática do delito, ou que a sociedade tenha tomado as medidas necessárias para impedir o cometimento do delito”.

O Código Penal Espanhol com a *Ley Orgánica* 1/2015, de 31 de Março passou a referir-se violação grave de deveres de supervisão, vigilância e controlo da atividade (em vez de “devido controlo”) e estabeleceu condições de isenção da responsabilidade para as pessoas coletivas.

61 JUSBRASIL. **A existência de programas de compliance como fator de mitigação de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no direito espanhol.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/185079250/a-existencia-de-programas-de-compliance-como-fator-de-mitigacao-de-responsabilidade-criminal-das-pessoas-juridicas-no-direito-espanhol>. Acesso em: 6 ago. 2019.

Assim, nos casos em que os crimes tenham sido cometidos, pelos seus representantes legais, administradores ou outras pessoas que estejam autorizados a desempenhar ações em nome da empresa, e essas empresas ostentem faculdades de organização e controlo dentro da mesma, esta está isenta de responsabilidade se adotados certos requisitos que serão dispostos mais adiante no contexto legal espanhol.

Em Portugal, a entidade privada pode ser responsabilizada criminalmente de duas maneiras: 1. Por atos realizados pelas pessoas que ocupem uma posição de liderança na hierarquia da empresa; 2. Ou pela atuação das pessoas que apesar de não serem líderes, puderam agir desta forma porque a empresa não cumpriu com os deveres de vigilância que lhe incumbiam.

Notório é que o compliance está tomando proporções mundiais com a importância que tal gestão tem para a empresa com possíveis crimes econômicos cometidos por seus agentes, e perante a importância desse movimento frente à sociedade cada vez mais preocupada com os inúmeros casos de corrupções.

Entretanto, é meritório salientar que o *compliance* é um programa do direito privado, e temos a investigação penal sempre trazido no âmbito do direito penal, logo é indispensável debater se as informações trazidas do *compliance* criminal podem ser utilizadas no âmbito da investigação penal.

2. O “MOVIMENTO” CRIMINAL COMPLIANCE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Inicialmente é meritório comentar de forma simples a governança corporativa e os conflitos de interesse na gestão das empresas. Berle e Means(1932) que possui trabalhos que são considerados por muitos como marco inicial sobre governança corporativa, argumentou por meio de sua obra *The Modern Corporation and Private Property*, analisou a composição acionária das grandes empresas americanas e discutir os conflitos de interesse que estruturas de propriedade pulverizadas, tais como encontradas, poderiam acarretar para o desempenho das companhias.

Além disso, de suma importância comentar nesse sentido o trabalho de Jensen e Meckling(1976) contribuiu de forma incisiva no termo “governança corporativa” que passou a ser visto como “um conjunto de

mecanismos internos e externos, de incentivo e controle, que visam a minimizar os custos decorrentes do problema de agência”.

Jensen e Meckling(1976), trouxe de solução para os problemas de agência entre gestores e acionistas e entre acionistas e credores gerando assim uma redução dos problemas internos da empresa que sejam: procedimentos de monitoração, restrições contratuais, elaboração periódica de diversos tipos de relatórios, realização de auditorias e criação de um sistema de incentivos que alinhem os interesses das partes divergentes.

Isto é, os problemas da empresa que sejam de estrutura interna sempre foram discutidos na forma de trazer soluções para a resolução do litígio, com o objetivo de melhorar o funcionamento das entidades privadas e gerar benefícios de ordem social e econômica.

Com isso, podemos usar como forma análoga que os trabalhos de governança corporativa estão ligados ao crescimento do *compliance* no mundo contemporâneo, uma vez que, os trabalhos acerca da governança corporativa têm como objetivos em amplificar os números acionários da empresa, discutindo e debatendo as formas de resolver os litígios entre acionistas e credores; e o *compliance* possui a função de prevenir que as empresas possam ser responsabilizadas por atos ilícitos cometidos por funcionários e entes responsáveis pela sua gestão.

A inédita e recente cultura organizacional da sociedade contemporânea decorrente da crise que sofre os estados em todo o globo, com os desempregos e instabilidades políticas traz a sensação de insegurança jurídica, clamando assim medidas mais rígidas para o combate dos crimes econômicos, uma vez que os empresários estão cada vez mais sendo alvos de investigações com fins penais e sancionatórios e uma vez sendo objetos dessas investigações já possuem pré-julgamento por parte da população, enfraquecendo assim sua visão econômica e social.

Abordando de forma resumida o contexto histórico, temos nos anos 1970 os Estados Unidos da América, criou o *Foreign Corrupt Practices Act(F-CPA)*, com o objetivo de combater a corrupção internacional.⁶²

62 PEGORARO, Mariana Martins do Lago Albuquerque; Paiva, Danilo Tavares. *Compliance: a novidade no direito penal econômico e sua aplicação no âmbito político-partidário*. In: Lamy, Eduardo. *Compliance aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. P.284

Ademais, com a crescente de casos de conflito de interesses entre as partes acionárias e os credores da empresa, conforme já mencionado nesse estudo, teve-se a obrigação de criar sistemas capazes de proteger as partes envolvidas e o ente privado/público.

Em 2002 foi aprovada a *Sarbanes-Oxley Act*(SOX) nos Estados Unidos da América, que prevê a obrigação de inserir nas declarações semestrais e anuais, o compromisso com a verdade, sob pena de reclusão de no máximo 20 anos, por crime de falsidade. Além disso, há uma obrigatoriedade da empresa de “verificar e descobrir” qualquer irregularidade, tendo como consequência a previsão de controles internos que passaram a existir nos “códigos, princípios éticos e deveres de auto obrigação”.⁶³

Atualmente nos Estados Unidos utiliza-se a sigla GRC que significa “*governance*(governança corporativa); *risk management*(gestão de riscos corporativos e operacionais) e *compliance*, sendo considerados a “base de toda à construção de planos e sistemas operacionais nas corporações”⁶⁴

No Brasil o *compliance* teve seu primeiro lapso de responsabilidade com o advento da Lei nº 9613/1998, com a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012. Márcio Adriano Anselmo⁶⁵ aduz que:

“Seu destaque no país se deu notadamente após a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que em seu artigo 7º elenca como um dos elementos a serem considerados na fixação de sanções “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Assim, a área de *compliance* e/ou implementação de programas de integridade passa a ganhar cada vez mais destaque no cenário dos negócios. Antes disso, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei

63 Silveira, Renato Jorde. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.247-248.

64 SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. 1. Ed. São Paulo:Liberars, 2016. p.160

65 CONJUR. **Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acesso em: 9 ago. 2019.

9.613/98) já criava um ambiente de obrigações administrativas a serem seguidas pelos “sujeitos obrigados” a reportar operações suspeitas/atípicas, gama esta ampliada consideravelmente pela reforma da lei em 2012 (Lei 12.683).”

A legislação citada ocasionou reflexos no âmbito da atividade financeira, criando assim o Conselho de Controle de Atividade Financeira(-COAF) que “foi o passo inicial para fixar orientações de conformidade as instituições financeiras e empresas de capital aberto ao criarem controle internos, visando coibir a prática de delitos relacionados ao Sistema Financeiro Nacional, com finalidade de identificar, disciplinar e aplicar penas administrativas às atividades ilícitas praticadas”⁶⁶

Entretanto, foi na Lei nº 12.846/2013(Lei Anticorrupção) que trouxe um estímulo para a implantação do *compliance*, vejamos:

“Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;”

De suma importância salientar que, o *compliance* possui inúmeras frentes de atuação, desde a fase administrativa até a fase penal. No caso em questão, o enfoque do presente estudo é o criminal *compliance*, uma vez que as empresas e os empresários estão sendo responsabilizados penalmente acerca dos crimes cometidos por pessoas que atendem no nome da empresa.

Visto isso, o sistema *criminal compliance* está dentro do sistema de *compliance* e atua, justamente, na prevenção a responsabilidade penal.

Importante trazer a discussão o artigo 13º do Código Penal Brasileiro que aduz:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou **omissão** sem a qual o resultado não teria ocorrido:

66 ROSSETO, Lucas. *Compliance Tributário e seus reflexos na atividade empresarial*. In: LAMY, Eduardo. *Compliance Aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte:Letramento, 2018. P 160

§ 2º - **A omissão é penalmente relevante** quando o omitente devia e **podia agir para evitar o resultado**. O dever de agir incumbe a quem:

- a) **tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;**
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”

Com isso surge uma forte disposição dos entes estatais, no Brasil, através de seus órgãos de atuação, como por exemplo, o Ministério Público, no intuito de responsabilizar os empresários pelo “dever de vigilância” perante determinadas atitudes.

Tal movimento de “dever de vigilância” ganha força através das recentes decisões dos tribunais de estado da justiça brasileira, que permite denúncias genéricas e a responsabilização criminal dos empresários pelo ato ilícito de seus funcionários que são subordinados, em virtude justamente do dever de vigilância que lhes é imposto.

Visto isso, temos que o *compliance* surge com um mecanismo capaz de proteger as empresas de atos ilícitos praticados por seus subordinados através de relatórios e setor responsável para apurar práticas ilícitas.

Entretanto, é solene destacar que o *compliance* é um mecanismo de direito privado, e a investigação que baseia a denúncia dos crimes econômicos são realizadas no Brasil pelo Ministério Público, órgão público, sendo assim, desponta a indagação se os relatórios e a descoberta das práticas ilícitas dentro das empresas através do *compliance* podem ser utilizados como provas para sustentar a denúncia no órgão judiciário.

3. AS INFORMAÇÕES OBTIDAS NO COMPLIANCE E A FUNDAMENTAÇÃO DA DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A princípio é importante mencionar que o crime econômico é um crime de ação pública e conforme o artigo 24 do Código de Processo Penal,

“esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.⁶⁷

Visto isso, é meritório destacar que após o cometimento do crime econômico, o inquérito policial será iniciado mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Após verificada as provas, o Ministério Público propõe ou não a ação penal, através do instituto da denúncia que necessita ter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Entretanto, é de extrema importância salientar que para o oferecimento da denúncia o sistema penal brasileiro exige prova de materialidade e indícios de autoria. Com isso, é necessário entender o que conceito de indícios de autoria que está incluso no Código de Processo Penal Brasileiro, vejamos:

“Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Indícios, desta forma, são obtidos via de inferência, pois cabe ao agente partir de um fato já conhecido para percorrer o *iter* necessário para chegar a outro que seja ainda desconhecido, cuja elucidação tem relevância. É cediço que para o oferecimento da denúncia não há necessidade da apresentação de provas inconcussas e sim de indícios que permitam descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, segundo a regra basilar contida no artigo 41 do Código de Processo Penal. Já o artigo 312 do mesmo estatuto, que trata dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, traz a exigência de que sejam indícios suficientes de autoria e o artigo 413, também do mesmo Código, quando trata da sentença de pronúncia, carrega a mesma exigência.⁶⁸

67 Art. 24 Caput, Código de Processo Penal Brasileiro

68 MIGALHAS. **Indícios e denúncia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI262015,71043-Indicios+e+denuncia>. Acesso em: 9 ago. 2019.

No Habeas Corpus 115.116 Rio de Janeiro⁶⁹, a relatora Ministra Cármen Lúcia argumentou que: “Para o recebimento da inicial, basta que da peça acusatória e do acervo probatório, que lhe serve de lastro, seja possível a identificação dos elementos mínimos necessários para a caracterização, em tese, da prática delitativa imputada ao acusado, permitindo-lhe o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Suficiente a existência de indícios da prática criminosa, e não de prova cabal, exigida para a condenação.”

Essa clarificação acerca do instituto do indício de autoria é de suma importância, uma vez que, o inquérito realizado pelo Ministério Público precisa reunir condições de autoria e materialidade do delito.

Com isso, basta uma simples análise para surgir a indagação se o resultado do *criminal compliance* nas empresas, poderá ser usada em inquéritos públicos como embasamento das denúncias de crimes econômicos.

Partindo da análise do Código de Processo Penal, temos em alguns de seus artigos:

“Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

“Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los”

Como é de interesse das empresas que comportem o sistema de *criminal compliance* prevenir e identificar práticas ilícitas no corpo empresarial, o Ministério Público pode utilizar as informações obtidas durante o pro-

69 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 115.116 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: file:///C:/Users/Win10/Downloads/texto_186914364.pdf. Acesso em: 9 ago. 2019.

cedimento do *compliance*, desde que respeitados os princípios inerentes a nossa Carta Magna, para oferecer a denúncia ao judiciário.

É pertinente mencionar o caso da Multinacional Siemens em 2013, no qual teve o ilícito de participação em cartel nos escândalos que envolveram as linhas de trens e metrô do Distrito Federal e São Paulo, descoberto pelo mecanismo de *compliance*, implementado na empresa desde o ano de 2007.

Estamos diante de uma revolução jurídica e social, visto que o *compliance* está surtindo efeitos no âmbito do direito privado e público, de forma que, os empresários estão usando como mecanismo de proteção e de delegação da responsabilidade penal, e por o lado público de apurado os fatos do *compliance*, a possibilidade de ter a responsabilização das pessoas certas que cometeram os atos ilícitos.

Visto isso, o *compliance* é um mecanismo de direito privado, entretanto, poderá ser usado em inquéritos públicos, embasando as denúncias de crimes econômicos. Ou seja, estamos diante de um instituto inicialmente de direito privado, mas com repercussões positivas no direito público.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, temos que o *Compliance* surge em um contexto de crise jurídica, política e estatal, com uma ligação íntima a necessidade de uma ética corporativa e com sistemas que possibilitem um cumprimento das legislações, dos valores éticos da sociedade, estes de suma importância no funcionamento das empresas.

Ademais, é meritório salientar que na sociedade contemporânea, a simples fuga de informação de que o ente privado está sob investigação de cometimento de crimes econômicos, já expõe a empresa, perdendo assim, valor no mercado financeiro.

Portanto, é necessário que a empresa passe a agir de forma severa com o intuito de combater e responsabilizar qualquer possível falha no sistema que protege além de seus bens materiais, sua marca.

Em relação à utilização das provas obtidas do *compliance* no oferecimento da denúncia, temos uma união entre o direito privado e o direito público com o objetivo de combater as práticas ilícitas e de corrupção, com o objetivo de punir as partes realmente envolvidas no ato e não a

responsabilização penal tão somente da empresa. Trata-se de uma possibilidade jurídica para dar resposta a sociedade em referência ao quesito punibilidade dos infratores, além de fortalecer a economia.

Visto a importância do *criminal compliance* e a responsabilização penal das partes, é necessário haver a união e troca de informações entre o privado e o público, com o objetivo essencial de garantir os princípios éticos e morais que necessitamos para conviver em sociedade.

REFERÊNCIAS

BERLE, A; MEANS, G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.484, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 ago.2019

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941.Código de Processo Penal** . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 9 ago. 2019.

CONJUR. **Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acesso em: 9 ago. 2019.

JENSEN, M; MECKLING, W. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*, v.3, n.4, p. 305-360,1976

JUSBRASIL. **A existência de programas de compliance como fator de mitigação de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no direito espanhol**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/185079250/a-existencia-de-programas-de-compliance-como-fator-de-mitigacao-de-responsabilidade-criminal-das-pessoas-juridicas-no-direito-espanhol>. Acesso em: 6 ago. 2019

MIGALHAS. **Indícios e denúncia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262015,71043-Indicios+e+denuncia>. Acesso em: 9 ago. 2019.

PEGORARO, Mariana Martins do Lago Albuquerque; Paiva, Danilo Tavares. *Compliance: a novidade no direito penal econômico e sua aplicação no âmbito político-partidário*. In: Lamy, Eduardo. *Compliance aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. P.284

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. 1. Ed. São Paulo: Liberars, 2016. p.160

SILVEIRA, Renato Jorde. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.247-248.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 115.116 RIO DE JANEIRO**. Disponível em: file:///C:/Users/Win10/Downloads/texto_186914364.pdf. Acesso em: 9 ago. 2019.

AS RELAÇÕES DE CONSUMO GERIDA PELOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: POSICIONAMENTOS CONTEMPORÂNEOS DOS TRIBUNAIS MAGNOS DO PAIS

Eclair Gonçalves Gomes
Célia Teresinha Manzan

1 – INTRODUÇÃO:

O PROCON, Órgão de Defesa do Consumidor, age como um instituto de caráter jurídico do direito público. É Órgão auxiliar do Poder Judiciário e busca solucionar, preventivamente, questões que envolvam o consumidor e as empresas vendedoras/prestadoras de serviço.

A finalidade precípua do PROCON é garantir a mediação em casos conflituosos entre os consumidores insatisfeitos com os serviços ou produtos disponibilizados por determinada empresa ou estabelecimento.

Presentemente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, os PROCON's - estaduais e municipais (estes, já existentes em vários estados brasileiros) – e demais entidades que visam à defesa do consumidor, estão sob a insígnia do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ainda será tratado da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, assunto em voga e recepcionado por nossos Tribunais Superiores em seus

julgados recentes e que vem, inclusive, sendo uma mudança de entendimento das Cortes Maiores em relação ao posicionamento de “mero aborrecimento” ou “mero dissabor”.

A título de esclarecimento, para o desenvolvimento do tema será realizada consulta a sites oficiais da internet, com as respectivas citações, e obras doutrinárias versantes sobre o assunto.

2 – A EVOLUÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL:

Filomeno⁷⁰ nos traz um relato interessantíssimo do Arquivo Histórico da cidade Salvador, de que:

“Documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador, conforme nos relata o jornalista Biaggio Talento (O Estado de S. Paulo, 24-9-2000, p. A-20), dão-nos conta de que também era preocupação das autoridades coloniais do século XVII a punição dos infratores a normas de proteção aos consumidores. Assim, ..., entre as principais normas que regiam a cidade de Salvador, elaboradas pelo Senado da Câmara, por meio de posturas municipais, uma delas, editada em 27-8-1625, obrigava todos os vendeiros a fixarem os “escritos da almoçataria na porta para que o povo os lesse”. Impunha-se aos infratores a multa, nada desprezível para a época, de seis mil réis, já que o físico e o cirurgião-mor da Bahia, Francisco Vaz Cabral, recebia 30 mil réis por ano; e um advogado, que exercia a função de síndico da Câmara, ganhava 20 mil réis anualmente. Havia também uma multa desse valor para quem vendesse mercadorias acima das tabelas fixadas, como peixe e pastel, multa de 500 réis para quem vendesse bananas acima do tabelamento (quatro bananas a cinco réis, por exemplo). Vender dois ovos a mais de 20 réis resultava para o infrator multa de dois mil réis. E a mesma punição era prevista para quem burlasse a seguinte tabela: quatro laranjas – uma moeda (cinco réis); 10 mangabas – uma moeda; seis cajus – uma moeda; seis pepinos – um

70 FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. Editora Atlas. 8ª Edição. 2005. Págs. 3-4.

vintém; três limas doces – uma moeda etc. Diz o autor citado, porém, que a pena mais severa era reservada para os taberneiros que vendessem vinho acima do preço tabelado. A começar pela limitação de tabernas, foram fixadas em no máximo 12 em Salvador, mediante a lei de 2-4-1652. Por conta da grande demanda de vinho, era comum aos taverneiros inflacionar o mercado. E após muitas queixas da população, a Câmara decidiu punir severamente os infratores. Assim, quem vendesse o Canadá (medida da época equivalente a 1,4 litros) acima de 2 cruzados (800 réis), seria “preso na enxovia (a pior cela da cidade) e dela levado para ser açoitado pelas ruas, ficará inábil para vender e desterrado dessa capitania para todo o sempre”.

Não obstante a anotação supracitada observa-se que o estado brasileiro, mesmo que de forma introvertida, possuía legislação esparsa que continha dispositivos legais em defesa do consumidor. Historicamente, no Brasil, a **origem** da defesa do consumidor tem sua vertente no:

“Código Comercial de 1840, onde encontramos as primeiras disposições concebidas especialmente para tratar da situação do consumidor e sua eventual proteção, particularmente entre seus artigos 629 e 632 que cuidavam dos direitos e obrigações dos passageiros de embarcações. Também no Código Civil de 1916 havia disposições como as do artigo 1245, tratando de critérios de responsabilidade do empreiteiro fornecedor de “materiais e execução”.”⁷¹.

A parte final do artigo 631, do Código Comercial de 1840, trazia responsabilidade do fornecedor⁷², ponderando que:

“.....Interrompendo-se a viagem depois de começada por demora de conserto de navio, o passageiro pode tomar passagem em outro, pagando o preço correspondente à viagem feita. Se quiser esperar pelo conserto, o capitão não é obrigado ao seu sustento; salvo se o passageiro não encontrar outro navio em que comodamente se

71 <http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=406>, consultada efetivada em 15 de abril de 2019.

72 Idem item 4.

possa transportar, ou o preço da nova passagem exceder o da primeira, na proporção da viagem andada.

De igual maneira, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1245⁷³:

“..... o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.”

Observa-se, da evolução do direito consumerista no Brasil, que a cada década que se passava, o país galgava degraus em busca da concretização deste direito, por meio dos importantes movimentos sociais⁷⁴.

“Nos anos 30, 40 e 50 o Brasil experimentará vários movimentos de iniciativa popular que pouco a pouco iria trazer a matéria da defesa do consumidor para um patamar de maior importância, a despeito dos avanços monumentais que já estavam sendo feitos na Europa e nos Estados Unidos, onde tal preocupação da legislação ordinária remonta ao final do século XIX”.

Destaque importante também se deu com a Lei Delegada de nº 04/62 que tratou da garantia da livre distribuição de produtos em nosso país⁷⁵.

É cediço que o país não poderia ficar somente sob a tutela da referida Lei Delegada, ante os constantes e instáveis planos econômicos, mudanças políticas e crises inflacionárias.

Não obstante o país, até este momento, ainda não ter uma legislação a nível federal, consta que o Estado de São Paulo, em 1976, criou o primeiro Órgão Público de proteção ao consumidor e que “recebeu o nome de *Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor*, mais conhecido como PROCON”⁷⁶. O grande e verdadeiro cume galgado na escalada consumerista foi com o seu asseguramento na Carta Federal de 88, no “artigo 5º, XXXII - o Estado

73 Idem item 4.

74 <https://www.infoescola.com/direito/procon/>, consulta realizada em 15 de abril de 2019.

75 Idem item 7.

76 Idem item 4.

promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e, conseqüentemente, a com a publicação da Lei Federal 8.078/90, de ordem pública e contendo inúmeros inovações em relação ao tema, inclusive, de ordem processual.

A Política Nacional das Relações de Consumo, se preocupa com a proteção daquele que é mais vulnerável na relação de consumo, o **consumidor**. E, conforme bem abordou Figueiredo⁷⁷, “*por estar em relação de hipossuficiência e desvantagem em relação aos detentores dos fatores de produção, o consumidor merece defesa especial por parte do Estado, contando com legislação própria (Lei nº 8.078/90)*”.

Para esclarecimento, a Lei Federal 8.078/90⁷⁸, que “*Dispõe sobre a proteção do consumidor*”, define quem é o consumidor e o fornecedor, o que é produto e serviço, elementos principais em uma relação de consumo. Senão vejamos:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

77 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Editora Forense. 2ª Edição. 2009. Pág. 67.

78 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, consulta realizada em 10 de abril de 2019.

Referindo-se aos direitos dos consumidores⁷⁹, o artigo 60º da Constituição da República Portuguesa estabelece expressamente que: “1.Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, bem como à reparação de danos.”

O Estado mantém sua presença no mercado de consumo, exercendo o poder de polícia administrativa, de fiscalização, de forma a garantir produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho e, ainda, com manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, sem se afastar da harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo.

Pontua-se que, atualmente, encontra-se em trâmite no Senado Federal, a proposta de reforma do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e esta se debruça sobre as temáticas: (i) disposições gerais e comércio eletrônico (PLS nº 281/2012); (ii) ações coletivas (PLS nº 282/2012) e (iii) superendividamento (PLS nº 283/2012), evidente que o comércio eletrônico e o superindividamento requerem atenção redobrada face ao cotidiano da vida moderna que o abarca em grande escala, em que pese a edição do Decreto 7.962/2013, que regulamenta a Lei 8.078/1990, no que tange a Contratação no Comércio Eletrônico representar uma boa evolução.

Como bem abordou GOMES⁸⁰, “*A multiplicidade da natureza comercial, tais como comércio eletrônico, shoppings virtuais, telemarketing, et cetera, requer mecanismos renovados da tutela conferida aos consumidores*”.

Pode-se aduzir de tudo que a Defesa do Consumidor representa grande avanço e tornou-se uma das tratativas legal mais popular do país, incluindo, sobretudo, nas doutrinas, temas modernos e avançadíssimos como a Tese do Desvio Produtivo do Consumidor, que será objeto de análise neste artigo.

79 REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO. Vol II. N. 3 – setembro 2012 – editora J.J. BONIJURIS artigo “Da Tutela do Consumidor em Portugal e do Papel do Ministério Público”. Pág. 134.

80 GOMES, Eclair Gonçalves. Revista Jurídica UNIJUS. Artigo publicado sob o título “Contrato de Adesão e o CDC – Abusividade e controle prévio”, vol. 12. N. 16. Maio 2009. Pág. 98.

3 – A AGENDA SUSTENTÁVEL PARA O CONSUMO NO SÉCULO XXI: METAS

A “Agenda 21” foi um documento assinado durante a ECO-92, no Rio de Janeiro, com o objetivo de buscar o desenvolvimento sustentável para o século XXI, onde foram estabelecidas metas a serem cumpridas pelos países participantes⁸¹.

A Agenda 21 Brasileira é processo e instrumento de planejamento participativo visando o desenvolvimento sustentável, cujo eixo principal é a sustentabilidade em harmonia com a conservação ambiental, justiça social e o crescimento econômico.

Em seu capítulo 4, dedicado à “*Mudança dos Padrões de Consumo*”⁸², propõe o estudo dos padrões insustentáveis de produção e consumo para então sugerir estratégias de estímulo às mudanças.

A mudança dos padrões de consumo exige uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção. Inobstante reconhecer-se problemas relativos ao consumo, ainda não houve uma preocupação de forma plena de suas implicações⁸³.

Feldmann⁸⁴ destaca que as pessoas têm diante de si, no campo de consumo, muitas escolhas, por isso é necessária uma ação educativa e esclarecedora aos consumidores, a fim de torná-los conscientes do impacto de suas escolhas, que pode ser tanto positivo como negativo.

No sentido de garantir a informação ao consumidor, a exemplo, em relação ao valor de tributos pagos pelo consumidor nas operações de consumo, foi sancionada a Lei 12.741/2012, que dispõe sobre a obrigatorie-

81 PIRES, M. O. A Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável. In: LITTLE, P. E. *Políticas Ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências*. Brasília, DF: IIEB, 2003. cap.14, p. 375-384.

82 <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Agenda-21/capitulo-04-mudanca-dos-padroes-de-consumo.html>, consulta realizada em 14 de abril de 2019.

83 Idem item 12.

84 FELDMANN, F. Consumismo. In: TRIGUEIRO, A. (Org.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas desconhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 143-157.

dade de informar aos consumidores de mercadorias ou serviços, por meio de documentos fiscais ou equivalentes, o valor aproximado da totalidade dos tributos incidentes nas operações e caberá ao PROCON de cada cidade, a fiscalização do efetivo cumprimento dessa Lei pelos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, dentre outros.

Economicamente questionam-se os conceitos tradicionais deste crescimento e consumo, muitas das vezes desenfreado, anotando a necessidade de que se busquem objetivos econômicos que levem em conta o valor e a proteção dos recursos naturais e, para que haja uma política nacional e internacional consumerista coesa, faz-se necessário aumentar o conhecimento acerca do papel do consumo relativamente ao crescimento econômico e à dinâmica demográfica⁸⁵.

4 – A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E OS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A presente Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor é um entendimento recente e foi criado pelo advogado Capixaba Marcos Dessaune⁸⁶, que defende que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas, que efetivamente não criou, gerados por maus fornecedores constitui dano extrapatrimonial de natureza indenizável *in re ipsa*, ou seja, um *dano moral presumido*, pois excepcionalmente, o dano moral é presumido e independe de comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima. Um exemplo de dano moral *in re ipsa* é o decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, pois esta presumidamente afeta a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.

Conforme se expôs, a indenização é por danos morais e o seu suporte encontra-se amparado no Código Civil Brasileiro (art. 186), ao anotar que:

85 Idem item 12.

86 DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifei).

O doutrinador Pablo Stolze⁸⁷ afirma que:

“o dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

Ainda, Pablo Stolze⁸⁸: *“A natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora”.*

Dessaune⁸⁹ destaca em sua obra que:

“Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como:

- Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;*
- Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;*
- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um*

87 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único** – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 891.

88 GAGLIANO. Obra citada. Pág. 894.

89 DESSAUNE. Obra citada. Pág. 47-48

produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;
– *Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;*
– *Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.*

A abordagem doutrinária do autor é de que a Teoria está modificando o posicionamento tradicional da jurisprudência brasileira do denominado “mero aborrecimento” ou, “mero dissabor”. Significa, muito mais que isso, eis que nos eventos danosos de desvio produtivo, os bens ou interesses jurídicos lesados são o tempo vital e as atividades existenciais do consumidor como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer, o convívio social, dentre outros, e não a sua integridade psicofísica. O autor da Teoria traduz com clareza solar quais os bens e interesses que efetivamente são lesados.

Como bem exposto por Tartuce⁹⁰,

“tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral”.

A Teoria em questão aborda também que os **danos materiais** poderão ser ressarcidos se devidamente comprovados.

E nesse toar, como citado, os Tribunais Superiores já têm admitido a referida Teoria em decisões que envolvem lesão aos interesses consumeristas.

A primeira decisão data de 12/9/2017. No julgamento colegiado do REsp 1.634.851/RJ, interposto pela Via Varejo, a 3ª Turma do STJ, sob a

90 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único I* – Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. pág. 558.

relatoria da ministra Nancy Andrighi, já havia mencionado o *Desvio Produtivo do Consumidor* para negar provimento ao recurso especial daquele fornecedor: “*À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo*”, disse a Ministra⁹¹.

Decisão recente foi proferida na Justiça do Trabalho pelo TRT da 17ª Região, do Estado do Espírito Santo, aplicando a Teoria do Desvio Produtivo, que condenou uma empresa a pagar indenização por danos morais a um trabalhador por falta de anotação na carteira de trabalho. A decisão proferida foi a primeira que se tem notícia da aplicação da teoria no âmbito trabalhista. A questão foi apresentada ao Tribunal pela desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina sob o argumento de que as relações de consumo e de trabalho são parecidas, especialmente por causa da hipossuficiência do consumidor e do trabalhador diante do fornecedor e do empregador, respectivamente. Deste modo, a Desembargadora opinou pela condenação da empresa, fixando o valor da indenização em R\$ 6 mil. O voto da relatora foi seguido pelos demais integrantes da 3ª Turma do TRT-17. Abaixo, segue Acórdão:

*ACÓRDÃO TRT 17ª REGIÃO - 0000210-16.2018.5.17.0101
RO RECURSO ORDINÁRIO (1009) RECORRENTE: DANIELLE C S TESCH - EPP, SANDRO DE OLIVEIRA TESCH RECORRIDO: NARCISO MARQUES ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE VENDA NOVA DO IMIGRANTE
RELATORA: DESEMBARGADORA DANIELE CORRÊA SANTA CATARINA EMENTA ILEGITIMIDADE PASSIVA.
[...]*

2.3.1.6. DANOS MORAIS

O douto juízo de piso deferiu o pagamento de danos morais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), sob dois fundamentos, um pela falta de anotação

91 <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>, consulta realizada em 28 de maio de 2019.

na CTPS durante o período em que o vínculo não havia sido reconhecido, bem como pelo não pagamento das verbas rescisórias. Sustenta a recorrente que o autor não provou a existência de afronta à honra ou à imagem do trabalhador para que a reclamada fosse condenada em pagamento de danos morais. Requer, pelo princípio da eventualidade, que o valor seja reduzido. Com razão, em parte. A falta de anotação da CTPS do autor representa ofensa à dignidade do trabalhador e autoriza o deferimento da respectiva reparação. Outrossim, pode-se utilizar ao caso, por analogia, o entendimento que ora vem se tornando pacífico no âmbito do E. STJ no que tange às relações de consumo, que diz respeito à teoria do desvio produtivo. Segundo Marcos Dessaune, principal expoente, no Brasil, pelo desenvolvimento da chamada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor:(...) o desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências – de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável (DESSAUNE, Marcos. In<http://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes>). Nesse sentido, aquela Corte Superior tem entendido que nos casos em que o fornecedor deixa de praticar ato que lhe era imposto, levando o consumidor ao desgaste de obter o bem da vida em juízo, impõe-se a condenação daquele ao pagamento de uma indenização em razão do tempo perdido pelo hipossuficiente. Peço vênia para colacionar trecho de decisão recente prolatada em sede de recurso especial, pelo Exm^o Ministro Moura Ribeiro (REsp 1763052, Data da Publicação, 27/09/2018). Nessa brilhante decisão, o Ministro assentou claramente que aquele que ao realizar (ou não realizar) ato que lhe competia, levando à parte contrária ao desperdício do seu tempo para solucionar questão que não deu causa, deve ressarcir os prejuízos morais causados:É manifesto que o bloqueio do cartão de crédito da autora, impossibilitando-a de realizar compra quando se encontrava na boca do caixa, sem comunicação prévia e de forma infundada, expondo-a a constrangimento e ensejando o dever de indenizar o dano moral. A hipótese dos autos bem caracteriza aquilo que a doutrina consumérista contemporânea identifica como desvio produtivo do consumo, assim entendido como a situação caracterizada quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou

por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável. Em outra perspectiva, o desvio produtivo evidencia-se quando o fornecedor, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este,, in verbis: (...)

O desserviço onerando indevidamente seus recursos produtivos praticado pela Apelante prejudica a prática dos atos da vida civil e provocam aborrecimentos que superam os do cotidiano, configurando dano moral, gerando obrigação de indenizar, independentemente de prova atinente a prejuízo material, pois se trata de dano in re ipsa, com fulcro no artigo 186 e 927, do CC, c/c artigo 5, X, daCFRB. (...)Diante das similaridades existentes entre as relações de consumo e de trabalho, em especial a característica de hipossuficiência do consumidor e do trabalhador, entendo plenamente cabível nessa Especializada a referida teoria, impondo-se ao empregador que descumprir dever legal que lhe competia, levando o trabalhador ao desgaste de ajuizar uma ação para obter o bem da vida (incontroverso diga-se de passagem, pois abaixo da CTPS é dever do empregador) ao pagamento de uma reparação por danos morais. Assim, irreparável a condenação da reclamada em danos morais. Além deste fundamento, a ausência de pagamento das verbas rescisórias também implica necessariamente pagamento de danos morais. Neste sentido a Súmula 46 do TRT da 17ª Região que prevê o pagamento de indenização por danos morais, na hipótese de não pagamento de verbas rescisórias. Vejamos: “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NÃO PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS. DANO PRESUMIDO. A dispensa sem pagamento de verbas rescisórias configura, por si só, ofensa à dignidade do trabalhador a ensejar indenização por dano moral, não havendo a necessidade de prova dos prejuízos advindos do ato ilícito praticado pelo empregador, porque presumidos”. No que tange ao quantum arbitrado, merece reforma o julgado. Em razão do princípio da proporcionalidade e considerando a média arbitrada em casos semelhantes, defiro o pedido de redução do valor da indenização, arbitrando, portanto, em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Dou provimento parcial para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

3. ACÓRDÃO

Acordam os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária realizada no dia 10/06/2019, às

13h30min, sob a Presidência da Exma. Desembargadora Sônia das Dores Dionísio Mendes, com a presença dos Exmos. Desembargadores Jailson Pereira da Silva e Daniele Corrêa Santa Catarina, e presente o Ministério Público do Trabalho, Procuradora Janine Milbratz Fiorot, por unanimidade, conhecer do recurso da reclamada, bem como considerar as contrarrazões apresentadas; e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação o pagamento de horas excedentes à oitava diária; determinar o pagamento em dobro apenas dos feriados efetivamente trabalhados; excluir da condenação o pagamento do adicional noturno; excluir da condenação o pagamento de 1 (uma) hora extra a título de supressão do intervalo intrajornada e reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Custas pela reclamada no valor de R\$140,00, calculadas sobre o novo valor arbitrado em R\$ 7.000,00” .

De acordo com a matéria publicada⁹², o STJ reconhece a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo:

Em quatro decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo para condenar fornecedores a indenizar em danos morais por desvio produtivo do consumidor.

Estado falha em cumprir seu dever de proteger consumidor, afirma Bellizze.

O mais recente precedente do STJ foi publicado nesta quinta-feira (25/4) em decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do AREsp 1.260.458/SP na 3ª Turma, que conheceu do agravo para rejeitar o Recurso Especial do Banco Santander. Como fundamento da sua decisão, o relator adotou o acórdão do TJ-SP que reconheceu, no caso concreto, a ocorrência de danos morais com base na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Para Bellizze, ficaram caracterizados o ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar, da mesma forma que decidiu o tribunal paulista, que viu como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos contestados pela consumidora. “Notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início

92 <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>, consulta realizada em 28 de maio de 2019.

da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitrado”, afirmou o ministro.

“Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei”, diz o ministro Marco Aurélio Bellizze.

“Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências – de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar”, votou Bellizze, em decisão monocrática.

Outros precedentes do STJ

Em outra decisão monocrática, também recente, publicada em 27 de março, o ministro Antonio Carlos Ferreira, relator do AREsp 1.241.259/SP na 4ª Turma do STJ, também conheceu mas negou provimento ao Agravo em Recurso Especial da Renault do Brasil.

O relator igualmente adotou, como fundamento da sua decisão, o acórdão do TJ-SP que reconheceu, na espécie, a existência de danos morais com base na teoria: “Frustração em desfavor do consumidor, aquisição de veículo com vício ‘sério’, cujo reparo não torna indene o périplo anterior ao saneamento - violação de elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável - desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune - inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. ‘Quantum’ arbitrado de acordo com a extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais - artigo 944, do Código Civil - R\$15 mil”, registra a ementa.

Em decisão monocrática publicada em outubro do ano passado, o ministro Paulo De Tarso Sanseverino, relatou o AREsp 1.132.385/SP na 3ª Turma, e do mesmo modo conheceu mas negou provimento ao Agravo em Recurso Especial da Universo Online.

Como fundamento da sua decisão, o relator também adotou o acórdão do TJ-SP que reconheceu, na hipótese, a ocorrência de danos morais com base na no Desvio Produtivo do Consumidor, conforme a trecho da ementa: Reparação de danos morais por danos à honra objetiva da autora devida. Reparação

por desvio produtivo, caracterizado pela falta de pronta solução ao vício do serviço noticiado, também devida, como forma de recompor os danos causados pelo afastamento da consumidora da sua seara de competência para tratar do assunto que deveria ter sido solucionado de pronto pela fornecedora”.

Observa-se que as Cortes Superiores brasileiras atualmente já admitem e mantêm os valores indenizatórios fixados a título de dano moral por conta do tempo desperdiçado pelo consumidor para resolver problemas oriundos da má prestação de serviço do fornecedor ou vício no produto, o que representou grande conquista em termos de defesa do consumidor.

5 – CONCLUSÃO:

O trabalho de pesquisa se propôs a tratar da defesa do consumidor e, iniciando por uma abordagem definicional, observa-se que o tema tem galgado pilares importantíssimos em termos legais e entendimentos doutrinários, de forma a também ter apresentado substancial mudança de posicionamentos em nossas Cortes Superiores.

Busca-se uma proteção integral, plena, daquele que é mais vulnerável na relação de consumo e, não se pode admitir que fatos que causam prejuízos ao tempo do consumidor sejam entendidos como meros aborrecimentos ou transtornos. O trabalho, o descanso, o lazer, o convívio social, etc, bens e interesses jurídicos do consumidor, não podem ser lesados e merecem ser tutelados e, conseqüentemente, se provados, indenizados justamente, conforme se propõe a importantíssima Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já adotadas por nossos Tribunais Superiores.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

FELDMANN, F. Consumismo. In: TRIGUEIRO, A. (Org.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas desconhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Editora Forense. 2ª Edição. 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. Editora Atlas. 8ª Edição. 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil; volume único* – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GOMES, Eclair Gonçalves. Revista Jurídica UNIJUS. Artigo publicado sob o título “*Contrato de Adesão e o CDC – Abusividade e controle prévio*”, vol. 12. N. 16. Maio 2009.

<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>

<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/2008/1034/10349/lei-ordinaria-n-10349-2008-altera-o-anexo-ii-da-lei-n-10307-de-12-de-dezembro-de-2007-e-da-outras-providencias>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-complementar/2015/48/488/lei-complementar-n-488-2015-autoriza-o-poder-executivo-a-instituir-a-fundacao-municipal-de-protecao-e-defesa-do-consumidor-procon-e-da-outras-providencias>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/1997/639/6394/lei-ordinaria-n-6394-1997-cria-o-fundo-municipal-de-interesses-difusos-do-municipio-de-uberaba-e-da-outras-disposicoes>

http://www.uberaba.mg.gov.br/portal/acervo/administracao/arquivos/LC_31.pdf

<https://www2.leismunicipais.com.br/leismunicipais/originais/mg/uberaba/lei-ordinaria-4662-1991.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm

<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=406>

<https://www.infoescola.com/direito/procon/>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Agenda-21/capitulo-04-mudanca-dos-padroes-de-consumo.html>

<http://www.trtes.jus.br/principal/publicacoes/leitor/339061914/?pq=KHswMDAwMjEwLTE2LjIwMTguNS4xNy4wMTAxSAmIHtS-T30p&fmt=3>

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2ª Edição. Editora Atlas. 2005.

PIRES, M. O. *A Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável*. In: LITTLE, P. E. *Políticas Ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências*. Brasília, DF: IIEB, 2003.

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO. Vol II. N. 3 – setembro 2012 - Editora J.J. BONIJURIS artigo “*Da Tutela do Consumidor em Portugal e do Papel do Ministério Público*”.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único I* – Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

A APLICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E A CONTROVERSA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Luma Costa Minotto Pereira

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a alta complexidade que envolve a investigação dos crimes financeiros no Brasil, em especial os ocasionados através de grandes escândalos políticos deflagrados corriqueiramente no território nacional, faz-se necessária a busca por instrumentos eficazes de combate e prevenção aos crimes de corrupção ativa e passiva, que inclusive auxiliem no ressarcimento do erário, que sabidamente são valores exorbitantes e prejudicam todo o país, fazendo imensa falta a suas destinações originais, a exemplo da saúde, educação e segurança pública.

Neste contexto, surgiram os instrumentos trazidos pela Lei Anticorrupção (LAC – n.º 12.846/13), em especial o que será abordado neste trabalho, previsto em seu artigo 16, o acordo de leniência, questionando-se se a aplicação dos institutos previstos na Lei n.º 12.846/13, em especial o firmamento de acordos de leniência, é suficiente para alcançar a responsabilidade civil e penal aos agentes dos crimes financeiros no país, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Logo, busca-se analisar a forma com que são aplicados os acordos de leniência no Brasil, focando em sua eficácia no combate aos crimes financeiros envolvendo a corrupção, se há o efetivo atendimento ao interes-

se público através da implementação e fiscalização do cumprimento do acordo firmado com a pessoa jurídica transgressora, examinar alguns dos aspectos formais da aplicação do acordo de leniência na prática, através do acordo firmado entre o Ministério Público Federal e a empresa Odebrecht S.A., bem como avaliar os benefícios trazidos pela prática dos institutos previstos na Lei Anticorrupção no auxílio à investigação criminal.

O método adotado foi o dedutivo, levando em consideração que no raciocínio dedutivo os argumentos apresentados são primeiramente considerados como inquestionáveis e verossímeis para que, em um segundo momento, as conclusões formais sejam construídas de forma lógica a partir dos axiomas estabelecidos (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2014, p. 91).

A pesquisa foi realizada através da análise doutrinária, bem como de precedentes jurisprudenciais do Tribunal Regional da 4ª Região e o acordo de leniência (e seu aditamento) firmado e homologado entre a empresa Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal através da decisão n.º 5020175-34.2017.4.04.7000/PR do TRF4.

1. A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Os crimes financeiros, em especial os descobertos nas últimas décadas, fazem parte da construção da criminalidade moderna contemporânea, que nas palavras de Hassemer (1993, p. 89), transcendem a transgressão dos direitos individuais universais, violam muito mais do que apenas a liberdade, a honra ou a vida de forma singular, como tutela o Direito Penal Clássico, mas viola a capacidade funcional de estruturação e manutenção do mercado de subsídios.

Logo, se aliarmos o Direito Penal Contemporâneo à modernização do sistema financeiro e da forma de acesso a este, tem-se um aumento na facilidade em movimentações clandestinas e fraudes ao fisco. Ademais, cabe ressaltar que esta vertente da criminalidade exsurge-se com um novo perfil de criminoso, que envolve uma “macrocriminalidade”, o que criou a necessidade de formas combativas mais modernas (inclusive através de novas normas) para aumentar a capacidade de investigação, processamento e resultados eficazes quando da persecução destes delitos (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 80).

Trazendo o tema para a realidade nacional de necessidade de enfrentamento a corrupção aos tratados e acordos internacionais sobre o tema dos quais o Brasil foi signatário, a exemplo das Convenções de Mérida (assinada em 9 de dezembro de 2003 pelo Brasil na Assembleia-Geral das Nações Unidas e promulgada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto n.º 5.687/2006) e de Palermo (ratificada pelo Brasil em 15 de novembro de 2000 na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, implementada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto n.º 5.015/2004), surgiu a proposta da Lei Anticorrupção, encaminhada pelo Poder Executivo Federal em 2010 sob o n.º 6.826/2010 de Projeto de Lei, após ter sofrido algumas emendas, foi aprovada, sendo promulgada a Lei n.º 12.846 em 2013 (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 23).

A Lei n.º 12.846/2013 já em seu art. 1º traz seu principal objetivo, qual seja, a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e no rol de incisos do seu art. 5º, os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, ademais, prevê responsabilização administrativa (Capítulo III) e judicial (Capítulo VI) do agente.

Contudo, a leniência em si, tem suas raízes entranhadas no nosso ordenamento jurídico antes da sua relação com as pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos em desfavor do patrimônio público, pois em 1994, visando instituir e melhorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), através do extermínio de práticas de cartéis dentro das grandes corporações e inspirados na legislação americana antitruste, o termo “programa de leniência” apareceu pela primeira vez na Lei n.º 12.529/11 (TAFARRELO. 2017, p. 7), sendo disciplinado com regras vigentes até hoje, mesmo com o advento da Lei Anticorrupção, transcreve-se os dispositivos do diploma legal que deram o marco de partida para o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à competência para sua aplicação perante os delitos de ordem econômica, tem-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça através do Conflito de Competência n.º 119.350/PR, de relatoria do ministro Newton Trisotto, de 2014, de que seria, via de regra, da Justi-

ça Estadual. Outrossim, se o delito atingir bens da União ou mais de dois estados-membros, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal de 1988, será de competência do Ministério Público Federal.

Assim sendo, surgiu o instituto do acordo de leniência, que nos ensinamentos de Custódio Filho, Santos e Bertoncini (2014, p. 233), é um acordo de colaboração entre o Poder Público e o particular investigado por prática de ato lesivo ao erário ou infração à ordem econômica nacional.

Sua natureza jurídica pode ser definida como uma espécie de colaboração premial contratual, e justamente por ser assemelhar a um contrato, apresenta bilateralidade, obrigações recíprocas, voluntariedade e existência de um processo prévio de negociação baseado na consensualidade (TAFARRELO. 2017, p. 7).

2. A RELEVÂNCIA DA LEI N.º 12.846/13 PARA O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES DOS CRIMES FINANCEIROS NO BRASIL

Antes da criação da Lei Anticorrupção (LAC), o crime de corrupção era tratado pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 218, 317 e 333, contudo com significados e implicações objetivas e subjetivas muito diferentes, uma vez que o art. 218 trata da corrupção de menores, no que tange ao induzimento de práticas lascivas, enquanto os outros dois dispositivos referem-se as formas de corrupção, que podem ser ativa (art. 333 do CP), atribuída ao agente que tentar corromper o servidor público a lhe conceder vantagem ilícita, ou passiva (art. 317 do CP), referente ao agente público que se permite corromper (OLIVEIRA, 1991, p. 38).

Outrossim, apenas essa definição não era suficientemente eficaz no combate as práticas delitivas de corrupção, em especial as praticadas por agentes políticos e membros do legislativo, visto que o sentimento de impunidade era perceptível e as raízes corruptivas eram fincadas no patrimonialismo brasileiro desde suas origens mais remotas, fazendo-se necessária a implementação de mecanismos mais modernos de combate ao delito e as novas formas com que os atos corruptivos vinham sendo praticados (LIVIANU, 2006, p. 153).

Os elementos supracitados no capítulo anterior, trazidos pelos textos normativos mais recentes sobre o tema (Leis n.º 12.529/11 e 12.846/2013)

inovaram a forma de combate à corrupção uma vez que finalmente demonstraram os requisitos da determinação da responsabilidade da pessoa jurídica de forma objetiva e em consonância com o art. 225, §3º da Constituição Federal de 1988, se esta praticar algum dos atos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção, comprovadamente através de provas do fato, resultado e nexos causal já será devidamente responsabilizada (ROCHA; et al, 2018, p. 24).

Nesta senda, Taffarello (2017, p. 8), considera o instituto em voga como sendo um “ato administrativo consensual”, em virtude de tratar com a conduta dos agentes, a emergência do Estado Social em que nos encontramos e da complexidade que este último passou a adotar em relação aos seus administrados.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica escolhida pelo legislador, além de viabilizar a celeridade do processamento e de ocasional devolução de verbas eventualmente desviadas de maneira ilícita, facilita na comprovação do dolo ou culpa dos agentes e na forma de negociação com estes através do instituto previsto no Capítulo V da Lei n.º 12.846/2013, o acordo de leniência (ROCHA; et al, 2018, p. 27).

A aplicabilidade do acordo de leniência como forma de combate as práticas delituosas corruptivas necessita de alguns requisitos, sendo o mais importante a escolha espontânea daquele agente que deseja firmar o acordo, visando não a extinção da punibilidade, que não é o objetivo do instituto, mas auxiliar na persecução penal, visto que o tipo delitivo em tela requer uma certa complexidade em sua investigação, bem como possibilitar a aplicação de algumas sanções de formas menos gravosas ao réu, ao contrário do que ocorre na delação premiada na esfera penal (CARVALHOSA, 2015, p. 378).

Cumprido salientar que para os efeitos do acordo de leniência sejam obtidos pelo interessado, este deverá apresentar provas (documentais e testemunhais) válidas, que efetivamente auxiliem no aprofundamento investigação, sujeitas a comprovação pelos investigadores, que levem a resolução do caso e demonstrem o envolvimento de outras pessoas jurídicas ou outros agentes públicos (em concurso) nas condutas corruptivas do caso em tela (CARVALHOSA, 2015, p. 380).

As sanções que poderão ser aplicadas de forma menos gravosa caso firmado o acordo entre as partes são: dispensa da publicação condenatória (art. 6º, II), isenção de ocasional punição de viesse a proibir a pessoa jurí-

dica (parte do acordo) a obter incentivos, empréstimos, doações, subsídios e subvenções do Poder Público (art. 19, IV) e redução de possível multa ocasionada em virtude de condenação aplicável até dois terços.

Logo, explicitada a importância do instituto no combate a corrupção no país, embora criticado, não se pode ignorar que o firmamento do acordo de leniência não traz extinção da punibilidade do fato, em virtude da indisponibilidade do interesse público no que diz respeito a necessidade de reparação do dano no âmbito penal-administrativo.

Cabe ressalva ao art. 16 da Lei Anticorrupção, que conforme supracitado, permite que seja celebrado o acordo de leniência (aquém dos requisitos já mencionados) quando a pessoa jurídica investigada for a primeira a manifestar sua vontade de colaborar com as investigações e cessar completa e imediatamente sua participação na infração investigada a partir da data de propositura do acordo, confessando sua participação e cooperando de forma efetiva nas investigações e respectivo processo administrativo.

Contudo, assevera Ferrajoli (2005, p. 748-749) que a prática indiscriminada do direito penal premial põe em risco a estruturação do sistema de garantias em virtude da iminente desigualdade de forças em uma negociação entre o Estado (através do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou Ministério Público) e o indivíduo (seja ele pessoa física ou jurídica), bem como o perecimento das relações de causalidade e proporcionalidade entre delito e pena, uma vez que esta passará a depender mais da habilidade negocial da defesa e da discricionariedade da acusação do que da gravidade do delito.

3. A (POSSIBILIDADE DE) RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Levando em conta que não há um posicionamento majoritário quando o tema é a (possibilidade de) punição da pessoa jurídica no âmbito penal, por conseguinte, a possibilidade ou não de acordar-se e negociar sobre uma pretensão punitiva estatal, segundo Santos (2002) tem-se a teoria da ficção, defendida por Ihering e a teoria da realidade, seguida por Zitelmann.

Em que pese a contemporaneidade das ciências criminais considerarem a teoria da realidade como tendo maior aplicabilidade prática, tem-se

o inquestionável ponto de que a realidade da pessoa jurídica para fins punitivos é absolutamente diferente da realidade da pessoa física (SANTOS, 2002). Neste sentido, leciona Reale (1991) que “a pessoa jurídica não é algo de físico e de tangível como é o homem, pessoa natural”.

Ademais, Santos (2002) relembra que por não possuir consciência, a pessoa jurídica não será passível de ser punida pela responsabilidade penal objetiva pela prática de determinada conduta criminosa, uma vez que isso afronta a teoria do fato punível. A pessoa jurídica não possui capacidade de entender o ato como ilícito ou sequer decorre culpabilidade deste. Corroborando a este entendimento, afirma Hassemer (2005) que o dolo e a culpa são os dois elementos de uma conduta humana, dos quais resulta positivamente a possibilidade de imputação subjetiva.

Além do exposto, a responsabilização penal de pessoas jurídicas afronta diretamente as teorias da pena, em especial ao princípio da intranscendência penal, que disposto no art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, logo não seria contraditório aplicar uma mesma pena para um grupo de pessoas físicas, apenas por serem membros da pessoa jurídica condenada?

Visando solucionar este empasse, tem-se o estudo de Hassemer, o emérito jurista alemão criou uma espécie híbrida de direito penal/administrativo, que nomeou de “Direito de Intervenção”. Esta espécie abrange punições penais e administrativas para as pessoas jurídicas que cometessem crimes ambientais (HASSEMER, 2005), e foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que atualmente só pune penalmente as pessoas jurídicas transgressoras da legislação ambiental.

Face ao exposto, já defendia Lobato (2009, p. 5) que a forma com que é disciplinada eventual responsabilização da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro não passa de uma desconsideração da realidade fática para a criação de um “Direito Penal Simbólico”, tendo em vista que é fundamental as entidades de Direito Privado que almejem fins lícitos e trabalhem com rendas e objetos advindos de fontes legais, e quando não o fazem, tem-se a desconsideração da pessoa jurídica para atingir a pessoa física com a devida sanção (principalmente eventual punição no âmbito penal), que é a pessoa que efetivamente o Estado poder punir pelas formas coercitivas, buscando a penalização e a reintegração a fim de que não sejam cometidos novos atos ilícitos.

4. ESTUDO CASUÍSTICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA FIRMADO ENTRE A EMPRESA ODEBRECHT E O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Aliando o conteúdo doutrinário exposto com a prática do instituto estudado, tem-se a seguinte análise casuística de algumas cláusulas do acordo de leniência firmado entre a organização Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal, firmado durante a 14ª fase da Operação Lava-Jato, em dezembro de 2016, visando elucidar a aplicabilidade prática do instituto bem como apontar controvérsias na aplicação deste acordo em específico.

De saída, aborda-se ponto previsto no §3º da 4ª cláusula, que trata de matéria supracitada e demonstra grau de respeito ao princípio constitucional “*nemo tenetur se detegere*” (não produzir prova contra si mesmo), previsto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988:

Cláusula 4ª. São objeto deste Acordo de Leniência as condutas ilícitas de prepostos, empregados, administradores, dirigentes e terceiros contratados, inclusive fornecedores de bens e prestadores de serviços, desligados ou não, e acionistas de qualquer das empresas do grupo econômico integrado pela COLABORADORA, doravante designados simplesmente Prepostos, desde que:

[...]

§3º. Em caso de negativa de adesão a este Acordo de Leniência pelo membro do Ministério Público mencionado no §2º desta cláusula, por qualquer motivo, **os anexos e provas decorrentes deste Acordo de Leniência que digam respeito aos fatos submetidos a tais promotores ou procuradores e cuja adesão foi negada serão devolvidas pelo Ministério Público Federal à empresa, mediante recibo, e não poderão ser utilizadas pelo Ministério Público não aderente para quaisquer fins.** Na hipótese de um anexo que aponte fatos atinentes a duas jurisdições ter sido rejeitado por um dos membros do Ministério Público competente e não pelo outro, o anexo poderá ser utilizado pelo último após excluídas as informações que digam respeito aos fatos de atribuição do Ministério Público não aderente. – grifei

Embora a maior parte de autonomia sobre a aceitação ou não dos dados apresentados seja concedida ao Ministério Público Federal (o que prejudicaria uma empresa que tem a vontade de colaborar mas talvez não tenha todos os dados desejados), tem-se que a previsão legal do princípio supracitado deve abranger a não produção de provas nas fases anteriores ao seu processamento (penal), deve-se lutar para que este direito não fique restrito ao processo penal após o recebimento da denúncia como na maior parte dos casos práticos, mas em que qualquer hipótese de acusar-se a pessoa (física ou jurídica) ela não seja obrigada a produzir provas contra si mesma, evitando futuros processamentos (QUEIJO, 2003, p. 421).

A próxima cláusula a ser comentada é a 6ª, mas com enfoque em seus incisos IV, VII e VIII:

Cláusula 6ª. A COLABORADORA compromete-se:

[...]

IV - a cessar completamente, por si ou empresas de seu grupo econômico, seu envolvimento nos fatos narrados nos anexos a este Acordo de Leniência;

[...]

VII - a portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações;

VIII - a implantar ou aprimorar programa de integridade nos termos do Artigo 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, em atenção às melhores práticas, a ser iniciado no prazo de 90 (noventa) dias da homologação do presente Acordo de Leniência pela 13ª Vara de Justiça Federal de Curitiba, cabendo à COLABORADORA apresentar ao Ministério Público Federal o cronograma de implantação do programa no prazo de 120 (cento e vinte) dias;

[...]

De saída, registra-se o zelo do Ministério Público Federal para com o inciso IV, pois respeita integralmente o art. 16, §1º, II, da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13), que conforme supracitado, exige da pessoa jurídica que cesse completa e imediatamente sua participação ou envolvimento

nos fatos ilícitos cujo material está entregando para os investigadores a partir da data de propositura do acordo.

Quanto a cláusula VII, embora trate de atos ilícitos e tenha natureza jurídica própria, o acordo de leniência segue as premissas contratuais básicas do ordenamento jurídico pátrio, logo, é possível sim a exigência de boa-fé de seus pactuantes (PEREIRA, 2017, p. 11).

Ainda sobre a exigência de honestidade, lealdade e boa-fé, leciona Cammarosano (2006, p. 100-104) que quando houver acordo com os agentes públicos, a moral administrativa norteadora destes sentimentos não pode se confundir com a comum, devendo haver a valorização dos valores juridicizados que formam o direito positivado (entre eles os três escolhidos pelo Ministério Público Federal a empresa Odebrecht S.A.).

Quanto ao inciso VIII, tem-se importante referência a implementação de programa de integridade na empresa investigada, nos termos do art. 41 do Decreto-Lei n.º 8.420/2015:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Chamado de programa de integridade pela legislação, o *criminal compliance* é um instituto recente no Brasil, nas palavras de Giovanini (2014), deve ser difundido e utilizado para proteger a empresa e seus funcionários, buscando que adotem posturas baseadas nos valores morais, éticos e transparentes, corroborando com a legislação que versa sobre o tema.

Ademais, a atividade de prevenção é indispensável para que possam ser criados códigos internos de controle e monitoramento, bem como se

estabeleçam regras de condutas éticas e morais para evitar a prática reincidente de atos ilícitos pela pessoa jurídica. Nesse sentido, afirma Serpa (2016) que o objetivo da *compliance* é ser “um programa pelo qual uma organização consiga prevenir e detectar condutas criminosas/ ilegais e, também, promover uma cultura que encoraje o cumprimento das leis e uma conduta ética.”.

Serpa (2016) aduz ainda que após a implementação do programa haverá uma mudança cultural interna da pessoa jurídica, visto que o compliance terá balizado os principais valores morais e éticos da corporação, e após estabelecidos novos valores, o cumprimento as normas legais será evidente, reitera o autor que os “programas de compliance não são sobre as leis, mas sim sobre querer seguir as leis”.

Por fim, tem-se que da forma com que foi disposta no acordo de leniência analisado, a imposição da implementação do programa de *compliance* pode ser vista como forma de intervenção estatal, visto que pretende interferir na atividade privada antes, durante e depois do seu processamento na esfera penal, sobre a *compliance* como forma de intervenção e prevenção de processos e responsabilização das pessoas jurídicas, leciona Tiedmann (2013):

[...] não só orientada a defesa em um processo penal como prévia ao processo e a toda decisão econômica juridicamente controversa, [...] orientada a evitar o processo dado o custo em dinheiro e também em termos de prestígio na opinião pública que a exposição do processo implicam a empresa e a seus diretores.

Conclui-se ainda que a *compliance* é fundamental para evitar a reincidência das pessoas jurídicas em atos ilícitos.

A próxima cláusula digna de comentário é a 7^a, que trata do ressarcimento por parte da Odebrecht ao erário, a ser realizado do seguinte modo:

IV - Do valor global

Cláusula 7^a. Este Acordo é parte de um acordo global coordenado pelas autoridades competentes das jurisdições brasileira, estadunidense e suíça, no âmbito do qual a COLABORADORA se compromete a pagar valor global equivalente, nesta data, a R\$ 3.828.000.000,00 (três bilhões, oitocentos e vinte e oito milhões

de reais) (“Valor Global”), de acordo com as condições de pagamento estabelecidas no Apêndice 5. A somatória das parcelas do Valor Global, após a aplicação de estimativa de projeção de variação da SELIC, resulta no valor estimado de R\$ 8.512.000.000,00 (oito bilhões, quinhentos e doze milhões de reais), o qual, se convertido à taxa de câmbio de USD 1,00 = R\$ 3,27, corresponde a aproximadamente USD 2.600.000.000,00 (dois bilhões e seiscentos milhões de dólares).

§1º. Os valores que serão disponibilizados ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (Department of Justice) e à Procuradoria-Geral da Suíça (Office of the Attorney General of Switzerland) serão distribuídos conforme determinação do Ministério Público Federal em conjunto com tais autoridades, observados os seguintes critérios:

a) Ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América será disponibilizado valor em dólares estadunidenses, respeitados os termos do Apêndice 5 do §12 abaixo, e será pago até 30 de junho de 2017, sendo deduzido do Valor Global à taxa de conversão do dia do pagamento;

[...]

§3º. Descontada a parcela destinada a outras jurisdições, conforme acordos celebrados pela COLABORADORA com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e com a Procuradoria-Geral da Suíça, conforme especificado no §1º e no Apêndice 5, o Valor Global será disponibilizado ao Ministério Público Federal [...] – grifei

A operação Lava-jato foi responsável por desvendar um dos maiores escândalos de crimes de lavagem de dinheiro e corrupção da história do Brasil, graças a ela que um sentimento de patriotismo foi despertado em grande parte da população, buscando mudanças estruturais políticas e administrativas, logo, parece estranho que no firmamento de um dos acordos mais caros de sua trajetória, que possibilitou a recuperação de bilhões de reais desviados do cerne dos cofres públicos, que inviabilizaram sua real destinação para melhoria de condições gerais da população brasileiro,

os primeiros beneficiários do acordo para receberem ressarcimento sejam países estrangeiros de primeiro mundo, os Estados Unidos da América e a Suíça.

Por fim, cabe ressalva que há a possibilidade de rescisão do acordo de leniência motivado pelo descumprimento das obrigações assumidas pela empresa (Cláusula 14^a), bem como por eventual descumprimento de premissa ministerial em relação as contraprestações prometidas a empresa pela sua colaboração (Cláusula 15^a), o que demonstra consensualidade entre as partes e bilateralidade de obrigações acordadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual cenário jurídico brasileiro tem-se que a colaboração premial de forma geral seja no âmbito penal ou administrativo/cível tem muita subjetividade ainda não explorada, na medida em que possui “prêmios” e benefícios que não estão objetivamente fixados em lei, muito pelo contrário, são tratados de forma discricionária, utilizados como trunfos pelas forças acusatórias, quase de maneira coercitiva ante os investigados.

Ademais, resta evidente que há muita confusão prática quanto ao acordo de leniência e a delação premiada, aliados a prisões preventivas de investigados ou envolvidos com as pessoas jurídicas suspeitas, diuturnamente divulgadas pela mídia, invariavelmente retiram o elemento essencial dos acordos, a boa-fé objetiva, bem como a vontade e a livre escolha destes, que conforme supramencionado, não tem a mesma paridade de armas perante o aparato acusatório estatal.

Além de ser perceptível, em especial na operação Lava-Jato, que todas as lacunas presentes na legislação brasileira antitruste e acordos de leniência, são acobertadas por muito ativismo judicial pragmático antinormativo.

Tem-se ainda que a pessoa jurídica não teria capacidade para cometer um ato ilícito por si só, pois impossível atribuir-lhe consciência, dolo ou culpa pelas ações tomadas por seus dirigentes, outrossim, a pessoa jurídica quando comete fraudes no âmbito fiscal, por exemplo, é desconstituída para que as pessoas físicas por trás desta sejam atingidas pelas sanções pertinentes, de forma a dar efetivada a punição estatal.

Além disso, a responsabilização penal da pessoa jurídica é prejudicada no tocante a teoria do crime adotada pelo Brasil, pois traz elementos ex-

pressamente humanos, como citado o dolo, e aqui cabe ressalva de que a conduta e a vontade dos sócios, membros e dirigentes das empresas não se confunde com a da pessoa jurídica.

Por fim, aponta-se que a maior parte da doutrina nacional corrobora ao entendimento de que a responsabilização criminal de pessoas jurídicas (que as leva inclusive ao firmamento de acordos de leniência para o não prosseguimento de persecuções penais contra si é inconstitucional, visto que afronta aos princípios fundamentais do direito penal, a exemplo do princípio da culpabilidade e intranscendência penal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.529/2011**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.850/2013**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: ago. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça - Plenário**. Conflito de competência n.º 119.350/PR. Relator Ministro Newton Trisotto. 26 de novembro de 2014.

- CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2006.
- CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/13**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COSTA, Gisela França da. Breve Panorama do Pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/inovacoes-no-direito-penal-economico-contribuicoes-criminologicas-politico-criminais-e-dogmaticas>. Acesso em: out. 2018.
- CUSTÓDIO FILHO. Ubirajara; SANTOS. José Anacleto Abduch; BERTONCINI. Mateus. **Comentários à Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.
- FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**. Madrid: Editora Trotta. 2005.
- GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo. 2014.
- HASSEMER, Winfred. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005.
- LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal – um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LOBATO, José Danilo Tavares. **(Ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma nova perspectiva** in Boletim IBCCRIM n.º 205, v. 17. 2009.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n.º 8, 2004.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** São Paulo: Saraiva. 2014.
- MOREIRA, Egon; BAGATIN, Andreia. **Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas** - Responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. R. de Dir. Público da Economia-RDPE. Belo Horizonte, 2014.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção** (Lei n.º 12.846/2013). Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF: Belo Horizonte. 2017.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva. 1991.
- ROCHA, Liliane Rosa Lemos; et al. **Caderno de pós-graduação em direito: Lei anticorrupção.** Brasília: UniCEUB, 2018. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/12177/3/Lei%20Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: out. 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2002.
- SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance Descomplicado:** um guia simples e direto sobre o Programa de Compliance. 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal.** Madrid: Editora Civitas. 2002.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TAFARRELO, Rogério Fernando. **Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada no direito brasileiro**: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

TIEDMAN, Klaus. **El derecho comparado em el desarrollo del derecho penal econômico**. In: Zapatero, Luis Arroyo; Martín, Adan Nieto. *El Derecho Penal Economico en La era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

HERANÇA DIGITAL: UMA ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO DO PATRIMÔNIO VIRTUAL

Raissa Evelin da Silva Bentes

Cláudia de Moraes Martins Pereira

INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna, marcada pela difusão dos recursos tecnológicos, tem causado inúmeras alterações na forma com que o homem conduz a própria vida e se relaciona com outros indivíduos.

É inegável que vários ramos de conhecimento se dedicam ao estudo das consequências de tal fenômeno, acompanhando a mudança do comportamento humano.

O ordenamento jurídico possui a função basilar de tutelar aspectos da vida humana, o que se faz desde a concepção até o pós-morte, devendo também modificar-se conforme o surgimento de novas necessidades dos tutelados. Todavia, as adequações legais à nova realidade nem sempre conseguem acompanhar os rápidos passos com os quais caminha a sociedade de informação.

No mundo contemporâneo, pode-se citar, como exemplo de mudanças significativas, as transações bancárias realizadas *online*, os contratos de compra e venda frequentemente realizados em *sites*, a prática de variados crimes na *internet*, entre tantos outros fenômenos. Contudo, as novidades não se restringem a aspectos meramente patrimoniais ou criminais, trazendo também questionamentos em outras áreas do Direito, como nas sucessões e relações *post mortem*.

De mais a mais, o acervo digital, os dados contidos nas redes sociais, sites de compras, armazenamento em nuvem e outros, têm se tornado intrínsecos à própria vivência do homem. Com a abertura da sucessão, aumenta a preocupação com a herança composta por bens virtuais face os direitos de personalidade do falecido, quando este não dispõe expressamente sobre tais bens.

Com isso, é imprescindível que se discuta o plano sucessório do acervo patrimonial digital, buscando seu correto dimensionamento no âmbito do Direito das Sucessões.

ASPECTOS GERAIS DA HERANÇA DIGITAL

No ordenamento jurídico brasileiro, a morte de um indivíduo dá azo à instituição da sucessão *mortis causa*. O Direito das Sucessões é, então, o ramo do direito que disciplina essa modalidade de transmissão do patrimônio (GONÇALVES, 2013, p. 20).

Nesse sentido, o Direito Sucessório é protegido constitucionalmente, uma vez que a CRFB/88 expressa, nos incisos XXII e XXX, do art. 5º, os quais garantem o direito de propriedade e o direito à herança.

Na via infraconstitucional, o Código Civil de 2002 traz normas acerca da administração da herança, sua aceitação e renúncia, ordem de vocação hereditária, rol de legitimados a suceder, excluídos da sucessão, sucessão legítima, sucessão testamentária, entre outros institutos.

Conforme disposto no art. 1.784 do Código Civil, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A herança é “o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários” (DINIZ, 2015, p. 53). Trata-se, dessa forma, de “um somatório, em que se incluem os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo” (GONÇALVES, 2013, p. 32).

A partir de tais conceitos, percebe-se que a herança, em geral, é composta por bens economicamente valoráveis. Os bens virtuais, não obstante sejam imateriais, podem possuir valor econômico, trazendo à cena a herança digital.

Conforme Gustavo Pereira,

a herança digital pode ser compreendida como essa mesma herança, tradicionalmente conceituada nos manuais de Direito Civil, só que com um objeto mais específico, o qual seja, o patrimônio virtual do *de cuius*, consistente em tudo o que ele pôde guardar em espaço virtual quando em vida, incluídos aí os arquivos digitais, como fotos, músicas, vídeos e livros, estejam eles armazenados na memória de um computador ou em serviços de nuvem virtual; as redes sociais; as contas da internet; enfim, qualquer bem ou serviço virtual de titularidade do autor da herança (PEREIRA, 2018, p. 41-42).

A herança digital é um assunto multidisciplinar, tendo em vista que engloba diversos ramos do Direito de forma sistemática, como o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal e a processualística pertinente, outrossim, é objeto de estudo também no âmbito da Sociologia Jurídica e da Filosofia do Direito, repercutindo, inclusive, no campo da Ciência Política, Informática, Cibernética e Tecnologia da Informação (PRINZLER, 2015, p. 11).

Embora seja um tema discutido há algum tempo, não há nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro que regulamente a herança digital. Sequer a Lei 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, que entra em vigor em 2020 para alterar o Marco Civil da Internet, menciona o assunto.

É inegável que a legislação pátria assegura os direitos dos sucessores. Todavia, o mundo digital possui certas peculiaridades que podem vir a impedir a transmissibilidade da herança digital do *de cuius*, posto que não há regulamentação específica quanto à destinação *post mortem* do patrimônio virtual.

Diversos projetos de lei já foram propostos com o objetivo de regular a herança digital, como se vê nos Projetos de Lei nº 4.099/2012 e 4.847/2012, entre outros. Todos restaram infrutíferos. Ocorre que a maioria desses projetos eram voltados a viabilizar a transmissão irrestrita de todos os dados do falecido, ocasionando severas críticas porque não enfrentavam a questão com toda a complexidade que ela carrega, tampouco

se propunham a resolver o conflito existente entre o direito à herança dos sucessores e os direitos de personalidade do autor da herança.

ACERVO DIGITAL E TRANSMISSIBILIDADE CAUSA MORTIS

O art. 1.791 do Código Civil afirma que a herança engloba um todo unitário, o que inclui o patrimônio material do falecido e também, apesar das divergências doutrinárias, os bens imateriais.

Os bens digitais são imateriais e podem ser conceituados como:

[...] instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em *bytes* nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets (LARA, 2016, p. 22).

Para que se possa discutir acerca da transmissibilidade de tais bens importa, ainda, vislumbrar a possibilidade de valoração econômica. Isso porque a doutrina majoritária defende que a sucessão somente é possível quando há valor patrimonial.

Dito isso, pode-se dividir o acervo digital em bens de valor econômico e bens de valor afetivo ou sem valor econômico.

Dentre os bens virtuais de valor afetivo estão incluídas, por exemplo, as contas em redes sociais, quando utilizadas sem fins comerciais, os dados em aplicativos de conversação, entre outros.

O entendimento predominante tem caminhado no sentido de que esses bens não compõem a herança, visto que são inerentes à pessoa, possuindo caráter personalíssimo (DINIZ, 2015, p. 53). Não obstante, os bens virtuais sem valor econômico podem ser objeto de codicilo, sendo este o meio idôneo para realizar disposições de pequeno valor ou, ainda, de caráter não patrimonial (GONÇALVES, 2013, p. 295-296).

Por sua vez, os bens virtuais de valor econômico são

quaisquer bens digitais que tenham utilidade patrimonial. Trata-se de arquivos (álbuns musicais, ebooks, games, filmes) e serviços (armazenamento em nuvem, licença de software) comprados pelo in-

divíduo por meio de um provedor de serviços online. Geralmente esses ativos ficam armazenados em nuvem, estando disponíveis ao usuário onde quer que se encontre (BARRETO; NERY NETO, 2016).

Além disso, há a figura das redes sociais que, quando usadas de maneira profissional, atraem valores astronômicos, agregando milhões de seguidores (BARRETO; NERY NETO, 2016).

Estes bens, indubitavelmente, integram o conceito de patrimônio, de modo que poderiam ser transmitidos seguindo a lei civil que trata da sucessão em geral.

Em síntese, a doutrina tem vislumbrado duas formas de acesso dos herdeiros ao acervo virtual:

[..] a primeira, em relação aos arquivos suscetíveis de apreciação econômica. Estes comporão a herança, gerando direitos hereditários; a segunda, em relação aos arquivos insuscetíveis de valoração econômica prevalece a vontade do de cujus: se inexistir expressão de vontade, não poderão os herdeiros pleitear a posse dos arquivos pessoais, mas poderão solicitar a retirada de material publicado ostensivamente; existindo declaração de vontade (expressa ou tácita), respeitar-se-á a manifestação. (LIMA, 2013, p. 32).

Contudo, existem dados armazenados no ambiente virtual que possuem certa peculiaridade. Trata-se dos ativos digitais, caracterizados como “todo e qualquer item de conteúdo textual, de imagens, de arquivos de mídia e multimídia, que foi formatado dentro de um código binário e que tenha em si o seu direito de uso” (LARA, 2016, p. 23).

Os ativos digitais compõem um acervo cujo proprietário legal não é necessariamente o autor das informações ali contidas, mas sim a empresa que concede a licença de uso dos seus serviços. É o que acontece com as redes sociais, como *Facebook* e *Instagram*, contas de *e-mail*, armazenamento em nuvem, *blogs*, etc.

Nessa linha, é possível afirmar que o acervo digital, mesmo nos casos em que possui valor econômico, nem sempre será transmitido livremente, posto que pode encontrar óbice nos termos de serviço e privacidade das empresas. Conforme aduz Pereira (2018, p. 47-48),

[...] quase tudo o que adquirimos na internet é mera licença de uso, justamente por força dos termos de uso, o que impossibilita o direito de transmissão para outra pessoa, ainda que a título de sucessão. Em outras palavras, extingue-se o direito com o usuário. Dessa forma, não há que se falar em direito de propriedade nesses casos, mas tão somente em posse precária.

Não obstante, é visivelmente inadequado que, por exemplo, caixas de *e-mail* e serviços de armazenamento em nuvem tragam em seu termo de uso que não será possível a transmissão do conteúdo presente na conta de certo indivíduo que vier a falecer. Isso porque todos os dados ali contidos são do usuário e estão apenas hospedados na conta da empresa.

Consoante ensina Barreto e Nery Neto,

em que pese as empresas responsáveis por estes tipos de ativos negarem o exercício do direito de herança, por meio de seus “termos e condições de uso”, não podem estes se sobrepor a um direito fundamental. No caso de mídias adquiridas por intermédio de serviços como iTunes Store e Kindle, é ainda mais gritante, uma vez que resta caracterizada a relação de consumo (BARRETO; NERY NETO, 2016).

Nesse sentido, algumas empresas já têm criado espaços onde os próprios usuários podem eleger as pessoas que poderão acessar seus dados em caso de morte. Assim ocorre com o Google Drive, que disponibiliza aos seus usuários um gerenciador de contas inativas para planejamento póstumo.

Ocorre que o maior problema reside no fato de que raramente são deixadas disposições de vontade. Logo, os herdeiros do *de cuius* ficam à mercê dos critérios arbitrários de sucessão dos provedores, causando disputas judiciais.

Como já afirmado anteriormente, a maior parte de tudo o que é adquirido via *internet* consiste em mera licença de uso, claramente caracterizada como contrato de adesão, o que torna a transmissão *causa mortis* do acervo digital controversa e sem respaldo legal.

Logo, uma vez que o sistema jurídico brasileiro é majoritariamente o *Civil Law*, as decisões nas lides envolvendo sucessão *post mortem* dos bens virtuais, ante a ausência de disposição legal a respeito, não são uniformes.

HERANÇA DIGITAL E DEFESA PÓSTUMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O apontamento acerca da defesa póstuma dos direitos de personalidade mostra-se pertinente, uma vez que raramente se vê um indivíduo que tenha testado acerca de seu patrimônio digital.

Os direitos da personalidade são

aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 183-184).

Tais direitos são de tamanha importância que possuem tutela constitucional, elevados ao patamar de direitos fundamentais consagrados, dentre outros dispositivos, no art. 5º, X, da CRFB/88, *in verbis*: “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”.

No que tange ao direito à intimidade e à vida privada, afirma-se que este é, conforme lição de Farias e Rosenthal,

o refúgio impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 268).

Outra vertente relevante do direito à privacidade é o direito ao esquecimento, que permite ao indivíduo exercer o controle da circulação dos seus dados após determinado período, ainda que se trate de informações verídicas (BUCAR, 2013, p. 10).

Ocorre que, de certa forma, esses direitos encontram-se ameaçados pelos constantes avanços tecnológicos, tanto que já se fala, inclusive, so-

bre a intimidade virtual como integrante dos direitos de quinta dimensão, ao lado de demais elementos correlatos à *internet* e ao mundo cibernético (TARTUCE, 2017, p. 157).

Em que pese ser a herança um direito fundamental, questiona-se até que ponto o patrimônio virtual pode ser transmitido sem que isso venha a ferir os direitos do autor da herança sobre os fatos que lhe ocorreram em vida, uma vez que a extinção da personalidade com a morte não possui o condão de impedir o reconhecimento de manifestações da personalidade após a morte do indivíduo, o que ocorre, por exemplo, nos casos envolvendo o direito ao corpo, à imagem e à honra (AMARAL, 2014, *apud* PEREIRA, 2018, p. 127).

Sendo assim, não há como negar a existência de um confronto entre os citados direitos da personalidade e a herança digital. Isso porque, enquanto um visa o desaparecimento de dados, o outro objetiva sua perpetuação.

Uma solução iminente seria o testamento digital, no qual

podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens digitais: nossas senhas de acesso aos sites, emails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previamente para inventariar todo o nosso acervo digital (LARA, 2016, p. 92).

Todavia, há um desinteresse cultural no Brasil quando se trata de lidar com situações envolvendo o evento morte e seus reflexos, motivo pelo qual a figura do testamento é impopular. Assim, na maioria das vezes o autor da herança é silente quanto à transmissão de seu patrimônio.

Ora, uma vez que o direito à privacidade consiste também no direito de impedir que terceiros tenham acesso a sua informação, caso não haja disposição de última vontade, o silêncio deve ser interpretado como anuência da sucessão completa e irrestrita dos bens virtuais do *de cujus*?

As demandas relacionadas à herança digital começam a surgir no Judiciário, revelando o entendimento de alguns magistrados. Em um processo da comarca de Pompeu, Minas de Gerais, fora julgado improceden-

te o pleito da autora que objetivava o acesso a dados virtuais de sua falecida filha, afirmando que a intimidade de outrem não poderia ser invadida para satisfação da requerente, e, considerando que a falecida não mais é capaz de manifestar opinião, sua intimidade deve continuar preservada. Na decisão constou, ainda, que o acesso ocasionaria lesão à privacidade dos terceiros com os quais a usuária mantinha contato (IGNACIO, 2018).

Entendimento diverso foi decidido em processo da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado de Mato Grosso do Sul quando o magistrado concedeu o pedido liminar de uma mãe para excluir o perfil da filha falecida no *Facebook* (IGNACIO, 2018).

Portanto, como é possível verificar, alguns magistrados já defendem que os bens virtuais são personalíssimos e devem ser tratados com a devida privacidade e respeito à intimidade da pessoa falecida, não sendo passíveis de sucessão, enquanto outros revelam entender que cabe aos sucessores optar por manter os dados do falecido ou excluí-los.

Instaurada está a divergência de entendimentos, motivo pelo qual mostra-se necessária e edição de normas para o correto dimensionamento da herança digital com a devida atenção aos direitos do *de cuius*.

Para Brás Cubas, na obra de Machado de Assis, a melhor parte da morte era a liberdade de não sentir o peso de ter sua intimidade exposta, sendo desnecessário esconder tudo o que se passou:

Talvez espante ao leitor a franqueza com que lhe exponho e realço a minha mediocridade; advirta que a franqueza é a primeira virtude de um defunto. Na vida, o olhar da opinião, o contraste dos interesses, a luta das cobiças obrigam a gente a calar os trapos velhos, a disfarçar os rasgões e os remendos, a não estender ao mundo as revelações que faz à consciência; e o melhor da obrigação é quando, à força de embaçar os outros, embaça-se um homem a si mesmo, porque em tal caso poupa-se o vexame, que é uma sensação penosa, e a hipocrisia, que é um vício hediondo. Mas, na morte, que diferença! que desabafo! que liberdade! Como a gente pode sacudir fora a capa, deitar ao fosso as lantejoulas, despregar-se, despintar-se, desafeitar-se, confessar lisamente o que foi e o que deixou de ser! Porque, em suma, já não há vizinhos, nem amigos, nem inimigos, nem conhecidos, nem estranhos; não há plateia. O

olhar da opinião, esse olhar agudo e judicial, perde a virtude, logo que pisamos o território da morte; não digo que ele se não estenda para cá, e nos não examine e julgue; mas a nós é que não se nos dá do exame nem do julgamento. Senhores vivos, não há nada tão incomensurável como o desdém dos finados. (ASSIS, 2015, p. 58).

Todavia, numa época em que o *online* pode perpetuar informações, manteria Brás Cubas o mesmo entendimento? Ou preferiria não ver exposta sua intimidade?

CONCLUSÃO

Com a expansão da *internet* e as diversas mudanças que ocorrem rapidamente na sociedade pós-moderna, a discussão acerca da herança digital ainda se mostra recente e inacabada.

A complexidade que envolve o tema não permite que todos os bens virtuais sejam tratados de igual forma, tanto que a doutrina chega a dividi-los em dois grandes grupos: bens virtuais de valor econômico e bens virtuais de valor sentimental, sendo aqueles passíveis de transmissão a partir de uma extensão das normas civis, e estes últimos intransmissíveis quando não houver disposição do autor da herança em sentido diverso, posto que possuem caráter personalíssimo.

Todavia, sequer isso encerra o debate, pois mesmo entre os bens com valor econômico existem dados que compõe a esfera íntima do indivíduo, de modo que o reconhecimento de sua transmissão vai de encontro com a proteção que o ordenamento jurídico confere à intimidade e à vida privada.

Em virtude do exposto, parece-nos correto afirmar que os bens virtuais de caráter personalíssimo se transmitem tão logo tenha o autor da herança deixado disposição nesse sentido, sendo tais bens economicamente valoráveis ou não. Não havendo qualquer manifestação sobre a destinação de tais bens, deve-se prezar pela dignidade da pessoa humana não só em vida como também no pós morte.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Via Leitura, 2015.

- BARRETO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. **Herança Digital**. Direito & TI - Debates Contemporâneos. Mar./2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/heranca-digital/>> Acesso em 21 de julho de 2019.
- BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2. n. 3, julho-setembro/2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>> Acesso em 21 de julho de 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito das Sucessões**. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOOGLE DRIVE. **Enviar uma solicitação a respeito da conta de um usuário falecido**. Disponível em: <<https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=pt-BR>> Acesso em 20 de julho de 2019.
- IGNACIO, Laura. **Justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital**. Valor Econômico. São Paulo, 17/09/2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/5854319/justica-recebe-os-primeiros-casos-sobre-heranca-digital>> Acesso em 21 de julho de 2019.
- LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: s.c.p, 2016.
- LIMA, Isabela Rocha, **Herança Digital: Direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente**. Brasília: UnB, 57 p. (Dissertação) - Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil: o projeto de lei nº 4.099/2012 e seus possíveis impactos sobre a defesa póstuma dos direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

PRINZLER, Yuri. **Herança Digital: novo marco no Direito das Sucessões**. Florianópolis: UNISUL, 77 p. (Dissertação) - Monografia apresentada à Universidade do Sul de Santa Catarina, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 1: Lei de introdução e parte geral**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O USO DE ANIMAIS NA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS: REFLEXÕES E PERSPECTIVAS

Adriano Fernandes Ferreira

Nilcinara Huerb de Azevedo

Ulisses Arjan Cruz dos Santos

1. INTRODUÇÃO

Em razão de possuírem o status jurídico de bens semoventes ou de meras coisas, a relação do homem com os animais é marcada prioritariamente por interesses econômicos.

Na atual conjuntura da sociedade tecnocientífica, marcada pelo desenvolvimento econômico atrelado à busca incessante pelo lucro, visando mercados consumidores cada vez maiores e mais competitivos, os diversos segmentos empresariais têm se utilizado de mecanismos e estratégias, que por vezes ultrapassam os limites da ética e da moral.

A problemática que envolve esta pesquisa, portanto, envolve o seguinte questionamento: O que denota o uso incontável de animais nos testes de produtos de higiene e beleza para que os seres humanos gozem de um bem-estar ainda que fugaz, sendo que já são possíveis o uso de métodos alternativos?

Para tanto, a justificativa consiste em analisar se a prática da vivissecção na indústria de cosméticos, ainda bastante frequente no Brasil, incorre em afronta aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais de proteção à fauna.

A metodologia a ser utilizada é a dedutiva; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa.

2. O QUE JUSTIFICA A EXPLORAÇÃO ANIMAL

O desenvolvimento vertiginoso do sistema capitalista aliado à expansão do mercado consumidor propiciou o surgimento de uma ordem econômica na qual “o consumidor se impõe como o senhor do tempo” em que passa a gozar de “maior bem-estar, de qualidade de vida e de saúde, de marcas e de autenticidade, de imediatismo e de comunicação” (LIPOVETSKY, p.8).

Conduzido pela busca incessante do conforto e da felicidade, o ser humano é levado constantemente a se utilizar de produtos e serviços que lhes possam garantir o máximo de bem-estar, ainda que de forma bastante fugaz.

Nesse cenário, marcado pelo antropocentrismo, o qual prega a ideia de que o ser humano é o centro de todas as preocupações ao passo que os demais seres vivos são considerados apenas recursos utilitários necessários a servi-lo, denota-se que a exploração de animais – sobretudo, em face do aproveitamento econômico que representam – dá ensejo a uma realidade altamente alarmante em face às leis que os protegem.

De acordo com o Código Civil brasileiro, em seu art. 82, os não-humanos são reconhecidos como bens semoventes, podendo inclusive serem apropriados, uma vez que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica-social.

Assim, sendo concebidos como coisas, os animais são comparados a objetos inanimados, tais como um relógio de pulso, um automóvel ou mesmo a uma pedra; e não como seres sencientes, ou em outras palavras, seres vivos que têm “a capacidade de sofrer e/ou experimentar alegria” (SINGER, 2010, p.24), e, por conseguinte, estão sujeitos a sensações de dor, de fome e de frio e a emoções como o medo, o estresse e a frustração; consciência de suas relações com outros animais e com o próprio homem; e, principalmente, capacidade de perceber o que acontece consigo mesmo (NACONECY, 2006, p.117).

Como se vê, em que pese os animais sencientes, grupo a que se referem “todos os vertebrados (mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes”

(MEDEIROS, 2013, p. 36) manifestem as mesmas reações que o homem diante da dor e do sofrimento, já tendo inclusive sido comprovado pela ciência que “os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência” (LOW, 2012); conforme a redação do supracitado diploma civil, atualmente vigora a visão cartesiana de que os animais são meras máquinas, desprovidos, portanto, de sentimentos e sensações (DESCARTES, 2009, p.60)

Para Francione (2015, p.26-27), o principal motivo de explorarmos os não-humanos justifica-se em razão da condição de propriedade que a eles atribuímos:

Os animais são mercadorias que possuímos e cujo único valor é aquele que nós, como proprietários, escolhemos lhes dar. **A condição de propriedade dos animais torna completamente sem sentido qualquer equilíbrio que, supostamente, se requiera sob o princípio do tratamento humanitário ou as leis do bem-estar animal**, porque o que estamos pensando são os interesses dos proprietários contra os interesses da sua propriedade animal. (grifos nossos)

É justamente em razão dessa cultura “da livre disposição”, que se dá pelo regime de propriedade, que hodiernamente são verificados atos de abusos e maus-tratos, que vão desde práticas condenáveis, como mutilações e queimaduras, até atos considerados legais, dos quais, a prática da vaquejada e do rodeio, recentemente considerados manifestações culturais de natureza imaterial pela entrada em vigor da EC n° 96/2017, que passa a acrescentar o §7° ao art. 225 da Constituição Federal.

Nesse sentido, cumpre destacar que, muito embora, a Constituição Federal de 1988 tenha vedado a submissão dos animais à crueldade, em seu art. 225, §1°, VII; em virtude da perspectiva antropocêntrica que rege o ordenamento jurídico pátrio, o aludido dispositivo constitucional foi flexibilizado, possibilitando que determinadas atividades, ainda que atentatórias à proteção dos animais, sejam regulamentadas com o intuito de causar-lhes o mínimo de sofrimento.

Assim dispõe as lições de Rodrigues (2012, p.206):

Protege-se o bem estar dos animais desde que exista certa precaução relacionada à regulamentação da exploração dos não-humanos, vez que são considerados como meios para alcançar os fins humanos, e com isso, passíveis de serem apropriados pelos homens e considerados como coisas ou objetos. **Justamente por isso os não-humanos poderiam ser usados em pesquisas científicas em prol de um bem maior, que seria o bem da humanidade; na medida em que determinados cuidados fossem a eles direcionados, bem como a existência de leis de regulamentação, por exemplo, do chamado abate humanitário.** (grifo nosso)

Considerando, pois, que o uso de animais justifica-se na medida em que atende os interesses do bem comum, centenas de milhares desses seres são mortos diariamente pelas mais diversas razões, dentre as quais, para o fim de garantir novos produtos de beleza no mercado.

3.VIVISSECÇÃO : O TESTE EM ANIMAIS NA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS

No Brasil, o diploma que regulamenta a experimentação ou vivisseção em animais para fins científicos corresponde à Lei n° 11.794/2008 (Lei Arouca).

Em termos gerais, a vivisseção, de acordo com Lacerda e Varela (2013, p.1) diz respeito à “[...] dissecação anatômica ou qualquer operação congênere feita em animal vivo para estudo de algum fenômeno fisiológico”, para fins de viabilizar “testes militares, espaciais, farmacêuticos, de venenos, para alimentos e de cosméticos” (SILVA et al 2016, p.167), com o propósito central de desenvolver produtos seguros ao ser humano.

Característica marcante da atual sociedade tecnocientífica, a prática vivisseccionista, no entanto, advém desde a Antiguidade. Ao que consta, o primeiro experimento deu-se pelo inglês William Harvey, que através da análise anatômica de animais, descobriu o funcionamento da circulação sanguínea e da atividade cardíaca (HART, 2001, p.610).

Por sua vez, no que tange ao uso de cobaias na indústria de cosméticos, Carlucci (2009, p.9) destaca que:

Al parecer, la práctica de testear los cosméticos en animales comenzó en 1933 cuando una mujer norteamericana usó una máscara para oscurecer sus pestañas. Los ojos se le quemaron, quedó ciega, y murió. Después de este accidente, en 1938, la Food and Drug Administration propició el dictado de una ley para proteger al público de los productos cosméticos riesgosos.

O uso de seres sencientes no mercado da beleza teve início nos Estados Unidos em 1933, quando após o uso de uma máscara para cílios, uma mulher ficou cega e veio a óbito em decorrência de complicações; razão pela qual, a empresa *Food and Drug Administration*, posteriormente, veio a pleitear a promulgação de uma lei que visasse à defesa dos consumidores contra o uso de produtos inseguros.

Considerado, assim, um dos ramos de maior prestígio na economia mundial, no qual o Brasil atualmente ocupa o terceiro lugar no ranking de consumidores, a ANVISA, por meio da Resolução n° 79/2000, conceitua:

Cosméticos, Produtos de Higiene e Perfumes são preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.

Compreende-se pela supracitada redação, que uma infinidade de produtos integram a noção de cosméticos, dentre os quais, sabonetes, produtos capilares, maquiagens, esmaltes, cremes depilatórios, loções de barbear, protetores solar, perfumes, dentre muitos outros.

Não há dúvidas de que tais itens são importantes aliados não só à prevenção de doenças, como também, no sentido de propiciar o bem-estar, a autoestima e a confiança de seus usuários, além de auxiliar nas próprias relações interpessoais.

Ocorre que, independentemente, da existência da lei federal que regulamenta o uso humanitário de animais para fins de pesquisas; na prática, são bastante comuns os abusos perpetrados aos animais-co-baias, sobretudo, em virtude da falta de fiscalização necessária, como a

que se pôde verificar no caso do Instituto Royal, em São Roque (SP) no ano de 2013.

Reputado à época com um dos casos mais emblemáticos, a discussão sobre o uso dos animais em testes laboratoriais ganhou grande projeção quando após denúncias de maus-tratos e condições irregulares de funcionamento do aludido estabelecimento, um grupo de ativistas, depois de muitos atos de manifestações, invadiram, no dia 18 de outubro de 2013, o local onde eram realizados os experimentos. Na ocasião, diversos coelhos e cães da raça *beagle* foram resgatados, estando muitos desses animais mutilados, sem pernas, sem braços, sem peles e em péssimas condições de saúde (BARRETO *et al.*, 2017, p.304).

De acordo com Francione (2015, p.93), o argumento utilizado pela comunidade científica é a de que os experimentos só devem ser considerados moralmente aceitáveis quando verdadeiramente necessários aos seres humanos, bem como, quando não existirem meios alternativos viáveis. Nesse escopo, acrescenta o aludido autor que:

De modo geral, a comunidade pesquisadora professa aceitar os “três Rs”: *redução*, ou o uso de menos animais para obter a informação que se requer; *refinamento*, ou a alteração dos procedimentos existentes para minimizar a dor, o sofrimento, a angústia ou o desconforto; e o *replacement*, isto é, a substituição, que é o uso de modelos para pesquisa, como o modelo computadorizado, que não envolvem animais.

Apesar da imagem transmitida pelos pesquisadores ser a de que há, como regra, um tratamento humanitário envolvido no trato para com os animais, mesmo porque quaisquer ações que se utilizem de seres vivos, necessariamente requerem a presença de uma abordagem ética, inúmeros dados empíricos são capazes de demonstrar que os vivisseccionistas enxergam os animais de laboratórios como autômatos ou meros instrumentos de pesquisas, que, após o resultado dos testes podem ser facilmente descartáveis.

Nesse sentido, importante é a análise feita por Alvim (2010, p.233), ao dispor que, figurando o ser senciente como simples objeto de manipulação, os pesquisadores naturalmente tendem a se tornar indiferentes

quanto ao sofrimento causado àqueles, como se pode denotar na prática dos seguintes testes: *Draize Eye Test* (teste de irritação ocular); *Draize Skin Test* (teste de sensibilidade cutânea) e Dose Letal 50 (DL50):

O primeiro caso dá-se pelo teste Draize, em referência ao seu criador John Draize, cujo objetivo consiste em avaliar os danos acarretados aos tecidos oculares pelo uso de determinadas substâncias químicas (FRANCIONE, 2015, p.106). Assim, para avaliar a reação dos produtos são utilizados coelhos, vez que tais espécies sejam consideradas dóceis e baratas, além de possuírem olhos grandes e claros, o que permite uma melhor avaliação dos resultados.

De acordo com Chuahy (2009, p.65):

Quando as substâncias químicas são colocadas em seus olhos, **eles pulam, choram, se contorcem de dor e tentam sair da jaula**. Para evitar que consigam esfregar os olhos e retirar as substâncias, **eles são presos em compartimentos onde não podem se mexer**, exceto a cabeça, única parte do corpo visível. **Às vezes é necessário o uso de cliques de metal para que as pálpebras sejam forçadas a ficar abertas** permanentemente. (grifo nosso)

Como consequências desses experimentos, não raros são as ocorrências de inchaços, infecções e hemorragias nos coelhos, podendo leva-los até mesmo à cegueira (SINGER, 2010, p.55).

No que tange aos procedimentos de irritação da pele, por sua vez, a exemplo dos primeiros já citados, estes consistem em averiguar a toxicidade dos produtos, porém, sobre o tecido cutâneo. Em geral, os animais mais utilizados são os coelhos ou os porquinhos-da-índia (FRANCIONE, 2015, p.107).

Para a realização das devidas análises, determinadas áreas do corpo do animal são raspadas onde são aplicadas as substâncias a serem avaliadas.

Conforme destaca Francione (2015, p.107), após a sobreposição do produto na região dérmica, é feito uma espécie de embrulho com material impermeável, para que a substância ali permaneça sem evaporar. Normalmente, tal embrulho é retirado somente após 24 horas e a pele dos animais passa por um processo de observação que, geralmente, dura em torno de três dias.

Singer (2010, p.55-57) aponta em suas lições, que a depender do teor de toxicidade, o tecido cutâneo dos pode sangrar, empolar e até mesmo cair.

Em relação à denominada Dose Letal 50 (DL50), tem-se que esta corresponde a um teste que “procura averiguar qual a quantidade de uma substância que (medida em miligramas por quilo de peso corpóreo) que vai matar 50% da população durante um período de 14 dias” (FRANCIONE, 2015, p.107).

Para tanto, o objetivo do experimento é detectar qual a dosagem considerada ideal para que pelo menos 50% dos animais permaneçam vivos, podendo, a partir disso, avaliar a segurança de produtos, tais como, pastas de dentes, laquês para cabelos e loções para o corpo (CHUAHY, 2009, p.66).

Em suma, as cobaias são forçadas a ingerir os compostos, através de seringas ou agulhas dosadoras que são bombeadas diretamente no interior de suas gargantas ou mesmo para dentro de seus estômagos por meio de tubos (FRANCIONE, 2015, p. 107). Do mesmo modo, aludidas substâncias podem ser administradas por via subcutânea, intravenosa, por inalação, misturada à comida, por via renal ou vaginal (GREIF; TRÉZ, 2012, p. 10).

Dentre os seres vivos submetidos a essas pesquisas estão, os ratos, os coelhos, os gatos, os cachorros, os camundongos e os macacos (GREIF; TRÉZ, 2012, p. 10). Ademais, entre os efeitos acarretados à saúde desses seres, destacam-se: convulsões, paralisias, tremores e sangramento pelos olhos, nariz e boca (FRANCIONE, 2015, p. 107).

Vale ressaltar que, como se os referidos procedimentos já não fossem cruéis o suficiente, é bastante comum o fato de os pesquisadores não ministrarem anestésicos nem tampouco analgésicos aos animais utilizados, por acreditarem que o alívio da dor pode camuflar os efeitos das substâncias (FRANCIONE, 2015, p.108); sendo, inclusive, muitos desses seres reutilizados na realização de diferentes experimentos.

4.MÉTODOS ALTERNATIVOS

Muito embora o ser humano, assim como os animais-cobaias, detenham a condição de sencientes, reagindo, portanto, de forma semelhante quando expostos à dor; em geral, os experimentos realizados com animais,

para a verificação da toxicidade de dada substância, pode não necessariamente surtir os mesmos efeitos quando aplicáveis ao homem, o que demonstraria a desnecessidade dos aludidos testes. Explica-se:

No que tange ao teste Draize, utilizado não apenas na indústria de cosméticos, mas, sobretudo na indústria química, para a fabricação de produtos, tais como, pincéis atômicos, acetonas, detergentes, alvejantes, tintas, cola e óleo para motor, Francione (2015, p.109), assevera:

“[...] os humanos e os coelhos diferem quanto à estrutura da pálpebra e da córnea, e quanto à habilidade de lacrimejar, e essas diferenças suscitam sérias dúvidas sobre qualquer esforço de extrapolar para os humanos os resultados obtidos com os animais. Na comparação de dados de coelhos e humanos em relação à inflamação ocular após a exposição a 14 produtos de uso doméstico, os pesquisadores descobriram que esses dados diferiam por um fator de 18 para 250”. (grifo nosso)

Ainda segundo o autor, os resultados podem ser divergentes, a depender de determinadas variáveis. Nesse sentido, assevera Francione (2015, p. 109):

Em 1983, já se reconhecia que apenas 7 dos então conhecidos carcinógenos orais humanos causavam câncer em animais não humanos. Além disso, variáveis como o sexo de um animal, sua idade, seu peso e o estresse do ambiente laboratorial podem ter um profundo impacto nos resultados desses testes.

Conforme se observa, fatores tais como, diferenças na estrutura biológica, na espécie e nas condições ambientais em que os testes são realizados, podem interferir mormente na ineficácia dos supracitados experimentos.

Nesse sentido, métodos alternativos já se mostram necessários a pôr fim à prática da vivisseção na indústria de cosméticos.

De modo geral, métodos que se utilizem de células e tecidos cultivados representam importantes mecanismos à extinção do uso de cobaias animais. Assim sendo, Greif e Tréz (2012, p.10) asseveram que no que se refere ao teste de irritação ocular, por exemplo, cabe o uso de Eytex e Matrex; em relação ao teste de sensibilidade cutânea, por

seu turno, verificam-se os métodos “in vitro”, tais como, Corrositex, Skintex, Epiderm e Episkin; ademais, no que tange à Dose Letal 50, a prova de citotoxicidade, que nada mais é do que o uso de células humanas desponta como solução viável.

Ainda que grande parte dos entusiastas ao uso de animais argumentem que os experimentos se fazem necessários para o fim de garantir a segurança e o bem-estar do homem, a realidade é que além de existirem alternativas viáveis, tais atividades são altamente rentáveis.

Consoante às lições de Greif e Tréz (2012, p.2):

Não é exagero afirmar que a vivisseção é um dos negócios mais lucrativos do mundo: envolve fabricantes de aparelhos de contenção, de gaiolas e de rações, fornecedores de animais, fundações de pesquisa que angariam fundos, conselhos de pesquisa nacionais e, é claro, muitos cientistas. Apesar de serem proporcionalmente poucos os beneficiários da vivisseção, é nas grandes massas que ela encontra seu apoio.

Como se denota, as práticas vivisseccionistas geram lucro em cadeia, que se inicia desde as indústrias fabricantes de jaulas e demais suprimentos necessários ao alojamento dos animais-cobaias até a concessão de bolsas de pesquisa, que são viabilizadas pelo pagamento de impostos federais.

Sobre o tema, Francione (2015, p.95) destaca ainda, que a maioria dos animais testados são criados e vendidos por grandes corporações, como a Charles River Laboratories, que oferece até mesmo animais geneticamente alterados para o fim de atender aos desejos dos pesquisadores.

Com efeito, mudanças quanto aos métodos de experimentação começaram a ser empregados em diversas companhias de cosméticos, sobretudo em razão das campanhas realizadas por organizações em prol dos animais. Nesse contexto, Chuahy (2009, p. 67) assevera, que em 1989, a empresa Noxel, proprietária dos produtos de pele Noxema e da linha Cover Girl, passou a se utilizar de células e tecidos cultivados em substituição às cobaias animais; anos mais tarde, a Avon, a Reflon, a Christian Dior, a Elizabeth Arden, a Max Factor, dentre muitas outras companhias de beleza americanas seguiram a mesma tendência, no sentido de empregar soluções alternativas.

Ainda segundo Chuahy (2009, p.67-69), entre os anos de 1970 e 2003, a quantidade de animais utilizados para experimentos de cosméticos caiu pela metade nos Estados Unidos e na Inglaterra. A Alemanha, Holanda e Checoslováquia aboliram o uso de animais; a Grã-Bretanha, por sua vez, além do setor de cosméticos, também estendeu a proibição dos testes em animais para pesquisas relacionadas ao tabaco e ao álcool. Do mesmo modo, na Grã-Bretanha e na Nova Zelândia foram proibidos experimentos em chimpanzés, gorilas, bonobos e orangotangos.

No Brasil, diante do interesse cada vez mais crescente do mercado consumidor por produtos sustentáveis, isto é, que não agridam o meio ambiente; inúmeras empresas já aboliram os testes em animais (*cruelty free*), assim como muitas outras também já deixaram de fazer uso dos derivados de origem animal no processo de fabricação de seus produtos (veganos), implicando, dessa forma, numa reinvenção da indústria de cosméticos, que vêm conquistando progressivamente espaço na fabricação de itens, cujos ingredientes são mais naturais.

De acordo com Sartori (2019), dentre as marcas brasileiras que mais têm se destacado nesse aspecto estão: a Eudora, já sendo inclusive certificada pela PEA (Projeto Esperança Animal); a Impala, que representa atualmente uma das marcas de esmaltes mais prestigiadas do país, pelo fato de nunca ter realizado testes em animais, além de não comercializar produtos da China, que é reconhecidamente a favor dos testes; assim como, a Granado; a Vult Cosméticas; a Natura; a Quem disse Berenice; a Mahogany e a Contém 1 g, das quais já vêm trabalhando tanto com produtos *cruelty free* quanto veganos.

De fato, é bastante expressivo o número de companhias que têm buscado por soluções alternativas, no entanto, esta ainda não representa a totalidade esperada. Conforme Fernasier e Tondo (2017, p.66) é bastante comum, o fato de muitas indústrias, para não terem de investir em métodos alternativos, conferirem a seus cosméticos o status de produtos medicinais, para assim continuarem utilizando animais em seus experimentos.

Do mesmo modo, diversas outras empresas, apesar de anunciarem que não realizam testes animais em âmbito nacional, fabricam e vendem seus produtos para países que ainda não aboliram tais práticas, como por exemplo, os Estados Unidos e a China. O que se denota, é que tais instituições acabam causando muita confusão entre os consumidores, pelo fato

de suas condutas mostrarem-se notoriamente contraditórias, porquanto a fim de “manterem o status de socialmente responsável e ‘amiga dos animais’, omitem informações e tentam revender produtos não veganos como se o fossem” (FORNASIER; TONDO, 2017, p.66).

5. ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS COMO INSTRUMENTOS AO PROTECIONISMO ANIMAL

Em prol da maximização dos lucros e diminuição dos custos, inúmeras empresas continuam servindo-se dos animais como meros utensílios na fabricação de seus produtos, sob a justificativa da busca pela segurança e o bem estar do consumidor, razão pela qual possibilita pesquisadores a prender, ferir, quebrar, escaldar, penetrar, queimar, seccionar, mutilar e matar animais (LEVAI, 2008, p.430) hodiernamente, como se descartáveis fossem.

A prática da vivissecção, conforme disposto anteriormente, é regulada pela Lei n° 11.794 (Lei Arouca), ficando a cargo da Lei n° 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), por sua vez, a criminalização pela prática de atos abusivos e de maus-tratos contra os animais não-humanos, inclusive contra quem realiza experiência dolorosa ou cruel, mesmo que para fins didáticos e científicos, quando existirem recursos alternativos, de acordo com a redação do art. 32, §1° da aludida lei.

Não obstante, a existência desses diplomas legais sirva como importantes mecanismos de intervenção estatal, para que o protecionismo animal seja de fato concretizado no âmbito nacional, faz-se necessário, antes de tudo, incutir no corpo social a ideia de que os animais não são meras “coisas”, mas sim seres sencientes, que sentem medo, angústia, dor, e como integrantes da comunidade moral que são, merecem respeito, caso contrário, continuarão a ser constantes alvos de exploração.

O protagonismo social representa, pois, a primeira e principal instância para que uma mudança estrutural seja empreendida. Com efeito, em virtude da consciência socioambiental cada vez mais patente entre os consumidores, diversas empresas têm sido levadas a abandonarem a realização de testes com animais, o que já representa um grande avanço, muito embora motivada por interesses econômicos.

Em geral, fatores internos e externos influenciam mormente nesse poder decisório, dentre os quais: questões ideológicas, formação recebida e influências do meio em que o consumidor encontra-se inserido.

Acompanhando essa tendência, vale destacar que, atualmente, tramitam no âmbito legislativo dois importantes Projetos de Leis, quais sejam: o PL nº 70/2014, que dispõe sobre a vedação ao uso de animais em testes para cosméticos; bem como, o PL nº 27/2018, que passa a determinar que os animais detêm natureza jurídica *sui generis*, concebidos, portanto, como sujeitos de direitos despersonalizados.

Recentemente aprovado pelo Senado Federal o PL nº 27/2018, que por motivos de alterações legislativas precisou retornar à Câmara dos Deputados para nova apreciação, caso o mesmo seja efetivamente transformado em lei após os devidos trâmites, representará um verdadeiro marco no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto uma vez que sejam os animais reconhecidos como seres sencientes, estes passarão a ser tutelados juridicamente como sujeitos detentores de direitos, em caso de maus-tratos; e, não mais como meras coisas, passíveis de livre disposição e geralmente de maus-tratos.

6. CONCLUSÃO

Desde os primórdios da humanidade, a relação do ser-humano com as demais formas de vida tem sido marcada por traços de dominação.

Visando essencialmente a expansão dos mercados consumidores e, por conseguinte o aumento dos seus lucros, diversas empresas do ramo da beleza continuam a perpetrar uma série de abusos a dezenas de milhares de animais através das práticas vivisseccionistas, para o fim de garantir a segurança e a qualidade dos seus produtos.

Em que pese o debate acerca da causa animal não seja um assunto recente, o fato do ordenamento jurídico pátrio ter reconhecido o status de “coisas” aos animais, com efeito, dá azo para que, diuturnamente, atos de tortura, tais quais, a queima, o escarpelamento, a penetração, a mutilação e a matança continuem a ocorrer nos mais diversos laboratórios existentes no país, sobretudo pela falta de fiscalização que se faz necessária.

Nesse sentido, ainda que existente diploma normativo que regula-mente (Lei nº 11.794/08) e puna (Lei nº 9.605/98), atos que exorbitem

os experimentos realizados com cobaias-animais, é bastante comum empresas utilizarem-se de estratégias e artifícios para dar continuidade a seus empreendimentos, muitas vezes omitindo informações e revendendo produtos “não livres de crueldade” como se assim o fossem, vez que o emprego de recursos alternativos demandam vultosos investimentos, dos quais, não são interesses dos empresários em assumirem.

Portanto, para que sejam empreendidas mudanças efetivas nessa conjuntura, o ideal de defesa animal carece antes de tudo de uma reformulação na consciência socioambiental.

Felizmente, com a crescente facilidade de acesso às informações, os novos consumidores têm se tornado cada vez mais propensos a discutir questões de ordem moral, das quais incluem, o boicote a empresas que ainda se utilizam de animais. Denota-se, pois, uma verdadeira reinvenção na indústria de cosméticos, considerando que passam a serem fabricados produtos cada vez mais naturais e livres de crueldade como consequência desses novos anseios sociais.

Com efeito, em razão dessa mudança de paradigma que, progressivamente, vem sendo instaurando no contexto social, dois importantes projetos de leis foram criados e tramitam, atualmente, no Poder Legislativo, quais sejam, o PL nº 27/2018, que altera o status jurídico dos animais para o fim de considerá-los sujeitos de direitos *sui generis*, bem como, o PL nº 70/2014, que dispõe sobre a vedação ao uso de animais em testes para cosméticos, o que implica, verdadeira conquista no contexto de proteção aos animais.

7. REFERÊNCIAS

BARRETO, Tiago Franca; BACELAR, Denise Figuerôa; LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo; LÔRETO, Myrna Suely Silva. **“Soltem os beagles”**: desvelando o dark side das organizações a partir da perspectiva da ética animal. Revista Brasileira de Estudos Organizacionais. v.4, n.1, p.279-319, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-norma-pl.html>>. 03 jun.2019.

BRASIL. Resolução ANVISA nº 79, de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 ag. 2000. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documentos/10181/2718376/RDC_79_2000_COMP.pdf/e7cc09b7-6804-432c-9b92-b655972e886a>. Acesso em: 8 ag.2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19100313/doi-1-2017-06-07-emenda-constitucional-n-96-19100249>. Acesso em: 01 ag. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais, revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09. out. 2008. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11794-8-outubro-2008-581883-norma-pl.html>>. Acesso em: 01 ag. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 03 ag.2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 28, de 2018**. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <www.25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em 6 ag.2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 70, de 2014**. Altera dispositivos dos arts. 14, 17 e 18 da Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, para dispor sobre a vedação da utilização de animais em atividades de ensino, pesquisas e testes laboratoriais com substâncias para o desenvolvimento de produtos de uso cosmético em humanos e aumentar os valores de multa nos casos de violação de seus dispositivos. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118217>>. Acesso em 26 nov. 2018.

CARLUCCI, A. K. La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiéncia respecto de los animales: Especial Referéncia a los animales usados en laboratórios. Revista de Bioética y Derechos. Barcelona, n.17, p.2-9. Disponível em: <<http://www.bioeticayderecho.ub.es>>. Acesso em: 04 ag.2019.

CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos direitos dos animais**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. de Ciro Moranza. São Paulo: Escala, 2006.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; TONDO, Ana Lara. **Experimentação animal na indústria de cosméticos e teoria do direito: uma análise sistêmica dos “direitos humanos dos animais”**. Revista Brasileira de Direito Animal, v.12, n.2, p.43-82, 2017.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?** Trad: Regina Rheda. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. **A verdadeira face da experimentação animal**. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional “Fala Bicho”, 2000.

HART, M. H. **As 100 Maiores Personalidades da História: Uma Classificação das Pessoas que mais Influenciaram a História**. 4. ed. São Paulo: Bertrand Brasil. 2001.

- LEVAI, Laerte Fernando. O direito à escusa de consciência na experimentação animal. I: MOLINARO, C. A. et al (org). **A dignidade e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária.** Belo Horizonte: Fórum, p. 429-450, 2008.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: um ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.** Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LOW, Philip. **Declaração de Cambridge sobre a consciência em animais humanos e não humanos.** In: CONFERÊNCIA SOBRE CONSCIÊNCIA EM ANIMAIS HUMANOS E NÃO HUMANOS. Cambridge: **Churchill College**, 2012.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais.** Trad: Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- RODRIGUES, Danielle Tetu. **O Direito & os Animais.** Curitiba: Juruá, 2012.
- SARTORI, Juliana. **12 marcas de cosméticos que não fazem testes em animais**, 2019 Disponível em: <<https://www.guiadasemana.com.br/moda-e-beleza/galeria/marcas-de-cosmeticos-que-nao-fazem-testes-em-animais>>. Acesso em: 5 ag. 2019.
- SINGER, Peter. **Libertação Animal.** 1. ed. Trad. Marly Wincler, Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ILOVATE, Nathalia. **Peta divulga lista de empresas de cosméticos que fazem testes em animais**, 2017. Disponível em: <<https://meuestilo.r7.com/moda/peta-divulga-lista-de-empresas-de-cosmeticos-que-fazem-testes-em-animais-10072017>>. Acesso: 5 ag. 2019.

ANÁLISE DO DIREITO URBANÍSTICO COMO UNIDADE AUTÔNOMA DA CIÊNCIA JURÍDICA

Janete Souza Carvalho

Gilmário Silva Santos

1 INTRODUÇÃO

A priori, a presente pesquisa apresenta um estudo sobre a autonomia do Direito Urbanístico no Ordenamento Jurídico Brasileiro. E, para melhor compreensão da temática, será apontada as principais nuances do Direito Urbanístico, com ênfase na gênese da política urbana erigida na Constituição de 1988 e por fim, não menos importante, trata acerca do papel do Estatuto da Cidade na consagração do Direito Urbanístico.

Nessa perspectiva, é imperioso destacar, que com o intuito de ordenar o espaço urbano, surge em caráter *sui generis* princípios e normas que integram o Direito Urbanístico, deste modo, a Constituição Federal de 1988 reservou de forma originária capítulo específico para dar tratativa as Políticas Urbanas, contudo, tal matéria somente foi regulamentada com a aprovação do Estatuto da Cidade em 2001 (FERNANDES, 2008). Nesse contexto, a problemática erigida na presente pesquisa consiste na seguinte indagação: é possível definir o Direito Urbanístico como unidade autônoma da ciência jurídica pós constituição de 1988?

Posto assim a questão, convém destacar, que o hodierno estudo tem por objetivo geral analisar a inserção do Direito Urbanístico na Carta Magna de 1988, afim de avaliar sua autonomia frente a outros ramos direito,

e especificamente objetiva-se: levantar aparatos históricos sobre o Direito Urbanístico no Brasil; Discorrer sobre a Política Urbana na Constituição de 1988 e inferir sobre o papel do Estatuto da Cidade na regulamentação da Política Urbana no Brasil.

Já no que cerne ao desenvolvimento da presente pesquisa, a metodologia adotada consistiu na revisão bibliográfica e utilização de entendimentos doutrinários clássicos e contemporâneos na seara do direito urbanístico, bem como, avaliou-se as legislações que tratam da temática abordada.

Por fim, serão expostas as principais considerações acerca da temática em análise, de modo a concluir, se o direito urbanístico pode ser definido como uma unidade autônoma da ciência jurídica pós promulgação da Constituição Federal de 1988.

2 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

O fenômeno urbanístico brasileiro apesar de seu conceito moderno, tem seus primeiros traços arraigados no Direito Luso-Brasileiro, quando o Brasil ainda estava sob o domínio de Portugal, no entanto, a evolução urbanística ocorria a passos lentos, tendo em vista que, no contexto colonial, os portugueses não mostravam interesse em ordenar o espaço territorial da colônia, inibindo assim a organização de uma vida urbanizada (ROLNIK, 1997).

Com efeito, é oportuno consignar que as legislações urbanísticas coloniais, tratavam de forma simplória acerca da ordenação do espaço, estabelecendo inicialmente, regras concernentes a estética das cidades, classificação de imóveis, disposições gerais sobre o direito de construir e de constituir servidão, tais normas encontravam-se consubstanciadas nas Ordenações do Reino em especial pelas Ordenações Filipinas no século XVI (MACEDO, 2014).

Outrossim, no século XVIII, nota-se incisiva influência das Câmaras Municipais na elaboração de regras urbanísticas, tal influência devia-se, ao tratamento *sui generis*, outorgado pelas ordenações do reino (SILVA, 2010). Adiante, com a Constituição Imperial de 1824, reafirmou-se o papel regulamentador das Câmaras Municipais no sentido de

ordenar o espaço urbano, nesse período destaca-se a Lei de 01.10.1828, que elencou as matérias que poderiam ser objeto de regulamentação pelas Câmaras, sendo elas: iluminação e limpeza das ruas; cuidados com meio ambiente urbano; tratamento de edificações em ruínas, dentre outras (DANTAS, 2004).

Destarte, dentre as Constituições nacionais a de 1934, trouxe peculiares inovações em aspectos de legislações urbanísticas, especialmente no que cerne a ideia de propriedade social⁹³, assim como, o uso e ocupação do solo, nesse contexto, houve maior consolidação do urbanismo nas Cidades brasileiras e, especial atenção das universidades para a tratativa do direito urbanístico como área de conhecimento (LEME, 1999).

Tecendo comentários sobre a matéria dispõe Leme (1999, p. 07):

[...] o período de 1930 a 1950, é marcado pela elaboração de planos que tem por objeto o conjunto de da área urbana na época. Com uma visão de totalidade, são planos que propõem a articulação entre os bairros, o centro e a extensão das cidades através de sistemas de via e de transporte. Nesse período são formuladas as primeiras propostas de zoneamento. Organizam-se os órgãos para o planejamento urbano como parte da estrutura administrativa das prefeituras das principais cidades.

Avançando, é importante salientar, que em 1963 sob o comando de João Goulart, o Brasil passou por momentos marcantes de manifestações políticas, que pressionavam o governo por Reformas de Base, e dentre estas, estava a de Reforma Urbana, nesse contexto o Seminário Nacional de Habitação e Reforma Urbana, contando com diversos grupos sociais que preconizou-se, a necessidade de discutir e elaborar propostas que solucionasse os problemas urbanos advindos da situação caótica que encontrava o país, com efeito, tais proposições apenas foram encaminhadas à Câmara

93 Conforme Fernandes (1998, pag.11) "Com a Constituição de 1934, apareceu pela primeira vez o conceito legal de propriedade social, vale dizer, a ideia de que o direito a propriedade privada só pode ser reconhecido se seu exercício efetivamente cumprir uma função social. Este conceito foi mantido em todas as Constituições Federais a partir de 1934 (isto e, 1937, 1946, 1967/69 e 1988), embora até 1988 tal noção não tenha sido adequadamente definida.

de Deputados pelo Poder Executivo em 1983, através do Projeto de Lei nº. 775, a qual é considerado como a progênie do Estatuto da Cidade (BASSUL, 2004).

Nesse sentido, apesar do crescimento acelerado e desestruturado do processo de urbanização, em nada inovou a Constituição Brasileira de 1967 sobre matéria Urbanística, silenciado as vozes durante o regime militar, no entanto, em meados dos anos de 1970 e 1980, eclodiu no país movimentos populares, que lutavam por uma justiça social e consequente fim da ditadura, nesse contexto, específicos grupos como os de operários, estudantis, setores da igreja católica, movimentos dos trabalhadores, e o movimento nacional pela Reforma Urbana, exerceram papel imprescindível na luta pela Reforma Urbana (FROTA, 2008).

A vista disso, tais movimentos em especial o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, foram fundamentais para o rompimento de paradigmas, e afirmação da política urbana como uma necessidade primária, sendo a nova constituinte influenciada pelos ideários urbanistas, e como tal, regulamentada de forma ímpar pela Constituição de 1988, que estabeleceu diretrizes sobre desenvolvimento urbano, meio ambiente e função urbanística da propriedade urbana (SILVA, 2010).

Assim sendo, em virtude do tratamento dispensado ao Direito Urbanístico pela Constituição Federal de 1988, relevante se faz a abertura de um subtópico específico, afim de tecer algumas considerações acerca da Legislação Urbanística.

2.1 A GÊNESE DA POLÍTICA URBANA NA CARTA MAGNA DE 1988

Inicialmente, é válido destacar, que a constituição Federal de 1988, trouxe de forma ímpar a positivação do Direito Urbanístico no Brasil, podendo o mesmo ser evidenciado com as disposições gerais sobre a política urbana erigida em seu texto legal. Nesse contexto, torna-se, necessário contextualizar acerca da inserção da política urbana na Carta magna de 1988.

Nesse interim, vislumbra-se, que a Constituinte de 1987 tinha por base fundante a redemocratização do País, sendo visivelmente marcada por movimentos de iniciativa popular na luta pela Reforma Urbana, a

propósito, o regimento interno da Constituinte, possibilitou a participação popular para elaboração de emendas a serem apresentadas no projeto da Constituição Federal de 1988, assim, conforme art.24 do referido diploma legal, a emenda deveria ser subscrita por mais de 30 mil eleitores e contar com o apoio de três entidades civis (CUPERTINO, 2009).

Destarte, o Movimento Nacional de Reforma Urbana que reuniu representantes das mais diversas categorias com participação de seis entidades a nível nacional e 48 entidades de nível regional e local, a qual, coletou mais de 130 mil assinaturas propondo uma emenda popular manifestamente avançada que “veio a constituir, pela primeira vez em uma Carta Constitucional brasileira, um capítulo específico sobre política urbana” (FROTA, 2008, p.04).

Nas precisas lições de Saule Júnior; Uzzo (2006) o espírito reformista urbano, buscava algo além da proteção dos direitos privados, mas que resguardasse os interesses coletivos quanto ao uso individual ilimitado da propriedade. Nessa perspectiva, a Reforma Urbana apresentada na Carta Magna de 1988, erigiu-se sob o prisma de três princípios fundamentais, que conforme Ginters e Torres (2016, p.14), consistem em:

A luta histórica pela Reforma Urbana está baseada em três princípios: 1) o direito à cidade, entendido como a garantia para toda a população dos seus direitos básicos à moradia digna, ao saneamento ambiental, à mobilidade, ao trabalho, ao lazer e à cultura; 2) gestão democrática das cidades, entendida como a forma de planejar, produzir e goernar as cidades, com controle e participação da sociedade civil organizada; 3) a função social da cidade e da propriedade, entendidas como a prevalência do interesse coletivo sobre um direito individual de um proprietário.

Seguindo a esteira do pensamento supra, importa dizer que, os pilares do direito urbanístico na Constituição estão acentuados em seus arts. 5º, XXIII; 182 e 183, que tratou de forma impar sobre a função social da propriedade, a autonomia municipal para legislar acerca de matéria urbanística e regulamentou o instituto da usucapião de propriedades individuais urbanas (BRASIL, 1988). Nesse contexto, é válido destacar que tais mudanças não foram recepcionadas positivamente pelos grupos de con-

servadores, que percebia tais inovações como uma afronta ao direito da propriedade (SAULE JÚNIOR; UZZO, 2006).

Destarte, observa-se que, com a Constituição Federal de 1988, houve o rompimento de paradigmas no que cerne ao direito individualista e absoluto inerentes a propriedade privada, passando a condicionar o seu exercício em consonância ao princípio da função social erigido pelos arts. 5º, XXIII e 170, III do referido diploma legal (FROTA, 2008). Sobre a função social da propriedade privada assevera Chalhub (2003, p.307) “diferentemente da concepção individualista, que privilegiava o interesse do titular da propriedade, a tutela da propriedade, sob a perspectiva social, extrapola os limites do direito individual e passa a tutelar também o interesse social”.

Deste modo, constata-se que, a Lei maior tratou de conceituar a função social da propriedade privada, em seu art. 182 §2º da CF/88, a qual, dispõe que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 1988). Desta maneira, a propriedade privada urbana satisfaz o requisito da função social, quando atende as normas legais estatuídas no plano diretor, que disciplinam o uso e desenvolvimento do imóvel urbano (FERNANDES, 1998).

Outro ponto, a ser destacado com a adoção de políticas urbanas pela *lex matter* de 1988, diz respeito, a autonomia outorgada por meio do artigo 182⁹⁴ ao poder público municipal de regulamentar matérias de

94 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

cunho urbanístico (SILVA, 2010). Assim, necessário enfatizar, que tal competência abrange além da mera organização estética territorial do espaço urbano, também estabelece através do instrumento democrático de participação “o plano diretor” diretrizes de desenvolvimento e de expansão urbana, em consonância com os ditames do Estatuto da Cidade (TONELLA, 2013).

No seguimento das inovações elencadas pela Constituição de 1988, sobleva notar o tratamento apresentado ao direito de moradia, instrumentalizado através da usucapião especial, constante no art. 183 da CF/88, a qual merece enfatizar que na emenda popular da Reforma Urbana, o texto sobre a usucapião urbana contemplava não apenas propriedades privadas, mas estendia-se a imóveis públicos, entretanto tal proposta sofreu alteração, não sendo esta última recepcionada pela constituição (SOUZA, 2016).

Isto posto, observa-se que, pela primeira vez a matéria urbanística recebeu tratamento condigno pela Constituição Federal, tratando de forma inédita sobre a política urbana no Brasil, nesse sentido, importante se faz, tratar sobre a autonomia do Direito Urbanístico.

3 AUTONOMIA DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

A priori, é oportuno consignar, que na seara jurídica viceja grande discussão sobre a inserção do Direito Urbanístico como uma disciplina autônoma, tal peculiaridade insurge, devido ao seu caráter interdisciplinar com outras matérias, podendo destacar-se o: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Civil; Direito Tributário e Direito Econômico, entre outros (SILVA, 2010).

Apesar das divergências sobre a posição do Direito Urbanístico como unidade autônoma da ciência jurídica, é válido destacar, que diversos estudiosos tais como Silva (2010); Fernandes (2008); Dantas (2004); Lira

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (BRASIL, 1988).

(2006); Rosso (2008) comungam do mesmo entendimento de que o Direito urbanístico é detentor de peculiares características que lhe permiti distinguir dos demais ramos do direito, tais como: linguagem própria, objeto, bem como sistematização de normas e princípios que tem por finalidade o ordenamento dos espaços habitáveis, permitindo assim, a sua atribuição como disciplina autônoma.

Destarte, nas precisas lições de Silva (2010) o Direito Urbanístico, assim como qualquer outro ramo do direito, sedimenta-se o seu objeto através de dois aspectos basilares, sendo eles: a compreensão do direito urbanístico objetivo como um conjunto de normas que visa organizar os espaços suscetíveis de habitação, assim como a regulamentar a atividade urbanística; e o Direito Urbanístico como ciência, que tem por princípio a sistematização das supraditas normas e princípios (SILVA, 2010).

Deste modo o Direito Urbanístico pode ser compreendido como o conjunto sistêmico de normas que instrumentaliza “a ordenação da cidade, e a ocupação do espaço urbano de maneira justa e regular, procurando as condições melhores de edificação, habitação, trabalho, circulação e lazer” (LIRA, 2006; p.18). Ainda sobre a autonomia do Direito Urbanístico, é possível constatar que, a própria Constituição Federal de 1988, outorgou-lhe, sua competência, quando tratou originalmente sobre a matéria urbanística no art.24, inc. I (FERNANDES, 2008).

No seguimento do entendimento acima citado, sobre a autossuficiência do direito urbanístico presente na CF/88, dispõe Rosso, (2008, p. 82):

Em primeiro lugar, tratou a Constituição Federal, de forma expressa, do direito urbanístico. Nos termos do artigo 24, inciso I, da Carta Magna, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre, dentre outros ramos, direito urbanístico. Espancada, assim, qualquer dúvida sobre se tratar o direito urbanístico de ramo autônomo, haja vista ter recebido tratamento, como tal, pela Constituição da República de 1988.

Diante disso, observa-se que, com a inserção da matéria urbanística na Constituição Federal, bem como a reserva de um capítulo específico para as políticas urbanas, o Direito urbanístico diferiu-se de outros ramos do direito tais como o direito constitucional, civil e administrativo, cons-

tituindo assim uma disciplina autônoma, consubstanciada em normas e princípios próprias (FERNANDES, 2008).

Com efeito, a norma sobre a política urbana presente na Carta Magna somente foi regulamentada com Estatuto da Cidade, que será tratado com maior precisão no subtópico seguinte.

3.1 DIRETRIZES GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE

É fato que, o contexto histórico e social de determinada sociedade é premissa essencial na criação do direito, que é materializado através da elaboração de leis. Nesse sentido, verifica-se que o Estatuto da Cidade, lei nº 10.257/01, concretiza tal asserção, sendo o mesmo, fruto de aspirações populares como pode observa com a eclosão de movimentos sociais que desencadeou a Emenda Popular nº. 63, de 1987, que trazia em seu âmbito a luta pela Reforma Urbana e a idealização de uma cidade mais justa na distribuição do espaço urbano (COSTA, 2016).

A matéria urbanística, foi regulamentada originariamente pela Constituição Federal de 1988 (art.24, I), e a política urbana em especial foi abordada em um capítulo específico (arts. 182 e 183), como visto, esses dois últimos dispositivos tratam acerca dos instrumentos da política urbana, o plano diretor, gestão democrática da cidade e cumprimento da função social da propriedade urbana, no entanto, tais artigos carecia de eficácia plena, ficando condicionados a regulamentação por uma lei federal, que só veio a efetivar-se, com o Estatuto da Cidade (TRINDADE, 2012).

Diante disso, o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU) foi um dos percursoros na luta pela regulamentação da política urbana erigida pela CF, que só aconteceu após treze anos com a aprovação do estatuto da cidade⁹⁵, nesse sentido dezesseis projetos de Leis que tratavam sobre a questão urbana foram apresentados pelos parlamentares, no entanto, apenas cinco, trabalhava a questão de forma geral e com a importância devida a política urbana (BASSUL, 2011).

95 Após a Constituinte, forma-se o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU), com o objetivo imediato de pressionar o Congresso Nacional para regulamentar o Capítulo da política urbana, da Constituição Federal de 1988. Durante árduos doze anos, foi esta uma de suas tarefas principais, até a promulgação da então lei federal denominada Estatuto da Cidade (SAULE JUNIOR, 2004)

Destarte, a aprovação do Estatuto da Cidade representa um avanço na legislação urbanística, disciplinando norma gerais de política urbana em comparação, ao pequeno texto reservado na carta constitucional de 1988, nesse seguimento, sobre os avanços do referido diploma legal dispõe Pereira (2013, p.70) “a lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, representa um grande avanço para o Direito Urbanístico, visto que, regulamenta o capítulo de “Política Urbana” da Constituição Federal (Arts. 182 e 183), estabelecendo diretrizes gerais para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Nas precisas lições de Alfonsín (2008) o Estatuto da Cidade revela-se como importante instrumento de efetivação da política urbana, tendo por finalidades substanciais propiciar a regularização fundiária, a urbanização dos espaços irregularmente apropriado para fins de moradia, o cumprimento da função social da cidade e a democrática participação popular no planejamento e na gestão urbana dentre outros (ALFONSÍN, 2008).

Deste modo, nos dizeres de Bassul (2011, p.13) o Estatuto da Cidade traçou quatro principais objetivos a serem alcançados, sendo eles: “(1) promover a gestão democrática das cidades; (2) oferecer mecanismos para a regularização fundiária; (3) combater a especulação imobiliária; e (4) assegurar a sustentabilidade ambiental, social e econômica dos núcleos urbanos”.

Diante disso, o Estatuto da Cidade estabelece um conjunto de instrumentos de caráter urbanísticos, que delinea a organização do espaço urbano e sua gestão. Nesse contexto oportuno é a transcrição do entendimento de Rolnik (2001, p.34):

A concepção do marco legal urbano que encontramos no Estatuto da Cidade é inovadora e contempla os marcos referências da reforma urbana, tendo como referências as diretrizes gerais da política urbana, a regulamentação dos instrumentos previstos no capítulo da política urbana da Constituição (Plano Diretor, parcelamento e edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade urbana progressivo no tempo, a desapropriação para fins de reforma urbana, o usucapião urbano e a concessão de direito real de uso coletiva e a concessão de uso especial pra fins de moradia), o capítulo da gestão democrática da cidade, a regulamentação dos instrumentos

urbanísticos como o direito de preempção e a outorga onerosa do direito de construir, as sanções que podem ser aplicadas aos Agentes Públicos.

No que cerne as diretrizes gerais aplicadas a política urbana estabelecidas pelo Estatuto da Cidade, estas têm por finalidade ressaltar os interesses sociais e reconhecer a autonomia do Poder público Municipal na concretização das políticas públicas urbanas, garantido assim, o desempenho das funções sociais das cidades e da propriedade urbana, de forma a promover o bem estar coletivo de seus habitantes (PEREIRA, 2013).

Nesse diapasão, com o intuito de materializar os objetivos traçados pelas diretrizes gerais, o Estatuto da Cidade elencou em seu texto inúmeros instrumentos de efetivação da política urbana, dentre os quais destacam-se: planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; especial atenção ao planejamento municipal consubstanciado através do Plano Diretor, Plano plurianual, disciplina do uso e ocupação do solo, de seu parcelamento e a gestão orçamentária participativa e por fim, não menos importante também regula os institutos tributários, financeiros, jurídicos e políticos (MONTEIRO, 2013).

É forçoso constatar, que os instrumentos urbanísticos supramencionados, são passíveis de resistência em sua execução, em especial pela classe de proprietários e mesmo técnicos municipais, que descortinam a descrença em sua efetivação, nessa perspectiva, dispõe Alfonsín (2008, p.247):

A naturalização da concentração da terra no Brasil rural, contribui para o fortalecimento de um imaginário social em que o proprietário tem plenos poderes e dever algum para com a sociedade. Essa visão distorcida do direito de propriedade, interpretado como desprovido de seu maior dever que é a observância da função social e ambiental da propriedade, é mecanicamente transposta do campo para a cidade, fazendo com que além dos proprietários urbanos, uma boa parte da sociedade (ainda que não proprietária!) e até mesmo técnicos municipais vejam com desconfiança os novos instrumentos jurídicos e urbanísticos oriundos do Estatuto da Cidade. Esse obstáculo cultural parece ter uma importância simbólica importante na explicação da dificuldade do Brasil avançar mais

rapidamente no desenvolvimento e, sobretudo, na garantia de efetividade dos seus instrumentos urbanísticos.

Para Marques (2011) dentre os instrumentos listado pelo Estatuto da Cidade, o Plano Diretor sobressai-se aos demais por ser um planejamento do poder público local, a qual possui por finalidade a implementação de políticas urbanas para o desenvolvimento e ordenamento urbano dos municípios. Contudo, o Estatuto da Cidade condicionou a efetiva implantação de alguns dos instrumentos de Reforma Urbana a elaboração do Plano Diretor, “com exceção dos instrumentos de regularização fundiária, os demais, que dizem respeito ao direito à habitação e à cidade, ficam dependentes de formulação contida no Plano Diretor. O que parece ser uma providência lógica e óbvia resultou em um travamento na aplicação das principais conquistas contidas na lei” (MARICATO, 2003, p.160).

Outro ponto posto em evidência pelo Estatuto da Cidade em distintos artigos, diz respeito a gestão democrática da cidade que deve ser exercida através da garantia da participação popular no planejamento urbano, ficando defeso a produção de uma cidade direcionada aos interesses de quem detém o poder econômico (ARRUDA, 2011).

Nesse interim, percebe-se que, o Estatuto da Cidade, fruto de longos anos de debates no Congresso Nacional, exprime de forma originária os anseios sociais, em busca de uma distribuição justa e igualitária do espaço urbano, permitindo assim, a efetivação da função social da propriedade urbana e sobretudo das cidades (BASSUL, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpre salientar, que o presente artigo teve por finalidade a investigação do Direito Urbanístico como unidade autônoma da ciência jurídica pós Constituição Federal de 1988, para tanto esboçou-se, de entendimentos doutrinários clássicos e contemporâneos.

Assim, diante do exposto acima e frente as análises desenvolvidas acerca da problemática levantada, ficou demonstrando idoneamente que o Direito Urbanístico funda-se, contundentemente como uma unidade autônoma da ciência jurídica, tendo em vista, todo o seu arcabouço sistêmico, que apresenta linguagem e princípios próprios, sendo tal ramo do

direito, regulamentado em capítulos específicos pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, frente as análises conclusivas, é importante enfatizar que o hodierno trabalho, tem por finalidade precípua contribuir com o levantamento de aparatos teóricos, afim de solidificar o entendimento, de que o Direito Urbanístico apesar dos primeiros marcos remontar para o período colonial, somente, com Carta Magna de 1988 ganhou relevância e tratamento especial frente aos outros ramos do Direito, podendo desta forma, concluir, que apresenta-se como uma unidade autônoma da ciência jurídica.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Inácio. **Estatuto da Cidade 10 anos**: avançar no planejamento e na gestão urbana. Brasília. Senado Federal, gabinete do Senador Inácio Arruda. (org.). Pag. 9-16. 2011. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385442/Cartilha %20Estatuto%20da%20Cidade%2010%20anos.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385442/Cartilha%20Estatuto%20da%20Cidade%2010%20anos.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade 10 anos**: avançar no planejamento e na gestão urbana. Brasília. Senado Federal, gabinete do Senador Inácio Arruda. Pag. 9-16. 2011. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385442/Cartilha %20Estatuto%20da%20Cidade%2010%20anos.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/385442/Cartilha%20Estatuto%20da%20Cidade%2010%20anos.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. **Estatuto da Cidade**: quem ganhou? Quem perdeu? Brasília: Senado Federal-Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui cao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%20cao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. **Estatuto da Cidade**. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112424.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

CHALHUB, MELHIM NAMEM. Função Social da Propriedade. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

COSTA, Sandra Maria Fonseca da; PRADO, Tatiana Da Silva. Os impactos do programa “minha casa minha vida” na Cidade Ponta de Pedras-Pará. In: **Anais...** Educação e Ciência para a Cidadania Global, UNIVAP. 2016. Disponível em: <http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2016/anais/arquivos/RE_0777_0435_01.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

CUPERTINO, Luiz Roberto Boettcher. (org.). Nota Técnica. **A Construção da Política Urbana no Brasil**. 2009. Disponível em: <https://portal.al.go.leg.br/arquivos/asstematico/estudos0014_construcao_politica_urbana.pdf>. Acesso em: 06 abr. de 2018.

DANTAS, Fagner. 20 anos de direito urbanístico brasileiro: avanços e desafios. In: **Anais...** Congresso. Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, Amazonas – 2004. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/eficiente/sites/ibdu.org.br/pt-br/site.php?secao=congressos-e-seminarios&pub=26>>. Acesso em: 04 mar. de 2018.

FERNANDES, Edésio. Direito e urbanização no Brasil. In: FERNANDES, Edésio. org.. **Direito Urbanístico**. São Paulo: Livraria Del Rey Editora, 1998.

- _____. Reformando a ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: VALENÇA, M. M.. **Cidade (I) Legal**. 1. ed. Rio de Janeiro: MAUAD, 2008.
- FROTA, Henrique Botelho. Reforma Urbana e a Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil. In: **Anais... XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito, Crato – Ceará**. 2008. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/Convidados/Henrique_FROTA.pdf>. Acesso em: 12 mar. de 2018.
- GINTERS, Isabel; TORRES, Stacy. (org.) **Reforma Urbana Já!**. Fórum Nacional de Reforma Urbana – FNRU. São Paulo: Instituto Pólis, 2016. Disponível em: <http://polis.org.br/wp-content/uploads/Cartilha_Reforma_urbana.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2018.
- LEME, Maria Cristina da Silva. A Formação do pensamento urbanístico no Brasil 1895 - 1965. In: **Anais... V seminário de história da cidade e do urbanismo**, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, São Paulo. 1999. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/arquivos/disciplinas/residencia/Processos_e_Metodos_de_Planejamento_e_Gest_o_Urbana/Bibliografia/A_Formac_o_do_Pensamento_Urbanistico_no_Brasil%2C_1895-1965_-_Maria_Cristina_da_Silva_Leme.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- _____. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e regularização fundiária. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, Vol. 10, nº. 15, jan./dez., 2006. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/10493/8265>>. Acesso em: 03 mai. 2018.
- MACEDO, Danilo Matoso. **Urbanização em territórios luso-brasileiros: A urbanização das “Ordenações do Reino”**. Paranoá, Brasília, nº 13, 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/paranoa/article/download/12043/8428>>. Acesso em: 03 mai. 2018.
- MARICATO, Erminia. MetrÓpole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**. Vol.17, nº 48. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200013&lng=en&nrm=iso>. 05 mai. 2018.

MONTEIRO, Bruna da Costa. **Os obstáculos enfrentados na efetivação do planejamento urbanístico brasileiro**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná para obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito. Paraná, 2013. Disponível em: <[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31554/1452%20BRUNA %20DA%20COSTA%20MONTEIRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31554/1452%20BRUNA%20DA%20COSTA%20MONTEIRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

PEREIRA, Deborah Marques. **Direito da Cidade e o Direito à cidade: uma análise de Montes Claros/ MG**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social – PPGDS da Universidade Estadual de Montes Claros– UNIMONTES, 2013.

ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana**. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. (org). São Paulo: Pólis, 2001.

_____. **A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo**. São Paulo: Studio Nobel; São Paulo: Fapesp, 1997.

ROSSO, Maximiliano. **Do regime jurídico das sanções urbanísticas**. Tese (Mestrado em Direito Urbanístico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063034.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SAULE JÚNIOR, Nelson; UZZO, Karina; SANTANA, Lilia; NOWERSZTERN, Macelo. (org.). **Retratos sobre atuação da sociedade civil pelo direito à Cidade: diálogo entre Brasil e França**. São Paulo: Instituto Polis; Paris: AITEC, 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/912/912.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SAULE. N. J. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris. 2004.

SILVA, J. A. da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SOUZA, Carolina Helena Miranda e. **Os Ideais da Reforma Urbana na Legislação e Prática Governamental em Belo Horizonte, Minas Gerais**. Dissertação de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016 Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/MMM_D-AD5Q2X/2016_07_06__disserta_o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 mai. 2018.

TONELLA, Celene. Políticas Urbanas no Brasil: marcos legais, sujeitos e instituições. **Revista Sociedade e Estado**, online, v. 28, n.º.1, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000100003>. Acesso em: 20 abr. 2018.

TRINDADE, Thiago Aparecido. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. **Lua Nova**. N.º.87, p.139-165. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452012000300007>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

NOVAS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA SOCIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Roberta Daniel de Carvalho F. Borba

1. Introdução

Este o artigo tem como objeto refletir sobre as novas tendências da política social na contemporaneidade e como objetivo estabelecer uma análise crítica da teoria neoliberal e seus rebatimentos sobre a política social na contemporaneidade. Como procedimento metodológico, destaca-se a pesquisa bibliográfica.

Tal debate se justifica, em função de um contexto histórico marcado por recentes transformações na política social. As marcas do neoliberalismo, da globalização, o capitalismo financeiro, a precarização do trabalho, são, entre outros fatores, determinantes da nova face da política social e do papel do Estado no chamado “desenvolvimento humano”. A lógica dos mínimos sociais, a mercantilização, a volta da filantropia, além da individualização, focalização e seletividade das políticas sociais, através das denominadas políticas de “combate à pobreza”, termo adotado pelos “países em desenvolvimento” a partir de orientações do Banco Mundial.

Pautado numa perspectiva teórica crítica de interpretação da realidade social, esse trabalho situa a crise estrutural do capital e a acumulação flexível nos idos anos de 1970, com ênfase para a mudança no padrão de acumulação, do fordista-keynesiano para a acumulação flexível, bem como os esforços político-econômicos para garantir a acumulação capitalista.

Na sequência, a abordagem segue sobre o neoliberalismo e seu impacto sobre as políticas sociais, culminando no último tópico da revisão

bibliográfica sobre o enfrentamento à pobreza no Brasil e a interface com as políticas sociais na contemporaneidade.

2. Crise estrutural do capital e acumulação flexível

Nosso ponto de partida para compreender as transformações na política econômica das sociedades capitalistas ocidentais é a partir dos anos 1970 e está pautado na produção de bens e serviços em função dos lucros como princípio básico de organização da vida econômica e por que não dizer também, da vida social (HARVEY, 1989). Entretanto, a sinergia orquestrada entre o crescimento econômico, o pleno-emprego e o desenvolvimento dos direitos do trabalho e de proteção social começou a apresentar sinais de esgotamento.

A crise estrutural do capital, exacerbada pelo choque do petróleo, demonstrou os limites do modelo de acumulação e regulação social então vigente. Remete-se às crises do sistema capitalista, como um movimento cíclico e inerente à própria natureza desse sistema.

O caráter contraditório do capitalismo, que leva a crises periódicas e a ciclos abruptos e violentos, como demonstra Marx ao analisar a natureza do capitalismo e a sociedade capitalista nascente, não advém de algo extremo, mas deriva da dominação do capital e exploração do trabalho. A crise dos anos 1970 foi tipicamente uma crise de queda da taxa de lucro, e umas das estratégias era pressionar no sentido de eliminar as amarras regulatórias, ou seja, uma espécie de liberalização econômica generalizada (HARVEY, 1989).

Entretanto, ao contrário da retórica da elite conservadora, que atribuía a crise ao processo de intervenção do Estado na economia, inclusive esse argumento sempre serviu de pressuposto da tese neoliberal, sabe-se que as verdadeiras causas que impulsionaram tal crise, advêm da própria dinâmica do capital e de suas leis de acumulação, concentração e centralização em face da exploração do trabalho.

Nesse sentido, a maior evidência da crise relacionavam-se com a queda da taxa de lucro, fruto do aumento do preço da força de trabalho; o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção, em função da incapacidade de responder à retração do consumo, fruto do início do desemprego estrutural; uma super dimensão da esfera financeira,

com relativa autonomia frente aos capitais produtivos; a maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas. (HARVEY, 1989, HARVEY, 2008).

Com a crise fiscal do Estado capitalista e a necessidade de redução dos gastos públicos, a próxima medida foi uma forte retração do Estado de bem-estar social e dos seus mecanismos de funcionamento. Nessa mesma lógica, configura-se o incremento acentuado das privatizações, tendência generalizada às desregulamentações e à flexibilização do processo produtivo, dos mercados e da força de trabalho. No tocante, ao mundo do trabalho, segue-se um novo modelo de gestão, avesso à rigidez do fordismo.

Para Harvey (1989, p. 140) o que se segue é

uma série de experiências no domínios da organização social e da vida social e política. Essas experiências podem representar os primeiros ímpetus da passagem para um regime de acumulação inteiramente novo, associado com um sistema de regulamentação política e social bem distinta.

Trata-se, portanto, do modelo denominado acumulação flexível, marcado por um confronto direto com a rigidez do fordismo por pautar-se na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo. Caracterizam-se ainda por novos setores de produção, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e principalmente, pela intensificação da inovação comercial, tecnológica e organizacional (HARVEY, 1989).

Essa reorganização do capital com vistas a dar respostas à crise ora instalada, pautada em novos processos de produção, tinha o toyotismo ou modelo japonês como referência, daquilo que seria denominado por Alves (2013) como o novo espírito capitalista. A descentralização, a horizontalização da produção e o melhor aproveitamento possível do tempo, frente às exigências individualizadas do mercado consumidor, marcavam uma produção flexível e heterogênea, além do slogan “*just in time*”, focado na produção necessária, no tempo necessário e na quantidade necessária. Entretanto, essa nova forma da produção mais flexível e com inovações da base tecnológica produziu a flexibilização e precarização das relações de trabalho, elevou os índices de desemprego estrutural, destruiu as habilida-

des, os ganhos salariais, intensificou o empobrecimento dos trabalhadores e de suas famílias, além de um ataque excessivo e retrocesso do poder sindical.

Na esteira dos acontecimentos, a precarização do trabalho fica expressa na intensificação do ritmo produtivo, na ampliação do conjunto flutuante e flexível de trabalhadores através do aumento das horas extras, na terceirização no interior e fora das empresas e na contratação de trabalhadores temporários. Todos esses fatores evidenciam a fragilidade e o empobrecimento da classe trabalhadora como traço estrutural do modo de produção capitalista e como afirma Alves (2013, p.236), no contexto mais contemporâneo, “a precarização do trabalho assume primeiro, a caracterização de precarização estrutural do trabalho e depois adquire o estatuto social de precarização existencial ou ainda, precarização do homem que trabalha.”

Uma análise bem atual sobre o impacto do espírito toyotista na vida do trabalhador, revela que o método do sistema “*just in time*” é, nesta contemporaneidade um modo de vida e “implica maior carga de pressão no plano psíquico do homem que trabalha, tendo em vista que ele opera o fenômeno da vida reduzida” (ALVES, 2013, p. 240-241).

A vida reduzida impulsionada pelo modo de vida “*just in time*” é antípoda à “vida plena de sentido” que o homem que trabalha é incapaz de ter no sistema social do capital... A vida reduzida também é vida “capturada” [...] A vida capturada visa capturar a subjetividade do homem que trabalha [...] A vida reduzida também é “vida enxuta” na medida em que a vida das pessoas humanas tende a se reduzir às partes necessárias à “montagem” das exigências sistêmicas.

E conclui, o tempo de vida é reduzido às atividades necessárias à carreira profissional e aos requerimentos alienados de consumo e *status* social, trata-se da “captura da subjetividade humana, que invade o tempo livre ou tempo livre ou tempo disponível para si, reduzindo o tempo para relações com amigos e familiares. (ALVES, 2013).

Fundamentalmente, o elemento central de estruturação desse novo modo de acumulação, pelo qual passaram a se ordenar todas as formas

da vida em sociedade, é o capital financeiro que urge e tem pressa em acumular lucro. Portanto, sua lógica é pautada em curtíssimos prazos, volatilidade, instabilidade e tudo se torna descartável, impondo-se às outras formas de capital, ao trabalho e, por fim, às relações econômicas e sociais. Então, convertida em hegemonia mundial, a dominação das finanças, passa a determinar a dinâmica das outras esferas da cumulação com especial impacto sobre o mundo do trabalho e as condições de vida e de trabalho da classe trabalhadora.

Para Harvey (2008), concomitante a essa mudança no padrão de acumulação, do fordista-keynesiano para a acumulação flexível, medidas neoliberais foram implementadas para garantir a acumulação capitalista.

3. Neoliberalismo e impacto sobre as políticas sociais

A retórica burguesa acerca da crise de 1970 ancorava-se na ideia de retração do Estado sobre a economia, como crítica ao Welfare State. O que se defendeu foi o retorno às ideias liberais das “leis naturais de mercado” e à retirada do Estado da economia, além do processo de globalização de contornos mundiais e a preponderância da financeirização do capital.

Como sustentam Duménil e Lévy (2004), o neoliberalismo se apresenta como reação às regulamentações do período do pós-guerra, como reação dos capitais para se desvencilharem dos limites impostos a sua lucratividade. Para além, Harvey (2008, p. 15) escreve que as “figuras fundadoras do pensamento neoliberal consideravam fundamentais os ideais políticos da dignidade humana e da liberdade individual, tornando-se como os valores centrais da civilização”, pois tais valores

estavam ameaçados não somente pelo fascismo, pelas ditaduras e pelo comunismo, mas também por todas as formas de intervenção do estado que substituíssem os julgamentos de indivíduos dotados de livre escolha por juízos coletivos. Os conceitos de dignidade e de liberdade individual são por si mesmos profundamente valiosos e comoventes (HARVEY, 2008, p. 15).

Portanto, não é fora de propósito que valores como liberdades individuais são garantidas pela liberdade de mercado e de comércio, fortes pres-

supostos da teoria econômica neoliberal que dominou as últimas décadas do século XX e XXI, a despeito de apresentar fartos sinais de colapso (Harvey, 2008). Para o autor, a teoria neoliberal se tornou fundamental para o “novo imperialismo” americano, lastreando o capitalismo globalmente pela via do livre empreendimento das grandes corporações, uma vez que o livre-mercado substanciado pela não participação do Estado na economia, já era o corolário do liberalismo clássico.

Não é objetivo delinear os acontecimentos mundiais que determinaram a mudança da “geopolítica do sistema-mundo”. Mas, vale destacar que, a hegemonia americana é largamente construída após a Segunda Guerra Mundial, que marcou a conclusão de uma luta de oitenta anos entre os Estados Unidos e a Alemanha.

A rivalidade era sobre a questão de quem seria o poder hegemônico que sucederia a Grã-Bretanha no sistema mundo [...]. A segunda Guerra Mundial causou destruição física maciça às populações da Europa e da Ásia e a devastação da maior parte do seu equipamento industrial [...]. Em 1945, os Estados Unidos emergiram da guerra como a única potência industrial que tinha suas instalações intactas [...] Os Estados Unidos estavam em condições de transformar facilmente a sua absoluta dominação econômica em uma primazia política. Eles também, pela primeira vez na sua história, se tornaram o locus central da geocultura (WALLERSTEIN 2009, p.53-54).

Wallerstein (2009) registra que não demorou muito e, nos anos 1980, mediante a crise da dívida, viu-se desmoronar a “ideologia desenvolvimentista” e monta-se o cenário para o ataque neoliberal.

Para Harvey (2008), o neoliberalismo é uma concepção abrangente de mundo que indica a direção da mudança no papel do Estado, para que continue a ser o principal fiador da acumulação, portanto, o Estado, antes de se ocultar ou enfraquecer, passe a trabalhar em prol do mercado e do grande capital internacional.

Tal teoria compreenderia práticas político-econômicas que propõem o desenvolvimento da capacidade empreendedora individual, um regime pleno de propriedade privada, livres mercados e livre comércio. Este mo-

delo implica em uma tríade composta pela desregulação, privatização e retirada do Estado da ordem econômica. Todavia, se o Estado se retira da ordem econômica, deve estabelecer as estruturas e funções militares de defesa, da polícia e o sistema legal para o pleno funcionamento do modelo neoliberal.

Evidentemente, esta base teórica escamoteia as verdadeiras intenções do neoliberalismo. Primeiro por causa do domínio geopolítico estadunidense, que acabou por significar, de maneira concomitante, uma diminuição dos recursos para a esfera social dos Estados, expondo a população global ao empobrecimento ainda mais profundo; segundo, uma matriz ideológica a partir dos ideais de liberdade, de multiculturalismo e de democracia (com base na propriedade privada e no livre empreendedorismo), que implicou em remeter a um relicário conceitual as ideias de igualdade e de justiça social (HARVEY, 2008; WALLERSTEIN, 2009).

Na pauta de argumentação e defesa do neoliberalismo, destaca-se a redução do papel do Estado para as políticas sociais universalizantes, pela via da disciplina orçamentária do Estado. Advogava-se a diminuição da ação reguladora do Estado, por causa do desequilíbrio orçamentário ocasionado por gastos públicos e sociais, causando inflação, desemprego, além do aumento da carga tributária, que diminuía os investimentos privados.

Na prática, é somente no final da década de 1970 que a ideologia neoliberal toma concretude. Em 1979 na Inglaterra, no governo de Thatcher e em 1980 com Reagan, nos EUA, que o programa neoliberal foi posto em prática nos países de capitalismo avançado. Ressalta-se, porém, que foi no Chile, sob a ditadura de Pinochet que se deu a primeira experiência neoliberal, quase uma década antes de Thatcher. (HARVEY, 2008)

Na esfera política há uma frequente desresponsabilização do Estado com a questão social⁹⁶. Formata-se uma nova roupagem do liberalismo clássico, pautado em modelos econômicos e ideais políticos com base na crítica ao modelo de Welfare State.

O neoliberalismo tem sua maneira própria de adentrar em cada nação a partir de aspectos concretos entre a formação econômica, política, social e cultural, e na formação brasileira, traz o “favor” como fator de media-

96 Como sustenta Iamamoto (2004), atualmente a questão social diz respeito ao conjunto das expressões das desigualdades sociais engendrada na sociedade capitalista madura, e expressa, portanto, disparidades econômicas, políticas e culturais das classes sociais.

ção, em que a burguesia nacional trata o Estado como seu instrumento econômico privado por excelência, impõe ao Estado mudanças significativas na sua ação reguladora e estabelece o que se chamou desde então de “Estado mínimo” para o social e máximo para o capital.

Em diversos países da América Latina, a avalanche neoliberal desenvolveu-se principalmente às políticas anti-inflacionárias e de ajuste fiscal do Estado, através da elevação das taxas de juros concomitante à preservação dos capitais financeiros. O aumento dos investimentos especulativos em detrimento dos produtivos, ocasionou o crescimento do desemprego, agravamento da pobreza e o acirramento das desigualdades sociais.

Nesse sentido, diversas orientações de ajuste econômico foram dadas por Organismos Internacionais, a exemplo, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) (UGÁ, 2008).

Draibe (1995) destaca que o modelo neoliberal, nos países latino-americanos, submetidos aos rigores dos ajustes macroeconômicos e à devastação social, pareceria estar contido de reformas no sistema de proteção social, direcionadas à descentralização, focalização, privatização, concentração nos programas sociais de emergência. No Brasil, assim como nos demais países latino-americanos, o sistema de proteção social jamais se constituiu num Welfare State.

Para Pereira (2004), a ofensiva neoliberal sobre o Estado, operacionalizou com eficiência o “pluralismo de bem-estar”. Para alguns, a política seria de aproximação do Estado no uso do seu poder, do mercado com o dinheiro e o chamado terceiro setor⁹⁷ com a solidariedade, criando a máscara da eficácia, como capacidade de enfrentar os problemas que afligem a ordem capitalista. Para outros, tal pluralismo, não seria em absoluto, antiestatais. Mas, o fato é que, de uma forma ou de outra, com maior subs-

97 Em termos internacionais, a concepção de um “terceiro setor” foi cunhada nos EUA na transição da década de 1970 para a década de 1980 e, no Brasil, o III Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor, no RJ em 1996. Segundo Rubem Fernandes – um dos autores que participaram deste encontro – quando define o “terceiro setor”, menciona que este “é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato” (FERNANDES, 2005, p. 27). Para uma análise mais crítica do conceito, ver Montañó, 2002.

tuição das funções sociais do Estado, a defesa é das “estratégias gêmeas” da descentralização e participação.

O fato é que a “aproximação flexível” entre o Estado, mercado e terceiro setor já vinha sendo defendida por muitos pluralistas numa perspectiva de desresponsabilização social do Estado e maior ênfase no mercado e terceiro setor. Tal estratégia pautava-se

Num conjunto de falhas do Estado Social, dentre as quais a persistência da pobreza e da desigualdade. Descartando os êxitos desse Estado, especialmente a sua associação com os direitos sociais, tais pluralistas forneceram as primeiras munições para a “Nova Direita” em ascensão criticá-lo acirradamente, apesar de desfalcada de evidências de que seria uma alternativa melhor. Tais críticas não se ativeram apenas às limitações de provisão social – como atendimentos inadequados e de baixa qualidade – mas também ao caráter autoritário, centralizado e burocrático do Estado Social. (PEREIRA, 2004, p. 138).

Portanto, aí incidiu as maiores investidas neoliberais contra as ações desse Estado, com ênfase na falta de flexibilidade (problemas de controle político e hierárquico); ineficiência e ineficácia; ossificação burocrática e fracasso na obtenção de apoio e compromisso (PEREIRA, 2004).

Sobre a questão brasileira, os ditames neoliberais pautaram-se num sistema de proteção social de cunho corporativista-meritocrático, voltado para os segmentos formais da economia, caracterizado pela cobertura a uma parcela restrita da população, porém, ficando grande parte da população pobre, excluída dessa forma de proteção social, em função dos seus vínculos informais, precários e instáveis no mercado de trabalho.

Dentre as diversas formas de precarização da vida do trabalhador, o destaque fica para os modelos de privatização das empresas estatais, que deslocou parte da produção de bens e serviços sociais públicos para o setor privado lucrativo e não lucrativo. Em relação a esses últimos, novos sujeitos se inserem no trato da questão social, dentre eles, as associações filantrópicas, as organizações comunitárias e as organizações não governamentais.

Segundo Pereira (2004), o neoliberalismo no Brasil adquire terreno fértil no processo eleitoral de Fernando Collor como presidente. O dis-

curso era apresentar o Estado sem freios, sem controle dos gastos públicos e Collor usou a figura dos “marajás” como bode expiatório da má distribuição de renda, da situação depredada da saúde, da educação e de todas as políticas sociais. Medidas de cunho neoliberal foram adotadas, a globalização, enquanto processo de intensificação da integração econômica e política internacional a partir da união dos mercados de diferentes países e da quebra das fronteiras entre esses mercados, privatização de estatais, além da implementação de um plano de recuperação fiscal, intitulado de Plano Collor que previa uma série de medidas para economia, confiscando a poupança do povo brasileiro durante um determinado prazo.

E para além disso, o que se evidenciou em sua gestão, foi a dilapidação sem medidas do Estado. Denúncias comprovavam esquema de corrupção, o que culminou numa grande insatisfação popular e, por fim, no seu impeachment. É exatamente nesse cenário histórico que surge o neoliberalismo à brasileira, posteriormente com Fernando Henrique Cardoso, na modalidade de ministro da Fazenda de Itamar Franco e em seus mandatos como presidente. (PEREIRA, 2004).

Neste contexto, reformas neoliberais se instalam no Brasil marcando para sempre a década de 1990. Apesar de o Brasil aceitar mais tardiamente o receituário neoliberal, os governos brasileiros deram conta de implementá-lo de todas as formas, em todas as instâncias e esferas, obedecendo com rigor as diretrizes do Consenso de Washington, que preconizava, dentre outras ações, uma disciplina fiscal, com redução de custos e funcionários, uma reforma fiscal e tributária, com ênfase na reformulação dos sistemas de arrecadação de impostos, privatização de estatais afim de assegurar o predomínio da iniciativa privada em todos os setores, bem como abertura comercial e econômica dos países, além da desregulamentação progressiva do controle econômico e das leis trabalhistas.

4. Enfrentamento à pobreza no Brasil: As políticas sociais na contemporaneidade

Na década de 1980, o que se vislumbrava era um cenário complexo e marcado por contradições em todas as esferas da vida em sociedade. Se, por um lado desenvolvia-se a garantia e ampliação dos direitos trabalhistas e sociais, através da promulgação da Constituição de 1988, difundida

como a “Constituição Cidadã”, por outro lado, as reformas neoliberais acirram o cenário de desregulamentação e privatização dos direitos sociais, bem como de seletividade e focalização das políticas sociais, através das denominadas políticas de “combate à pobreza”, termo adotado pelos “países em desenvolvimento” a partir de orientações do Banco Mundial.

Não se pode negar que foi pela via da luta e reivindicações dos diversos movimentos e segmentos sociais que a Constituição de 1988 foi redigida através do processo de redemocratização política no Brasil. Essa Constituição instituiu o conceito de Seguridade Social, reunindo as áreas da assistência social, saúde e previdência social, postula-se a descentralização das políticas sociais, através de Conselhos de Direitos nas três esferas de poder, a fim de possibilitar a ampliação dos canais de participação popular na elaboração, fiscalização e gestão das políticas públicas.

Com efeito, Pereira e Stein (2010, p. 110) instruem que no Brasil, antes de se efetivar um modelo institucional “capaz de assegurar, de fato, um padrão de proteção social universal, fortaleceram-se estratégias focalistas e discriminatórias de atenção social orientadas por organismos multilaterais, como o Banco Mundial, [...] dentre outras instituições”. E continua, a focalização é um vocábulo importado dos EUA e Europa, que encarava a pobreza como fenômeno *absoluto*, e não *relativo*, numa concepção de diminuição do Estado na proteção social; apelo à generosidade dos ricos como forma de amenizar a dor do pobre; foco na família e no mercado como importantes agentes de proteção social, além da naturalização da desigualdade social.

Isso representa dizer que, apesar dos significativos avanços no processo de institucionalização da Política Nacional de Assistência Social, com a implementação do Sistema Único de Assistência Social (Suas), em 2005, percebe-se a sujeição das políticas sociais às políticas econômicas neoliberais.

Sem querer perder de vista o debate, vale enfatizar como que o foco na família, principalmente em sua instância de cuidado e proteção dos seus entes, é um discurso envolvente e de fácil sustentação no seio social. Há toda uma discussão crítica sobre o papel da família como o “canal natural” de proteção social nas sociedades capitalistas, relacionado às suas condições de participação no mercado para compra de bens e serviços necessários à sua subsistência.

Em uma reflexão bem interessante, Mioto (2008) destaca a transferência dos problemas e conflitos gerados no âmbito das relações de produção para o interior das famílias. A ênfase fica na família que cuida dos seus e do Estado e seus filantropos, que cuidam da família. Mas, na prática, as políticas assistenciais para as famílias proletárias são a inculcação de uma “vida disciplinada e laboriosa”⁹⁸.

No que diz respeito ao período exato de surgimento das primeiras iniciativas de políticas sociais, não se pode precisar, infere-se que sua institucionalização se deu com a origem da sociedade burguesa no modo de produção capitalista.

Foi no momento em que a população tomou conhecimento da onda exploradora advinda com o capitalismo e passou a reivindicar as suas necessidades através de manifestações sociais, exigindo a interferência do Estado no reconhecimento de seus direitos sociais, contribuindo, dessa forma, para o surgimento de algumas iniciativas. Porém, esse atendimento muito mais se configurou para garantir a manutenção da soberania do capital do que o atendimento propriamente dito das necessidades da população (PEREIRA, 2004).

Para Pereira e Stein (2010) as políticas sociais e a formatação de padrões de proteção social se configuram, então, enquanto respostas e formas de enfrentamento às múltiplas expressões da questão social no capitalismo. Quanto mais a sociedade se revelava capaz de produzir cada vez mais bens e serviços, mais aumentava o número de seus membros que não tinham acesso efetivo a tais bens e serviços e viam-se, despossuídos das condições materiais de vida.

O que se evidencia no Brasil é o processo histórico das relações políticas, pautado no patrimonialismo e na conservação de práticas da burguesia marcadas pela formação de oligarquias e a ausência político-ideológica de acesso aos direitos pela classe que vive do trabalho. Concomitante a isso, resgata-se a ausência de uma concepção de proteção social universal na sociedade brasileira, fazendo com que aqueles que estão destituídos das garantias formais no mercado de trabalho, recorram às políticas de assistência social para garantia dos mínimos vitais de reprodução social.

98 Para maior aprofundamento da temática sobre a família e proteção social, ver (MIOTO, 2008)

Conforme (PEREIRA, 2004; PEREIRA E STEIN 2010; SERAINE, 2008) no ambiente de extremo empobrecimento da classe trabalhadora, uma parcela de ex-assalariados, tornam-se “empreendedores” formais ou informais, internalizam o discurso da responsabilidade individual na provisão do seu bem-estar e de seus familiares e assumem a postura de trabalhadores por conta própria, se convertem em consumidores dos serviços sociais disponíveis no âmbito privado, como é o caso dos seguros de saúde e planos de previdência privada para os que conseguem pagar. Os demais desempregados e desorganizados politicamente, engrossam as fileiras do “mundo da pobreza”.

Como forma de enfrentar as vicissitudes advindas desse “mundo da pobreza”, emergem novas estratégias sociais, políticas e ideológicas, baseadas na reformulação das políticas sociais públicas, segundo os postulados neoliberais. As políticas de “combate à pobreza” tornam-se centrais na sociedade brasileira contemporânea, sob os signos dos programas de transferência de renda às pessoas em situação de pobreza.

Não obstante (PEREIRA E STEIN 2010), demonstram que inúmeros foram as estratégias e os programas sociais de cunho neoliberal no trato à pobreza. Políticas focalizadas, programas de empoderamento do indivíduo, fortalecimento do capital social e das habilidades de empreendimento, investimento nas capacidades, o então chamado, capital humano, dentre outros esforços governamentais, não foram suficientes para mitigar a pobreza no Brasil. Dados do Ministério do Desenvolvimento Social revelam que em 2009, cerca de 12 milhões de famílias brasileiras, eram beneficiárias do programa Bolsa Família. Já no ano de 2018, cerca de 14 milhões de famílias, ou mais de 46 milhões de pessoas foram beneficiadas com tal programa, refletindo assim, o empobrecimento da família brasileira (BRASIL, 2019).

Assim, apesar dos investimentos do Governo, os números revelam que o gasto social até agora se mostra insuficiente e incapaz de garantir direitos e alterar a condição de vida da população beneficiárias de tais programas. (PEREIRA E STEIN 2010)

Em consonância, Ugá (2008) destaca que, com as diretrizes dos organismos financeiros internacionais, as políticas de enfrentamento à pobreza no Brasil baseiam-se, predominantemente, na abordagem monetária da pobreza absoluta, em que os patamares de rendimentos são centrais para a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos.

Assim, as linhas de pobreza são pensadas a partir de “mínimos sociais” necessários à aquisição de bens para a reprodução dos indivíduos. Portanto, ao contrário de implantação de políticas redistributivas, o que acontece é o crescimento econômico e a crença que os mercados têm a solução para superação da pobreza.

No entanto, essa tese pode ser contrariada. O crescimento está diretamente relacionado ao aumento do conjunto dos rendimentos. Uma política de redistribuição de renda pode ser implantada e as variações da inflação afetarem diferentemente grupos familiares e ainda, o crescimento econômico não necessariamente traduz-se em desenvolvimento social, muito pelo contrário, pode acarretar desigualdades sociais crescentes.

Concomitante, há de se advertir sobre o mascaramento das faces reais da questão social, consubstanciado no amplo aspecto dos problemas sociais, desigualdades e lutas sociais, derivada das relações sociais que se estabelecem na sociedade capitalista de apropriação privada do caráter coletivo da produção.

Considerações Finais

De fato, “nenhuma concepção marxista da história e da sociedade negaria, pelo menos três planos significativos: a crítica do capitalismo, o projeto de nova sociedade e a prática política revolucionária” (Gonzalez, 2007 p. 17).

Partindo dessa breve pesquisa bibliográfica, pode-se considerar que na sociedade capitalista, o papel exercido pelo Estado sempre se modificou de acordo com a dinâmica das forças sociais e políticas, sendo possível afirmar que a pobreza, enquanto desdobramento da questão social é um fenômeno inerente às relações sociais no modo de produção capitalista e as políticas sociais estão intimamente relacionadas ao reconhecimento da questão social. Sabe-se que as políticas de proteção social são resultado de lutas de classe, expressando, portanto, as contradições e os antagonismos dessas classes, através da luta para apropriação de riquezas que são coletivamente construídas.

No tocante às políticas sociais de cunho liberal, a família vem sendo redescoberta como importante agente privado de proteção social. Mioto

(2008) destaca a transferência dos problemas e conflitos gerados no âmbito das relações de produção para o interior das famílias.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é enfim regulamentado no Brasil um sistema de proteção social considerado como um novo padrão de política social que transforma em direito o que sempre foi tratado como favor e reconhece o indivíduo como sujeito de direitos. Entretanto, pode-se inferir que os direitos sociais garantidos na Constituição Federal, não se efetivam em sua plenitude, em razão da adoção de medidas neoliberais, nos anos 1990.

Não obstante, não se pode deixar de destacar a permanência de profundas desigualdades sociais e de situações de pauperismo que ainda assolam muitos trabalhadores. Compreende-se que as respostas adotadas pelo Estado, sob a influência do capital, pautam-se, em padrões focalistas de atendimento às necessidades sociais, sem perder de vista que o Estado capitalista, mantém como uma de suas principais funções, assegurar as condições necessárias à acumulação, à produção e reprodução do capital.

A despolitização das lutas sociais, a refilantropização da questão social, a reedição de formas antigas de trabalho, a mercantilização dos serviços sociais, as políticas de transferência de renda, dentre outras, são estratégias orquestradas pelas classes dominantes que reiteram a reprodução da lei de acumulação capitalista e de reprodução alargada de uma grande massa de superpopulação relativa de trabalhadores.

Referências Bibliográficas

ALVES, Giovanni. **Crise Estrutural do capital, maquinofatura e precarização do trabalho**. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 12, n. 2, 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/15882/10735>.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social. **Sistemas de Informação da Rede Suas**, 2005. Disponível em: <gov.br/assuntos/assistencia-social/gestao-do-suas>. Acesso em: 20 jul. 2019.

DRAIBE, Sônia M. **As políticas sociais e o neoliberalismo**. Campinas: Fundação Nativo Natividade – Editora Linhas Gerais, 1995.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. **Imperialismo na era neoliberal**. Crítica Marxista, n. 18, 2004, p. 11-36.

FERNANDES, Rubem Cesar. **3º setor**: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GONZÁLEZ, Sabrina (Orgs). **A teoria marxista hoje**: problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. 7. Ed. São Paulo: Loyola, 1989.

_____. **O neoliberalismo**: história e implicações. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2008.

IAMAMOTO, M. V. A Questão Social no Capitalismo. In: **Temporais/ Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social**, 2ª ed. Ano 2, n.3. Brasília: ABEPSS, Gráfica Odisséia, 2004.

MIOTO, Regina Célia Tamaso. Família e políticas sociais. In: BOSCHETTI, Ivanete et.al (Orgs.). **Política social no capitalismo**: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2008.

MONTAÑO, C. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. A política social no contexto de seguridade social e *Welfare State*. **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 56, ano XIX, mar. 1998.

_____. Pluralismo de bem-estar ou configuração plural da política social sob o neoliberalismo. In: BOSCHETTI, Ivanete et al. (Orgs.). **Política social**: alternativas ao neoliberalismo. Brasília: UnB, 2004, p. 135-159.

PEREIRA, Potyara A.; STEIN, Rosa Helena. Política social: universalidade versus focalização. Um olhar sobre a América Latina. In BOSCHETTI, Ivanete et al (org) **Capitalismo em crise, política social e direitos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 106-130.

- SERAINE, Ana Beatriz Martins dos Santos. O empreendedorismo no contexto de reestruturação produtiva: um novo mecanismo institucional para enfrentar o desemprego? In: SERAINE, Ana Beatriz Martins dos Santos; SANTOS Jr, Raimundo Batista dos; MIYAMOTO, Shiguenoli (Orgs.). **Estado, desenvolvimento e políticas públicas**. Teresina: Unijui, 2008. P. 271-287
- UGÁ, Vivian Domínguez. A emergência do discurso internacional sobre a “pobreza”. In: **A questão social como “pobreza”**: crítica à conceituação neoliberal. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) — Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.
- WALLERSTEIN, Immanuel. Mudando a geopolítica do sistema-mundo: 1945-2025. In: SADER, Emir; SANTOS, Theotonio dos (Coord.). **A América Latina e os desafios da globalização**: ensaios em homenagem a Ruy Mauro Marini. Rio de Janeiro: Ed. PUC Rio; São Paulo: Boitempo, 2009. p. 53-77.

O COSMOPOLITISMO COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DA REUNIÃO FAMILIAR DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Selmara Aparecida Batista de Oliveira Silva

Introdução

Constitui senso comum que aqueles que batem à nossa porta, aos quais, em nossos cotidianos, damos o rótulo de “visitas”, devem ser bem recebidos. Todos nós, homens médios, aprendemos, ainda na mais tenra infância, que as “visitas” devem ser recebidas de maneira cortês: nossos pais, primeiros representantes de uma vida em sociedade, nos ensinam a abrir as portas de nossas casas sempre com sorrisos nos rostos; aprendemos a dizer “bem-vindos” e “fiquem à vontade”. Ao mesmo tempo, ainda nessas primeiras lições da vida, descobrimos que nossas visitas muitas vezes nos trazem agrados: presentes simbólicos como flores, bebidas, quitutes.

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Em sua essência ela continua a mesma: é núcleo estruturante e estruturador do sujeito. Tudo principia e acaba na família” (FARIAS; ROSENVALD; 2014, p. 29).

Na vida adulta, expandimos nossa noção de mundo, deixando de ser não apenas membros de uma família, para nos tornarmos, sobretudo,

membros de uma coletividade muito maior, a qual chamamos de sociedade e que, neste Século, comumente se organiza na forma de estado-nação. Neste novo conceito de comunidade, muito mais amplo do que nossas famílias, as portas de nossas casas são substituídas por fronteiras físicas ou artificiais: rios, mares, oceanos, cordilheiras e tantos outros acidentes naturais; meridianos, paralelos, muros, cancelas, portos, aeroportos e outras tantas ficções e construções humanas.

Adultos, descobrimos que às nossas fronteiras aportam indivíduos de outras “famílias”, outros estados-nações. São indivíduos que podem estar apenas de passagem, como os turistas, mas que, eventualmente, vieram à nossa “casa”, ao nosso estado-nação, para ficar, hipótese na qual teremos o imigrante e, em casos mais dramáticos, os refugiados. Se, na infância, os que batiam às nossas portas traziam flores, bebidas e quitutes, os refugiados de nossa vida adulta nos trazem histórias e experiências dramáticas daqueles que, por uma infelicidade, tiveram a oportunidade de conhecer o lado mais obscuro de nossa (des)humanidade.

No mundo globalizado Século do XXI, em que informações, bens e pessoas transitam em velocidade sem precedentes, receber bem o refugiado pode significar uma oportunidade valiosa de aprendizado. Em geral, os imigrantes, em sentido amplo, e os refugiados, em sentido mais específico, possuem um aquilatado senso de oportunidade pois, ao chegarem a uma terra estranha, imbuídos da necessidade de garantirem meios de subsistência, e trazendo consigo experiências de uma vida em um diferente contexto, tendem a enxergar possibilidades nem sempre notadas pelos nativos. Então por isso (mas não só, é claro), convém que os refugiados sejam amplamente bem acolhidos na nação a que chegam.

Mas, receber bem os refugiados perpassa pela necessidade de se criar meios para que esses indivíduos possam trazer ao país a que chegam todos os familiares que lhe são caros, isso porque nem sempre o refugiado, na angústia da fuga a que submetido, consegue trazer consigo todo o seu núcleo familiar. No presente artigo, a preocupação última será o estudo da promoção do direito à reunião familiar dos refugiados. Neste estudo, teremos como marco teórico o conceito de cosmopolitismo presente na obra de Boaventura de Souza Santos.

Cosmopolitismo como forma de Promoção à Reunião Familiar no Brasil

No Brasil, receber os refugiados, por mais que seja uma ação bonita e humanitária, infelizmente ainda encontra severos obstáculos, principalmente porque, no ápice de uma crise migratória, há um grande aumento de pessoas que buscam acolhimento em país estrangeiro para tentarem sobreviver à fome, desemprego, crise econômica, guerras, catástrofes naturais e outras tantas misérias do homem contemporâneo. No final de 2017, o Brasil reconheceu 10.145 (dez mil, cento e quarenta e cinco) refugiados de diversas nacionalidades (ACNUR, 2018).

O acolhimento digno aos refugiados e suas famílias exige infraestrutura, tais como regularização das documentações, obtenção de moradia, assistência à saúde, oportunidade de trabalho, inserção das crianças na escola e o reconhecimento de sua cultura.

Se refletirmos detalhadamente, perceberemos que garantir a efetivação dos direitos humanos aos refugiados não é tão difícil quanto aparenta, mas é preciso definir um plano de ação com estrutura básica de desenvolvimento nacional, que tenha o condão de cumprir a função social de acolhimento do refugiado.

Antes de entrarmos no cerne da questão, é necessário compreender o conceito de refugiado. Segundo os artigos 1º e 2º da Convenção de Viena de 1951 e o artigo 1º, I, da Lei 9.474/97, refugiado é a pessoa que foi submetida à guerra ou à tortura, ou por fundados temores de perseguição por motivo político, religioso, de sexo, de raça, de nacionalidade, dentre outros, procura abrigo em outro país para sua sobrevivência.

Na Convenção de Viena de 1951 relativa aos refugiados, o Artigo 1 se dedica a conceituar refugiado como aquela pessoa que:

Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951).

Já o artigo 1º da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, consigna que:

Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997).

Os refugiados são aqueles migrantes forçados a abandonar seus lares por diversos motivos de conflitos. Assim, Julia Bertino Moreira explica:

As migrações forçadas ou involuntárias, em contrapartida, referem-se a refugiados (além de outras categorias), que são obrigados a abandonar seus lares em situações de conflitos, por questões religiosas, étnicas, políticas ou econômicas. Os conflitos colocam em risco a vida, liberdade e segurança da população civil, ou, ainda, grupos e indivíduos que apresentam etnias ou religiões minoritárias no país ou opiniões políticas divergentes do governo, estando sujeitos, assim, a sofrer ameaças ou efetivas perseguições. A violência desencadeada pelos conflitos também gera violações aos direitos humanos dos civis atingidos, que necessitam de ajuda humanitária internacional (MOREIRA, 2008. p. 1).

Após tanto sofrimento em sua terra natal, ao chegar no outro país, o refugiado almeja não apenas acolhimento no sentido estrito da palavra, como também poder construir sua vida livremente ao lado de sua família, com todos os direitos e deveres sociais.

Entretanto, o que se observa é que “*lideranças governamentais carecem de vontade suficiente para executar planos e ações contundentes e efetivas para acolher os refugiados*” (AHLERT E ALMEIDA, 2016, p. 10). Pensando nisso que o presente trabalho fará uma reflexão sobre o cosmopolitismo apresentado por Boaventura como forma de garantir o direito à reunião familiar dos refugiados.

Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se a necessidade de um sistema de proteção aos refugiados, que deu origem ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, com sede na Suíça, mais especificamente na cidade de Genebra, cujo objetivo é amparar o refugiado até que ele consiga se estabilizar no país que lhe deu refúgio (ACNUR, 2019). Ademais, no Brasil, o ACNUR contribui para efetivar medidas públicas de grande relevância aos refugiados, consoante dispõe na página das Nações Unidas. Vejamos:

O ACNUR contribui para a formulação das políticas sobre refúgio e das normas que esclarecem os termos da legislação nacional sobre o tema. Para garantir a assistência humanitária e a integração dos refugiados no Brasil, o ACNUR implementa projetos com organizações da sociedade civil em diferentes cidades do país, contando ainda com parcerias no setor privado e na academia para ampliar o apoio às populações sob seu mandato. (ACNUR, 2019)

O ACNUR foi um grande avanço para o mundo, possibilitando um mínimo de dignidade às pessoas que se encontram em situação de conflito no seu país, além de sensibilizar os países a aderirem a ainda mais tratados internacionais e programas humanitários, a exemplo do Brasil, com a criação do Comitê Nacional para Refugiados – CONARE.

O CONARE é o órgão vinculado ao Ministério da Justiça responsável por tratar das solicitações de refúgios, bem como determinar o reconhecimento dos refugiados, que atendam aos requisitos legais no Brasil. (ACNUR, 2019).

Segundo a Resolução Normativa nº 27 do CONARE, a condição de refugiado se estende aos seus familiares, desde que estejam no Brasil. A Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que é subsidiária a Lei de Refúgio (Lei 9.474/97), também destaca o direito à reunião familiar.

O ordenamento jurídico brasileiro destaca a relevância da reunião familiar. No entanto, observa-se a carência na efetividade normativa, como registrou a Revista News Brasil a respeito de Jeff Mokendju Bobolibanda, que veio do Congo devido a uma perseguição política após ter denunciado quem matou sua irmã, em um protesto contra o presidente (SOUZA, 2018).

Jeff não vê a sua família há três anos e, após ter recebido ajuda dos colegas de trabalhos, conseguiu os R\$ 25.000,00 (Vinte e cinco mil reais) que precisava para trazer a sua esposa e seus filhos para o Brasil. A emoção tomou conta de Jeff, segundo a reportagem, mas a burocratização do sistema brasileiro interrompeu tamanha felicidade ao não expedir o visto a sua família.

Jeff fez o requerimento do visto, mas seis meses depois ainda não tinha a resposta da confecção pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE), quando questionado pelo jornalista, disse que a responsabilidade era do CONARE, que por sua vez explicou que o normal é uma média de quatro meses para emissão do documento e, no caso específico desse senhor, “somente os interessados tem acesso a essa informação”. Ocorre que mesmo questionando várias vezes, Jeff não obteve o respaldo do CONARE (SOUZA, 2018).

Nesta situação, não se observa, propriamente, a ausência de disciplina legal, posto que a legislação prevê a concessão de visto para a família dos refugiados (art. 14 e seguintes da Lei de Migração). No entanto, é possível identificar, na hipótese, falta de efetividade da legislação existente.

A falta de estrutura de acolhimento ao próprio refugiado (moradia, trabalho, escola, etc) também é explícita. Observa-se que o sistema de amparo tanto do refugiado quanto de sua família precisa de maior atenção por parte do Estado brasileiro, a fim de garantir efetividade aos direitos humanos.

Podemos verificar a grande dificuldade que o Brasil tem de garantir efetividade aos direitos humanos. A concessão de vistos à reunião familiar dos refugiados vai ao encontro de uma política acolhedora para aqueles que necessitam de proteção internacional, que garante a integração local do refugiado no território brasileiro e evita custos assistenciais (MARTUSCELLI, 2016)

Por falar em proteção internacional, é oportuno tratar do processo de globalização, que em muito influencia o nosso cotidiano. Segundo Boaventura, “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 1997, p. 3).

Através de boas ações, o mundo pode se tornar um lugar melhor, motivo pelo qual se torna questionável a postura de nossos governantes, a

quem é dado o poder e a administração dos recursos financeiros da nossa nação. O Brasil, por exemplo, vive um momento difícil, dominado pela extrema-direita, que inviabiliza o processo de acolhimento aos refugiados, onde se estabelece um retrocesso aos direitos humanos, como podemos ver pela retirada do Pacto Global de Migração (EL PAÍS, 2018).

Boaventura faz uma análise dos direitos humanos por duas vertentes principais, por um lado o contexto da globalização e, do outro, o fragmento da cultura e da política de identidade. Em síntese, ele explica a importância do mundo globalizado com respeito às diversas culturas e formas políticas (SANTOS, 1997, p. 2 e 3).

Nessa linha, o autor critica a forma como conceituamos a globalização, pois banalizamos os países não desenvolvidos, excluindo ainda que indiretamente a cultura, a política e demais valores daqueles que merecem também dignidade e reconhecimento. Assim Boaventura nos ensina:

Os conflitos, as resistências, as lutas e as coligações em torno do cosmopolitismo e do patrimônio comum da humanidade demonstram que aquilo a que chamamos globalização é na verdade um conjunto de arenas de lutas transfronteiras” (SOUZA, 1997, p. 6).

O fato de apoiarmos apenas países movidos pelo capitalismo, como os Estados Unidos, ressalta a menoscabo com que tratamos as pessoas de países diversos dessa política, destruindo histórias, culturas, e outras tantas riquezas que o mundo tem a oferecer. O autor expõe como “*localismo globalizado, uma forma de globalização de-cima-para-baixo*” (SOUZA, 1997, p. 7) que não deveria existir, pois privilegia apenas os países desenvolvidos, gerando maior desigualdade social.

Dando continuidade, Boaventura propõe o multiculturalismo como forma de reconhecimento do cosmopolitismo, mantendo o respeito global e dando voz aos locais de origem, que abarcam política de direitos humanos contra esse sistema persuasivo, viabilizado apenas por países de primeiro mundo (SOUZA, 1997, p. 7).

É nesse cenário, que os direitos humanos ganham vida. A partir do momento que deixarmos de olhar o outro como diferente, a discriminação, bem como a exclusão do outro enquanto indivíduo, será inviabilizada, tornando a globalização mais harmônica.

Os refugiados merecem ser acolhidos, inseridos na sociedade que lhe foi possível, reunir-se com sua família, terem o mínimo de dignidade como qualquer pessoa. A demora injustificada, por exemplo, de um visto ao refugiado para receber sua família, a falta de oportunidade de trabalho, o reconhecimento de sua cultura, dentre outros, comprova o descaso, a discriminação enquanto sociedade: *“as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”* (SOUZA, 1997, p. 16).

Ao refletirmos sobre o Brasil, chegaremos à conclusão de que, apesar de ser um país solidário, com bons resultados através de ONGs (organizações não governamentais) e políticas sociais que visam diminuir o sofrimento daqueles que são excluídos, há uma carência grande de ajuda por parte do Estado, que pode contribuir substancialmente para uma sociedade justa e, evitando burocratização de um visto ao refugiado e a sua família, participando de diálogos internacionais, fazendo parte de pactos globais de migração e de organizações, bem como confederações internacionais, dentre outras políticas efetivas (SOUZA, 1997).

Diante desta situação, estaremos em busca de meios alternativos de resolução de conflito no mundo, não imposições de mecanismo onde apenas alguns são privilegiados. É possível vislumbrar um porta voz global, transmitindo nossas políticas, mas também é preciso ouvir e receber outras vozes capazes de construir um estado de direito a todos, sem discriminação, provocando um crescimento mundial, alcançando todas as camadas da população.

Desta maneira, é importante passar em revisão a atual forma de vermos o mundo, para o fim de alcançarmos maior efetividade na promoção dos direitos humanos. Devemos rejeitar a ideia de que as coisas não possam ser modificadas.

(...) não se pode negar que os direitos humanos clamam por maior eficácia, de maneira que, independente da nomenclatura, dos caminhos ou das particularidades que possam ter quaisquer projetos de alteração desse *status*, o fato é que se necessita de ação social interligada globalmente, pois no mundo contemporâneo não há mais espaço para se pensar apenas no local ou regional (SCOZ, 2017).

Assim, não podemos descartar ou devolver o refugiado, indivíduo que está sendo perseguido. Dá-se amparo, proteção, asilo, uma oportunidade de existência, que lhe foi retirada da pior forma possível. Entender o princípio da solidariedade é indispensável para sua aplicação (JUBILU, 2007, p. 17). Essa nova perspectiva sobre o processo de globalização pode contribuir para a promoção da reunião familiar dos familiares dos refugiados, na medida em que promove uma abertura de visão para melhor acolher o outro.

Considerações Finais

A família é a base afetiva necessária para o crescimento pessoal. Com ela adquirimos os principais elementos da personalidade. É no seio familiar que descobrimos valores apenas edificáveis no meio daquelas pessoas que mais nos importam, sem que, todavia, exista a exigência da presença de laços de consanguinidade. Família é o resultado de alguma união, seja ela entre o vínculo do matrimônio, ou de consanguinidade: mãe e pai, pai e filho, irmãos, tios e primos, dentre inúmeros casos existentes.

Falta-nos empatia com os refugiados. Colocar-se no lugar daquele que está distante de sua terra natal, sobretudo da sua querida família, sem contato com seu idioma, sem ter oportunidade de emprego, escolaridade, moradia, documentação, mostra o quanto estamos anos luz (distante) em busca por uma nação em prol dos direitos humanos. Importante destacar que o direito à família está consagrado em nossa Constituição, conforme estabelece o artigo 226, que assim dispõe: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”. Onde está essa proteção do Estado quando está em pauta a família da pessoa refugiada?

Não podemos aplaudir governantes que dizem apoiar a família, porém se escusam de promover a efetividade das disposições normativas. O direito não pode se prestar a servir a uns poucos, ao contrário, deve objetivar o bem de todos, essa é a verdadeira luta em prol dos direitos humanos, objetivando a abolição das desigualdades, derrubando ou superando privilégios, garantindo a todos a possibilidade de serem ouvidos.

Por vezes, iludimo-nos acreditando em dias melhores, mas não nos preocupamos de nos sensibilizar com a dor daqueles que são justamente os mais próximos. Percebe-se pouca vontade não só dos nossos governantes,

mas também da população muitas vezes omissa ou inerte. Estar com nossa família é apenas um mínimo de dignidade, de respeito, de consideração pelo outro. Se queremos um lugar melhor, se queremos um país melhor, se queremos um mundo melhor, o primeiro passo é começar com nós mesmos. O que estamos fazendo para efetivar os direitos humanos? Qual caminho traçamos para um futuro melhor?

É neste aspecto de solidariedade, empatia, dignidade, que Boaventura nos chama à reflexão. Não conseguimos dimensionar a quantidade de riquezas espalhadas ao redor do mundo. Através do respeito ao outro, podemos juntar essa linha multicultural com o cosmopolitismo traçado na sensibilidade, no equilíbrio, na razão de ser um mundo globalizado de forma harmônica (SOUZA, 1997, p. 7 e 16).

A conclusão inarredável é de que o Brasil, embora possua alguma disciplina legal sobre o direito à reunião familiar (artigo 3º, VIII, e artigo 4º, III, da Lei 13.445/2017), não está suficientemente preparado para receber a horda de refugiados criada pela globalização dos problemas da miséria e dos conflitos de ordem sócio-políticos. As normas existentes padecem de um problema típico do Brasil, qual seja, a carência de efetividade. Conforme restou registrado na narrativa da história de Jeff Mokendju Bobolibanda, que veio do Congo, os imigrantes e refugiados em território nacional enfrentam enormes dificuldades para efetivar seu direito à reunião familiar, sobretudo devido à enorme burocracia estatal.

Por fim, para não deixar de registrar, o conceito de multiculturalismo de Boaventura constitui importante instrumento para a melhoria das condições de vida dos refugiados. Com efeito, o autor destaca a importância das trocas de experiências entre diferentes culturas. Os contatos entre diferentes culturas não podem se prestar à eliminação do outro, ao contrário, deve-se aproveitar essa aproximação para se aprender com o diferente. Que possamos ir “*ao encontro daqueles que continuam buscando com dignidade aquilo que outros homens tiraram deles: a pátria, a família, a paz*” (STERI; *apud* JUBILUT, 2007, p. 212)

BIBLIOGRAFIA

ACNUR. Brasil, **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/acnur/> Acesso em 06 de julho de 2019;

- ACNUR. Brasil, **Dados sobre o refúgio**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 22 de junho de 2019;
- ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 27 de junho de 2019;
- AHLERT, Mara; ALMEIDA, Alcione. **A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS NA CONDIÇÃO DE REFUGIADO NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/9574/5994>. Acesso em: 23 de junho de 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. **A Lei do Refúgio**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 22 de junho de 2019;
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **A Lei de Migração**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: Acesso em 22 de junho de 2019;
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: Acesso em 22 de junho de 2019;
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª. ed. Salvador/BA: Ed. Jus Podivm, 2014;
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-con>

tent/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%AAdico-Brasileiro.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2019.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **Reunião Familiar como Alternativa de Proteção: Desafios e Avanços na Realidade Brasileira**. São Paulo. 2016. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/15_PNM.pdf. Acesso em: 22 de junho de 2019;

MOREIRA, Julia Bertino. **POLÍTICA EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS NO BRASIL (1947-2010)**. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/280962/1/Moreira_JuliaBertino_D.pdf. Acesso em: 23/06/2019.

PEREGIL, Francisco; MARTÍN, Maria. Brasil assina pacto global de migração, mas chanceler de Bolsonaro anuncia retirada. **Jornal EL PAÍS**, Brasil, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/10/internacional/1544438184_274731.html. Acesso em: 10 de julho de 2019.

REFUGIADOS, Secretária Nacional de Justiça Comitê Nacional. **RESOLUÇÃO NORMATIVA DO COMITÊ NACIONAL PARA REFUGIADOS Nº 27, DE 30 DE OUTUBRO DE 2018**. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48230094/do1-2018-11-01-resolucao-normatina-n-27-de-30-de-outubro-de-2018-48229911. Acesso em: 23 de junho de 2019;

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos (DHnet)**, Brasil. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm. Acesso em: 22 de junho de 2019.

SCOZ, Celice Gomes Oliveira. Direitos humanos como projeto cosmopolita insurgente na concepção de globalização contra-hegemônica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 2017. Dispo-

nível em: <https://jus.com.br/artigos/10532/direitos-humanos-como-projeto-cosmopolita-insurgente-na-concepcao-de-globalizacao-contra-hegemonica>. Acesso em 19 de julho de 2019.

SOUZA, Felipe. “Não vejo meus filhos há 3 anos”: a saga de refugiados para trazer a família ao Brasil. **Revista News Brasil**, São Paulo. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43338789>. Acesso em: 07 de julho de 2019.

A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO

Daniel Luiz Pitz

Introdução

Nos tempos atuais, nos mais diversos lugares, ouve-se muito sobre a realidade que a todos parece indefectível: a globalização. O fenômeno da globalização tem gerado, tanto na esfera econômica como na jurídica e social, diversas mudanças significativas e alarmantes.

Dessa, forma este artigo acadêmico tem por objetivo abordar sobre a compostura da globalização econômica e os seus desdobramentos de modo particular no que concerne ao Direito.

A nova dinâmica na economia internacional altera, não só, os espaços urbanos, como também rearticula a população neles existentes, ou seja, o mundo moderno e globalizado, vem sofrendo grandes modificações sociais e jurídicas pois o fenômeno da globalização afeta principalmente os países na participação no mercado mundial e financeiro.

Dessa forma, a pesquisa propõe-se a responder o seguinte problema: Qual as consequências da globalização no Direito?

As discussões e o estudo sobre a globalização, estão inseridas no contexto nacional e internacional devido a sua abrangência em todo o mundo, tornando-se necessário desvendar o seu conceito e reconhecer quais espécies de efeitos podem ser desencadeados a partir de sua ocorrência, principalmente no que se refere ao Direito.

Para a realização dessa pesquisa, será utilizado o método qualitativo e a técnica de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias.

Na primeira parte deste estudo expõem-se os aspectos gerais e teóricos do fenômeno da globalização. Logo após, aborda-se sobre a globalização na economia, demonstrando-se também as influências e os objetivos da Organização Mundial do Comércio.

Por fim, explora-se o fenômeno da globalização no Direito, sendo o objeto de verificação mais específico do estudo.

1 Conceito, origem e evolução da globalização

A globalização é um processo muito visado nas últimas décadas, pois através dela tem-se tentando explicar os possíveis fenômenos econômicos e políticos decorrentes desse final do século XX. Conforme Soros (2003, p. 43), os principais problemas ligados à globalização hoje no mundo é atribuído pelo crescimento dos mercados financeiros globais e das empresas transnacionais onde dominam predominantemente as economias nacionais.

George Soros (2003, p. 44-45) define a globalização como fenômeno recente que distingue os dias de hoje com os do passado, argumentando que:

A característica mais acentuada da globalização é permitir que o capital financeiro se movimente com liberdade; em contraste, o movimento de pessoas mantém-se sob controle rigoroso. Uma vez que o capital é ingrediente essencial da produção, os diferentes países competem entre si para atraí-lo; isso inibe a capacidade dos países de tributá-lo e regulá-lo. Sob a influência da globalização, a natureza de nossos mecanismos econômicos e sociais passou por transformações radicais. A capacidade do capital de movimentar-se para outros lugares solapou a capacidade do Estado de exercer controle sobre a economia.

Em contraposição podemos dizer que tal fenômeno originou-se a milhares de anos atrás, com o início da exploração de rotas marítimas e com as seguintes descobertas de novas terras pelo mundo, fazendo com que a Europa liderasse este processo inicial com a Revolução Francesa e com a Revolução Industrial (SCHILLING, 2019).

Compreende-se o termo globalização, como predominantemente um processo de formação econômica, pela desregulamentação dos mercados financeiros, privatizações das empresas estatais e principalmente pelo descaso ao bem-estar social, refletindo diretamente no aumento da pobreza e desemprego, desestruturando micro empreendimentos (SCHILLING, 2019).

Em consonância com o exposto, para Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli (2006, p. 57), a globalização é um processo antigo que iniciou-se no século XV com as grandes navegações liderados por Cristóvão Colombo.

Ademais, no século XIX a Revolução Industrial contribuiu de forma clara para o processo de globalização, gerando uma maior aproximação entre os países através das inovações nas indústrias e nos meios de transporte (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 58).

Para Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli (2006, p. 58-59) a globalização não se restringe apenas a aspectos econômicos e financeiros, mas também no âmbito cultural, social e jurídico. Destacando questões sobre o primeiro nível de internacionalização:

- a) comercial – homogeneização das estruturas de demanda e oferta por empresas que estabelecem contratos de terceirização com produtores locais e comercializam os produtos sob suas próprias marcas (ex. Nike, Nestlé, Benetton, Carrefour);
- b) produtivo – fenômeno da produção internacional de um bem para o qual concorrem diversas economias com diferentes insumos;
- c) financeiro – aumento do fluxo de capitais, decorrente da autonomia bancária;
- d) socio-cultural – os mesmos instrumentos que permitem o aumento do fluxo de capitais (redes eletrônicas, televisão, satélites) constituem o atual sistema de comunicação, o que contribui para uma relativa homogeneização da cultura e dos padrões de comportamento nas sociedades;
- e) tecnológico – incremento quantitativo e qualitativo das redes mundiais de comunicação e informação (internet).

As dimensões da globalização podem ser captadas no processo da evolução do capitalismo, assim por mais que a globalização seja vista na maioria das vezes como um processo positivo, existe também o seu lado negativo (SOROS, 2003, p. 48).

George Soros (2003, p. 48) acredita fielmente no fenômeno da globalização e o nomeia como sociedade aberta digital, pois garante maior liberdade do que qualquer outro Estado isolado.

Nesse contexto, podemos dividir a globalização em três etapas, a primeira etapa iniciou-se em 1450 e vai até 1850 com o expansionismo mercantilista e com a busca por novas rotas marítimas, formando-se colônias de exploração e utilizando-se de mão-de-obra escrava para atender os interesses das monarquias absolutistas (SCHILLING, 2019).

A segunda etapa teve início em 1850 e término em 1950, sendo caracterizada pelos interesses industriais e das finanças, com o surgimento de máquinas a vapor e com a evolução do transporte terrestre e marítimo. A escravidão que havia sido um marco na primeira fase da globalização, converte-se em um atraso para o mercado de consumo, sendo definitivamente abolida no Brasil em 1848 (SCHILLING, 2019).

Por fim, a terceira e última etapa, considerada a globalização recente pós 1989, com o marco da queda do Muro de Berlim, persiste até os dias atuais com apenas uma superpotência mundial, os Estados Unidos, que possui o poder de intervenção militar em qualquer lugar no mundo (SCHILLING, 2019).

Ademais, ressalta-se que o fenômeno da globalização tem refletido de forma crescente no meio jurídico, considerando-se a transnacionalização das relações econômicas, financeiras, sociais, comerciais que vêm acontecendo nos últimos anos (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 58).

Na visão de Alessandro Lopes Andrighetto (2013, p. 12):

[...] o processo de globalização tem forte influência, no mundo atual, tanto que influencia sobremaneira o mundo jurídico, em especial o mundo do Direito do Trabalho, tema desta singela explanação. Algumas vezes de forma positiva, porém, noutras, negativamente.

O Direito Internacional e os Direitos Humanos trazem especificamente a ideia de globalização da justiça, haja vista que os direitos fundamentais no âmbito internacional têm exigido dos Estados nacionais o cumprimento de suas normas que regulam o assunto (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 58).

Maria de Fátima Ribeiro e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2006, p. 57), trazem exemplos recentes apontando que:

[...] são as cobranças feitas pela União Europeia à Turquia (que almeja integrar o seletivo grupo dos Quinze), ou de ONGs que denunciam a repressão política em países como a China. Cabe assinalar, ainda, as diversas querelas entre Estados duvidosamente democráticos e as ONGs, tais como Amnesty International e Human Rights Watch.

Há de se considerar que um dos efeitos da globalização, na relação entre os Estados soberanos, é a busca por uma melhor regulação das normas internacionais. No entanto, esta ação tem gerado grande discussão, pois não se limita apenas aos Estados, mas a todos os agentes internacionais aptos a participarem dos mecanismos decisórios (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 59).

Desta forma, se as ONGs se unirem para erradicar um problema global como o trabalho escravo no mundo, a necessidade de regulamentação no âmbito jurídico perante o assunto é tão célere quanto a ação dos Estados mais potentes de defender seus próprios interesses que acabam prejudicando a ordem internacional (RIBEIRO; MAZZUOLI, 2006, p. 59-60).

Além disto, a globalização é vista como um fenômeno capaz de transformar todo o cotidiano global, se tornando o assunto principal de discursos políticos pela extensão dos seus efeitos, propiciando muitos benefícios econômicos, como também muitos males contemporâneos (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 23).

Segundo a Comissão Mundial Sobre a Dimensão Social da Globalização (2005, p. 23):

Os efeitos das novas tecnologias deram também um caráter distinto ao atual processo de globalização em comparação com episódios semelhantes no passado. As barreiras naturais de tempo e espaço foram amplamente reduzidas. O custo da circulação de informações, de pessoas, bens e capital caiu dramaticamente em todo o globo, enquanto a comunicação global é barata e instantânea e está

se tornando cada vez mais assim. Isso expandiu consideravelmente a viabilidade das transações econômicas em todo o mundo. Os mercados podem ser agora globais em alcance e abranger uma extensa variedade de bens e serviços.

De acordo com Maria de Fátima Ribeiro e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2006, p. 60), o principal efeito da globalização é o crescente embate entre normas e sujeitos de direito internacional público, demandando uma submissão dessas normas internacionais perante o Estado soberano absoluto.

Aclarados os principais aspectos da globalização, o que, acredita-se, ter propiciado uma melhor precisão e compreensão acerca do assunto, passar-se-á à análise dos reflexos da globalização na economia mundial.

2 Globalização econômica

Para a elaboração de uma análise sobre o fenômeno da globalização necessita-se também trazer aspectos que marcaram a economia e a política mundial, procurando, a partir disso, relatar a situação da economia com o passar dos anos na sociedade capitalista.

Segundo Domingos Leite Lima Filho (2004, p. 51), logo no início da década de 1970 a esfera econômica mundial foi abalada pela queda do sistema de taxas fixas de câmbio e sua substituição por um novo sistema, cumuladas com a crise do petróleo e seu aumento de preço, geraram impactos graves à economia global.

Diante disso, desencadeou-se um desequilíbrio econômico mundial, identificado por crescentes movimentos inflacionários e pela crescente taxa de desemprego, gerando grande repercussão no processo de trabalho, através da elevação de custos na produção e na redução de lucratividade, afetando diretamente os trabalhadores pelo mundo (LIMA FILHO, 2004, p. 52).

Nesse sentido, a economia mundial tomou um novo rumo com o passar da década de 1970, deixando o padrão de industrialização pós-segunda guerra mundial, bucando-se por uma diminuição dos custos de produção e pela consolidação da divisão do trabalho (IENNACO, 2005, p. 115).

A desordem econômica criada afetou diretamente o sistema financeiro e monetário internacional refletindo tanto nos países pobres como nos desenvolvidos em proporções diversas de acordo com cada governo e política de combate em sua industrialização (IENNACO, 2005, p. 115).

Dessa forma, para Luiz Antônio de Paula Iennaco (2005, p. 115):

Com a intensificação de políticas de atração de capitais e a pouca qualificação de sua mão-de-obra, os países em desenvolvimento tornaram-se competitivos no mercado internacional de produtos manufaturados. As empresas transnacionais, valendo-se da diversidade entre mercados nacionais, adotaram estratégias globais minimizadoras de custo, com o deslocamento da produção e de postos de trabalho de um país para outro, em busca da relação custo/produtividade mais favorável em escala global, com a fragmentação do processo produtivo e o uso de insumos de diferentes origens.

Nos ensinamentos da Comissão Mundial Sobre a Dimensão Social da Globalização (2005, p. 24), na “década dos 70, a liberalização do comércio no contexto do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) foi modesta e gradual e envolvia muito mais os países industrializados que os países em desenvolvimento.”

Já no âmbito político internacional, nos anos de 1970 os Estados Unidos da América (EUA) passou por diversas dificuldades econômicas, sociais e culturais, como o *impeachment* do Presidente Nixon, que culminou em um aumento das taxas de juros anuais sobre os empréstimos internacionais de 2% para cerca de 18%, aumentando drasticamente a dívida externa de países em desenvolvimento (LIMA FILHO, 2004, p. 53)

Domingos Leite Lima Filho (2004, p. 53), expõe que:

As vitórias eleitorais de Thatcher na Inglaterra em 1979, de Reagan nos EUA em 1980 e de Kohl na Alemanha em 1982 marcaram o limiar de uma era de restauração conservadora. Iniciaram-se as reformas neoliberais centradas na desregulamentação, privatização e liberalização da economia. A desregulamentação de direitos sociais e trabalhista somou-se ao movimento de reestruturação produtiva que provoca a redução real de salários, o desemprego e enfraquece o movimento sindical. A privatização suporta a transferência de patrimônio

público para capitais privados e a redução das atividades do Estado em termos de políticas públicas de caráter social, sobretudo de saúde e educação e infraestrutura. [...] Os países em desenvolvimento, a partir da década de 1980, se viram submetidos a programas de ajuste estrutural, monitorados a partir do Banco Mundial e do FMI que, no caso de muitas economias da América Latina, entre elas o Brasil, resultaram na chamada “década perdida” para a economia.

Todavia, com a chegada dos anos 80, o comércio sofreu grandes mudanças, não estendendo seus benefícios a todos os países, principalmente aos países em desenvolvimento que tiveram dificuldade em obter a liberalização do comércio, tendo um declínio em suas economias (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 24).

Importante frisar que o Brasil, no final da década de 1970 e início de 1980, presenciou um forte regresso econômico, podendo-se considerar os anos 80 como década perdida economicamente. Contudo, os movimentos sociais ocorridos foram de grande relevância histórica, através da luta e da disputa política na ditadura militar, com um almejo de uma possível ampliação dos direitos políticos, sociais e principalmente dos trabalhadores (LIMA FILHO, 2004, p. 54).

A década de 90, com o fim da Guerra Fria e com a queda do Muro de Berlim em 1989, foi marcada pela retomada das potências mundiais ao poder, seja econômico ou político e pelas crises econômico-financeiras no Brasil, Rússia e México, onde o índice de desemprego superou expectativas, cumulando-se toda riqueza nos países mais ricos, aumentando ainda mais a desigualdade sobre os países em desenvolvimento (LIMA FILHO, 2004, p 55).

Com o passar dos anos 90, a adesão pelo Investimento Estrangeiro Direto (IED) cresce exorbitantemente através de sua enorme procura por todo mundo, porém muitas dessas expectativas não se concretizam nos países em desenvolvimento que acabam não auferindo novos investimentos (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 26).

Domingos Leite Lima Filho (2004, p. 56), faz alguns apontamentos que acredita contribuir para a desordem global existente:

1) a dinâmica funcional do capitalismo como sistema mundial centro-periferia integrado e hierarquizado; 2) os alcances e os limites endógenos da globalização; 3) a transição do modelo de compromisso keynesiano para um novo ciclo de acumulação sob dominância do capital financeiro e a redefinição do papel dos Estados nacionais; 4) a natureza e o impacto dos programas neoliberais de ajuste estrutural; 5) a fisionomia das crises financeiras atuais e suas consequências.

Além disso, são características da globalização da economia a concentração e centralização que ocorre em três etapas, a primeira dá origem aos monopólios e as grandes corporações, a segunda dá origem ao capital financeiro e por último na terceira etapa aumenta-se a importância da circulação do capital financeiro em relação à circulação de mercadorias (LIMA FILHO, 2004, p 56).

De outro norte, identifica-se que os principais aspectos da globalização tem sido a liberação do comércio internacional, o crescimento do IED e o surgimento de novos fluxos financeiros internacionais, que geram uma maior concorrência no mercado global, ocorrendo isso pela junção de dois importantes fatores, as “decisões políticas para reduzir as barreiras nacionais às transações econômicas internacionais e o impacto de nova tecnologia, especialmente na área da informação e das comunicações” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 23).

O capitalismo compõe um sistema mundial centro-periferia, onde os EUA são o pólo dominante, sendo os outros dois a Europa e o Japão. A periferia do sistema é composta pelos demais países que devem congregar-se a um ou mais países do pólo, estando esse sistema em constante conflito pelo modo de produção capitalista (LIMA FILHO, 2004, p 57).

Registra-se que este sistema centro-periferia, que foi designado através da evolução do capitalismo, sofreu grandes mudanças com o surgimento das finanças modernas ao final do século XIX. Com a queda da lucratividade das empresas, buscou-se uma possível solução surgindo os grandes trustes e cartéis (LIMA FILHO, 2004, p 59).

Ademais, o intuito da globalização é de beneficiar todos os países, comunidades, povos por todo o mundo, diminuindo a desigualdade so-

cial e a pobreza existente, garantindo uma maior estabilidade econômica, social e ambiental em nível global (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 34).

Como observou a Comissão Mundial Sobre a Dimensão Social da Globalização (2005, p. 37), estudos da OIT envolvendo a globalização em nosso sistema capitalista tem demonstrado que o impacto do comércio nos empregos e salários tem gerado grandes diferenças entre os salários reais de trabalhadores não qualificados que tendem a declinar, crescendo a diferença salarial entre os trabalhadores qualificados e os não qualificados de forma relativamente acentuada.

Além disto, contemplam-se três dimensões que o capitalismo poderia se globalizar. Na primeira assegura-se a globalização com o foco nas relações sociais capitalistas, compreendida como a expansão mundial do assalariado como relação universal entre capital e trabalho, acarreta a sub-sunção aos mecanismos do trabalho assalariado das formas não capitalistas (LIMA FILHO, 2004, p 64).

Na segunda dimensão, quanto à globalização do modo de produção capitalista, o autor Domingos Leite Lima Filho (2004, p. 64), explana que:

[...] se considerarmos o modo de produção nas esferas de produção propriamente dita, distribuição e consumo, então verificaremos que não há uma globalização homogênea nas três esferas, ou seja, a globalização revela contradições à hora de globalizar-se a lei do valor. [...] A diferenciação salarial nacional e internacional segue sendo um mecanismo de competição intercapitalista.

Nesse âmbito, a terceira dimensão ressalta a globalização do capitalismo como sistema histórico, observado o fim da Segunda Guerra Mundial até a década de 70 com o predomínio do sistema centro-periferia e com a seguinte queda do socialismo, o capitalismo exerce então sua preponderância (LIMA FILHO, 2004, p. 65).

A função Estado-nação com o advento da globalização é fundamental para constituir uma estrutura jurídica, política e econômico-mercantil de regulação social, assegurando a valorização dos capitais nacionais, portanto a finalidade do Estado modificou apenas no seu modo de intervenção. (LIMA FILHO, 2004, p. 66).

Em oposição, analisa-se outra concepção de que o Estado nacional não seria um dispositivo tão essencial para a reprodução e acumulação do capital, gerando um atraso em sua mundialização. Podendo-se considerar exorbitantemente grande para assuntos locais, porém pequeno para questões globais. (LIMA FILHO, 2004, p. 67).

O Estado-nação e o processo de globalização devem trabalhar juntos e estarem interligados entre si, pois possibilitam a criação de eficientes instituições políticas e legais para os diversos grupos existentes na nação, assegurando sua ampla e justa distribuição que integram os objetivos econômicos e sociais (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 51).

Contudo, mesmo com a particularidade de cada Estado, alguns problemas alcançam a política universal, como a necessidade de investimentos na educação, trabalho, emprego, bem como no âmbito social e ambiental (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 51).

Salienta-se que na concepção teórica gramsciana, o Estado intercede através do âmbito jurídico nos conflitos internos das classes sociais e nos desacordos de interesses, buscando a melhor forma para a sua resolução e se moldando em um determinado tipo de Estado, de acordo com sua unificação (LIMA FILHO, 2004, p. 68).

O Estado visto e construído como meio de propiciar o Bem-Estar Social geral, foi constituído historicamente através da junção e do compromisso entre o capital e o trabalho, desempenhando a aceitação e legitimação da economia capitalista e do Estado liberal-burguês (LIMA FILHO, 2004, p. 69).

2.1 A Organização Mundial do Comércio

A OMC possui uma base concreta, personalidade jurídica dessemelhante de seus membros, estabelecida por um tratado que determinou suas funções, objetivos, estrutura e métodos para a tomada de decisões (MESQUITA, 2013, p. 48).

Para George Soros (2003, p. 69), o comércio internacional pode beneficiar muito todas as partes envolvidas, entretanto com a conduta impositiva dos Estados, extraindo cada vez mais benefícios particulares

adicionais, necessário se faz para que haja um equilíbrio e não se perca as vantagens oferecidas, estabelecer regras gerais que todos mutuamente concordem, encargo hoje trabalhado pela OMC.

“Os interesses dos países menos desenvolvidos terão que ser protegidos por meio das disposições da OMC para Tratamento Especial e Diferencial para promover seu potencial de exportação” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 80).

As determinações da OMC incentivam a aplicação de normas internacionais para prevenir violações e abusos no Comércio internacional, entretanto como a maioria dos países em desenvolvimento não possuem condições e capacidade acabam não adotando tais medidas (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p.82).

Todavia, os principais objetivos da OMC podem ser resumidos na criação e desenvolvimento de um sistema comercial multilateral integrado que seja respeitado e seguido por todos os países. Além disso, suas funções abrangem diretamente a solução de controvérsias, servindo como fórum de negociações comerciais (MESQUITA, 2013, p. 48).

A OMC pode ser considerada uma instituição internacional completa e avançada em muitas dimensões, uma vez que apesar de atuar diretamente na criação de normas internacionais, também opera no exercício da função judiciária, criando formas para executar suas decisões (SOROS, 2003, p. 70).

Apesar de que tais normas podem ser exigidas através de tratados internacionais, na prática isto não se consolida, pois envolvem negociações longas e complexas, sendo o maior exemplo a OIT, cuja elaborou diversas normas que são em sua maior parte desprezadas pelos países (SOROS, 2003, p. 72).

Segundo Maria do Socorro Azevedo de Queiroz (2007, p. 165), a inclusão de normas sociais na esfera da OMC, com o intuito de erradicar condições degradantes de trabalho é algo que está constantemente em discussão no âmbito internacional do Comércio, pois os países desenvolvidos responsabilizam os países em desenvolvimento pelo “*dumping social*”, recebendo como réplica a afirmação de que utilizam dessa teoria para resguardar seus mercados internos.

Segundo George Soros (2003, p. 74), a melhor alternativa é oferecer recursos aos países pobres para que eles possam cumprir as normas internacionais por livre iniciativa, sem impor exigências. Necessita-se construir um sistema voluntário que complemente as normas da OMC, sendo esse o componente faltante para as nossas instituições internacionais globais.

Ademais, com a OMC encontrando-se hoje totalmente separada do âmbito trabalhista, atuando apenas no comércio internacional, não se muda a situação dos indivíduos que são explorados através do trabalho e que sofrem graves violações aos seus direitos humanos fundamentais, por isso a separação do espaço de atuação entre a OMC e a OIT não resolve o problema, carecendo de uma direta integração entre os dois órgãos internacionais (QUEIROZ, 2007, p. 177).

A globalização hoje no sistema capitalista apresenta um aspecto de grande desigualdade entre capital e trabalho. O capital flui para países que oferecem vantagens, como a mão-de-obra barata, gerando progresso e desenvolvimento, entretanto, os países desenvolvidos, apesar de perdas nesse meio, criam oportunidades de trabalho com maiores valores aglutinados, verificando-se grandes movimentos migratórios, legais e ilegais, para o exercício de funções que dificilmente seriam aceitas pela própria população local (SOROS, 2003, p. 74).

Apesar de diversas tentativas de inserção de normas trabalhistas no âmbito da OMC, na Rodada do Uruguai esta tentativa também restou frustrada, visto que priorizou-se apenas questões ligadas ao meio ambiente, constatando métodos de procedimento e criando o Cômite sobre comércio e Meio Ambiente (MESQUITA, 2013, p. 90).

Na visão de Maria do Socorro Azevedo de Queiroz (2007, p. 180), é possível um trabalho conjunto entre a OIT e a OMC, com o intuito de estabelecer melhores condições no comércio internacional e de criar condições dignas a todos os trabalhadores que laboram para o mercado comercial direto ou indireto, sem prejudicar o desenvolvimento econômico.

De acordo com George Soros (2003, p. 76-77), a OIT é uma instituição internacional dedicada à proteção do trabalho, dissertando que:

Trata-se de uma entidade anterior e, sob certos aspectos, superior à OMC: tem uma estrutura tripartite que envolve sindicatos traba-

listas, empregados e governos. Seu estatuto é, sob outros aspectos, quase idêntico ao da OMC. Ela já dispõe de toda a estrutura normativa necessária para proteger o trabalho. Como a OMC, a OIT autoriza sanções de natureza econômica contra qualquer membro que se recuse a cumprir as determinações de um relatório elaborado por uma Comissão de Inquérito muito semelhante aos painéis da OMC. A principal diferença entre a OMC e a OIT é o comprometimento dos Estados-membros. Por exemplo, o governo dos Estados Unidos ratificou apenas 13 das 182 convenções da OIT e apenas duas de suas oito normas trabalhistas básicas.

“Para a Organização Mundial do Comércio (OMC), a melhoria das normas trabalhistas representa comércio internacional mais justo com reflexos no campo social, econômico, e de concorrência” (BARZOTTO, 2007, p. 56).

Os revolucionários que defendem os direitos trabalhistas promovendo críticas à OMC, agem de forma incoerente tendo em vista que deveriam lutar pelo fortalecimento da OIT, mantendo um equilíbrio entre as entidades para que elas possam atuar em conjunto e poder os Estados-membros ratificar e executar suas convenções se persuadida a vontade política (SOROS, 2003, p. 77).

3 Globalização e Direito

A globalização é um fenômeno amplo, podendo ser redirecionada por diversas áreas e aspectos, ela possui um caráter tecnológico e uma força dinâmica, sendo imprescindível trazer também uma análise sobre a globalização no Direito.

Na visão de Paolo Grossi (2009, p. 157-158), para adentrarmos no tema Globalização no Direito necessitamos entender seu processo inicial, seu significado como um todo, “o eclipse do Estado e da sua expressão mais representativa, a soberania”.

Segundo Eduardo Felipe Pérez Matias (2005, p. 197), a globalização no Direito com o aumento da interdependência dos Estados, pode ser destacada em duas dimensões principais, sendo a criação de novas normas internacionais e o crescimento das Organizações Internacionais que com-

põem o mundo jurídico e político que cooperam com o desenvolvimento global alterando a forma de composição da sociedade.

Com efeito, a globalização para os estudiosos da área jurídica expressa a ideia de rompimento do monopólio e a quebra do sistema do Direito estatal dominante, por não conseguir acompanhar a crescente força econômica global que necessita cada vez mais de concretude em suas novas formas de atuação (GROSSI, 2009, p. 160).

Como abordado anteriormente, segundo ensina Paolo Grossi (2009, p. 166) à globalização tende a atrair malefícios ao mundo jurídico, destacando que:

A globalização complica a paisagem jurídica. Já no âmbito do direito oficial, por um desenvolvimento natural das instituições e das mentalidades jurídicas como consequência de profundas mutações políticas e sociais, houve complicações inevitáveis descompondo um pouco as linhas do simplíssimo projeto jurídico moderno. Pense-se, tanto por permanecer na nossa área quanto se tornou complexo o ordenamento jurídico italiano com a adoção, em 1948, de uma Constituição rígida, e, nas décadas posteriores, com a inserção sempre mais condicionante na Comunidade Europeia. À velha legalidade, que tinha o legislador ordinário como referência, agregam-se e se sobre ordenam graus antes inimagináveis de legalidade, a constitucional e a comunitária, graus de legalidade – ainda – que se concretizam em normas de qualidade bem diferente da formalizada lei ordinária. Uma complicação de valia nova foi, porém, criada pelos fenômenos globalizadores. Aqui não é o Estado que projeta ou aceita novas formas de organização jurídica, mas algo que acontece além do Estado (ou mesmo contra o Estado). Forças privadas, sobretudo forças econômicas, começam a produzir direito. E o binário jurídico se torna ao menos duplo. Permanece, obviamente, a estrutura oficial com suas leis, seus regulamentos, seus oficiais de polícia, seus juízes, mas – conjuntamente – desenha-se um binário novo com suas fontes produtoras,

seus instrumentos, seus institutos, seus juízes privados (árbitros).

Com a Globalização hoje inserida em nosso sistema jurídico, os Estados estão se transformando cada vez mais interdependentes, ou seja, os efeitos da sua atuação têm grandes possibilidades de se propagar em outro meio. Portanto, a interdependência no âmbito internacional se designa as mútuas relações entre os países e indivíduos que possuem nacionalidade distinta, fazendo com que fatos locais sejam impulsionados por episódios que ocorreram no outro lado do mundo (MATIAS, 2009, p. 202).

Podemos notar que a globalização hoje está inserida rapidamente através das decisões políticas e econômicas de um país podendo ser propagada por todo o mundo, através, por exemplo, das taxas de juros e câmbio, pois as economias encontram-se hoje cada vez mais vinculadas, sendo a interdependência algo irremediável (MATIAS, 2009, p. 203).

Para Paolo Grossi (2009, p. 170), “a globalização mostra sua dupla face para o jurista; grande ocasião de maturação e de abertura, mas também um grande risco. O risco encontra-se na arrogância do poder econômico, que não é menor do que a ameaça do poder público”.

Entretanto, apesar de a globalização não se desenvolver apenas nos aspectos econômicos, estando ela também inserida no espaço religioso, cultural, esportivo e assistencial, essas premissas não possuem destaque no mundo jurídico, pois é evidente que o mercado econômico hoje possui o intuito de desenvolver um direito próprio e gerar maiores discussões nas adversidades jurídicas da globalização (GROSSI, 2009, p. 170).

Considerações finais

O processo de globalização teve seu crescimento na atualidade por força da revolução tecnológica, pela formação dos blocos regionais e os conglomerados financeiros mundiais.

O presente artigo chega ao seu fim, acreditando-se que seu objetivo pretendido foi alcançado, qual seja: versar sobre a composição da globalização econômica e as suas especificidades no que se refere ao Direito.

O resultado da pesquisa nos trouxe a conclusão de que em virtude do fenômeno da globalização econômica, tem-se apresentado poucas

ações na busca de uma justiça social, constata-se um aumento gradativo da perda de direitos conquistados pelos trabalhadores e na corrosão da democracia pela concentração de poder nas mãos de pequeno número de indivíduos e corporações, fazendo com que os poderes públicos se tornem verdadeiras cadeias de transmissão destes interesses.

É nessa perspectiva que a globalização atenua a soberania e compromete a autonomia dos Estados, impedindo ou reduzindo as possibilidades de se implementar os direitos sociais.

Dessa forma, é de extrema importância que o Estado se mantenha em equidade em relação a forte pressão externa e aos efeitos da globalização econômica, imposta pelo capital, se unindo a outros Estados e formando blocos econômicos para uma maior integração regional e mantendo a existência de uma ordem jurídica supranacional.

Referências bibliográficas

ANDRIGHETTO, Alessandro Lopes. **Globalização e a flexibilização do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=DoRKBQAAQBAJ&pg=PA8&lpg=PA8&dq=ALESSANDRO+LOPES+ANDRIGHETTO+globaliza%C3%A7%C3%A3o+e+direito+do+trabalho&source=bl&ots=l4XCt-5BGk&sig=w6SveX3hMq2X0hn3WQWPm63wr-jg&hl=pt-BR&sa=X&ei=UOAnVa6UDIuyggSg5oOIBQ&ved=0C-CMQ6AEwAQ#v=onepage&q=ALESSANDRO%20LOPES%20ANDRIGHETTO%20globaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20direito%20do%20trabalho&f=false>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e Trabalhadores: Atividade Normativa da Organização Internacional do Trabalho e os Limites do Direito Internacional do Trabalho**, Porto Alegre, 2007.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO. **Uma globalização justa: criando oportunidades para todos**. Brasília: MTE. Assessoria Internacional, 2005. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/por-uma-globaliza%C3%A7%C3%A3o-justa-criar-oportunidades-para-todos>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

- GROSSI, Paolo. **Globalização, Direito, Ciência Jurídica**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PGrossiGlobal.pdf>. Acesso em 18 abr. 2019.
- IENNACO, Luiz Antônio de Paula. **Efeitos da globalização na (des)regulamentação das relações de trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 41, n. 71, p.111-119, jun. 2005. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Luiz_Iennaco.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- LIMA FILHO, Domingos Leite. **Dimensões e Limites da Globalização**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A Humanidade e suas Fronteiras: do Estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MESQUITA, Paulo Estivallet de. **A Organização Mundial do Comércio**. Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.
- OLIVEIRA, Michele Ribeiro de; SAMPAIO, Rodrigo Ribeiro. **Os Direitos Humanos, os tratados internacionais e a livre circulação de pessoas no MERCOSUL**. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos: Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **A Cláusula Social na OMC: por uma interrelação efetiva entre OMC e OIT e o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores**. Scientia Iuris, Londrina, v. 11, p.165-183,. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4116/3520>>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- SCHILLING, Voltaire. **GLOBALIZAÇÃO, ONTEM E HOJE**. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/atualidade/globalizacao.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- SOROS, George. **Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

FINTECHS: INSPIRAÇÃO INTERNACIONAL E CAMINHOS PARA A REGULAÇÃO BRASILEIRA

Tháís Cíntia Cárnio

Fernando Hatada

INTRODUÇÃO

Em diversas jurisdições ao redor do mundo, percebe-se a evolução recente e deveras rápida de uma tendência que não parece retroceder: a constituição de empresas que prestam serviços ou comercializam produtos valendo-se de meios tecnológicos cada vez mais aperfeiçoados.

Paralelamente, a consequência imediata é a troca da inter-relação física e logística entre empresas e consumidores, transmutando-se em conexões tecnológicas, que apresentam como características a celeridade e a diminuição da intervenção humana nesse procedimentos. Isso pode ser observado claramente no que concerne às empresas de tecnologia que oferecem serviços financeiros: menos agências, menos funcionários e mais inovação. São as chamadas *fintechs*.

A seguir, serão examinados o conceito dessas instituições, sua evolução e as iniciativas dos órgãos regulatórios diante dessa interessante realidade.

1. Conceito de *fintech*

O conceito de *fintech* não decorre de desenvolvimento da ciência jurídica, tampouco de definições regulatórias. Em verdade, decorre da con-

tração da expressão do idioma inglês *financial technology*, ou seja, tecnologia financeira.

Segundo documento da Comissão Europeia de novas tecnologias financeiras, o termo é utilizado para descrever o impacto de novas tecnologias nas empresas de serviços financeiros, incluindo uma ampla gama de produtos, procedimentos, modelos de negócios e aplicações que transformaram o modelo tradicional de oferecer produtos bancários e financeiros. (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

A utilização desse termo remonta ao início da década de 90, quando o Citigroup desenvolve um projeto voltado para o incremento da cooperação tecnológica entre prestadores de serviços financeiros, conhecido como *Financial Services Technology Consortium*. (HOSCHSTEIN, 2015).

O efetivo desenvolvimento dessa modalidade de exercício da atividade empresarial apresenta três etapas distintas, quais sejam: (i) o período totalmente analógico; (ii) o início da utilização de processamento de dados para realização de operações financeiras; e (iii) o momento em que a alta tecnologia é utilizada.

O estágio inicial, analógico, caracteriza-se pela total ausência de recursos tecnológicos para suportar as intermediações de cunho financeiro. Posteriormente, na segunda etapa, os mecanismos que focam na capacidade de processar informações são desenvolvidos. Finalmente, a partir de 2008, empresas inovadoras aplicam tecnologia de ponta para produtos e serviços oferecidos tanto para o mercado de atacado, como para o de varejo. (BUCLEY, AMER E BARBERIS, 2016).

2. Evolução das *fintechs* através dos tempos

Os três períodos distintos de evolução das *fintechs* apresenta-se como elemento divisor de águas, o grau de desenvolvimento de recursos tecnológicos associados ao exercício do objeto empresarial relacionado a serviços financeiros, oscilando desde a sua ausência total, até a presença da tecnologia como verdadeiro alicerce da atividade em voga.

2.1 Período analógico ao digital: de 1867 a 1967

A necessidade de viabilização de transferências de valores de maneira segura e rápida é tema recorrente no cotidiano mercantil desde pris-

cas eras. A busca por esses mecanismos revelou-se frutífera na criação de vários institutos jurídicos especialmente úteis tanto para essa, como para outras finalidades. Exemplo disso são os títulos de crédito, as casas de câmbio, bancas de câmbio, dentre outros.

Assim, durante esses cem anos, a busca por agilidade no fluxo de informações enveredaram caminhos que propiciaram a invenção do telégrafo, a expansão de estradas de ferro e canais navegáveis, resultando no rompimento de fronteiras físicas para a transmissão de informações atinentes à concretização de transações financeiras e prestação de serviços de transferências internacionais. (MORE, 2000).⁹⁹

Muito embora a velocidade do trânsito de informações apresente diferenças abismais entre o primeiro período de evolução das *fintechs* e os dias atuais, as partes envolvidas nas transações internacionais já podiam se valer da fluidez dos elementos necessários à consecução de negócios.

No que tange à evolução dos meios de pagamento, em meados do século XX, Frank MacNamara concebe uma nova modalidade de pagar por bens e serviços, diferente do cheque e da pecúnia. Tratava-se do cartão de crédito. Especificamente, o Diner's Club.¹⁰⁰ (DINNER'S CLUB, 2019).

Pensado, originalmente, para o adimplemento de contas decorrentes do consumo em restaurantes, rapidamente o cartão expandiu-se para outras modalidades de consumo, transformando-se em um modo de pagamento usual a ponto de haver peças publicitárias evidenciando esse hábito tão difundido: “Não saia de casa sem ele”, apregoava a propaganda do American Express Card, o primeiro cartão plástico, lançado em 1960.

A transmissão de dados entre clientes, lojistas e administradoras de cartões de crédito torna-se cada vez mais intensos, enquanto consumidores aderem ao dinheiro plástico com grande velocidade.

99 Interessante observar que a incessante busca por elementos catalizadores para a circulação de riquezas por intermédio de meios de pagamento ensejou a criação das primeiras empresas financeiras desse momento atual, no qual as instituições cada dias mais encontram-se desmaterializadas, exercendo a prestação de serviços por meios virtuais.

100 A curiosa situação vivida por MacNamara torna a criação do cartão de crédito até certo ponto divertida. MacNamara combinou um jantar com seus colegas e, no momento de pagar a conta, percebeu que não havia trazido sua carteira. Sua esposa foi até o local e solucionou o embarço. Partindo dessa experiência pessoal, MacNamara criou esse novo meio de pagamento tão conhecido hodiernamente.

Em 1967, o Barclays Bank investe em movimentação de contas correntes com cartões de débito utilizando máquinas de auto-atendimento, as chamadas ATM's (*Automated Teller Machine*). Aliás, seu criador, John Shepherd Barron tem a ideia de desenvolver as ATM's quando tenta retirar dinheiro em uma agência bancária e não consegue fazê-lo por se atrasar um minuto. A agência fecha, sua expectativa é frustrada e um novo equipamento voltado à satisfação do cliente é criado. (CRAMB, 2019).¹⁰¹

Mais uma vez, a necessidade traz novas soluções.

2.2 Segundo período: evolução da prestação de serviços financeiros: de 1967 a 2008

O desenvolvimento das ATM's em 1967 marcam um novo período na evolução das financeiras. Em 1968, a Bankers Automated Clearing Service, atualmente denominada de BACS, é lançada para facilitar a compensação e liquidação de pagamentos no Reino Unido. (BACS, 2019).

Valendo-se de meios totalmente automatizados, a BACS propicia rápidos serviços de compensação, tanto para depósitos como para retirada de valores das contas. Essas transferências eram efetuadas por intermédio da leitura dos dados constantes de sequência numérica inserida nos cheques, capaz de indicar o banco, agência e conta. Esse sistema de pagamento provou ser altamente eficiente e confiável.

A migração do sistema de prestação de serviços realizado analogicamente para esse novo ambiente digital elimina a necessidade do envio de informações de forma física, economizando uma quantidade significativa de tempo. Originalmente, o serviço era prestado em três dias úteis, com o primeiro dia para inserção no sistema, o segundo dia para processá-lo e o terceiro dia para compensá-lo com as informações da conta de origem. (ARTICLE FACTORY, 2019).

Nesse mesmo estágio evolutivo, outra alteração significativa é observada na automatização do envio de ordens de pagamento internacionalmente.¹⁰²

101 Cabe esclarecer que a evolução tecnológica revisita uma antiga consequência já bem conhecida do mercado de trabalho: a demanda por mão-de-obra especializada em detrimento de postos de trabalho com baixa qualificação.

102 A ordem de pagamento, em seu modelo analógico, tratava-se de uma carta enviada via

Inicialmente enviadas por cartas via aérea, as ordens foram posteriormente transmitidas por meio de mensagem via telex. Nessa modalidade, são informados o valor do crédito, o tomador, o beneficiário, a data de valorização da operação (ou *value date*), dentre outras informações importantes, porém, diferentemente do que se observava na versão física, mensagens por telex não possuem assinatura, pois as ordens de pagamento são autenticadas por chave própria de cada instituição (conhecida como *test key*). Posteriormente, essas transferências passam a ser informadas por um sistema mais avançado de comunicação de dados: o *SWIFT*.

Em 1973, os Estados Unidos e o Reino Unido, que já haviam desenvolvido sistemas próprios de compensação, voltam-se suas preocupações para a concepção de um modelo de compensação global.

Naquele ano, um grupo de banco europeus, norte-americanos e canadenses, visando a prestação de serviço internacional de comunicação de dados, voltado especialmente para o setor bancário, fundou a *SWIFT* (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*), com matriz na Bélgica. (SWIFT, 2019).

O serviço de informações é prestado através de um sistema padronizado de troca de mensagens entre bancos, inclusive para transmissão de ordens de pagamento, empréstimos, títulos de crédito, cobranças, mensagens especiais, etc. Para cada tipo de ordem há códigos especiais, com várias subdivisões, tornando as mensagens muito mais sucintas do que se fossem transmitidas por qualquer outro meio de comunicação.

Desse ponto em diante, as instituições financeiras objetivam cada vez mais incrementar sistemas automatizados e investir em novas tecnologias.

Paralelamente, em 1971, nos Estados Unidos, foi criada a *NASDAQ*, a *National Association of Securities Dealers Automated Quotation System* (Sistema Eletrônico de Cotação da Associação Nacional de Intermediários de Valores), que altera a negociação de valores mobiliárias de forma física para plataforma de transferências de dados eletrônicos. (NASDAQ, 2019).

aérea pelo banco da praça do remetente ao banco da praça do beneficiário, mencionando-se o valor a ser creditado, o beneficiário, o destinatário, o emitente e qualquer outro dado complementar necessário à efetivação dessa transferência. Uma vez conferidas as assinaturas constantes do documento como sendo representantes do banco emissor, os valores são devidamente creditados ao destinatário.

Formam-se grandes empresas relacionadas à área de informática e tecnologia da informação, as chamadas “ponto com”, assim denominadas em referência ao endereço usualmente utilizado para identificação de sítios na rede mundial de computadores. Suas ações aumentaram significativamente de valor entre os anos de 1990 e 2000.

Nesse cenário, um acontecimento extremamente impactante afeta a economia internacional: a “Crise do *Subprime*”, em 2008, inicia um novo período de evolução.

2.3 Terceiro período: de 2008 até os dias atuais

Em 2008, o mercado internacional foi fortemente abalado pelo evento que ficou mundialmente conhecido como “Crise do *Subprime*”.

Trata-se de uma crise financeira causada pela insolvência das instituições de crédito americanas que concediam empréstimos destinados à aquisição de imóveis, garantidos por hipoteca.

O que, aparentemente, poderia ser uma sólida operação de mútuo com garantias reais e grandes possibilidade de recebimento dos valores devidos, na realidade apresentava-se como um negócio arriscado. Isso porque as financeiras concentraram-se em conceder crédito a pessoas com baixa renda e, portanto, com elevado grau de risco de inadimplência: o mutuário classificado como *subprime*.¹⁰³

Em vista do risco envolvido, eram cobrados altos juros. Ademais, as instituições que concediam os créditos não permaneciam com essas operações em seus balanços, pois emitiam títulos no mercado de derivativos, cujo lastro era justamente a dívida do crédito imobiliário, garantido pelo próprio bem financiado.

Juridicamente, não havia qualquer obstáculo ou restrição a esse procedimento, contudo, quando a inadimplência se tornou epidêmica, os investidores que detinham esses títulos perderam recursos aplicados.

Nesse ambiente, a credibilidade dos bancos tradicionais junto ao mercado consumidor bancário foi grandemente abalada, dando oportunidade

103 Tais clientes também eram chamados no jargão bancário de pelo acrônimo NINJA: *no income, no job, no assets* (em tradução livre, sem renda, sem emprego e sem bens). Percebe-se nitidamente o conhecimento dos mutuantes quanto à fragilidade creditícia desses empréstimos.

ao desenvolvimento de novos operadores na área de prestação de serviços financeiros, mais modernos e ágeis, com novas propostas de atendimento ao cliente.

Empresas de outros ramos de atividade sem presença física, como a Amazon, Facebook, Alibaba e Google começam a fazer parte integrante e indissociável do cotidiano social. Não se nota no público alvo a necessidade de presença física, prédios suntuosos e enormes instalações para que escolha esse ou aquele fornecedor de bens e serviços. Importa, em verdade, a satisfação à expectativa de variedade, rapidez e segurança de recebimento do que foi contratado.

As *fintechs* imediatamente identificam a importância de oferecerem às plataformas de vendas meios de pagamentos que transmitam conforto e tranquilidade ao cliente. E diante desse diagnóstico, crescem cada dia mais.

É um caminho que não aparenta ter volta. Contudo, perguntas precisam ser respondidas: como essas atividades devem ser reguladas? Qual o comportamento dos órgãos regulatórios diante dessa realidade que se assoma de maneira inexorável ao ambiente socioeconômico? Esses pontos serão objeto de estudo a seguir, após contextualizar a atuação das *fintechs* no Brasil.

3. *Fintechs* no Brasil

Há diversas categorias de *fintech* no Brasil, sendo: de crédito, de pagamento, gestão financeira, empréstimo, investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, câmbio e multisserviços. (BRASIL, 2019).

Em 2015, criou-se o FintechLab, uma espécie de cubo que gera conhecimento, conexão e um conselho consultivo sobre o mercado de *fintechs* no país. Em análise mais recente, divulgaram que o número de *fintechs* em atuação no Brasil obteve um crescimento de 33% (trinta e três por cento), entre agosto de 2018 onde somavam 453 (quatrocentas e cinquenta e três) empresas para 604 (seiscentas e quatro) no início de junho deste ano. Fábio González, um dos cofundadores entende essa alta como reflexo de um ambiente altamente positivo¹⁰⁴. (FINTECHLAB, 2019).

104 “As autoridades reguladoras estão se mostrando muito propensas a avançar em normas e procedimentos que garantam maior segurança jurídica e estimule a competição no

A ABFINTECHS (Associação Brasileira de *Fintechs*) surge em 2016 e através de uma parceria com a PwC, realizaram a Pesquisa *Fintech Deep Dive* 2018. Rodrigo Ubaldo, presidente da associação, enfatiza que o país tem um mercado fértil para inovações além de uma regulação nascente, fazendo com que o Brasil seja o maior da América Latina no segmento de *fintechs*. (FINTECHLAB, 2019).

No Brasil, as *fintechs* passaram por três fases: (i) entre 2013 e 2014 fez com que surgissem os modelos inovadores baseados em baixo custo da distribuição digital, reinventando a experiência do cliente; (ii) entre 2015 e 2016, apareceram as dificuldades em obter clientes, começa então a surgir o interesse do setor por parcerias, iniciou uma mudança de comportamento dos tradicionais players do setor, deixaram de focar somente em regulamentação e passaram a investir em inovação; (iii) a terceira fase, que começa em 2017 e continua aos dias atuais, potencializou o envolvimento de tecnologias inovadoras em busca de melhor eficiência operacional e expansão de ofertas dos produtos e serviços para obter um maior público.

Na distribuição de *fintechs* brasileiras no território nacional, há uma concentração de 93% (noventa e três por cento) nas regiões Sul e Sudeste. O estado de São Paulo lidera com 58% (cinquenta e oito por cento) dessas iniciativas, seguido de Minas Gerais com 9% (nove por cento), Rio de Janeiro com 8% (oito por cento), Paraná com 7% (sete por cento), Santa Catarina com 6% (seis por cento), Rio Grande do Sul com 4% (quatro por cento) e uma distribuição de 7% (sete por cento) entre os demais estados do Brasil. Dessa amostra, 46% (quarenta e seis por cento) surgiram após 2016 e 51% (cinquenta e um por cento) delas estavam em início de operação em 2018. (ABFINTECHS, 2018).

As *fintechs* possuem uma vantagem natural se comparada as empresas do segmento financeiro tradicional, pela maior flexibilidade em inovar, mas dados da pesquisa levantam que seus principais obstáculos estão alinhados em atrair e reter talentos com qualificação necessária, obter visi-

sistema financeiro. Os investidores, por sua vez, identificam a capacidade das *fintechs* em explorar as ineficiências do sistema financeiro e, com isso, entregar lucratividade com uma margem de risco saudável. Enquanto isso, a evolução tecnológica coloca à disposição dos empreendedores ferramentas cada vez mais poderosas e com acesso cada vez mais fácil para o desenvolvimento de seus modelos de negócios”.

bilidade de mercado com intuito de captar mais clientes e investimentos, além de atender aos requisitos regulatórios.

No tocante ao último item, alguns especialistas pontuam que no Brasil é difícil concorrer no segmento das *fintechs* pelas características regulatórias e de segurança do setor financeiro, destacando o quão importante é uma maior atenção a esse ponto logo no início da criação do empreendimento.

3.1 Regulação no mercado brasileiro

O ambiente regulatório para as *fintechs* é um dos grandes obstáculos encontrados. Aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) delas citam dificuldade em atender as exigências, por conta da complexidade da legislação, principalmente no que se refere à questão tributária, e com essas dificuldades, conseqüentemente, investidores se afastam.

Quando uma *fintech* não consegue atender as necessidades regulatórias, frequentemente buscam parcerias com instituições financeiras tradicionais ou acabam tornando-se uma delas. Por trabalharem em parceria com uma instituição financeira, mesmo com características mais digital que a *fintech* possa ter com seus processos, a instituição normalmente possui uma estrutura diferenciada para operar seu negócio, isso faz com que exista um conflito entre um legado técnico com algo mais inovador, gerando um custo de adaptação da *fintech*.

O mercado americano e europeu já têm outorgado autorizações para que as *fintechs* possam operar diretamente com o cliente sem que tenham que passar por uma transformação em instituições financeiras. No Brasil, há uma grande expectativa que isso também se desenvolva.

No primeiro semestre de 2018, houve um avanço positivo quanto à regulamentação. Foram aprovadas novas regras de atuação das *fintechs* no segmento de crédito, sendo uma das modalidades a SCD – Sociedade de Crédito Direta e a outra, a SEP – Sociedades de Empréstimos entre pessoas.

A Sociedade de Crédito Direta caracteriza-se pela realização de operações de crédito através de uma plataforma eletrônica, com recursos próprios, havendo expressa restrição de captação de recursos públicos.

A Sociedade de Empréstimos entre Pessoas atua em um modelo conhecido de “*peer-to-peer lending*”: a *fintech* recebe autorização para atuar

como uma ponte na relação entre credor e devedor, a clássica operação de intermediária financeira e podendo cobrar tarifas. Diferente do modelo anterior, esse pode operar com captação de recursos públicos, caso tenham conexão com a operação realizada.

As duas modalidades recebem autorização para que a *fintech* também possa atuar com prestação de serviços em análise de crédito, cobrança de crédito e emissão de moedas eletrônicas. Além de suas operações passarem a constar do Sistema de Informações de Crédito – SCR.

Uma *fintech* que tenha intuito de operar com as modalidades regulamentadas (SCD ou SEP) precisa recorrer ao Banco Central do Brasil, apresentando requerimento. Serão analisadas todas as informações necessárias dos proprietários para identificar a compatibilidade da capacidade econômico-financeiro com o porte, a natureza e o objetivo da iniciativa, além de ter garantido o conhecimento sobre a origem da movimentação financeira dos recursos que serão utilizados pelos seus controladores.

A regulamentação das *fintechs* no Brasil está disposta Resoluções ns. 4.656 e 4.657, de responsabilidade do Conselho Monetário Nacional. (BRASIL, 2019).

3.2 Perspectivas jurídicas

As regras criadas através das referidas resoluções, já permite discutir melhorias visíveis as decisões sobre o assunto em alguns pontos, porém um fator importante a considerar antes de tecer críticas imediatas, é que essa iniciativa é positiva e permite uma abertura para a inovação nesse segmento, além de oferecer uma segurança maior tanto aos consumidores quanto aos grupos interessados em alocar investimentos para potencializar esse modelo de negócio. O relatório de Economia Bancária do Banco Central demonstra um maior interesse da instituição em contribuir e estimular a inovação tecnológica no sistema financeiro do país. (BRASIL, 2019).

Não são somente as *fintechs* que possuem desafios com a regulação: o próprio órgão também os tem. Nenhuma decisão do órgão regulador, por mais bem intencionado que ele esteja em potencializar a expansão das *fintechs*, pode deixar de considerar suas funções básicas: o controle da política monetária, acompanhando constantemente o fluxo de demanda

por dinheiro, além da supervisão e fiscalização, em relação a organização da indústria financeira como um todo. (BRASIL, 2018).

No Brasil, o sistema financeiro no seu âmbito tradicional é composto pela ideia de que o relacionamento com as instituições financeiras com seu público se dá com o atendimento presencial em suas agências, com isso houve expansão de uma enorme quantidade de pontos de atendimento. Há levantamentos apontando que no Brasil existem onze agências para cada cem mil habitantes, mas na região Norte e Nordeste esse número seria de apenas seis agências.

Em 2016, 82% (oitenta e dois por cento) dos contratos ativos de operações financeiras estavam em poder das cinco maiores instituições financeiras tradicionais do país, colocando o Brasil em um patamar de alto índice de concentração ficando em segunda posição mundial, gerando um contexto semelhante ao de oligopólio. (ABFINTECHS, 2018).

Na análise do próprio Banco Central, mesmo com esse elevado índice, houve uma tendência em que os valores de manutenção desses contratos se elevassem, e agências foram fechadas, diminuindo a quantidade de postos de atendimento. Entre 2015 e 2017, as receitas oriundas de serviços dessas instituições cresceram 8,7% (oito vírgula sete por cento). Somente em tarifas, houve um crescimento de 22,1% (vinte e dois vírgula um por cento).

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor divulgou o pacote de tarifas das cinco maiores instituições, entre novembro de 2016 a outubro de 2017, os valores cresceram a média de 12,6% (doze vírgula seis por cento), gerando um aumento 4,6 vezes maior que a inflação do período, mesmo com redução do custo, o consumidor pagou mais para ter o serviço tradicional. (BRASIL, 2018).

Além desses dois pontos contextualizados, caso a regulação comece a expandir num futuro próximo em favor das *fintechs*, poderá auxiliar no processo de bancarização, com maior dinamismo e qualidade na prestação de serviços com soluções mais transparentes e a diminuição do *spread* bancário no Brasil.¹⁰⁵

105 Cabe salientar que o *spread* brasileiro só não é maior do que o praticado em Madagascar, segundo o Fundo Monetário Internacional, com base em dados compilados do Banco Mundial.

Mesmo que o órgão regulador entenda que está apto a fomentar maior abertura às *fintechs*, alguns pontos serão de extrema relevância e é necessária uma análise cautelosa, visto que a abertura mais ampla para tecnologia modernizando os sistema financeiro dá margem a maiores riscos envolvendo a mudança estrutural com os novos entrantes não financeiros, a segurança da informação, os crimes cibernéticos, a terceirização e a liquidez.

Todos esses pontos são críticos, vez que possibilitam risco à solidez do mercado financeiro e, nesse ponto, é necessário que seja pensado em uma estrutura jurídica que venha a dar respostas a todos os lados desse novo contexto.

Em muitos momentos, quando a tecnologia avança no âmbito digital, a primeira reação poderá ser uma tentativa de barrar, retardar, proibir e negar o progresso ou ao menos dificultar o seu uso pelas pessoas, porém o que tem se verificado é que a tecnologia é uma fonte aceleradora da humanidade, a mudança é inevitável. Todo o contexto social é mutável, há pequenas evoluções constantes que às vezes parecem imperceptíveis, porém elas acontecem. Pelo sucesso dos últimos 30 anos da rede internacional de computadores, há claramente a resposta de que o impossível é mais plausível do que parece. A velocidade como esses eventos têm evoluído não apresenta precedentes e esta cada vez maior, de modo que todos são pegos desprevenidos. E nem por isso o homem deixará de inventar novas soluções e produzir mais anseios, para evitar o desconforto por não saber lidar com o novo. (KELLY, 2017).

E-Commerces como eBay, Amazon e Alibaba realizam bilhões de transações ao ano e não possuem uma loja física sequer. A responsabilidade de sustento desse modelo de negócio é um exemplo, pois é partilhada com os próprios usuários. Eles fotografam, vendem, postam e também alimentam um sistema para assegurar a justiça nesse contexto, através dos sistemas de avaliações. Os 3 bilhões de feedbacks que são inseridos na plataforma vão moldando a confiança e segurança das relações e transações. Claro que isso parece muito mais simplório que definir um meio mais seguro juridicamente ao sistema financeiro e a inclusão das *fintechs*, mas se houvesse uma reeducação entre as duas pontas: clientes e instituições financeiras, possivelmente haveria a possibilidade de se criar um sistema mais justo e adequado.

Iniciativas que estão acontecendo e podem gerar possíveis expectativas jurídicas sobre regulação das *fintechs* podem ser observadas pelas iniciativas do Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas (LIFT) e da Federação Nacional das Associações de Servidores do Banco Central (FENASBAC), que lançadas pelo o Banco Central e apoiadas por empresas de tecnologia, têm o objetivo de reunir mercado e academia para experimentos em um ambiente virtual, para construírem juntos alguns experimentos. (ABFINTECHS, 2018).

Além da iniciativa anterior, há um projeto em conjunto da Associação Brasileira de Desenvolvimento (ABDE), do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), denominado LAB – Laboratório de Inovação Financeira, uma espécie de *sandbox* regulatório que permite empresas realizarem testes e ficam sujeitas a requisitos regulatórios diferenciados, podendo receber agentes reguladores para orientar de modo personalizado sobre como interpretar ou aplicar a regulamentação cabível, em um ambiente real de modo controlado e totalmente assistido pela autoridade reguladora. (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, com essas ações, dado ao que tem ocorrido no mercado e a evolução do próprio órgão, ainda há um receio sobre os ganhos e os riscos associados ao fenômeno *fintechs*, pois não são inteiramente conhecidos e tampouco mensuráveis, porém, a trajetória que as inovações percorrem induzem que, na melhor das hipóteses, a proibição sempre será temporária e, em longo prazo, contraproducente. A opção será receber o futuro!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a disrupção de modo bem acelerado, é desafiador pontuar como será a evolução em relação às *fintechs*, tanto em âmbito de mercado quanto em regulação por parte dos órgãos competentes. As transformações com o suporte da tecnologia vêm acontecendo de maneira tão rápida que a disrupção obtém maior velocidade para criação do que para a sua assimilação e normatização.

Qualquer iniciativa promissora criará em conjunto opositores, quanto mais grandiosa puder ser, maiores poderão ser as objeções. O surgimento das *fintechs* já trazem consenso entre grandes especialistas do mercado finan-

ceiro de que há possibilidades de significativos benefícios, como o fomento constante à inovação, a possibilidade de redução do custo para aquisições de crédito junto ao mercado, maior inteligência para avaliação de risco baseado em dados e comportamento, diminuição do engessamento e burocracia para as transações, consequentemente trazendo maior celeridade ao negócio, aumento da eficiência e concorrência no mercado de crédito.

As *fintechs* conseguiram reformular as experiências do usuário com um serviço diferenciado, mudar um pouco as expectativas desses clientes e também acelerar o ritmo de inovação e, como consequência, adentrando o ambiente concentrado pelas cinco maiores instituições financeiras do país, provocando uma média turbulência no ambiente competitivo. Possuem ainda como desafio, conquistar maior participação do mercado, obtendo maior base de clientes com uma diversificação no mercado e desconstruindo os agentes centralizadores.

A regulamentação atual ainda apresenta muitas lacunas, bem como obsta oportunidades que poderiam ser exploradas pelas *fintechs*, porém é importante considerar que vários passos positivos foram dados. O que existe hoje já traz uma segurança maior ao consumidor e também a quem investe, estimulando progresso desse modelo de negócio.

Pela sensibilidade do assunto, é preciso muita cautela e tentar tecer um equilíbrio que continue potencializando a expansão de inovação no sistema financeiro atual em consonância a segurança jurídica.

A possibilidade de validações e acompanhamento por autoridades regulatórias pode ser um primeiro passo que se construa uma regulamentação mais assertiva e em conjunto com diversas frentes da sociedade, incluindo a possibilidade de deliberações que possam ser elaboradas em conjunto com os operadores do mercado e testadas empiricamente para sua validação.

Na melhor das hipóteses, a proibição sempre será temporária e em longo prazo, contraproducente. A alternativa é receber o futuro!

BIBLIOGRAFIA

ABFINTECHS. **Pesquisa Fintech Deep Drive 2018**. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/df26d6_1438e91eeadc4b46afdb5757a2f4c458.pdf. Último acesso em 31 Jul 2019.

ARTICLE FACTORY. **What's BACS?** Disponível em: <http://www.articlesfactory.com/articles/computers/what-is-bacs.html>. Último acesso em 31 Jul 2019.

BACS. **BACS direct debit.** Disponível em: <https://www.clear.bank/downloads/factsheets/ClearBank%20Bacs%20Direct%20Debit%20Product%20Factsheet.pdf>. Último acesso em 31 Jul 2019.

BRASIL. **Banco Central do Brasil - Fintechs.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>. Último acesso em 29 Jul 2019.

_____. **Banco Central estuda formas de implementar sandbox regulatório no Brasil.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/364/noticia>. Último acesso em 31 Jul 2019.

_____. **Relatório de Economia Bancária - 2018.** Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2018.pdf. Último acesso em 30 Jul 2019.

BUCKLEY, Ross; ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos Nathan. **The Evolution of Fintechs: a new post-crisis paradigma?** Georgetown Journal of International Law. SSRN Electronical Journal 47 (4), 1271-1319, Georgetown, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313365410_The_Evolution_of_Fintech_A_New_Post-Crisis_Paradigm/citation/download. Último acesso em 31 Jul 2019.

CRAMB, Auslan. **John Shepherd-Barron, cash machine inventor, dies.** The Telegraph. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/banksandfinance/7743635/John-Shepherd-Barron-cash-machine-inventor-dies.html>. Último acesso em 30 Jul 2019.

DINNER'S CLUB. **The story behind the card.** Disponível em: <https://www.dinersclubus.com/home/about/dinersclub/story>. Último acesso em 31 Jul 2019.

EUROPEAN COMMISSION FOR NEW FINANCIAL TECHNOLOGIES. Disponível em https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/fintech_en. Último acesso em 31 Jul 2019.

FINTECHLAB. 8ª edição do Radar Fintechlab registra mais de 600 iniciativas.

Disponível em: <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/06/12/8a-edicao-do-radar-fintechlab-registra-mais-de-600-iniciativas>. Último acesso em 01 Ago 2019.

HOSCHSTEIN, Marc. **Fintech (the word, that is) evolves**. American Banker, 2015. Disponível em <https://www.americanbanker.com/opinion/fintech-the-word-that-is-evolves> . Último acesso em 31 Jul 2019.

KELLY, Kevin. **Inevitável: As 12 forças tecnológicas que mudarão nosso mundo**. São Paulo: HSM, 2017.

KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

MORE, Charles. **Understanding the Industrial Revolution**. Routledge, Nova Iorque, 2014. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=D2aFAgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=MORE,+C.+Understanding+the+Industrial+Revolution.&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjCwKnKxe_jAhXwI7k-GHbebBTsQ6AEIKTAA#v=onepage&q=MORE%2C%20C.%20Understanding%20the%20Industrial%20Revolution.&f=false. Último acesso em 30 Jul 2019.

NASDAQ. **About NASDAQ**. Disponível em: <https://new.nasdaq.com/about> . Último acesso em 28 Jul 2019.

SWIFT. **SWIFT History**. Disponível em: <https://www.swift.com/about-us/history> . Último acesso em 30 Jul 2019.

O MUNDO DO TRABALHO COMO DETERMINAÇÃO SOCIAL DA QUALIDADE DE VIDA DAS PESSOAS TRANS

Sandra Maria Besso

Gabriel Schütz

Introdução

Transgênero, pessoa trans ou, simplesmente, “trans” são termos que se referem às pessoas que transitam entre os gêneros (REIS, 2018: 30) sem encaixar-se facilmente nas categorias sexuais binárias homem/mulher ou masculino/feminino. Compreendem às “pessoas cuja identidade de gênero transcende as definições convencionais de sexualidade” (ABGLT, 2010: 17).

A colonização da subjetividade por parte do binarismo heterossexista dominante se desvela na corriqueira pergunta que surge quando noticiado um nascimento: É menino ou menina? “Quase automaticamente, logo depois de alguém nascer já terá um gênero assignado. De fato, a denominação de sexo/gênero do recém-nascido é um pré-requisito para ser reconhecido como ser humano” (GONZALEZ-SALZBERG, 2014: 798). Desta maneira, “a matriz de relações sociais de gênero antecede ao surgimento do ‘humano’” (BUTLER, 2002: 25). Para Butler (2002: 26) ao denominar um gênero, fixa-se uma fronteira simbólica e se estabelecem as normas sócias que deverão ser reproduzidas.

Por esta via, a mera presença de pessoas trans em contextos concretos da vida social pode vir a perturbar, a contradizer os sujeitos colonizados pelo binarismo heterossexista. Este tipo de “perplexidade” se explicaria, de acordo com Jacques Lacan (1985), como qualquer exclusão forclusiva,

toda vez que o “negado” no mundo simbólico irrompe intempestivamente no mundo real, como por exemplo, em ambientes de trabalho. E a resposta dos “ofendidos” pode vir a ser violenta, odiosa, psicótica.

Eve K. Sedgwick (1993) propôs a noção de Efeminofobia para descrever o ódio aos meninos efeminados, mas o termo hoje faz referência a aversão às pessoas que, independentemente se sua identidade de gênero e orientação sexual, apresentam algum atributo de subjetividade percebido socialmente como não-binário.

O desprezo, aversão ou repulsa pelas identidades de sexualidade não-binária (transfobia), se realiza de forma relativamente independente das correspondentes às orientações sexuais não-binárias que contradizem a dominação social heteronormativa (homofobia e lesbofobia, respectivamente). Segundo Sedgwick (1990), a discriminação age como um dispositivo disciplinador de tal maneira que o constrangimento dos sujeitos “desviantes” diminui na medida que aceitem “ficar no armário”, ou seja, quando exibem aparência e comportamentos públicos adequados aos parâmetros estabelecidos para seu sexo biológico (identidade cisgênero).

A partir do tema assim apresentado, formula-se a hipótese que, numa sociedade predominantemente binária heterossexista, o mundo do trabalho das pessoas trans estaria particularmente determinado pela identidade de gênero e, ao mesmo tempo, singularmente atravessado por condicionantes estéticos, de origem, raça e classe social.

Este artigo mostra os resultados de uma pesquisa de natureza qualitativa correspondente uma tese doutoral em Saúde Coletiva, que teve como objetivo analisar as peculiaridades do mundo do trabalho trans na cidade do Rio de Janeiro. Mais especificamente, apresenta-se a análise dos dados empíricos que permitem dar resposta a duas perguntas norteadoras da pesquisa: (i) quais dificuldades peculiares encontram as pessoas trans no acesso e na permanência ao mundo do trabalho?; e (ii) como essas dificuldades impactam na qualidade de vida das pessoas trans?

Além da contribuição conceitual de pensadores/as das questões de gênero, o referencial teórico aqui adotado para conduzir a análise, baseia-se também na perspectiva da determinação social do processo saúde-doença (Laurell, 1982; Navarro, 2009), arcabouço teórico crítico que considera que são as relações e as práticas sociais, e não apenas a biologia, o que determina os processos de adoecimento que condicionam a qualidade de vida das pessoas.

Metodologia

A pesquisa de campo desenvolvida com a finalidade de coletar informações empíricas sobre o mundo do trabalho trans na cidade do Rio de Janeiro consistiu na realização de entrevistas com pessoas auto identificadas como transgêneros, inseridas formal ou informalmente em atividades produtivas remuneradas.

As entrevistas, integralmente gravadas e transcritas, foram pautadas na modalidade de roteiro aberto, desenhado para guiar a construção dos relatos sobre as experiências e vivências subjetivas no mundo do trabalho.

Foi necessário selecionar trechos discursivos considerados importantes para estabelecer contextos que auxiliem à correta construção dos sentidos das falas, dado que tais perguntas norteadoras foram formuladas para proceder à análise dos dados; os sujeitos da pesquisa não foram interpelados com elas em forma literal.

A pesquisa contou com a aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do IESC/UFRJ, CAAE nº 64757117.9.0000.5286.

No momento da realização das entrevistas, de um total de dez pessoas, todas maiores de 18 anos, cinco pessoas se identificaram como sendo mulheres trans, quatro como homens trans, e uma como travesti, com atividades no mundo do trabalho segundo aparece no quadro abaixo.

Quadro: identidade de gênero e profissão/ocupação relatada pelos sujeitos da pesquisa

| Identidade de gênero | Profissão/área de ocupação relatada |
|-----------------------------|---|
| Mulher trans | Referente de movimento social 1 |
| | Referente de movimento social 2 |
| | Educadora comunitária / Administração, vinculada a projeto LGBTI+ |
| | Formada em Administração com pós-graduação na área de gestão / Administração, na área de políticas públicas |
| | Pedagoga / Professora da rede pública |
| Travesti | Educadora comunitária / Administração, vinculada ao projeto LGBTI+ |
| Homem trans | Empregado em empresa prestadora de serviços |
| | Autônomo – Garçom e barman em eventos e festas |
| | Recepcionista em instituição ligada à cultura |
| | Servidor público na área da saúde |

Fonte: elaborada a partir de dados da própria pesquisa.

Tanto na elaboração do quadro acima quanto na apresentação dos resultados a seguir, foram omitidos detalhes pessoais e dos empregos expressados durante as entrevistadas, visando garantir o anonimato das pessoas envolvidas. Uma vez constatada a ausência de contradições relevantes na construção de sentido no relato das pessoas entrevistadas, optou-se pela apresentação dos trechos de discurso sem adjudica-los a indivíduos concretos, hierarquizando, desta maneira, a figura de “lugar de fala” trans.

Resultados e discussão

O mundo do trabalho é “*um mundo que passa a existir a partir das relações que nascem motivadas pela atividade humana de trabalho, e simultaneamente conformam e regulam tais atividades*” (FIGARO, 2008: 92). A origem das atividades produtivas; a labor de modificar a natureza; a oferta de serviços a terceiros e as criações artísticas e tecnológicas, com suas correspondentes divisões sexuais das tarefas, se remontam aos primórdios culturas humanas.

No entanto, a conformação do mundo do trabalho contemporâneo foi inicialmente determinada pela irrupção do trabalho assalariado no nascimento da Revolução Industrial capitalista a partir do século XVIII, em contradição com os antigos regimes de servilismo e escravatura. Em meados do século XX, de acordo com Antonio Gramsci (1980), a necessidade de consolidar uma economia capitalista planejada apostou racionalizar os processos de trabalho por meio da organização fordista para a gestão da produção industrial. Porém, o disciplinamento apenas das relações de trabalho não foi o suficiente, já que segundo o autor: “*não é possível desenvolver o novo tipo de homem exigido pela racionalização da produção e o trabalho entanto o instinto sexual não tenha sido regulado de acordo com esta racionalização, não tenha sido ele também racionalizado*” (GRAMSCI, 1980:301). Gramsci denomina Americanismo ao conjunto de elementos moralizantes das relações sociais, o que incluía, dentre outros dispositivos normalizadores, um rígido disciplinamento da sexualidade através da consolidação da família tradicional como maneira de regulamentar e estabilizar o desejo sexual. Nas relações de sexualidade assim concebidas, o homem era sujeito e a mulher objeto.

Numa perspectiva completamente diferente de determinação, nas últimas décadas, as relações entre Capital e Trabalho passaram a estar condicionadas pela paulatina eliminação das responsabilidades (direitos

trabalhistas) do setor empregador. As reformas neoliberais globalizadas impactam no mundo do trabalho precarizando as condições de emprego, com transferência total dos riscos ao setor assalariado.

Nesta conjuntura histórica, as pessoas cisgênero exibem o “privilégio” de ao menos poder ser candidatas à empregos precarizados, uma expectativa que o binarismo heterossexista dominante nega, na maioria dos casos, às pessoas trans.

Por que pras pessoas trans conseguir trabalho é muito difícil. Eu vinha de uma jornada muito longa sem um trabalho, corri muito atrás de uma oportunidade em vários locais e mesmo cursando universidade, compreendendo idiomas, nunca foi-me dada a oportunidade de ter um emprego formal enquanto a minha identidade de gênero (...) O que mais me choca é o fato de que de que adianta ter todo o preparo se o mercado de trabalho vira as coisas pra gente?

Essa semana postei na minha rede social que “prostituição não deve ser uma obrigação e sim uma opção!”, por que a gente acaba sendo obrigada a ir pras ruas, se prostituir, vender latinha como eu já vendi lata de leite de porta em porta pra poder me manter.

Eu acho que a realidade da população e eu vou dizer brasileira e da baixada fluminense que é de onde eu venho de berço, da onde eu atuo, ela ainda é muito menor, muito pequena, porque a única oportunidade de trabalho que a população dos travestis e mulheres transexuais encontram hoje em dia, 90% estão no mercado do sexo, são profissionais do sexo. As outras 10% são profissionais da beleza, trabalham com beleza, como cabeleireira, como manicure. (...) ter mais oportunidade no mercado de trabalho pra que essa população se sentisse contemplada de poder ter um acesso bom no mercado de trabalho. Cada dia que passa essa população mata um leão pra se permanecer no mercado de trabalho. (...) Eu vou à luta. Falar de luta pra travesti e mulher trans é complicado por que quando a gente fala em luta é vencer toda essa barreira

Observe-se que a categoria analítica “mundo do trabalho” é referida como “mercado de trabalho” nas falas mostradas. Ao tempo que apre-

der a noção de mundo do trabalho pode resultar emancipadora, já que ela representa “*um microcosmo da sociedade que, embora tenha especificidade, é capaz de revelá-la*” (FIGARO, 2008: 92).

Por sua vez, a percepção que o nicho do mercado reservado pela sociedade às trans esteja restrito à prostituição e à área da beleza já tinha sido apontada numa pesquisa sobre o mercado de trabalho, sob a perspectiva de travestis e mulheres transexuais (PIZZI et al, 2017), bem como em outras pesquisas que abordam os determinantes e condicionantes sociais deste regime de exclusão.

Marcos Roberto Vieira Garcia (2007), por exemplo, desenvolveu uma pesquisa com travestis de baixa renda na cidade de São Paulo apontando que há uma vulnerabilidade maior determinada pela origem interiorana na cidade grande, em geral, migrantes de escassos recursos materiais e de escolaridade. De acordo com o autor, a prevalência do trabalho autônomo informal acrescenta essa vulnerabilidade, dado que a falta de trabalho formal encarece o crédito e os alugueis; impõe relações de competitividade predatória, as quais dificultam a associação em benefício mútuo entre elas. No caso específico da prostituição como única alternativa, Garcia expõe o problema das travestis de baixa escolaridade na medida que vão envelhecendo, e as oportunidades de se sustentar diminuem.

Já Thiago Amaral afirma que:

“(…) Não se pode deixar de apontar questões que tocam a um número considerável de travestis e transexuais em suas histórias de vida: a dificuldade de fazer-se respeitar em seu processo de questionamento fatural ao binarismo de gênero; a expulsão de casa e a falta de apoio da família; a evasão escolar, devido à falta de preparo do Estado, por meio de seus professores, para lidar com a situação de transgenicidade; a falta de acesso à saúde pública, e de dinheiro para recorrer à saúde privada, que faz com que muitas travestis e transexuais interfiram em seu corpo tomando hormônios e colocando próteses de silicone industrial que pode levar à morte; e, por fim, a dificuldade na obtenção de empregos fora do mercado da prostituição, seja devido à falta de conclusão dos estudos, seja devido à falta de ‘passaportes básicos’ para sua inserção social, tais como documentação que indique seu nome social, de maneira coerente

com sua forma de apresentação enquanto gênero distinto daquele imposto em seu nascimento” (AMARAL, 2013: 1-2).

Embora os autores antes citados não façam menção explícita à raça como condicionante, é cabível pensar que o racismo também intervenha como elemento vulnerador. Ainda, vale a pena destacar que a falta de acesso à saúde pública e a questão do nome social foram intensamente mencionados pelos sujeitos participantes. Nesta apresentação de resultados, a questão do nome social é incluída como um condicionante das pessoas trans no mundo do trabalho e não como objeto de análise em si mesmo. De fato, os relatos que explicam como ocorre a exclusão de pessoas trans como candidatos à vaga de emprego, se explica em grande parte por meio deste condicionante:

já vivenciei [uma fraude no processo seletivo de vaga para emprego] e a que mais me doeu foi uma entrevista de emprego, numa prova de uma rede de mercados (...) na época eu estava me graduando em pedagogia na Uerj e era monitora de um projeto de horário integral (...) fui fazer essa prova pra nível de 4ª série, tenho certeza que acertei a prova inteira e então uma funcionária da empresa falou pra mim que eu não tinha passado na prova. Eu pedi a ela pra ver minha prova, fiquei na porta da empresa e ela disse que não ia mostrar a prova, que eu não tinha passado e ponto. Nisso eu, indignada, adentrei a empresa, fui no setor de R.H e uma das recepcionistas falou pra mim que “Ela tem mania de fazer isso com todas as travestis e transexuais que vem aqui. Você passou sim, eu vi sua prova e tá tudo certinho. Ela não quer te empregar.” Eu saí de lá arrasada, fui pra lá de madrugada pra tentar uma vaga pra limpar chão. Isso mexeu muito comigo.

eu passei por inúmeros constrangimentos por causa da questão da documentação e aí a documentação ela acaba estourando em várias outras questões como, por exemplo, o da transfobia do assédio moral que você acaba ficando exposta.

As dificuldades das pessoas trans no acesso ao mundo do trabalho através de um vínculo formal remete a um dos impactos das peculiarida-

des do mundo do trabalho trans na qualidade de vida destas pessoas. Segundo relatos, os períodos de falta de emprego percebida como rejeição à identidade de gênero são associados a um intenso sofrimento psicológico:

Eu estava começando a entrar em depressão quando eu consegui essa oportunidade de emprego aqui.

(...) eu fiquei doente quando eu não tinha trabalho, fiquei muito doente, estava entrando em depressão.

(...) fiquei muito tempo desempregado, precisando, meus pais desempregados também, passei por uma fase muito difícil

Nos últimos tempos tem se avançado no estabelecimento de iniciativas de natureza inclusiva, visando incorporar formalmente ao mundo do trabalho diferentes identidades dentro da diversidade social, tanto desde o plano das políticas públicas no âmbito estatal, quanto às próprias iniciativas empresariais no âmbito do mercado. No entanto, pesquisas indicam limitações associadas à categoria empírica “passabilidade” que, na prática, incluem os indivíduos mais “passáveis” por cisgêneros, ou vistos como mais apresentáveis ao público, mas, acabam excluindo precisamente as trans mais vulneráveis em função da soma de condicionamentos (faixa etária, origem, escolaridade, estética, etc.).

Em efeito, uma pesquisa sobre as experiências de indivíduos trans no acesso ao mercado de trabalho em Florianópolis, desenvolvida por Isis M. Beckhauser (2016), verificou que a passabilidade dos homens trans possibilita-os de maior sucesso no processo de seleção com relação às mulheres.

Outra pesquisa, desta vez, realizada em 2017 por Andressa Lazzari, teve como objetivo analisar a inclusão de transexuais no mercado de trabalho no estado do Rio Grande do Sul. A autora entrevistou uma gerente de recursos humanos de uma grande firma transnacional, com sede no estado gaúcho, que diz promover a inclusão da diversidade dentre os seus funcionários. No caso do coletivo LGBTI+, a gerente relata “tenho pessoas que são LGBT’s, mas o ‘T’ eu não tenho” (LAZZARI, 2017: 75), o que remete a análise acima colocada da melhor condição de passabilidade das pessoas LGB com relação às pessoas trans.

Durante a pesquisa, relatos se referiram à questão da passabilidade da seguinte maneira:

(...) nessas grandes redes que agora estão contratando, há vagas especiais para pessoas trans, e aí têm toda uma chamada e etc., mas eu percebo que todas as pessoas trans contratadas, elas tem um perfil, o perfil da passabilidade, se for um homem trans, deve ter um arquétipo aproximado ou praticamente comparável a um homem cis. Da mulher trans no mesmo grau tanto de beleza quanto de estética da mulher cis também.

(...) só tem empregabilidade hoje a pessoa, “no mercado de trabalho formal”, as pessoas que tem passabilidade, e no mercado público a gente tem esse entrave na documentação (...)

(...) ai eu esbarro no momento em que as pessoas começam a ter estranheza porque eu não tenho muita passabilidade e tem a parte do meu nome porque mais uma vez eu teria que ter um documento pra gerar notas fiscais, então a coisa mais simples que é ter um trabalho e ser chamado pelo meu nome, reconhecido como homem, parece absurda tamanho o cansaço de tudo que eu tenho que fazer pra buscar essa coisinha simples que é ser chamado pelo nome (...)

Tendo apresentado os relatos sobre as dificuldades que as pessoas trans experimentam no acesso ao mundo do trabalho, resta começar a analisar os relatos sobre as condições vivenciadas, uma vez contratadas, nos ambientes em que desenvolvem as suas atividades, bem como os eventuais impactos na qualidade de vida.

Neste sentido, destaca-se a diferença expressada entre aquelas pessoas cujo trabalho está relacionado a projetos LGBTI+ (primeira fala a seguir), com aquelas que são minoria num mundo cisgênero heteronormativo (falas posteriores) ao responder à pergunta “Já passou mal por causa do trabalho?”

Olha, acho que estresse no trabalho sempre rola, mas nada que me deixasse indisposta (...). Eu estou aqui há quatro anos e nunca me estressei ao ponto de ficar doente não.

Já sim, tanto nesse trabalho da loja de conveniência por me tratarem no feminino o tempo inteiro, era super desconfortável pra mim, mexia com o meu emocional, eu ficava doente direto, abai-

xava muito minha resistência e nesse trabalho atual como é muito puxado, estressante, me faz mal também... me esgota.

Pra mim já é super difícil ficar eternamente nessa angustia de “Vão saber? Será que vão me tratar diferente?” Até mesmo em locais que aceitam. Eu já trabalhei num local em que era todo mundo “a equipe margarina”, todo mundo feliz, todo mundo coleguinha, todo mundo todo junto, mas pra todos eles eu era “o menino trans” e por que? Eu era só mais um menino, não precisa colocar o trans (...). Fica chato até pra se relacionar com alguém por que se alguém te trata com mais educação já começa “Ah, tá de papinho com o menino trans”, eternamente isso, parece que você carrega um estigma por ter nascido assim.

Durante alguns anos eu trabalhei muito em feiras gastronômicas e em bares e eu senti que assim nessa parte de estresse, mal estar tanto física quanto mental foi um desgaste tão grande foi uma coisa tão pesada que eu comecei assim a ter até retrocessos na minha terapia de me sentir mal comigo mesmo, de me sentir mal com a minha família, de me sentir mal com meus amigos com minha namorada ou com as minhas relações sociais e também quanto profissional de me sentir “poxa eu tenho um curso superior”, “eu estudei”, eu acredito que eu tive uma boa experiência de mercado até o momento que decidi iniciar a transição e parece que no ponto que eu iniciei a transição eu deixei de ser tudo aquilo que eu tinha de bom e me tornei só uma coisa ali que não merece nada além do que aquela exploração e toda aquele pesar de preconceito de piada, exploração, então ficava doente, ficava estressado e me sentia sempre assim, muito mal mesmo, muito mal, principalmente por saber que as vez eu estava trabalhando e naquele lugar eu não era respeitado e tudo piorava, tudo piorava, e era muito ruim conviver com isso porque acabava atrapalhando também todas as minhas relações todas as pessoas próximas a mim acabavam sentindo isso também porque eu acabava não me sentindo bem.

As pessoas trans entrevistadas relataram suas vivências de sofrimento por causa de discriminação nos ambientes de trabalho como fortes condicionantes da qualidade de vida no emprego:

[O maior problema que uma pessoa trans enfrenta no mundo do trabalho é] a circulação no ambiente de trabalho, o respeito no ambiente de trabalho e a questão do nome da pessoa, né? De não respeitarem a identidade de gênero da pessoa travesti ou da mulher transexual. E a todo momento sofrer o assédio moral em ambientes de trabalho

O preconceito ainda é muito constante nas relações então por sermos trans a gente já fica malvista. Não ter também o nome reconhecido na sua carteira de identidade nos dificulta muito, as vezes você vai numa entrevista de trabalho e você é o João, mas quando chega lá é Maria, daí as pessoas ficam sem entender e aí já gera aquele preconceito, aquela dificuldade que é muito, muito difícil.

É a questão do nome, essa é a pior. Por sermos trans muitas vezes as pessoas não querem aceitar o nosso nome masculino e por isso não nos dão vaga de trabalho. Essa é uma das maiores dificuldades. Às vezes você é trans mas ninguém diz que você é trans, tem as trans que são notáveis e tem aquela que é trans e você diz “Nossa, é uma menina aquilo ali!”, então quando você entrega o documento e você mostra que você... “Ah, não, não é menina, é menino!” e aí começa os burburinhos e aí pronto.

O acontecimento tá no dia-a-dia. É você sair de casa, você se deparar com o outro... E de todas as formas, de todos os lados... de olhares, de deboches, de risos. Isso tudo influencia sim no nosso mal-estar, no nosso desconforto. Em relação à ficar mal e estressada... a gente conta até dez porque é impossível de não ficar, mas aí a gente deixa passar. Acredito que já fiquei algumas vezes sim.

Trabalhei num lugar onde desconfiaram da minha transição e implicaram bastante comigo, a ponto de ameaçarem botar a mão na mama e tal, ficarem fazendo chacota, piada, de abraçarem pra ficar sentindo o binder, aquele colete que se usa, já teve várias situações desse tipo por causa da transição.

Eu fui levando até onde eu podia não apresentar a documentação, mas quando foi obrigatório eu fui começando a ficar doente, fui começando a ficar nervoso, eu tinha problemas estomacais constantes por causa de estresse. Já fiquei muito mal por estresse,

teve um outro trabalho quando eu estava no começo da transição, como eu ainda estava numa fase muito andrógino eu não colocava uma imposição da minha transição, ainda usava o nome de registro. Aí tinha um funcionário que implicava muito comigo, fazia piada, aí quando tocava uma música ele falava algo a respeito da cantora referente a mim, todas as músicas que eram de cantoras do meio LGBT ele fazia referência a mim e isso foi me colocando num estresse, mas num estresse que tive uma época que eu passei muito mal. Quando chegava a hora de ir pro trabalho eu já me sentia mal e não era por questão do trabalho, era o funcionário que fazia eu me sentir mal naquele ambiente.

A necessidade me fez trabalhar lá. Meu nome também não foi respeitado. Eu também tinha que ir ao banheiro masculino, isso quando eu ia. Imagina você ter que começar a trabalhar às sete da manhã e não ir ao banheiro até às três da tarde. Isso era de segunda a sábado. Automaticamente você não bebe água, porque se você não bebe água você não vai ao banheiro. Então isso me acarretou problemas renais...Parei diversas vezes no médico por problemas renais. O que me fez também sair... Fiquei seis ou sete meses por aí, e fiquei e continuei com esse quadro depressivo, lembrando que eu não podia... as pessoas falam um jargão muito engraçado: “você não pode se dar ao luxo”. E eu não pude realmente. Eu tive que sofrer calada, sofrer quieta. Tentei me suicidar várias vezes. Mas sempre as tentativas falharam.

Depois de lidos estes depoimentos, urge perguntar-se o que seria, de fato, “qualidade de vida”? Seria possível elaborar uma lista de bens e serviços básicos a que uma pessoa deveria ter acesso para atingir uma boa qualidade de vida? E uma vez elaborada essa lista, seria possível criar direitos sociais que garantam em forma irrestrita o acesso universal a esses bens e serviços? Seria possível a existência de critérios universais que dê conta da boa vida das pessoas respeitando a diversidade cultural?

No entanto, Martha Nussbaum afirma que não é sensato confundir a capacidade de fazer uma coisa com a pauta de um modo de vida desejado em forma prescritiva e utilitarista. A partir desta premissa, a autora propôs uma lista de capacidades humanas de valor transcultural que, se

supõe, são as liberdades que o poder público deveria poder garantir aos cidadãos:

1-Poder viver, o mais possível, uma vida completa até o final; não morrer prematuramente, e poder morrer quando a vida tenha diminuído ao ponto em que já não vale a pena mais viver.

2-Poder ter saúde e alimentação adequada, um lar descente, oportunidade de satisfação sexual, liberdade de ir e vir.

3-Poder evitar a dor desnecessária, ter liberdade de experimentar prazer.

4-Poder utilizar os sentidos, ter a capacidade de imaginar, pensar, razoar.

5-Poder sentir afeto por pessoas e coisas; poder desejar; poder sentir amor, sentir falta das pessoas amadas ausentes, sentir gratidão.

6-Poder assumir uma concepção do bem, e com ela planejar a própria vida.

7-Poder sentir empatia pelos demais, poder estabelecer diversas formas de interação social.

8-Poder expressar preocupação por todas as formas de vida, além da humana.

9-Poder sorrir, poder brincar livremente, poder desfrutar de atividades recreativas

10-Poder viver a própria vida, no seu próprio contexto, e não a vida dos outros.

(NUSSBAUM, 1990: 225 – tradução própria)

O problema é o status humano dado às pessoas trans pela cosmovisão binária dominante. Butler chama a atenção para o fato de que a construção dos gêneros se opera através de procedimentos excludentes que, ao produzirem o humano *“acima e contra o inumano”*, excluem o que consideram desprezível *“não só, mas também através de uma série de forclusões, de supressões radicais às quais são negadas, no estrito senso, qualquer possibilidade de articulação cultural”* (BUTLER, 2002: 26 – tradução própria). Levando a lógica da

dominação ao plano das articulações políticas, o que resulta negado às pessoas não-binárias é nada menos que a cidadania plena.

Considerações finais

A frase “é impossível conhecer completamente um objeto complexo a partir de uma única perspectiva de observação” é, sem dúvida, um axioma epistemológico aplicável à abordagem acadêmica das questões sociais envolvendo gênero, sexualidade e orientação sexual.

Neste artigo, procurou-se abordar a relação das pessoas trans a partir de uma diversidade de perspectivas e de discursos acadêmicos de tradições diferentes.

É necessário, no entanto, comunicar algumas restrições metodológicas do estudo, que poderiam dar um certo viés dos resultados obtidos no estudo: o perfil socioeconômico e cultural das pessoas trans abordadas; a limitação temporal associada às restrições de uma pesquisa desenvolvida para uma tese doutoral, o que delimita ao período da pesquisa a conjuntura histórica; e a limitação espacial, dada pelo espaço geográfico da cidade do Rio de Janeiro. No entanto, foi possível constatar que os resultados desta pesquisa resultaram completamente harmônicos com os publicados nas poucas pesquisas similares, realizadas em outros estados brasileiros.

Constata-se que, por trás das contingências relacionadas às diferentes origens e vivências pessoais, há um lugar de fala trans que expressa a demanda pelo respeito ao nome social e que denuncia a passabilidade como hipocrisia social disfarçada de política inclusiva.

Há um lugar de fala que expressa a barreira que as pessoas trans encontram no acesso a serviços de saúde, e que também expressa o sofrimento pela dureza do acesso ao trabalho formal; a resignação por ter que aceitar trabalhos para os quais se está sobrequalificado, e a inadmissível condenação aos nichos que a sociedade reserva às pessoas trans mais vulneradas: a prostituição ou uma autonomia precarizada e marginal.

Há um lugar de fala que descreve o permanente constrangimento, o deboche, a violência física e simbólica os ambientes de trabalho. Situações de discriminação cruéis que adoecem e tiram qualidade de vida, porque dentre outras coisas, tiram o gosto pela vida, levando as pessoas trans a acreditarem que a suas vidas não são dignas de serem vividas.

Há sim, um lugar de fala.

O que falta às pessoas trans, são mais lugares de escuta.

Referências

- ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: ABGLT, 2010. Disponível em: <https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Manual-de-Comunicação-LGBT.pdf>. Acesso em 23 de fev. de 19
- AMARAL, Thiago Clemente do. Travestis, transexuais e mercado de trabalho: muito além da prostituição. **III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades**. 5 a 17 de maio de 2013. Universidade do Estado da Bahia – Campus I. Salvador – BA. 2013. Disponível em: <http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2013/06/Travestis-transexuais-e-mercado-de-trabalho-muito-além-da-prostituição.pdf>. Acesso em 23 de fev. 2019.
- BECKHAUSER, Isis Mendonça. **Para que serve um nome? As experiências de indivíduos trans no acesso ao mercado de trabalho em Florianópolis**. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio Econômico, Curso de Administração. 2016.
- BUTLER, J. **Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”** – 1ª ed. - Buenos Aires – Paidós. 2002
- FIGARO, Roseli. **O mundo do trabalho e as organizações: abordagens discursivas de diferentes significados**. *Organicom*. v. 5 n. 9. 2008.
- GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Dragões: gênero, corpo, trabalho e violência na formação da identidade entre travestis de baixa renda**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007.
- GONZALEZ-SALZBERG, D.A. The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/

- Gender by the European Court of Human Rights. **American University International Law Review** 29 no. 4 (2014): 797-829.
- GRAMSCI, A. **Notas sobre Maquiavelo, sobre a política e sobre o Estado moderno**. Madrid: Ediciones Nueva Visión. 1980
- LACAN, J. O Seminário: Livro 3. **As psicoses**. Rio de Janeiro: J. Zahar. 1985
- LAURELL, A.C. La salud-enfermedad como proceso social. **Revista Latinoamericana de Salud, México**, 2, 1982, pp. 7-25.
- PIZZI, R.C.; PEREIRA, C. Z.; RODRIGUES, M.S. Portas entreabertas: o mercado de trabalho sob a perspectiva de travestis e mulheres transexuais. **Revista Brasileira de Estudos Organizacionais**. v. 4. n. 1, p. 320-352, jun. 2017, eISSN: 2447-4851. Doi 10.21583/2447-4851.rbeo.2017.v4n1.104
- NAVARRO, V. What We Mean by Social Determinants of Health. **International Journal of Health Services** 39(3). March 2009: 423-41
- NUSSBAUM, M. **Aristothelian Social Democracy**. In: R.B. Douglas et al (orgs). *Liberalism and the Good*. London: Routledge. 1990: 203-252.
- REIS, T., org. **Manual de Comunicação LGBTI+**. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/ GayLatino, 2018. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>, acesso em 23 de fev. de 19
- SEDGWICK, E. K. **Epistemology of the closet**. Berkeley: University of California Press, 1990.
- SEDGWICK, E. K. How to bring your kids up gay: The war on effeminate boys. In: Warner, M. (ed.) **Fear of a queer planet: Queer politics and social theory** (69-81), Minneapolis, MN: University of Minnesota Press. 1993.

ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS QUE VERSAM SOBRE MAUS- TRATOS

Suenny do Nascimento Alves

Adriana Almeida Lima

Denison Melo de Aguiar

Introdução

Os animais acompanham o ser humano desde o início da sua história. Com a história humana, ao passar das gerações e o desenvolvimento da sociedade, as relações da espécie humana com os demais habitantes do planeta se modificaram.

Em razão disso, também se modificou o estado de necessidade de caçar para sobreviver, onde se caminhou para uma realidade onde já é possível o retorno à convivência pacífica e o reconhecimento de características em comum com determinadas espécies. Apesar dos animais não possuírem discernimento ou a racionalidade humana na perspectiva do ser humano, estes detêm a capacidade de sentir e, conseqüentemente, sofrer. Desse modo, esses seres vivos merecem ser defendidos pelo ordenamento jurídico, tendo seus direitos e dignidade sejam reconhecidas.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo defender a revisão das penas atribuídas aos crimes de maus-tratos. Demonstra-se que

no ordenamento jurídico brasileiro, tais penas não contemplam a gravidade dos crimes cometidos contra vidas inocentes e incapazes de se defender das atrocidades humanas. Junto a isso, será abordada a necessidade reconhecimento desses animais como sujeitos de direitos *sui generis*.

A metodologia utilizada para a realização do estudo foi a pesquisa bibliográfica e documental, pela utilização de levantamentos de referências teóricas publicadas por meios escritos e eletrônicos. De forma que, com essa pesquisa, realizada em artigos científicos, livros e jurisprudência, obtém-se conhecimento do que já se estudou sobre o assunto, a fim de coletar as informações necessárias para possibilitar investigação mais precisa a respeito do tema.

2. Breve panorama acerca da histórica da proteção animal

Ao longo da história da humanidade, o ser humano, por si só, fez distinção entre sua própria espécie, elegendo quem é merecedor de determinadas regalias ou quem, por conta da cor da pele ou por ser de determinado classe social, deve ser tratado sem dignidade e submetido a situações abomináveis. Nesse sentido, não seria diferente a sua relação com os animais de outras espécies, onde vigora ainda mais a relação de superioridade.

O panorama apresentado é baseado na relação ser humano e animal no decorrer da história da civilização ocidental, que se modificou de acordo com o período vivido pela sociedade. As principais teorias a respeito do direito animal surgem desde a cultura cosmocêntrica grega, passando pelo antropocentrismo consagrado pelos socráticos, confirmado pela Escolástica e levado ao seu extremo pelo movimento renascentista e iluminista.

Inicialmente, no período helenístico, Sócrates e Aristóteles defendiam somente o homem era dotado de direitos pois possuía a capacidade de pensar, sendo incapazes de distinguir um ato de justiça e um ato de injustiça, não merecendo qualquer consideração moral.

A grande cadeia dos seres criada com base nessa lógica de dominação faz o homem grego aparecer logo após os deuses, que estariam em seu topo, seguindo da mulher, das crianças, dos loucos e dos escravos, em ordem decrescente de parcela de espírito racional. Por fim, na base da pirâmide, encontram-se os animais, que não possuiriam espírito. Neste

contexto, os seres que se posicionam na base da cadeia existiriam para servir aos que se encontram nos degraus mais elevados.

Alguns sofistas como Pitágoras, Plutarco e Porfírio, eram uma exceção à época, pois tinham opiniões diversas a outros filósofos. Segundo Levai (2004, p. 18): “Assumiram uma postura piedosa com relação aos animais – tentando sempre livrá-los das opressões e adotando para si uma alimentação vegetariana”.

Durante o, Império Romano os animais ganham o aspecto patrimonial, passando a serem considerados como *res*, ou seja, coisas, recebendo o mesmo regime jurídico conferido aos objetos inanimados e à propriedade privada. (LEVAI, 2004, p. 19). Com a queda do Império Romano, a influência das superstições dos povos ditos bárbaros faz com que haja uma igualdade de tratamento processual entre os homens e os animais, submetendo-lhes aos mesmos suplícios, como a prisão e a pena de morte.

Ocorre que objetivo desse tratamento não nasce de uma consideração moral para com o animal, mas sim de um conjunto de fatores típicos do início da Idade Média, como forma de justificar os males que recaiam sobre a sociedade da época, que exigiam uma resposta perante a população faminta e miserável. (SANTANA, 2006, p. 78).

Na Idade Média, onde surgiu o movimento da Escolástica, Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino retomaram a teoria helênica da grande cadeia da vida, voltando a ressaltar que os animais seriam seres imperfeitos, destituídos de espírito, devendo, pois, estar a serviço do ser perfeito e racional: o homem.

Após séculos tratando o animal como coisa ou um ser que tem por finalidade servir o homem, movimento humanista moderno nos traz os primeiros teóricos que propuseram uma nova forma de seleção acerca do direito dos animais, dentre eles temos Voltaire, Rousseau, Leonardo da Vinci.

Ainda no século XVIII, o filósofo e jurista britânico Jeremy Bentham, criador da teoria política chamada utilitarismo. Ficou conhecido não só por seus ideais de vida, maximizando a felicidade, ou por definir os princípios éticos nas atividades profissionais, mas também pelo seu amor com os animais. Bentham foi um dos precursores quando se fala em direito dos animais, revolucionou a matéria ambiental naquela época, conforme descreve: “Talvez chegue o dia em que o restante da criação animal

venha a adquirir os direitos dos quais jamais poderiam ter sido privados, a não ser pela mão da tirania”, onde “A questão não é eles pensam? Ou eles falam? A questão é: eles sofrem” (BENTHAM, 1979).

Depreende-se da leitura que tal posicionamento era muito avançado para a época, tendo em vista os métodos limitados existentes para garantir e comprovar tais afirmações, diferentemente do que ocorre hoje em dia. Atualmente, já é comprovado cientificamente que os animais são seres sencientes, ou seja, capazes de sentir dor e prazer.

Talvez, uma das contribuições que somaram mais importância para formação de uma nova comunicação acerca dos direitos dos animais tenha sido a teoria evolucionista de Charles Darwin, que demonstrou que todos os seres vivos integram a mesma escala evolutiva, o que possibilitou as primeiras discussões acadêmicas sobre o direito dos animais (LEVAI, 2004, p. 21).

Outra manifestação notória acerca do tema foi do cientista Albert Einstein. O físico defendeu a igualdade entre os homens e os animais e declarou que nada beneficiaria mais a saúde da humanidade e aumentaria as chances de sobrevivência da vida na Terra quanto a dieta vegetariana. (DEFENSORES DOS ANIMAIS, 2010)⁵

Destacam-se, desse modo, Peter Singer, Tom Regan e Gary Lawrence. Francione. Peter fundamenta-se com uma posição utilitarista, considerando que assim como o homem o animal sente dor, que ao excluir o animal, há discriminação, há especismo. A utilização do animal pelo homem deve ser substituída por formas alternativas.

Já Regan expõe que o homem tem dever moral de tratar alguns animais como trata outro homem e, por fim, Francione com uma visão abolicionista, defendendo que os animais não humanos devem ter o direito de não serem tratados como propriedade de humanos.

O movimento contemporâneo de direitos animais ganha visibilidade na década de 1970, quando um grande passo que foi dado na seara ambiental e protecionista com a proclamação da Declaração Universal do Direito dos Animais (DUDA) em 1978, pela Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura (UNESCO). Foi defendido que qualquer ser vivo possui direitos naturais, propugnando pela igualdade entre animal e homem e a obrigatoriedade de respeito e cuidados deste para com aquele, mostrando que maus-tratos aos animais constitui infração.

A União Europeia incluiu em 1997 um Protocolo ao seu Tratado de Fundação estabelecendo que as instituições deveriam respeitar o bem-estar dos animais ao legislar nas áreas de pesquisa, transporte, agricultura, dentre outras que se utilizavam de algum tipo de animal para suas finalidades.

Além disso, a criação de associações de proteção aos animais e organizações não-governamentais, como o Fundo Mundial para a Preservação da Vida Selvagem, o Greenpeace, a União Vegetariana Internacional e o Movimento pelos Direitos dos Animais, foram fundamentais para avanço do direito animal.

A União Europeia incluiu em 1997 um Protocolo ao seu Tratado de Fundação estabelecendo que as instituições deveriam respeitar o bem-estar dos animais ao legislar nas áreas de pesquisa, transporte, agricultura, dentre outras que se utilizavam de algum tipo de animal para suas finalidades.

3. A proteção dos animais no Direito Brasileiro

A luta pela defesa dos animais possui uma história já consolidada. No Brasil, uma das primeiras manifestações é o Decreto nº 16.590, 1924, que proibia as de rinhas de galo corrida de touros, garraios e novilhos, dentre outras demonstrações que causassem sofrimento.

Na era vargas, criou-se o Decreto 24.645, 1934, nele encontravam-se estabelecidas medidas de proteção aos animais, tanto na esfera civil ou penal. Esse decreto definiu diversas figuras típicas de maus-tratos aos animais, entre outras leis, como o Código de Pesca Decreto Lei 221/67, Código de Caça ou Lei 5.197/67, posteriormente alterada pela Lei 7653/88, que conceituou a fauna silvestre como propriedade do Estado.

Importante salientar a participação do Brasil como signatário na Convenção sobre o Comércio Internacional de espécies da Flora e Fauna Selvagem em perigo de extinção, elaborada em Washington no ano de 1973, que versa sobre a questão do tráfico internacional de animais silvestres.

Avançando para a década de 1980, promulgou-se a Lei nº 6.938/1981, de Política Nacional do Meio Ambiente, que trouxe consigo uma definição acerca do que seria o meio ambiente e seus recursos ambientais, além de disciplinar a ação governamental e as responsabilidades civil e

administrativa quando houvesse danos à natureza. Trata-se de instrumentos processuais largamente utilizados pelo Ministério Público em defesa da fauna.

Apesar de todos os avanços, a maior conquista do direitos dos animais foi com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, que dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente, e considerando em seu artigo 225 o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental, e em seu parágrafo 1º inciso VII, proteção aos animais, dando-lhes natureza difusa e coletiva, portanto bem sócio-ambiental de toda a humanidade, com imperativo moral que demonstra preocupação ética de vedar práticas cruéis contra os animais. Assim o direito conferido aos animais, torna-se dever do homem e verdadeiro exercício de cidadania.

Nas palavras de Sirvinskas (2002, p. 194-195)⁹ a fauna é um bem ambiental e integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CF. Trata-se de bem difuso. Esse bem não é público nem privado. É de uso comum do povo. A fauna pertence à coletividade. É bem que deve ser protegido para as presentes e futuras gerações.

Percebe-se que, não obstante a CF trazer essa proteção valiosa, o caput do artigo supramencionado consolida um posicionamento antropocêntrico, no qual legitima e consolida o homem como centro do benefício dessa proteção, sendo o meio ambiente de todos, erga omnes, que deve ser protegido e cuidado a fim de ser usufruído ser pelo ser humano no presente e por suas futuras gerações, para uma plena e digna existência dos mesmos, tipificando um direito de terceira geração ou novíssima dimensão, como lembra Medeiros (2013, p. 49 e 50).

Posteriormente, a promulgação da Constituição Federal, foi criada a Lei Federal nº 9605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais (LCA), que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em seu artigo 32¹⁰ declarou proteção a todos os animais sejam silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, protegendo-os de maus-tratos, tutelando e protegendo os animais como verdadeiros sujeitos passivos do delito, conferindo-lhes respeito. Ocorre que as penas aplicadas a tais crimes são, insignificantes.

Tais avanços trouxeram um sistema de proteção administrativa e penal mais eficaz, do que se tinha, até então, na defesa do meio ambiente. Contudo, apesar desses novos dispositivos a defesa dos animais ainda é

frágil pois as penas previstas são todas passíveis de Suspensão Condicional do Processo.

4. Animais como sujeitos de direitos e o Projeto de Lei complementar - PLC N° 27/2018.

A doutrina tradicional brasileira, ao sistematizar os conceitos de personalidade, capacidade jurídica e sujeito de direito, classifica os animais não humanos com status de coisa. Analisando a legislação pátria, percebe-se que os animais são definidos em duas categorias: os animais silvestres como bem de uso comum do povo, ou seja, um bem difuso indivisível e indisponível; já os domésticos são considerados pelo Código Civil como semoventes passíveis de direitos reais.

Segundo Dias (DIAS, 2005), a legislação ao proteger o animal dá a ele a qualidade de sujeito de direito, dessa forma, apesar de não possuir capacidade de autodefesa, o dever constitucional de tutelar dos seus direitos é responsabilidade do poder público e a sociedade. Por tanto, a Tutela dos animais caberia ao Ministério Público.

Na mesma linha, Rodrigues (2010) dispõe que sendo o direito um mecanismo para ajustar a conduta humana, é necessário, então, legitimar os animais irracionais como sujeitos de direito com personalidade jurídica *sui generis* a fim de que seja reconhecido o seu status quo, através de um tratamento igualitário entre os desiguais para que o bem estar do animal não seja analisado apenas em prol do ser humano.

Nesse sentido, tramita no Senado Federal Projeto de Lei Complementar N° 27/2018, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP), que acrescenta dispositivo à Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Este novo dispositivo determina a mudança do status os animais não humanos, defendendo que estes animais possuam natureza jurídica *sui generis* e que são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

A votação no plenário do Senado, ocorrida dia 7 de agosto de 2019, aprovou o PLC, resultado extremamente celebrado por ativistas e defensores da causa animal. Com esse novo entendimento, os animais não poderão mais ser considerados objetos/coisas. Todavia, como omo foi mo-

dificada no Senado, a matéria retorna para a Câmara dos Deputados. Tal inserção trará ao Código Civil Brasileiro um afastamento da ideia utilitarista dos animais reconhecendo que os animais são seres que sentem dor, emoção, e que se diferem do ser humano apenas nos critérios de racionalidade e comunicação verbal.

Assim os animais passam a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. Essa natureza *suis generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva.

Essa nova interpretação ensejará a discussão para o tratamento dirigido aos animais quando seus direitos forem violados, principalmente no tange aos maus-tratos, que são extremamente comuns mas não recebem a devida atenção, como será analisado adiante, as penas previstas nesses casos são irrisórias e ineficazes pois não realizam seu papel de punir os infratores na medida da crueldade causada a seres indefesos.

A reflexão sobre o tema nos chegar a conclusão de que o responsável pela violência que está dirigindo sua raiva para o ser mais vulnerável, que inicialmente será um animal, e poderá, facilmente, evoluir para agressões a crianças, mulheres e idosos. Quem agride um animal está a um passo de agredir um ser humano.

Nesta mesma conclusão chegou o Ayres Britto, ao julgar a ADI N° 1.856-6, que questionava a prática de rinha de galo no estado do Rio de Janeiro, o ministro se posicionou no sentido de que esse tipo de prática, considerada como maus-tratos, deve ser combatida, pois, nas suas palavras: “da tortura de um galo para a tortura de um ser humano é um passo” (2011, p. 326).

5. Da necessidade de revisão das penas crimes de maus-tratos dos animais

Preliminarmente, faz-se necessário uma breve definição sobre quais atos constituem maus-tratos. Custódio (2000, p. 156 e 157) nos traz um conceito bem amplo acerca do tema:

Crueldade é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça

abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao vôlei, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativéis ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, ferra de boi, ou similares), abates atrozes, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atrozes sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal.

A legislação que dispõe sobre as penas contra os crimes de maus-tratos é a Lei Federal nº 9.605/98 que, quando sancionada, foi comemorada pelos ambientalistas e defensores da causa animal como um grande progresso ante as normas brandas que cuidavam acerca do tema anteriormente.

Nesse sentido, para Levai (2004, p. 34), a criação da LCA foi um avanço, mesmo com suas imperfeições, este crime deixou de ser uma simples Contravenção Penal:

Até antes de entrar em vigor a Lei de Crimes Ambientais, em 30 de março de 1998, a crueldade para com os animais era uma simples Contravenção Penal, que acarretava aos infratores irrisórias penas de multa. Uma distinção injusta que foi superada com a ampliação do conceito de fauna. (2004, p. 34)

Apesar dessa perspectiva, as penalidades decorrentes dos maus-tratos contra animais não são suficientes para dar fim ou, pelo menos, reduzir a tal prática, visto que as normas que tratam deste tema apresentam pena insignificantes em contrassenso ao caráter ilícito do fato.

A Lei Federal nº 9.605/98, em seu artigo 32, impõe àqueles que praticam maus-tratos contra qualquer tipo de animal, a pena de detenção de três meses a um ano e multa. Em caso de morte, a sanção poderá ser aumentada de um terço a um sexto.

É sabido que no direito penal, quando o crime possui penalidade máxima inferior a dois anos, somando-se ao fato do criminoso ter bons antecedentes, poderá o Ministério Público propor o benefício da transação penal, prevista no artigo 27 da Lei Lei 9.605/98, por tratar-se de menor potencial ofensivo.

Caso este instituto seja consentido pelo réu, e acolhido pelo juiz, aplicar-se-á, de imediato, pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência; apenas não permitirá que ocorra o mesmo benefício em cinco anos, como trata o artigo 76 da Lei Federal 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá re§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

- I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II- ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

Assim, a morte, as dores, explorações, lesões, dentre outros traumas sofridos pelos animais violentados ficarão sem a efetiva punição e o autor continuará praticando esses delitos, que se demonstram cruéis e desumanos, visto que a lei não lhe dá a reprovação correta pelo ato criminoso.

Para se ter ideia, atualmente o crime de dano - destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia - previsto no Código Penal, possui penalidade que pode ser seis vezes maior que a prevista hoje para o crime de mutilar um animal. Não é necessário possuir muito conhecimento jurídico para afirmar que as sanções são razoáveis, tratar o dano de um

objeto inanimado e a um ser vivo que sente dor com tamanha desproporção é absurdo.

Com a aprovação do PLC 28/2018 será imprescindível dedicar um novo tratamento a esse tipo de crime, fazendo-se necessário uma revisão urgente das penas aplicadas hoje, para punir proporcionalmente quem agir de modo tão vil, cruel e desumano contra seres que não oferecem qualquer tipo de risco, tão pouco agem de modo a provocar tamanha covardia.

6. Posicionamento dos tribunais acerca do tema

Não obstante as leis se demonstrarem frágeis, a jurisprudência possui uma análise mais humana sobre o tema. No Recurso Extraordinário nº 153.531-8, o Supremo Tribunal Federal - STF, que julgou o evento popular da conhecido como farra do boi, realizado na região sul, resolveu um impasse nacional entre a manifestação cultural *versus* a submissão dos animais a atos de crueldade, ambos direitos assegurados em nossa Constituição. Citando Rezek:

Há coisas repulsivas aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com primado da constituição no que se refere a proibição da crueldade para com os animais. Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática aberrantemente violenta e cruel para com animais, e a Constituição não deseja isso. (1997, p. 400)

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio (1997, p. 414) demonstrou apoio a manifestação cultural, mas com ressalvas, desde que não haja condutas cruéis, “a manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias

de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o sacrifício do animal”.

O Supremo Tribunal Federal também julgou favorável Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI N° 1.856-6, que questionava autorização em determinadas condições a realização de competições conhecida como rinha de galos, permitida pela Lei 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE N° 2.895 /98)- LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI N° 9.605 /98, ART. 32)- MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF , ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE

-DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF , ART. 225 , § 1º , VII)-DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL

-RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

O relator da ADI, o ministro Celso de Mello, declarou que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos de terceira geração e isso bem garante englobado o dever de não incidir em práticas cruéis contra os animais pois deriva da necessidade que o ser humano tem de manter equilibrado o meio ambiente no qual está inserido. (MELLO, 2011, p. 301). O relator ainda mencionou acerca do julgado da farra do boi, mencionado anteriormente:

Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que a Lei n° 2.985, de 20/03/98, editada pelo Estado do Rio de Janeiro – de teor essencialmente idêntico ao da Lei catarinense n° 11.366/2000, declarada inconstitucional pelo Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU –, está em situação de conflito ostensivo com a norma inscrita no art. 225, § 1° VII, da Constituição da República, que, insista-se, veda a prática de crueldade contra animais e que tem, na Lei n° 9.605/98 (art. 32), o seu preceito incriminador, eis que pune, a título de crime ambiental, a inflição de maus-tratos contra animais. (MELLO, 2011, p. 308)

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, mencionou (2011, p. 336) a proibição das touradas em Barcelona, onde busca a Europa resguardar o bem-estar animal declarou que está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.

Ante o exposto, percebe-se que a jurisprudência atua, na maioria das vezes, em prol dos direitos básicos, decidindo a favor tratamento digno a seres sencientes. E não poderia ser diferente, como uma sociedade pretende caminhar para o futuro com pensamento retrógrado, sem se importar com as outras espécies.

Considerações Finais

Neste estudo foi realizado, primeiramente, uma análise histórica da relação do homem com os animais, utilizando-se das declarações de grandes pensadores de diversas épocas da história da humanidade. Percebeu-se que durante séculos os animais foram utilizados, são até hoje, como um mero instrumento à disposição do homem para serem explorados como bem entendem.

Somente na era moderna, por volta do século XVIII é que alguns nomes encarnaram as primeiras defesas dos direitos dos animais, dentre eles: Voltaire, Rousseau, Leonardo da Vinci, Einstein, Jeremy Bentham. Essa iniciativa possibilitou uma evolução no contexto do direito animal, contribuindo para produção das legislações protetivas do direito animal

que temos hoje, tanto no Brasil, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978), a própria Constituição da República Federativa do Brasil (1988), como no resto do mundo.

Em seguida, foi abordado um novo olhar destinado aos animais, inserido através do PLC 28/2018, parcialmente aprovado no Senado, que atribui aos animais o status de sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro. Adquirindo essa nova classificação, mais do que necessária, ensejamos a discussão sobre a necessidade da revisão das penas, que atualmente são insignificantes contra crimes atentados a vida de seres inocentes.

Importante salientar que, ainda que estes animais não fossem classificados como sujeitos de direitos, o tratamento dedicado a vida destes seres deve ser digno pois são indivíduos sencientes, capazes de sentir dor e prazer, não só isso. Portanto a legislação atual deve ser revisada, a fim de proteger esses animais e punir, com sanções coerentes aos maus tratos praticados por estes criminosos. Os animais que não detêm a capacidade de autotutela, cabendo ao ordenamento jurídico exercer esse papel prezando pela sua vida e resguardando os direitos básicos.

Referências

ARISTÓTELES. **A política**. Madrid: Instituto de estudos políticos, 1951.

BENTHAM, Jeremy. ***Uma Introdução aos princípios da moral e da Legislação***.1789. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRASIL. Constituição (1988.) **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 09 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ**. Relator ministro Celso de Mello. Julgada em 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>. Acesso em 14 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 153.531-8 SC**. Relator ministro Francisco Rezek. Julgado em 03 de julho de 1997. Disponível em:

CHUAHY, Rafaella. **Manifesto pelos direitos dos animais**. Ed. Record, Rio de Janeiro, 2009.

DEFENSORES DOS ANIMAIS. **Frases**. Disponível em: <https://defensoresdosanimais.wordpress.com/publicacoes/frases/>. Acesso em: 09 de ago. 2019.

DIAS, Edna Cardoso. **A tutela jurídica dos animais**. 1 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

FRANCIONE, Gary Lawrence. **Introduction to Animal Rights: Your Child or the Dog?**. Philadelphia: Temple University Press, 2000

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em 12 de ago. 2019.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. São Paulo: Ed. Mantiqueira de Ciência e Arte LTDA, 2004.

PLANALTO. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 08 ago. 2019. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.html. Acesso em 05 jul. 2019.

REGAN, Tom; COHEN, Carl. **The Animal Rights Debate**. EUA: Rowan & Littlefield Publishers, 2001

SANTANA, Heron José de. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. Revista Brasileira de Direito Animal. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Vol. 1, n.1, jan. 2006. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires Oliveira. Guarda responsável e dignidade dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, n.1, jan., Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Porto Alegre: Lugano, 2004.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SIRVINKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 5º. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

INCLUSÃO DE MINORIAS: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS AOS PROFISSIONAIS DO SEXO

Alexandre da Silva Vieira

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

Larissa Pimentel Gonçalves Villar

Mery Chalfun

1. INTRODUÇÃO:

Preambularmente, é precípua salientar que ao longo da história geral, vários foram os avanços sociais que ocorreram, trazendo, por consequência, diferentes compreensões a respeito das palavras liberdade de expressão, trabalho e prostituição.

Durante anos, a palavra trabalho foi repudiada veementemente por toda alta classe social (clero e nobreza), visto que se tratava de algo que deveria ser praticado apenas por escravos (coisa) e animais e nunca pela elite social.

Com o decorrer dos anos e o avanço da ideologia social (período pós-iluminismo), a sociedade adquiriu uma nova roupagem. Os pensamentos frívolos, ora impostos pela Igreja Católica, no que tange ao trabalho caíram por terra. Neste período, a sociedade buscava iluminar-se da liberdade de pensamento, de expressão e de cultura, mesmo que ainda um pouco limitado, já que as mulheres continuavam sem o direito a voz.

Conforme se verá adiante, durante muitos anos as mulheres foram impedidas de qualquer direito de liberdade, seja de expressão, seja sexual, já que deveriam ser virgens até o casamento, sob pena de ser rotulado de imundas, o que traria uma desonra muito grande para sua família, bem como impedidas de se casarem para o resto da vida. Quanto aos homens, cuja prova de sua masculinidade era medida através do seu primeiro ato sexual com uma prostituta, tudo lhe era permitido, visto que deveriam satisfazer as suas necessidades masculinas.

É notório que tal desigualdade acarretaria grande consequências sociais. Era constante a prática do crime de estupro nas cidades. As prostitutas eram vistas como profissionais capazes de diminuir determinada quantidade de crime. O serviço prostíbulo nunca foi extinto, ele era disfarçado.

Atualmente, conforme será pormenorizado adiante, com a máxima evolução do pensamento social, no Brasil, a prostituição vem sendo um pouco acolhidas pela contemporânea sociedade. A prova disso é a inserção do trabalho prostíbulo no Cadastro Brasileiro de Ocupações (CBO).

Assim sendo, o principal objetivo deste estudo é expor que determinadas profissões se expandem de forma desenfreada, independente de regularização por parte do Estado, bem como defender a formalização destas como formas de labor, visto que se trata de uma prática cediça na sociedade Brasileira, já enraizada na cultura e, diga-se de passagem, sem qualquer possibilidade de extinção.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICADA PROSTITUIÇÃO:

A prostituição, em síntese, pode ser conceituada como a atividade que consiste em proporcionar satisfação sexual a outrem em troca de remuneração. Determinada profissão é conhecida como a profissão mais antiga do mundo, visto que se faz presente na sociedade desde a as primeiras civilizações da Mesopotâmia, datados em, aproximadamente, 2.400 a.C.

Entretanto, a prostituição somente adquiriu força de expansão a partir da Idade Média, que, diga-se de passagem, foi um período marcado pelo extremo domínio da Igreja Católica, na qual prezava a castidade das mulheres até o casamento, sob pena de serem impossibilitadas de se casarem, bem como rejeitadas, ridicularizadas e menosprezadas pela sociedade e família.

Por outro lado, apesar da rigidez religiosa quanto ao sexo antes do casamento para as mulheres, aos homens era permitido o sexo casual, a fim de atender as suas necessidades masculinas. Neste sentido, observado alguns parâmetros, a sociedade autorizava o labor da prostituição a fim de evitar os corriqueiros casos de estupros que ocorriam nesta época. O sexo tornava-se uma válvula de escape para o apetite sexual masculino.

É curioso o fato de que nesta época as mulheres eram compreendidas como puras, e que o simples fato de se relacionar sexualmente com outras pessoas, mesmo sendo vítimas de estupro, lhe despia do tão sagrado *status* de pureza. Muitas mulheres vítimas de estupro tornavam-se prostitutas a fim de garantir o seu sustento, e, na maioria das vezes, o da prole, ora gerada pelo crime de estupro em que eram vítimas.

Nestes termos, entre os séculos XIV e XV, operou-se a institucionalização da prática da prostituição, onde segundo o historiador ROSSIAUD, 1991, havia quatro níveis de prostituição na França medieval: as casas públicas (controladas pelo Estado), os banhos, os bordéis particulares e as meretrizes autônomas.

Além disso, a título de curiosidade, segundo o nobre historiador, as faixas etárias das mulheres indicavam as etapas pelas quais elas haviam passado. Por volta dos 17 anos, as prostitutas trabalhavam nas ruas, sendo que, depois dos 20 anos, tornavam-se camareiras das famosas casas de banho/massagem, vendendo-se nestes locais para os frequentadores. Por volta dos 28 anos, tornavam-se pensionistas dos bordéis. Depois dessa idade, quando a beleza da juventude havia sido perdida, algumas prostitutas se tornavam proxenetas (cafetinas) em bordéis e algumas poucas se casavam, sendo que a maioria se retirava para conventos criados para acolher as mulheres pecadoras e arrependidas de terem laborado dessa forma repugnante, segundo a ideologia propagada na época.

O fator que mais influenciou na história da prostituição, principalmente no Ocidente, foi a transição da sociedade matriarcal para patriarcal. Neste período (início do século XX), ora conhecido como Belle Époque, os cabarés e bordéis eram fervorosamente frequentados. Além disso, nesta época enfatizaram-se as duas funções atinentes as mulheres, ambas, por óbvio, servindo à figura masculina: a de objeto de *status*, quando casadas, e a de objeto de desfrute, de prazer, quando cortesã de um bordel luxuoso.

Na Belle Époque, as mulheres que almejavam ser independentes, e que não aceitavam a submissão aos homens sendo esposas ou, como na maioria das vezes, que precisavam apenas sobreviver não viam saída, além do meretrício, em tempos de condições precárias e falta de vagas em outras ocupações devido ao gênero. Na maioria das vezes não era possível trabalhar com funções sociais mais “admiráveis”, já que o preconceito com o sexo feminino não lhes permitia. Por outro lado, as cortesãs também eram vistas como mulheres poderosas, donas de seus corpos e transgressoras das regras vigentes, já que não eram “dominadas” por ninguém, além de serem livres financeiramente por não dependerem de um marido.

Assim, tendo em vista aos padrões sociais da época, não era estimulado o fim da prostituição, mas sim o seu disfarce. Homens de alta classe e profissionais que movimentavam a atividade dos bordéis lutavam pela sua discrição. Determinada prática ocorria em razão do grande moralismo vigente, que pregava a liberdade sexual do homem e o estereótipo da esposa casada virgem e submissa. Ou seja, se no casamento não havia possibilidade de explorar os desejos mais exóticos, no cabaré, mediante pagamento, tudo se podia, eis que as meretrizes proporcionavam.

Atualmente, em que pese os grandes avanços sociais, bem como diversos programas de inclusão de minorias, a prostituição continua sendo uma profissão moralmente rejeitada pela sociedade, tendo em vista que o trabalhador, enquanto profissional do sexo, ao utilizar seu corpo como instrumento de trabalho deforma a sua imagem em face da coletividade.

Em ato contínuo é oportuno consignar que atualmente os profissionais do sexo atuam das mais variadas formas. São através de jornais, revistas e sites, entre outros meios de comunicação e propaganda, que se realizam o marketing para o oferecimento dos seus serviços sexuais.

Ressalta-se, ainda, que o contemporâneo mercado prostíbulo abarca homens, transexuais e, principalmente, mulheres das mais variadas classes sociais, alguns com formação universitária e que dominam mais de um idioma, inclusive. O interessante é que estes profissionais não se consideram prostitutas, mesmo comercializando o sexo. Talvez porque alguns são convidados para participar de festas, convenções na companhia de executivos, empresários, turistas, locais em que se exige uma postura que em nenhum momento os identifique como prostitutas.

Outrossim, é importante salientar que ainda existem profissionais que laboram nas ruas, onde os critérios são outros. Ao invés do segredo em torno da atividade, é preciso deixar bem claro o que fazem, além de escolher um local da cidade reconhecido como local de prostituição, isto porque são através de roupas curtas, gestos excitantes e provocativos que tentam atrair a sua clientela para o consumo dos seus serviços de sexo.

Contudo, apesar de toda expansão e evolução da prostituição, é imprescindível salientar que determinada profissão não é formalizada, tampouco é fiscalizada, o que significa que não há qualquer amparo legal aos profissionais do sexo, como será melhor pormenorizado ao longo deste artigo.

3. DOS ASPECTOS LEGAIS DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL, E A AUSÊNCIA DE CONDUTA CRIMINOSA:

A questão da prostituição sempre foi um tabu para a sociedade, visto a máxima discriminação da sociedade aos profissionais, por usarem o corpo como instrumento de trabalho. Entretanto, é imperioso frisar que atualmente, no Brasil, determinada prática de labor vem sendo acolhida pela sociedade, visto que estase tornou corriqueira e notória na maioria das cidades, como, por exemplo, no Rio de Janeiro, onde há diversos pontos fixos espalhados pela cidade, tais como: Vila Mimosa, Copacabana, Ipanema, Leblon, Botafogo, Centro, entre outros.

Assim, com o objetivo de encarar os problemas que tal discriminação acarreta à coletividade como um todo, o debate acerca da legalização da atividade da prostituta se faz extremamente importante e necessário, até porque, conforme devidamente preconizado no texto constitucional, é dever do Estado buscar formas de inclusão social a fim de garantir um Estado mais igualitário e justo.

Desta feita, a prática da prostituição não pode ser simplesmente deixada de lado, como se não tivesse importância na costura do tecido social. O árduo caminho na busca de um Estado Democrático de Direito é, também, o de pôr fim aos repúdios sofridos por esses profissionais. E, principalmente, é dever do Poder Público enxergar essas pessoas como profissionais, e incentivar junto à Justiça do Trabalho, formas de regularização da atividade prostibula, até porque a conduta, em si, não é ilícita, nos termos do Código Penal Brasileiro, conforme se explana a seguir.

Hodiernamente, de maneira geral, existem três tipos de sistemas legais para o tratamento da questão da prostituição: proibicionista, regulamentar e abolicionista.

O sistema proibicionista é o mais extremo, pois ele considera a prostituição como uma conduta criminosa. Ademais, neste sistema consideram-se como sujeitos ativos do crime o agenciador, o profissional do sexo e o próprio cliente. Tal sistema é adotado em alguns estados dos EUA, salvo o estado de Rhode Island, onde em 2003 o Poder Judiciário afastou tal sistema, descriminalizando determinada prática de trabalho.

Por outro lado, o sistema regulamentar, que é adotado na Holanda, na Alemanha, no Uruguai, Equador, Bolívia e em alguns outros países, por exemplo, consiste na ideia de regularizar a prática da prostituição. O principal argumento defensivo para a adoção deste sistema legal caminha sob a égide da redução da violência e da exploração sexual. Segundo o entendimento dos países adotantes, ao manter a atividade sob o controle estatal seria possível reduzir os crimes de violência, bem como delimitar zonas de meretrício a fim de desenvolver políticas de saúde capazes de maximizar o controle de doenças sexualmente transmissíveis.

Outrossim, no que tange ao sistema adotado pelo Brasil, o sistema abolicionista. Ele se funda na noção de vitimizar a profissional do sexo, pois ela estaria agindo por coação ou necessidade. Assim, como consequência somente são puníveis aquelas pessoas que exploram as profissionais do sexo auferindo lucros.

Desta feita, sob a égide deste tema, o Código Penal Brasileiro de 1940, ora vigente, prevê uma série de condutas ilícitas relacionadas à prostituição no capítulo V, intitulado “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para o Fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual”, destacando para o presente estudo os artigos 228 (“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”), 229 (“Casa de prostituição”) e 230 (“Rufianismo”).

Os artigos alhures citados visam punir, respectivamente, àquele que favorece ou induz outrem a prática da prostituição; àquele que mantém estabelecimento direcionado à prostituição; e, por fim, aquele que auferir lucros com a prostituição alheia (o rufião). O sujeito passivo de tais crimes, ou seja, a vítima, segundo Fernando Capez (CAPEZ, 2015), seria a própria profissional do sexo.

Além disso, é oportuno salientar, que há um grande debate jurídico em torno da vigência de tais dispositivos legais, uma vez que a prática da prostituição tornou-se cediça e notória em quase todas as cidades brasileiras, existindo, inclusive, algumas casas de prostituição ostensivas sendo toleradas abertamente pelas autoridades policiais. Nesse sentido, parte da doutrina e jurisprudência entende aplicável à hipótese, além de outros entendimentos, a teoria da adequação social da conduta de Hans Welzel, que preconiza sobre a impossibilidade de aplicar uma punição a um indivíduo se a conduta por ele praticada é aceita pela sociedade, deixando a mesma de ser fato típico.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) também se manifestou sobre determinado tema, quando julgou o Recurso Extraordinário 405/433, pugnando pela inexistência de crime a exploração de casa de tolerância em zona de meretrício.

Caminhando na mesma direção, ou seja, a favor do reconhecimento e tolerância da atividade, o governo federal, através do Ministério do Trabalho e Emprego, incluiu em 2002, sob o código 51-98-05, a atividade da profissional do sexo como ocupação no Cadastro Brasileiro de Ocupações – CBO (BRASIL), o que possibilitou o acesso a políticas públicas, bem como inclusão da categoria.

Insta salientar, ainda, que também já foram propostos dois projetos de lei visando positivar e garantir os direitos laborais das profissionais do sexo, o que revogaria os artigos do código penal que criminalizam determinada atividade. São eles o projeto de lei 98 de 2003 de autoria do deputado Fernando Gabeira, e o projeto de lei n.º4244 de 2004 de autoria do deputado Eduardo Valverde.

Entende-se, portanto, que além da prostituição e suas atividades correlacionadas serem práticas cediças e, atualmente, toleradas pela sociedade e pelo Poder Público, atipicidade das condutas e a punição são, no mínimo, incertos, devendo, assim, o Estado investir em programas de inclusão.

4. DA ATIVIDADE COMO FORMA DE TRABALHO:

Como devidamente explanado alhures, a prostituição é uma atividade praticada por muitos anos, que, atualmente, no Brasil, auferiu certa tolerância pela civilização. Entretanto, cabe ressaltar que apesar desta aceitação

social a prática da prostituição continua sendo reprimida com violência e estigmatizada. O fato é que esta atividade somente existe, pois ao mesmo tempo em que a sociedade a condena, também a mantém. Jamais haveria prostituição se não houvesse clientela.

Inobstante, é fundamental registrar que o Brasil já realizou o primeiro passo, no que tange ao reconhecimento da atividade prostituta, visto que cadastrou os profissionais do sexo no código de Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), que a título de conhecimento, pode ser considerado como um banco de dados, capaz de reconhecer a existência de determinada profissão/atividade.

Nesta linha de entendimento, o segundo passo a ser dado consubstancia-se na ideia de que as pessoas que prestam serviços de natureza sexual fazem jus ao pagamento pela operação de determinado serviço.

Este passo inspira-se diretamente no exemplo da Alemanha, que ao final de 2001 aprovou uma lei que torna exigível o pagamento pela prestação dos serviços de natureza sexual. Esta lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002. Além disso, a iniciativa germânica também excluiu do Código Penal Alemão os artigos referentes ao crime de favorecimento da prostituição, pois se a atividade passa a ser lícita, não há porque penalizar quem a favorece.

4.1. Dos Projetos de Lei que Regulamentam a Prática da Prostituição:

Por diversas vezes o tema em debate neste artigo foi pauta de discussão na Câmara dos Deputados. Uma grande divisão entre progressistas e conservadores ficou estabelecida na mesa de votação.

Dessa forma, sob a égide da evolução social, bem como dos avanços da Alemanha em 2002, quando a lei que torna exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual foi publicada, o Deputado Fernando Gabeira (PV), em 2003, criou o projeto de lei nº 98/2003, que visava suprimir os artigos 228, 229 e 231 do código penal, determinando que fosse possível o profissional do sexo exigir o seu pagamento, quando prestar os serviços sexuais. Entretanto, determinado projeto foi arquivado na mesa da Diretoria e rejeitado no parecer fornecido pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, por entender que a regu-

larização da prostituição seria um desserviço à sociedade, uma afronta ao direito e a moral.

No ano seguinte (2004), Eduardo Valverde também apresentou proposta de lei semelhante, contudo sua ideia teve o mesmo destino e foi arquivado.

Entretanto, neste projeto de lei, o deputado visava ir além de permitir com que o profissional do sexo exija o pagamento atinente a prestação dos serviços. Este projeto tornava livre, regular e formal a prática da prostituição no Brasil, bem como reconhecer e estabelecer as formas das prestações dos serviços, garantindo, inclusive os direitos previdenciários dos profissionais.

Determinada regulamentação, inclusive, impunha a necessidade de registro profissional, que seria emitido pela Delegacia Regional do Trabalho e renovado anualmente. Esta e outras medidas previstas neste projeto de lei visam dotar os órgãos competentes de melhores condições para controlar o setor e, assim, conter os abusos.

Em ato contínuo, no ano de 2012, o Ex-Deputado Jean Wyllys (PSol), elaborou o projeto de lei nº 4211/2012, conhecido como Gabriela Leite. Este projeto reunia toda ideologia defendida nos projetos apresentados anteriormente, acrescentando a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do art. 57 da lei 8.213/1991, bem como, no art. 2º do referido projeto, preconizava diretrizes que vedavam a prática da exploração sexual.

Contudo, apesar de todos os esforços pelo criador do projeto, este foi arquivado na mesa da Diretoria, bem como e rejeitado pela maioria das comissões. Segundo os pareceres emitidos, o simples fato de uma pessoa ser tratada como mercadoria já é uma condição de afronta ao princípio da dignidade humana, que é o preceito fundamental dos direitos humanos. Ademais, segundo a Comissão dos Direitos Humanos e Minorias, determinada aprovação acarretaria em um grande impacto social, que seria o aumento da procura pelos serviços; que passaria uma mensagem subliminar para as novas gerações de homens e garotos de que as mulheres são mercadorias e que a prostituição é uma brincadeira sem consequências, apenas uma relação comercial. Ademais, segundo os pareceres apresentados, é defesa determinada forma de labor, uma vez que afronta o art. 104, inciso II do Código Civil, que apenas reconhece como negócio jurídico aqueles que possuem objetos lícitos.

Em face de todo conteúdo explanado neste tópico, é possível observar que há uma dicotomia acerca da regularização da atividade prostitubla. De um lado há diversas razões defensivas para implantação imediata dos projetos arquivados, de outro, diversos argumentos em seu desfavor.

Em que pese toda fundamentação jurídica emitida nos pareceres das comissões, no que tange aos direitos humanos e aos direitos trabalhistas, é primordial destacar que determinada forma de labor se expande de forma desenfreada, independente de regularização por parte do Estado, que, diga-se de passagem, falha na tentativa de garantir o pleno emprego, visto a precária remuneração que diversos profissionais qualificados auferem mensalmente, bem como a grande massa de desempregados existentes no Brasil, que recorrem a outros meios, como a prostituição, para garantir a quitação das contas mensais.

Em pesquisa empírica foi possível compreender que as profissionais do sexo nem sempre realizam programas porque optaram por este trabalho, mas sim porque o Estado falha em garantir o pleno emprego, que seja capaz de um indivíduo se manter dignamente.

O relato de Luana (nome de guerra), de 28 anos, que possui um filho de 6 (seis) anos, corrobora inteiramente com o presente raciocínio, quando afirma: “Eu tentei fazer outras coisas. Fui secretaria, empregada, até faculdade eu comecei a fazer. A vida não ta fácil. Eu Prefiro ser acompanhante”; “Não consigo emprego que me ofereça mais de 800 reais. Sendo assim, é melhor me prostituir e ganhar dois mil em um dia. Eu tenho criança pra alimentar”. “Você trabalha 8h por dia, estuda, se especializa... pra que? Para ganhar R\$2.000,00, sendo que o aluguel da sua casa é mil reais e o gasto com roupa e comida é quase o dobro do salário. É por isso que estou nessa vida”.

É perfeitamente compreensivo que os direitos humanos precisam ser preservados, bem como a moralidade da sociedade. Contudo, partindo da premissa de que as normas (o direito) sempre devem evoluir em conjunto com a sociedade; que a prática da prostituição é uma forma de trabalho que cada dia se expande no Brasil, seja nas ruas, nos meretrícios, seja na internet; que atual sociedade se despiu de todo conservadorismo e aceitou determinada prática como forma de labor, entende-se que ao regularizar a prostituição nos termos dos projetos apresentados, o Brasil apenas estará regulamentando uma prática cediça, e que não tem previsão de término.

É como diz o jargão popular: trata-se descer do salto, e inserir o pé na atual realidade do país. A defesa aos direitos humanos é imperiosa, sem dúvidas, entretanto, não se pode simplesmente fechar os olhos para o atual cenário do Brasil, onde milhares de pessoas, mesmo com nível superior, estão desempregadas e laboram comercializando o sexo, sem qualquer amparo legal, podendo ser vítimas de diversas atrocidades e violências, ora rechaçadas pelos direitos humanos e punidas pelo código penal.

5. DOS REQUISITOS E RISCOS PARA SER UM PROFISSIONAL DO SEXO:

No geral, não há requisitos impostos para atuar como profissional do sexo. A profissão pode ser exercida por qualquer pessoa, desde que seja maior e capaz, que possua uma estrutura emocional consciente de que o seu próprio corpo será utilizado como ferramenta de labor, e que poderá se expor a alguns riscos. Em outras palavras, o meretrício pode ser praticado por homens, mulheres, gays, lésbicas, transexuais, travestis, entre outros. Nesta profissão, o que realmente importa é a plena satisfação sexual do contratante/cliente, devendo, como medida de segurança, ser observadas algumas restrições impostas pelo próprio profissional antes do ato.

5.1. Dos Requisitos:

É sabido que inexistem quaisquer pré-requisitos a serem preenchidos para desempenhar a profissão da prostituição, como, por exemplo, se graduar e passar em uma prova da entidade de classe (CREA, CRM, OAB). Além disso, é pacífico o conhecimento de que a prostituição encontra-se devidamente cadastrada na CBO (Classificação Brasileira de Ocupações), regulada sob o nº 5198-05, que delimita algumas condições gerais para a prática do exercício da atividade, bem como registra a possibilidade, durante o período de labor, de se expor à discriminação, DSTs, maus-tratos, entre outras.

Contudo, apesar de conter determinadas condições, alguns elementos podem interferir na precificação dos serviços, como, por exemplo, o corpo definido e malhado, a forma e o local do atendimento, o nível de instrução do profissional, principalmente o conhecimento de idiomas, entre outros.

O fato é que da mesma forma que a caneta é a ferramenta de trabalho de um professor (a), o corpo é a ferramenta de trabalho dos profissionais do sexo. Portanto, entende-se que ter uma alimentação equilibrada, exercícios físicos regrados, higiene pessoal realizada com cautela redobrada, cuidados preventivos à saúde, são atividades que devem ser buscadas pelos profissionais que desejam auferir uma maior clientela, bem como projetar e desenvolver a sua rede de *networking*, pois, assim, por consequência, maiores pagamentos por serviços poderão ser realizados/cobrados.

5.2. Dos Riscos:

Inobstante aos requisitos apresentados, é cediço o conhecimento de que estes profissionais necessitam de um periódico acompanhamento médico, bem como estipular algumas restrições com os seus contratantes/clientes antes de qualquer procedimento sexual, bem como o uso de preservativos, como medida de proteção a grande exposição ao contato com alguns tipos de doenças venéreas, como, por exemplo, AIDS, sífilis, gonorreia, HPV, entre outras, que podem, inclusive, comprometer o seu exercício profissional.

Nesta esteira de raciocínio, em razão do agigantamento da prostituição, bem como com o avanço da medicina, os preservativos receberam alguns novos aliados ao combate do vírus HIV, o que contribui para uma proteção eficaz. Trata-se da utilização do PREP (*Profilaxia Pré-Exposição*) e PEP (*Profilaxia Pós-Exposição*), que são medicamentos indicados aos profissionais do sexo, que são capazes de proteger o indivíduo do vírus HIV (apenas) antes do ato sexual ou após (situação de emergência). O tratamento é gratuito e fornecido pelo SUS.

Ultrapassada a questão do risco biológico, é de suma importância destacar que a prática da violência ocorre corriqueiramente em face dos profissionais que prestam os seus serviços nas ruas. O fundamento para determinada violência praticada pode ser baseado no repúdio, no preconceito contra os profissionais LGBT e, inclusive, entre os próprios colegas na disputa de ponto (nome do espaço para o trabalho) e/ou cliente.

Em continuidade a pesquisa empírica, realizada na cidade do Rio de Janeiro, a entrevistada, Dandara, que é travesti, relatou que: “Tem várias maneiras de arrecadar um *aque* (dinheiro) na prostituição, mas eu não pos-

so esperar muito tempo. Eu preciso me sustentar! É daqui que pago o meu cartão de crédito, que compro a minha comida. O meu maior sentimento, quando venho para as ruas é o de medo, pois não há como saber o que estará por vir nas noites. Já fui esfaqueada duas vezes por outras travestis, porque eu estava em um lado da rua que não era meu. É muita insegurança nas ruas, mas é o meu trabalho”.

Nota-se, portanto, que um dos riscos mais enfrentados pelos profissionais da noite é a corriqueira violência nas ruas, seja por ódio e/ou preconceito, seja por disputa de espaço para o labor entre os colegas.

6. A LIBERDADE DO EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO:

Preconiza no texto Constitucional de 1988, que também versa sobre os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, os valores essenciais e necessários para vida digna do indivíduo, como, por exemplo, os valores do trabalho e da livre iniciativa, a igualdade perante a lei, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, a cidadania, a vida, segurança, liberdade, igualdade, moradia, entre outros direitos.

Inobstante, na forma do art. 3º, inciso IV do texto constitucional, são objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em ato contínuo, no que tange aos direitos de liberdade e do cidadão, é de grande importância despir-se acerca de alguns pensamentos retrógrados, mas que ainda persistem na sociedade, como, por exemplo, o de estipular um padrão “correto” para ser seguido por todos, e, aquele que não seguir, será retalhado, discriminado pela coletividade.

Nesta esteira de raciocínio, entende-se que inexiste o reconhecimento de direitos trabalhistas aos profissionais do sexo, em razão da aplicabilidade do art. 104, inciso II do Código Civil (dispositivo que apenas torna eficiente os negócios jurídicos quando são realizados com objetos lícitos). No mais, fundamenta-se a determinada negativa sob a ótica conservadora de que tal reconhecimento são atos contrários aos bons costumes, à ordem pública, a moral, e, acima de tudo, aos direitos humanos, não

havendo, portanto, como reconhecer os direitos trabalhistas aos profissionais de sexo, seja em contrato de emprego, seja em contrato de prestação de serviços.

Contudo, em que pese à moral, os bons costumes, e os direitos humanos, torna-se precípua salientar que determinada fundamentação utilizada (moral e os bons costumes) a fim de rechaçar o reconhecimento de direitos e garantias trabalhistas aos profissionais do sexo, não se encontra abarcada por qualquer dispositivo legal, seja no Código Civil, seja no Código Penal; que a redação do art.5º, II da CRFB/88 estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim sendo, tendo como base o conceito de discriminação supra mencionado, é perfeitamente possível afirmar que determinada negativa do Estado em garantir direitos trabalhistas aos profissionais do sexo, eiva-se de critérios discriminatórios, sendo, portanto, de forma axiológica, uma afronta ao princípio da não-discriminação, ora pormenorizado em todo ordenamento jurídico brasileiro. Não é papel de o Estado intervir e determinar as atitudes íntimas das pessoas, a ponto de estabelecer um grupo de pessoas destituídas de direitos fundamentais, sociais e trabalhistas. Pelo contrário, é dever do Estado garantir todas as formas de inclusão social, bem como garantir, efetivar e proteger o livre exercício do trabalho.

Por outro lado, quando se fala na proteção e garantia dos direitos trabalhistas, invoca-se o princípio da proteção, que consiste em estruturar todas as bases do direito do trabalho sob a perspectiva da condição hipossuficiente do trabalhador em face do sistema capitalista, buscando proporcionar a defesa deste trabalhador, bem como estabelecer e garantir patamares mínimos de direitos a serem observados pelos empregadores.

Neste sentido, através da simples análise conceitual do princípio da proteção, é possível realizar uma análise crítica acerca da relação deste princípio no reconhecimento dos direitos trabalhistas aos profissionais do sexo, bem como na punição na conduta de exploração ao trabalho destes profissionais.

Como devidamente explanado alhures, os profissionais do sexo são consideradas como vítimas, punindo todas as condutas consideradas como exploração do seu trabalho, ou seja, como se vê, o direito penal busca a proteção da incolumidade destes profissionais. Indaga-se, portanto,

o motivo pelo qual o Direito do Trabalho, fundado também na ideia de proteção, não regulariza os direitos trabalhistas aos profissionais do sexo.

Portanto, através de uma simples interpretação lógica do ordenamento jurídico, nesse aspecto, é cristalina a ideia de que o Direito Penal e o Direito do Trabalho devem caminhar juntos, a fim de garantir e tutelar a proteção dos profissionais do sexo, uma vez que ao não reconhecer os direitos trabalhistas para determinado grupo de profissionais, o Estado estaria afrontando ferozmente ao princípio da proteção, bem como diversos outros princípios já suscitados neste estudo.

Desta feita, em face da vulnerabilidade destes profissionais, ora reconhecida tanto pelo Direito Penal quanto pelo Direito do Trabalho, a lógica do sistema seria a de prevalência do princípio *justrabalhistada* proteção das profissionais do sexo, reconhecendo-se os direitos trabalhistas pelos trabalhos realizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em observância a todo conteúdo explanado, que colide diretamente ao entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, conclui-se que a prostituição é uma prática de labor não regulamentada que se expande de forma desenfreada, sem qualquer previsão e possibilidade de se encerrar.

Outrossim, é oportuno consignar que o primeiro passo para a regulamentação dos profissionais de sexo no Brasil já foi realizado, visto que a prostituição consta como uma ocupação no cadastro nacional. Portanto, ao se discutir sobre determinado tema, é imperioso que os pés venham ser postos na atual realidade do país, e que retrógrados pensamentos discriminatórios venham ser despiciendos.

Corroborando para o presente estudo, ficou demonstrado que diversos projetos de leis foram criados para regularizar uma questão que é cediça e não fiscalizada no Brasil, que é a prostituição. Contudo, estes projetos de lei foram arquivados, visto que a sociedade ainda compreende que determinada prática afeta dos bons costumes, a moral, e aos direitos humanos; que é dever do Estado garantir o pleno emprego.

Em caráter conclusivo vale ressaltar que a regulamentação, bem como a liberdade do exercício da prostituição não é um estímulo ao crescimento de profissionais do sexo, tampouco uma ofensa aos bons costumes. Muito

pelo contrário, determinada atitude corroborará com a redução dos riscos danosos desta atividade de labor, até porque esta prática jamais irá se encerrar. Assim, ao regularizar formalmente esta profissão, o Estado estaria efetivando a dignidade humana, bem como se despidendo de toda hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, como, por exemplo, possuir um trabalho desembaraçado de discriminação.

Por fim, insta salientar que determinado estudo necessita de maiores pesquisas, visto que determinada regulamentação ocasionará não somente impactos sociais, previdenciários e trabalhistas, mas também impactos na administração pública, como, por exemplo, a diminuição da elevada taxa de desemprego, recolhimento de ISS, entre outras consequências que futuramente serão estudadas.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Mario Victor Assis. **O Trabalho da Prostituta à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Realidade e Perspectivas**, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13963/o-trabalho-da-prostituta-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 15/03/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4244/2004**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197>> Acesso em 28/03/2019.

_____, **Projeto de Lei nº 4211/2012**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em 28/03/2019.

_____, **Projeto de Lei nº 98/2003**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>> Acesso em: 28/03/2019.

DALLOSSI, Bruno Manfrin. **Direitos Trabalhistas das Profissionais do Sexo: Uma Questão de Princípios**. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigo058d1efcf493c911af-975631d1f5feb2.pdf>> Acesso em: 12/03/2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**,
2004, p. 49

JUSBRASIL. **RT405/433, Exploração em Zona de Meretrício**.
Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=EXPLORA%C3%87%C3%83O+EM+ZONA+DE+MERETR%C3%8DCIO>>. Acesso em: 29/03/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal**, 2009

PORTAL EMPREGA BRASIL, **Classificação Brasileira de Ocupações**. Disponível em: <<https://empregabrasil.mte.gov.br/76/cbo/>>. Acesso em: 16/03/2019.

O SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DO AMAZONAS

João Paulo Marques dos Santos
Suzy Oliveira Ribeiro

ASPECTOS PRELIMINARES

O direito à saúde não é um direito recente e de criação nacional, não obstante, surgiu no âmbito internacional com o advento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, conforme o art. XXV, onde é afirmado que toda pessoa tem direito a um padrão de vida que seja suficiente para assegurar a si e a sua família o direito à saúde e ao bem-estar.

Por outro lado, no âmbito nacional e após a reforma sanitária ocorrida no seio do Estado Ditatorial que vigia no Brasil, criaram-se diretrizes na 8ª Conferência Nacional de Saúde as quais serviram de base e delineamento do atual direito à saúde e do tão conhecido sistema universal, Sistema Único de Saúde.

Os princípios da integralidade, regionalização e universalidade do direito à saúde são frutos daquelas diretrizes criadas na Conferência de 1987, hodiernamente, direito subjetivo do cidadão e obrigação do Estado de efetivá-lo (arts. 196 e 198, da CF).

Efetivar tais princípios, aliás, não é uma tarefa simples, pois políticas públicas são necessárias e indispensáveis à transmutação do aspecto teórico ao aspecto prático. São inúmeras as razões que obstaculizam sua implementação, sendo possível elencar alguns exemplos: (i) subfinancia-

mento da saúde, (ii) a velocidade do avanço tecnológico frente ao déficit orçamentário, (iii) má gestão dos recursos na implementação das políticas públicas de saúde; (iv) suboferta de exames, procedimentos médicos e insuficiência de insumos dentre outros.

Dada as dificuldades anteriormente relacionadas, e certo de que o tempo da vida é diferente do tempo do planejamento de implementação e execução das políticas públicas de saúde, os movimentos sociais e uma parcela da sociedade decidiram buscar, junto ao judiciário, a efetivação do direito fundamental à saúde. O judiciário, por sua vez, assegurou esse direito, compelindo o Estado a buscar formas de implementar a mais vasta gama de políticas públicas de saúde e, até mesmo, as que não possuíam regulamentação.

Apesar de legítima a busca da efetivação desse direito por vias judiciais e, em certa medida, correta a conduta em atender os pedidos direcionados a si e com respaldo na Constituição, o próprio julgador encontrou uma certa dificuldade de dar efetividade às suas decisões, em razão de alguns fatores: (i) prazo exíguo para cumprimento das decisões, por vezes incompatíveis com os prazos e procedimentos delineados na Lei de Licitações; (ii) insuficiência orçamentária para atendimento das determinações judiciais; (iii) morosidade no processo de aquisição pela administração pública e etc.

Em razão dos impasses encontrados, o Estado-juíz iniciou atribuindo astreintes no caso de mora pelo cumprimento das determinações judiciais e, em outros casos, sob a coação de incidir o gestor no crime de desobediência (art. 330, do Código Penal). Tais medidas não se mostraram suficientes para o alcance da efetivação do direito à saúde, oportunidade em que se construiu a possibilidade da realização de sequestro de verbas públicas para fins de adimplemento das ordens judiciais. É com base nesse instituto que o presente trabalho debruçar-se-á.

A problemática levantada é, portanto, inicialmente averiguar se o sequestro de verbas públicas é o um meio coercitivo adequado para efetivar o direito à saúde, levando em consideração as hipóteses expressas que a Constituição e a legislação preveem para utilização desse mecanismo em face da Administração Pública. É necessário, ainda, avaliar o procedimento pelo qual se dá o sequestro, bem como a necessidade de prestação contas ou não perante o Judiciário. Importante, igualmente, apresentar os números de sequestros ocorridos no âmbito da Secretaria de Estado da

Saúde do Amazonas no ano de 2019, para fins de avaliar o impacto financeiro dos sequestros no orçamento do Estado, não somente no montante destinado para a área da Saúde.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica para avaliar o estado da arte, todavia, percebeu-se que o tema não possui um vasto número de referências, levando a pesquisa a ser realizada em campos dogmáticos vizinhos, cuja analogia se aplicará ao tema. Necessário mencionar que, de forma crítica, foi analisada a questão do sequestro de verbas públicas para dar efetividade às decisões judiciais no âmbito da saúde no Amazonas. Para tanto, valeu-se de um critério não legalista, mas de limite semântico no âmbito constitucional e infraconstitucional, com o fim de consubstanciar a conclusão da possibilidade ou não de se utilizar o bloqueio para efetivar o direito à saúde, bem como a legalidade de tal ato. Por outro lado, valeu-se, igualmente, da pesquisa dos dados levantados pela Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, para fins de averiguar a quantidade de bloqueios identificados que ocorreram no período de janeiro a maio de 2019, bem como o montante sequestrado através do sistema BacenJud.

Embora os dados tenham sido considerados insuficientes para uma conclusão mais profunda, é possível ter noção da necessidade da utilização desse mecanismo de forma responsável, a fim de evitar violações aos princípios fundamentais garantidos na Constituição Federal.

1. BLOQUEIO JUDICIAL: UM MÉTODO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE?

A saúde é um direito universal a ser garantido pelo Estado, cuja efetivação deve se dar por meio de políticas sociais e econômicas (art. 6º, CF/88). A sua prestação, contudo, deve atender a um planejamento prévio, onde o Executivo e o Legislativo escolherão quais as ações estratégicas deverão adotar para alcançar a efetivação de determinado direito social fundamental. No entanto, não pode ser perdido de vista que embora o Estado seja considerado um garantidor universal das mais variadas políticas públicas, o seu orçamento não goza de uma abertura tão ampla, sendo necessário escolher, dentre elas, quais são as mais indispensáveis.

A lei orçamentária anual (LOA) é elaborada pelo Poder Executivo com a finalidade de estabelecer as despesas e receitas do ano vindouro e,

em se tratando do Estado do Amazonas e das despesas definidas para o ano corrente (2019), esta se iniciou com um déficit orçamentário para o ano de 2019 de 1,1 bi, afora as dívidas que contam cerca de 1bi dos anos anteriores, consoante informações prestadas pelo Fundo Estadual de Saúde - FES/AM.

Conforme demonstrado alhures, os recursos são finitos, em conformidade com os limites estabelecidos pela lei orçamentária, sendo que as despesas e necessidade são infinitas, havendo uma tendência de estrangulamento do sistema orçamentário em razão da impossibilidade de financiamento pleno do sistema único de saúde.

Sobreleva gizar que, apesar da insuficiência de recursos, há que se avaliar as crescentes demandas por prestação específica da saúde, em vista da dinâmica evolutiva dos avanços tecnológicos na medicina, que são crescentes. Um verdadeiro paradigma, quando observado a partir da natureza estanque da legislação que estabelece um limite, enquanto que a saúde possui uma característica progressiva.

Entraves administrativos igualmente obstaculizam a efetivação de direitos em sua plenitude, bem como dos direitos fundamentais, entretanto, sendo necessário enfatizar que, em se tratando de Brasil, a má alocação dos recursos e a corrupção impactam significativamente na aplicação efetiva dos recursos existentes (BIDERMAN; AVELINO, 2013).

Em relação aos direitos sociais, os quais são oriundos das conquistas sociais ao longo do tempo, esses são consagrados pela Constituição Federal como direitos fundamentais, compreendidos no artigo 6º da Carta Magna, os quais gozam de eficácia programática, segundo a doutrina dominante capitaniada por Silva (2012, p. 118). Todavia, quando se está falando em direito à saúde essa norma, embora social e constante do art. 6º da CF/88, goza de eficácia plena (§1º, art. 5º, CF/1988), posto que não dependem de regulação por norma futura (MACHADO, 2017, p. 181), produzindo efeitos imediatos.

Para se promover de forma efetiva a garantia dos direitos sociais, a que se observar as particularidades dos grupos sociais, regiões, costumes, levando-se em consideração elementos sociais e econômicos para, assim, estabelecer políticas públicas em concordância com as necessidades e para efetivação dos direitos. Ocorre que, há a necessidade de que se tenham gestores capazes de entender e atuar na seara da saúde, ante sua complexidade

e profundidade, para a realização eficaz de planejamento e financiamento, com a finalidade de se alcançar uma correta alocação de recursos, posto que, muitos programas de saúde ainda não estão devidamente implementados, os quais não alcançam a população em sua totalidade, o que leva o cidadão a buscar, através do judiciário, a efetivação do direito à saúde.

O Sistema Único de Saúde se filiou à corrente da “medicina com base em evidências”, conforme é possível observar no bojo do art. 19-Q, da Lei 8.080/90. Em razão disso, adotaram-se os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas que consistem, em suma, na padronização de tratamentos e fornecimento de equipamentos e medicamentos pela consolidação de diretrizes clínicas à luz de evidências científicas sistematicamente desenvolvidas, ou seja, há a construção de um consenso científico acerca do que deve ser dispensado à população e, nos casos de políticas públicas voltadas para a área de saúde, é necessária a aplicação de evidência científica na tomada de decisões.

No que tange ao Poder Judiciário de modo geral, resta evidenciado que este não possui a expertise necessária para imposição de prestação de serviço público em se tratando da área da saúde, visto que não detém o conhecimentos específicos suficientes para implementar políticas de saúde e impor a realização de serviço específico de saúde sem, por efeito colateral, causar um dano incalculável a sociedade em geral.

No que se refere ao cenário amazonense, os magistrados deferem indiscriminadamente decisões interlocutórias sem a observância de critérios mínimos, além da ausência da devida atenção e cuidado que cada caso requer, causando prejuízos imensuráveis aos cofres públicos e para a população como um todo, visto que a maioria dos pleitos não está contemplado na Lei Orçamentária Anual.

Comumente as decisões contém, em seus bojos, o equipamento, medicamento, procedimento ou tratamento deferido; a forma de disponibilização; o prazo para cumprimento e a pena pelo descumprimento (fixação de astreintes, sequestros de verbas, responsabilização dos gestores e etc.). Porém, na maioria dos casos, não há razoabilidade na fixação dos prazos, tampouco atenção a complexidade das demandas e do sistema de compras, financeiro e administrativo da administração pública, ante a necessidade de observância dos princípios da administração, bem como do que dispõe a Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

A Lei Geral de Licitações disciplina situações em que a administração pública pode se eximir da realização uma licitação, que é um procedimento para compra mais complexo e moroso, e entre as hipóteses previstas se encontra a dispensa em decorrência de situação de emergência, contudo, a flexibilidade em relação à dispensa não implica no afastamento do processo formal de contratação, uma vez que se deve ter ainda mais zelo ao lidar com tais casos.

Apesar dos esforços despendidos para o atendimento dos pleitos no menor espaço de tempo, a de ser observar a burocracia inerente à atuação estatal, ao sistema de execução das atividades da administração que, geralmente, são pautados pelo ordenamento jurídico.

Assim, a fixação de prazos exíguos vai de encontro a possibilidade de atendimento dos pleitos de forma imediata e satisfatória, ante a necessidade de respeito a lei de licitações e todas as suas disposições.

Além disso, é a partir da fixação de prazos exíguos que sobrevém em face do Estado do Amazonas os sequestros de verbas públicas para o atendimento das demandas, visto que, ao impor o inalcançável estar-se, sumariamente, condenando o ente ao sequestro de valores e, posteriormente, o levantamento destes para que a parte interessada na peleja alcance através das próprias mão o bem da vida.

Necessário pontuar que todo gasto público deve estar previsto na lei orçamentária e, não havendo respeito, bem como se sobrevierem despesas além do previsto no orçamento, outras parcelas da população sofrerão este impacto, posto que os sequestro de verbas públicas para atendimento das demandas da saúde não necessariamente são direcionados apenas às contas da Secretaria de Estado de Saúde, mas a toda e qualquer conta do Estado.

Dito isso, dado todo o imbróglio que envolve o tema, sobeja demonstrada a necessidade de avaliação do sequestro de verbas públicas no que tange a efetividade de cumprimento das decisões e sentenças judiciais.

1.1. Aspectos conceituais

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) atribui ao juiz o poder de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV), a doutrina atribui a esse dispositivo a

consagração do princípio da atipicidade das formas executivas (NEVES, 2016, p. 231).

É por meio deste poder que se dá ao juiz a possibilidade de eleger a melhor forma de efetivar a sua decisão judicial, podendo ser uma medida coercitiva, como a atribuição de astreintes, ou sub-rogatória, substituindo a vontade da parte pela vontade do direito, satisfazendo o direito independentemente da vontade do devedor.

No âmbito do direito sanitário, para dar efetividade às decisões, há uma orientação de se atribuir um prazo para cumprimento das ordens judiciais e, ao final, caso o Poder Público incorrer em mora, deverá o Juiz optar por realizar o bloqueio de numerário necessário para garantir a compra de determinado medicamento ou contratação de determinado serviço médico, adotando, no entanto, a aplicação de multa (astreintes) somente em última hipótese, conforme se depreende do enunciado n. 74, oriundo do Conselho Nacional de Justiça na III Jornada de Direito da Saúde.

Interessante pontuar que, o bloqueio/sequestro de verbas públicas, no âmbito da Constituição, possui três hipóteses bem restritas, conforme alude Maluf (2017), a saber: “i) preterimento do direito de precedência; ii) de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito; iii) não liberação tempestiva dos recursos – art. 100, §6º c/c art. 103 e 104, I do ADCT.”.

No âmbito infraconstitucional, foram editadas as Leis 8.437/92 e 9.494/97, as quais regulamentam as hipóteses de concessão de medidas cautelares, antecipação de tutelas de urgência e assim por diante em face da Fazenda Pública, entretanto não há, em ambas, a hipótese de sequestro de verbas públicas para satisfação do direito à saúde. Tal medida, aliás, é uma construção jurisprudencial autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção. REsp 1.069.810-RS, Rel.Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2013 – recurso repetitivo).

A partir dessa interpelação sobreleva a seguinte reflexão: tendo em vista que Administração Pública deve ser pautada pelo princípio da legalidade, bem como só pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, como pode o Judiciário que, inclusive, deveria se valer do direito na tomada de decisões, determinar o sequestro de verbas públicas para efetivação do direito à saúde?

Não se está questionando o direito à saúde em si, mas o método pelo qual está se valendo o Judiciário para efetivar esse direito. Imagine que o salário é impenhorável (não o é, pois o Judiciário relativizou em diversos casos, chegando a ser cômica essa regra), todavia, supondo que por algum motivo um devedor deixe de adimplir suas prestações mensais de aluguel, poderia ter-lhe seu salário penhorado para adimplemento dessa obrigação? A resposta certamente será negativa, pois a própria Constituição e a Lei trouxeram as hipóteses que excepcionam esta regra. Logo, como poderia, então, autorizar-se o sequestro de verbas públicas para efetivação do direito à saúde?

Não há uma resposta adequada para essa pergunta, porém, nos últimos anos, tem-se experimentado o Poder da discricionariedade no âmbito das decisões judiciais, em especial quando há substituição da vontade legislativa pela vontade, princípios e valores do julgador para fundamentar determinadas decisões judiciais (ABBOUD, 2016, p. 709. TOLEDO; OLIVEIRA; SANTOS, 2018, p. 783).

A bem da verdade os preconceitos, os valores e a consciência do julgador devem ser elementos irrelevantes para o julgamento das querelas judiciais, haja vista que as partes, quando levam seus problemas à jurisdição, buscam soluções baseadas no direito e não nas opiniões pessoais dos magistrados (SANTOS, 2019a, p. 762). Assim, questões como clamor social, repercussões midiáticas ou a própria consciência do julgador não podem e não devem servir de base para uma decisão judicial (STRECK, 2017, p. 25).

O bloqueio judicial ou, melhor, o sequestro de verbas públicas para dar efetividade às decisões judiciais que visam implementar o direito à saúde, não gozam de respaldo legislativo, sendo uma criação do Poder Judiciário, uma “legislação indireta” que afeta o princípio da separação dos poderes, pois a própria Constituição ao tratar do tema elencou as hipóteses de possibilidade de realização de bloqueios. O silêncio quanto às demais hipóteses é intencional, ou seja, não considerou relevante o Legislador Constituinte Originário.

Assim, que legitimidade possui o Superior Tribunal de Justiça e, até mesmo, o Supremo Tribunal Federal de afirmar que os bloqueios são possíveis quando, no limite semântico da autorização restritiva do sequestro, é extensível ao direito à saúde? O Brasil vivenciou isso inúmeras vezes:

Objetivação do controle difuso de constitucionalidade (SANTOS, 2019b, pp. 24-25. SANTOS; BRASIL, 2018, pp. 360-361)

Essas questões são relevantes para uma discussão mais profunda sobre o método utilizado pelos Juízes quanto ao direito à saúde. Prudência é o melhor método nesses casos. As críticas estão postas e não podem ser olvidadas.

1.2. A procedimentação dos sequestros e a localização das contas públicas

Preliminarmente, importante mencionar que o sequestro de verbas públicas pressupõe a existência de uma decisão judicial devidamente fundamentada, a qual não restou adequadamente cumprida pelo poder público e, ante a suposta inércia estatal, sobrevém nos autos nova decisão judicial, determinando o sequestro de verbas com fito de dar cumprimento ao requestado pela parte autora do pleito.

Entendendo que a decisão não foi cumprida de forma total ou satisfatória e, em muitos casos, após o peticionamento da parte interessada aduzindo o não atendimento do anteriormente determinado, o Juízo se utiliza dos meios coercitivos que lhe compete escolher, optando pelo qual acredita ser o mais efetivo de acordo com o caso concreto.

Partindo da preferência dada à medida de bloqueio/sequestro de verbas públicas, conforme Enunciado n. 74 elaborado na III Jornada de Direito da Saúde¹⁰⁶ no âmbito do Conselho Nacional de Saúde, será analisada como ela se dá no âmbito da *práxis*.

Conforme dito alhures, após a constatação de descumprimento total ou parcial, o juízo determina o sequestro de verbas públicas, então, publicada a decisão e intimado o Poder Público, insere-se a sua ordem no Sistema BACENJUD¹⁰⁷, por meio de certificado digital e com senha pessoal

106 III Jornada de Direito da Saúde - Enunciado n.º 74: Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como *ultima ratio*.

107 O Sistema Bacen Jud é um importante mecanismo que dar efetividade às decisões judiciais. Aliás, o Poder Judiciário, desde 2005, momento em que foi criado o sistema, até o mês de junho/2019, já o utilizou 74.182.902 (setenta e quatro milhões, cento e oitenta e dois mil e novecentos e dois) vezes. O Tribunal de Justiça do Amazonas, objeto do presente

e intransferível (art. 6º-C - Reg. BacenJud 2.0), para que as Instituições Participantes possam cumprir a ordem de sequestro de acordo com os critérios estabelecidos pelo magistrado.

Vale aludir que o procedimento de sequestro de valores de pessoas físicas, jurídicas e entes estatais é adotado de forma semelhante. Todavia, no Estado do Amazonas, há uma variação quanto aos sequestros realizados em desfavor das pessoas jurídicas de direito público interno.

No caso de pessoas físicas e jurídicas, recebida a ordem judicial, as Instituições Participantes deverão verificar, por meio do CNPJ ou do CPF (Art. 10) informado pelo magistrado, se possui relação jurídica com aquele para o qual é destinada a ordem judicial.

Em se tratando de ente estatal, o Estado do Amazonas possui uma conta única e exclusiva para fins de bloqueios judiciais, entretanto, em caso de ausência de fundos para suportar tal bloqueio, a busca por valores se dá nos moldes dos bloqueios convencionais, sobre todas as contas estatais existentes.

Quando o sequestro de efetiva através das contas estaduais, em regra, o valor determinado pelo juízo é bloqueado em todas as contas com recursos, ou seja, em caso de determinação de bloqueio do montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), há a possibilidade de bloqueios múltiplos em todas as contas, cabendo ao operador do sistema o desbloqueio do excedente.

Em se tratando do disposto no regulamento do BACENJUD, não havendo recursos, as Instituições emitirão respostas negativas (art. 6º). Em caso positivo, realizarão o bloqueio de valor até o limite das importâncias especificadas pelo magistrado, desde que haja saldo em contas de depósitos à vista (contas-correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras em renda fixa ou variável, fundos de investimento, e demais ativos sob a administração, custódia ou registro da titularidade pela instituição participante (Art. 13).

estudo, nesse mesmo período, utilizou 262.620 (duzentos e sessenta e dois mil seiscentos e vinte) vezes. No ano de 2019, foram 16.188 (dezesesseis mil cento e oitenta e oito) utilizações, segundo informações do Banco Central (2019). (Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/estatbacenjud2/consolidado_BacenJud_2.xls>. Acesso em 20 jul. 2019.

Após efetuado o bloqueio, o Sistema BacenJud retorna com os resultados informando o Banco, agência, conta e o valor constricto. Após esse resultado, o magistrado deverá proferir nova decisão para realizar o desbloqueio da conta ou para realizar a transferência de valor específico (art. 14).

Em se tratado do Amazonas, em caso positivo, o operador do sistema realiza a transferência dos valores para conta judicial na Caixa Econômica Federal, identificando a vara, o processo e os dados das partes, desbloqueando valores excedentes caso o sequestro tenha se efetivado em valor superior ao determinado.

Por fim, o valor bloqueado é disponibilizado à parte beneficiária por meio de Alvará de Levantamento de Valores, devendo essa prestar contas após a compra do medicamento, equipamento ou a contratação da prestação de serviços médicos, conforme o caso.

No que se refere a identificação das contas bancárias do Estado do Amazonas para fins de sequestro de valores, com exceção da conta única anteriormente mencionada, não há critério qualitativo ou quantitativo na execução do sistema BACENJUD, tendo em vista que este realiza buscas indiscriminadas de valores em todas as contas vinculadas ao CNPJ do ente estatal.

No que tange às contas bancárias oriundas de convênio ou de transferências obrigatórias, essas igualmente podem sofrer sequestro de valores caso estejam vinculadas ao CNPJ do Estado, posto que o sistema BACENJUD não realiza leitura de natureza das contas, não processa informações de impedimento, cabendo ao Estado, após tomar conhecimento do bloqueio, informar ao juízo a natureza das contas e convencê-lo do dano que tal constrição causará a administração.

2. A PRESTAÇÃO DE CONTAS NO SEQUESTRO/ BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBAS PÚBLICAS

A prestação de contas é o ato pelo qual a pessoa natural ou jurídica demonstra formalmente como e onde fora empregado o recurso que recebera para cumprir determinada finalidade. Busca, de forma geral, comprovar que não houve um desvio de finalidade na utilização do recurso recebido.

No âmbito do Poder Judiciário, a prestação de contas é algo comum, em especial quando se está diante de situações que a própria lei exige daquele incumbido de encargo público como é o caso do Administrador judicial (art. 22, III, “r”, da Lei n. 11.101/2005¹⁰⁸), Curador e Tutor (art. 1.755 e 1.757 do CC/02).

No caso daquele que recebe recurso público oriundo de sequestro judicial para a aquisição de medicamento ou para a contratação de prestação de serviço médicos, não há qualquer determinação legal que exija do paciente ou da parte que ele preste contas ao fim da demanda.

Afinal, se não há exigência legal, estaria o paciente/parte obrigado a prestar contas dos recursos que recebera para adquirir medicamentos, equipamentos, tratamento ou contratar a prestação de serviços médicos?

Sabe-se que a Administração Pública é pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88), bem como os seus gastos devem observar a economicidade, a qualidade e prestação de contas, uma vez que todo recurso proveniente do Poder Público é a manifestação de uma quota de riqueza do povo. Logo, a utilização de quaisquer valores ou bens públicos obriga o Gestor a prestar contas à sociedade, conf. o art. 70 da Constituição Federal.

A partir da leitura deste dispositivo, em especial o seu parágrafo único, é possível perceber que a obrigação de prestar contas é destinada a qualquer pessoa que utilize dinheiro público ou que em nome da União (e qualquer outro Ente Federado) assumam obrigação de natureza pecuniária.

Logo, se qualquer pessoa está obrigada a prestar contas, desde que tenha utilizado verba pública, qual a razão do particular/paciente não prestar contas da destinação dada ao numerário recebido do Estado-juiz para efetivação da decisão judicial que deferira a compra de medicamentos, insumos ou equipos, ou, até mesmo, da contratação de prestação de serviços médicos? A quem prestar contas? Quem emite o termo de quitação da obrigação de prestação de contas?

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, percebendo a repercussão das decisões que autorizam a realização de sequestro/bloqueio de verbas públicas para efetivação do direito à saúde, editou a súmula n. 178, onde

108 L. 11.101/2005 - Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: (...) III – na falência: (...) r) prestar contas ao final do processo, quando for substituído, destituído ou renunciar ao cargo.

exige que a parte/paciente preste, ao fim, contas do numerário recebido para aquisição de medicamentos, conforme se verifica abaixo:

Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medida de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas.” Referência: Processo Administrativo nº. 0013667-68.2011.8.19.0000. Julgamento em 22/11/2010. Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime

Seguindo esse mesmo pensamento, o Conselho Nacional de Justiça, na II Jornada de Direito da Saúde, editou o enunciado n. 55, onde restou determinado que: “O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.”.

A partir da leitura desses dois posicionamentos é possível perceber que eles corroboram com a redação do Art. 70, Parágrafo Único, da CF/88, que determina que qualquer pessoa que utilize verba pública para qualquer título, preste contas na forma da lei. Até mesmo para averiguar se a parte observou o princípio da economicidade por ocasião da compra do insumo ou da contratação do serviço médico. Nesse sentido, aliás, é que os enunciados n. 53 e 56, emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça na III Jornada de Direito de Saúde, aludem:

Enunciado n. 53 Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao Sistema Único de Saúde – SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

Enunciado n. 56 Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud)) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de com-

plexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Além disso, tal prestação, por questões lógicas, deverá ser realizada ao Juízo que proferiu a decisão que autorizou o levantamento dos valores pela parte. A ausência de prestação de contas autoriza o Juízo a restringir o levantamento de novos valores enquanto não for cumprida essa obrigação, podendo, inclusive, ensejar em inscrição na dívida ativa, a fim de cobrar o valor levantado pela parte.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO AMAZONAS: O NÚMERO DE BLOQUEIOS JUDICIAIS

A judicialização da saúde é um fenômeno crescente, conforme aponta pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER para o Conselho Nacional de Justiça, ao afirmar que de 2008 a 2017 houve crescimento no número de demandas de primeira instância relativo ao direito à saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 46). No âmbito da segunda instância o crescimento se deu em 85% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 46-47).

Infelizmente a pesquisa realizada para o CNJ não se valeu dos dados de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, pois alguns negaram acesso à informação, enquanto que outros enviaram as informações com arquivos incompatíveis com a pesquisa e um número não respondeu. Dentre os que não responderam, está o Tribunal de Justiça do Amazonas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 22), o que impediu a aferição do número exato que a judicialização da saúde alcançou no mesmo período.

Apesar disso, a presente pesquisa embora não tenha como mote avaliar o número da judicialização, buscou levantar a quantidade de sequestros de verbas públicas destinados à efetivar as decisões judiciais no âmbito da saúde e do Poder Judiciário do Amazonas.

Dada essa necessidade, buscou-se, junto à Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, informações acerca dos sequestros realizados nas contas do Estado no período de janeiro a maio de 2019, de onde se obteve

a informação da realização de 33 (trinta e três) ocorrências, cujo montante é de R\$ 510.527,69 (quinhentos e dez mil quinhentos e vinte e sete reais e sessenta e nove centavos).

Embora transpareça um valor expressivo dos bloqueios realizados, ele não representa a realidade fática, pois fica pendente os dados referentes aos bloqueios realizados nos Municípios do Amazonas. Além disso, só no primeiro semestre no âmbito da Secretaria do Estado do Amazonas, recebeu-se mais de 1.500 (mil e quinhentos) intimações referentes a processos do âmbito da saúde.

Assim, embora a Secretaria da Fazenda tenha fornecido dados, eles não são capazes de dar a verdadeira noção geral e realística da quantidade de bloqueios judiciais que ocorreram no Estado do Amazonas, o que impede a tomada de medidas necessárias à adequação do procedimento, bem como da formação de Políticas Públicas no âmbito da saúde, como ocorrera com as ações que buscavam tratamento com o fármaco Bevacizumab (Avastin), indicado, para uso off-label, nos casos de degeneração macular relacionada à idade (DMRI).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sequestro de verbas públicas é um método de efetivação das decisões judiciais, em especial no âmbito da saúde conforme visto. Todavia, não está imune à crítica, sobretudo acerca da sua criação jurisprudencial e não legislativa, trazendo à tona o problema de legitimidade.

A bem da verdade, nenhum mecanismo de invasão na esfera do público deveria ser utilizada sem a devida previsão legal, em especial o sequestro de verbas públicas que tem a sua destinação a três casos específicos, dos quais não contempla a efetivação do direito à saúde. Eis, então, um sério problema de violação do princípio da separação dos três poderes e de ativismo judicial.

Apesar disso, é fato que a sua utilização é corriqueira no seio do Judiciário, o qual vem se utilizando do sistema BacenJud para sua viabilização. No Estado do Amazonas, os bloqueios totalizam o valor aproximado de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor este bem expressivo, se comparado com algumas políticas públicas que sequer chegam a esse numerário.

Independentemente desse fato, o sequestro de verbas públicas pres-supõe, por parte daquele que receberá tais valores, a prestação de contas, a fim de verificar o atendimento ou não da economicidade, bem como a devida destinação do numerário para o objetivo da ação que o particular movera em desfavor do Estado.

A incorreta destinação ou a ausência de prestação de contas, ensejará a inviabilidade do deferimento de novas liminares nesse sentido, bem como a inscrição dos valores em dívida ativa para sua correta devolução aos cofres públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD. Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AVELINO, George; BIDERMAN, Ciro. **A Doença da Corrupção: O Desvio de Fundos e Saúde Pública nos Municípios Brasileiros**. (Relatório de Pesquisa – GV Pesquisa). 2013.

CAMBI, Eduardo; BOFF, Victor Eduardo Bertoldi. Controle preventivo de constitucionalidade sob a ótica das minorias parlamentares. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, ago. (mensal), p. 969-986. São Paulo, 2015.

MACHADO, Marina Michels Ouriques. **A possibilidade de determinação de sequestro de verbas como garantia de cumprimento de decisão judicial que compete o ente público ao fornecimento de medicamentos**. Revista da ESMESC. v. 24, n. 30. p. 181. 2017.

MALUF, André Luiz. Súmula vinculante e o sequestro de verbas públicas: o dever do Supremo de garantir a segurança jurídica. [Online]. **Jota**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sumula-vinculante-e-o-sequestro-de-verbas-publicas-07032017>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, João Paulo Marques. Controle difuso de constitucionalidade em 30 anos de Constituição. In: Antônio Santoro; Glaucia Ribeiro; Telson Pires; Vanessa Reis. (Org.). **Leituras de direito público**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019a, v. , p. 15-28.

SANTOS, João Paulo Marques. Trinta anos da Constituição federal de 1988 e a necessidade de uma nova constituinte?. In: Arthur Júnior; Felipe Asensi; Irene Nohara; Leonardo Rabello. (Org.). **Visões constitucionais interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2019b, p. 755-766.

SANTOS, João Paulo Marques; BRASIL, Júlio César Mendes. Fazenda Pública e a Revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. In: Teresa Arruda Alvim; Fredie Didier Júnior. (Org.). **Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018, v. IV, p. 461-476.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TOLEDO, Renata Maria da Silva; OLIVEIRA, Maria Fernanda C. Las Casas; SANTOS, João Paulo Marques . A Mutação Constitucional do Art. 52, X, da CF: Evolução da Reclamação n.º 4.335-5/AC às ADI's 3.406/RJ e 3.470/RJ. In: XIII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2018, Curitiba-PR. **Anais do XIII Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2018. p. 771-796.

A POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO AO ATO INFRACIONAL E A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Stephanie da Costa Vidal de Figueiredo

Maicon Souza Menegatti

INTRODUÇÃO

Mostra-se bastante claro que com o passar dos anos a mídia acabou por adquirir novos engajamentos e implantou na sociedade seu modo de enxergar os acontecimentos cotidianos. Entretanto, o olhar dos meios de comunicação, em sua maioria e repetida óptica, acaba por buscar retornos financeiros, ou seja, publica-se, expõe-se, aquilo que é rentável e lucrativo.

Com a exposição da mídia, inúmeros assuntos acabaram por apresentar reflexos de forma prejudicial, assim, podemos elencar a questão do adolescente em conflito com a lei, que será objeto de pesquisa aqui exposta e delimitada.

A relação de consumo existente na imprensa influenciou o sentimento de impunidade que fora gerado na sociedade. Este sentimento, por sua vez, é reflexo da desinformação que os veículos jornalísticos propagam e da necessidade de se ganhar lucro em cima de tragédias, como exemplo dos inúmeros programas policiais e sensacionalistas que se mantêm firmes e com audiências por anos.

A psicologia, em sua forma abrangente, pode nos ser apresentada a assumir um papel importante como objeto auxiliador no entendimento da

necessidade das pessoas em verem tragédias na televisão, e inclusive filmes que existem nessa temática. Com isso, cria-se até mesmo um sentimento de catarse em algumas pessoas e em outras excessivo medo.

Faz-se importante destacar ainda que o Direito está vivendo em constante conflito com a mídia, tendo em vista a pertinente existência de veiculação e divulgação de conceitos errôneos, que acabam por alimentar no âmago da sociedade inúmeros sentimentos de impunidade. Dentre estes sentimentos podemos destacar em relação ao objeto de estudo, o sentimento de impunidade no sentido de que os jovens em conflito com a lei que cometem algum ato infracional não serão punidos ou até mesmo que a punição não é suficiente.

E, podemos sim verificar que a recorrente afirmativa que não existe punição para aqueles que cometem atos infracionais é falsa, ressaltando algumas críticas que podem ser levantadas e que também são pertinentes ao assunto, quando analisadas com enfoque em reeducação do adolescente e em amplitude de Direitos Humanos são igualmente válidas e engrandecedoras ao assunto.

Dessa forma, a pesquisa se volta para questões envolvendo a descrição de quem são os adolescentes que estão em conflito com a lei, o que a disseminação de informações inverídicas acarretam acerca do tema, como os atos infracionais nos são apresentados e suas respectivas medidas socioeducativas e ainda, a apresentação acerca do importante papel que é exercido pela rede de enfrentamento aos atos infracionais e de proteção das crianças e adolescentes para a eficaz garantia de direitos humanos.

Adentra-se ainda, na reflexão acerca da necessidade de se efetuar políticas públicas de conscientização, a utilização da educação como forma basilar com oportunidade de dirimir as desigualdades sociais existentes em nossa sociedade e principalmente, o papel dos operadores do direito na disseminação de informações consistentes.

Há que se ter claro que o tema transcende a questão jurídica, adentrando em questões da Psicologia, da Bioética e também de outros ramos do ensino, tais como a Sociologia. Inclusive, a presença do pensamento e da influência política também nos mostra ser responsável pela situação e sentimento de ineficácia que podemos observar hoje perante a sociedade.

1. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E OS ATOS INFRACIONAIS

Antes de adentrar na questão envolvendo os atos infracionais e na proposta de redução da maioridade penal que vem sendo amplamente defendida por inúmeras parcelas da população, embasada na cultura do medo. Faz-se necessário estudar quem são os adolescentes que se encontram em conflito com a lei.

Primeiramente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), permeia sua legislação considerando que o adolescente é aquele que possui entre 12 anos de idade até 18 anos incompletos. Durante este período, o adolescente não comete crimes, mas sim atos infracionais, que são equiparados aos delitos do código penal. Isso se encontra amparado no artigo 228 da Constituição Federal, que reputa inimputáveis os menores de 18 anos.

Segundo os psicanalistas Arminda Aberastury e Mauricio Knobel (1980), a adolescência é a quebra, o rompimento da situação de criança e que gera implicações como o encerramento do processo de desprendimento que havia se iniciado com o nascimento. Mas, podemos destacar a adolescência como sendo o encerramento de um ciclo e o início da puberdade.

Dessa forma, após a apresentação acerca da idade em que corresponde a adolescência em nosso estatuto, podemos realmente asseverar que o adolescente que está em conflito com a lei é aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade. Entretanto, a vulnerabilidade não é apenas a financeira, na qual a família não possui recursos suficientes para proporcionar o bem estar sadio do adolescente, provendo a ele coisas que são necessárias e fundamentais para a sua sobrevivência, tais como a alimentação.

A vulnerabilidade pode ser ainda social, na qual o Estado deixa de proporcionar direitos que são básicos, como educação de qualidade, saneamento básico, e até mesmo a alimentação para este adolescente. A própria Constituição Federal, em seu artigo 6º, dispõe sobre uma série de direitos sociais, que exigem uma ação positiva do Estado de forma a garantir sua efetividade. Um destes direitos é a assistência aos desamparados, que é continuamente negligenciada, e acaba por agravar a situação de abandono de muitos adolescentes.

Acrescenta-se ainda que, a vulnerabilidade mais significativa é aquela que diz respeito a estrutura familiar do adolescente. Assim, tem-se que o adolescente na sua maioria não possui uma família estruturada, que possa lhe oferecer estruturas emocionais básicas, como o próprio afeto.

Em muitas ocasiões, os adolescentes não apresentam as duas figuras (materna e paterna) e até mesmo, podem não apresentar nenhuma das figuras, estando vivendo com sua família extensiva e diante disso, podemos destacar inúmeros problemas que resultam no desenvolvimento do adolescente.

Algumas figuras paternas e maternas, podem apresentar para o adolescente uma relação também negativa, levando em consideração que na grande maioria dos adolescentes que estão em conflito com a lei, os seus respectivos familiares podem demonstrar exemplos que não corretos de se seguir, destaca-se assim, os pais que são dependentes químicos e até mesmo detentos. Ressalta-se que quando dizemos pais, estamos nos referindo aos homens e mulher que efetuam este determinado papel.

Vários estudos estão sendo feito dentro dos juizados que são especializados em atos infracionais acerca das características de convívio do adolescente que adentra no juizado em situação de possível representação pela prática de atos infracionais ou até mesmo em flagrância.

Nestes estudos, o objetivo preponderante é entender qual a situação em que o adolescente estava inserido e exposto e se o cometimento de atos infracionais pode relacionar-se ao seu ambiente de convivência e, acredita-se que a situação do adolescente que se encontra em vulnerabilidades recorrentes, cria inúmeras lacunas em seu cérebro e que estão em crescimento e expansão.

Com a realização de gráficos e planilhas, busca-se definir quantos adolescentes possuem a presença materna e paterna, quantas não possuem nenhum ou pouco convívio com o pai, se os pais tiveram um relação duradoura ou se apenas foi algo e esporádico que resultou no nascimento do filho, e ainda, quantos dos adolescente já não possuem mais pais vivos e se a morte desse pai foi natural ou criminosa.

Inclusive, a situação da drogadição também nos é apresentada como uma alternativa para escaparem da realidade em que estão vivendo, seja através da conquista de dinheiro com o tráfico, seja pelas sensações que o uso de drogas psicotrópicas possibilita. Acrescentamos ainda que o uso

das drogas também pode ser um instrumento para chamar a atenção dos pais, tendo em vista que muitos adolescentes só querem ser lembrados, sentirem especiais.

Quando os dados são realmente analisados, podemos criar um perfil de adolescentes que estão mais expostos a estarem em conflito com a lei. Tendo em vista que os adolescentes com situação financeira inferior ou que se apresentam dentro das possibilidades acima descritas são os que mais estão sentados nas cadeiras dos fóruns e das varas de adolescentes em conflito com a Lei atualmente.

Assim, podemos resumir usando as palavras de Enid Rocha Andrade Silva e Raissa Menezes de Oliveira (2015), no qual, a referida problemática se enseja referente ao “quadro de vulnerabilidade social potencializada pela situação socioeconômica” do adolescente. E ainda que, as vulnerabilidades estão mais relacionadas com desigualdade social e falta de acesso a políticas públicas de qualidade, do que com miséria.

Como forma de elucidação do cometimento de atos infracionais e consequentemente da existência de adolescentes em conflito com a lei, podemos citar a educação que desempenha papel importante e fundamental no contexto de conflito com a lei, tendo em vista que a educação é um dos meios de estímulo para a diminuição e até mesmo erradicação de qualquer proliferação de criminalidade.

As sociólogas Silva e Oliveira (2015) estendem seu entendimento quanto às vulnerabilidades do adolescente em se tratando de uma educação com deficiência e barreiras de acesso aos jovens que são pobres na acepção jurídica do termo, estendendo ainda, frente à relação de trabalho, tendo em vista que estes são os dois mecanismos que são lícitos que se encontram como uma alternativa ao mundo da criminalidade.

Na prática, quando o jovem está frequentando o sistema escola e em outro período realiza alguma atividade laboral, principalmente em ambiente familiar, as chances de cometimento de atos infracionais diminui pela metade. Tudo isso, porque o adolescente se apresenta em maior contato com sua família, que são os maiores exemplos que eles podem ter e ainda, estão com previsão de futuro, pois frequentam e aprendem na escola.

Assim, neste contexto as pesquisadoras acima referidas, elencam que: “sem escola, sem trabalho ou com inserção laboral precária, os jovens fi-

cam mais desprotegidos e, conseqüentemente mais expostos”. Neste desiderato, a exposição dos jovens à cooptação ao mundo do crime é mais eficaz, tendo em vista que o mundo criminoso oferece recompensas que são altíssimas, como drogas, dinheiro e até mesmo sexo.

Alguns pesquisadores como Carmem Silveira de Oliveira (2001), acreditam e estudam que a criminalidade juvenil em situações de vulnerabilidade pode ser um reflexo e até mesmo um resposta para a sociedade frente à indiferença em que são submetidos, como uma forma de saírem do anonimato, conquistarem algo, mesmo que de forma errada. Sendo isto, ou não, é importante ressaltar que todos merecem ser enxergados pelo Estado, com direitos e possibilidades iguais.

2. A PROPOSTA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Após analisado em qual contexto o adolescente que se apresenta em conflito com a lei está inserido, precisamos analisar quais são os atos infracionais que mais são praticados pelos adolescentes para entendermos o contexto em que se enquadra a proposta de redução da maioridade penal.

Podemos destacar assim que os atos que são mais, são os equiparados ao delito de tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei 11.343/2006, bem como furtos e roubos (artigos 155 e 157, respectivamente).

Entretanto, a maior problemática envolvendo a população, diz respeito aos crimes hediondos, principalmente ao ato infracional equiparado ao delito de homicídio (art. 121 do Código Penal) e também ao delito de estupro (art. 213, do Código Penal).

Assim, com a grande influência da mídia a partir da maior transmissão e da exploração de crimes hediondos que são cometidos por adolescentes, tem-se a existência de um debate mais acirrados sobre a redução da maioridade penal.

Conforme Silva e Oliveira (2015, p. 2), “o reaparecimento dessa questão, de tempo em tempos, é pautado em matérias veiculadas na grande mídia e ganham tons alarmistas, aumentando o medo e a sensação de insegurança”. Ficando claro assim, o papel que a mídia exerce na sensação da população e também na escolha dos governantes.

Neste desiderato, acredita-se que é preciso ampliar e difundir as informações que são referentes a prestação de contas, o processo em que o

adolescente que comete algum ato infracional deve responder. O Estatuto da Criança e do Adolescente precisa ser mais explorado, inclusive até mesmo dentro das próprias universidades de direito, haja vista que muitos profissionais e bacharéis não sabem como o mesmo funciona e nem como as medidas socioeducativas são aplicadas, quem dirá um membro da população que apenas recebe estas informações através do sistema jornalístico nacional.

Então, a divulgação das informações referentes às medidas socioeducativas que são aplicadas aos adolescentes, conforme dispostas e estabelecidas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é objeto de suma importância para que a sensação de impunidade inexista. Inclusive, para que a população deixe de nutrir sentimentos de descrédito nas instituições de justiça brasileiras.

É necessário ainda, que um estudo aprofundado acerca do real número do cometimento de crimes sangrentos, ou que causam maior repúdio na sociedade através das mãos de adolescentes sejam realizados. Tendo em vista que o direito penal não pode e não deve ser aplicado ao presente caso, simplesmente para acabar com a insatisfação popular e ocasionar inúmeros outros problemas através da irresponsabilidade de seu uso.

O sociólogo Michael Tonry (2006), quanto mais a classe média se encontra em situação de vulnerabilidade em serem vítimas de crimes, e da crescente crise econômica, podemos destacar o crescimento elevado e da maior receptividade aos apelos populistas, criando assim uma onda de intolerância que inclusive podemos perceber na sociedade brasileira nos dias de hoje.

Para as pesquisadoras Enid Rocha Andrade da Silva e Raissa Menezes de Oliveira (2015) a defesa da redução da maioridade penal pode ser explicada através da crença de que a repressão e a punição são os melhores caminhos para lidar com os conflitos e ainda no pensamento de que a atual legislação propicia o cometimento de crimes pois é ineficaz.

Precisamos lembrar que talvez seja necessário maior estudo sobre a redução da maioridade penal, tendo em vista que, com fundamentos populistas e com o pensamento de que a alteração legislativa irá reduzir o número de delitos, não é possível embasar uma alteração tão significativa.

Ademais, o estudo referente aos adolescente e também ao enfretoamento do ato infracional, precisa ser analisado sob a ótica da multidisci-

plinaridade, levando em consideração que tratamos de pessoas que estão em formação e principalmente, porque o maior objetivo quando se pensa em punição ao adolescente, estamos na verdade pensando em reeducação para a criação de pessoas melhores e com visão de futuro.

Vivemos num contexto e em que não estamos lidando com a impunidade frente aos atos infracionais, uma rede constante de trabalho está organizada para prestar auxílio às varas de adolescentes em conflito com a lei.

E este auxílio é efetuado por núcleos de educação, com intuito de defesa e proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes, que contam com a participação de advogados que acompanham os adolescentes, tendo em vista que a grande maioria não possui recursos para efetuar o pagamento do serviço prestado e que é essencial para que haja o julgamento.

Acrescenta-se ainda, a participação das psicólogas, conselheiros tutelares e também educadores que trabalham arduamente para auxiliar e suprir necessidades dos jovens para que efetivamente eles possam entender o erro que consiste na prática dos atos infracionais, efetuando acompanhamento de qualidade e muitas vezes, que se encaixam na realidade daquele adolescente específico.

É preciso ainda, um maior trabalho a ser efetuado dentro das escolas, mostrando aos adolescentes a importância de cada ato que praticarem, mostrando a eles e ensinando as consequências. A disseminação de informação e a propagação de conscientização, bem como o oferecimento de políticas públicas eficazes, são os métodos mais fáceis de se obter eficácia e atingir o objetivo que é oferecimento e sensação de segurança pública, libertação dos jovens do mundo do crime e conseqüentemente do mundo das drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os adolescentes são seres que estão em constante desenvolvimento, e o ambiente em que vivem, a situação de desigualdade social e de vulnerabilidade que estão expostos, traduzem qual o possível futuro que este jovem pode acabar trilhando.

É dever de todo cidadão, divulgar e disseminar a verdade e o conhecimento. Assim como é dever de todo cidadão lutar para que as desigualda-

des sejam diminuídas. Afinal, este é o caminho mais eficaz para que os delitos diminuam, mesmo que não estejam relacionais aos atos infracionais.

É importante destacar também a importância dos veículos midiáticos, tendo em vista que eles são os responsáveis pela propagação das notícias e também da criação e também podem influenciar na formação de um pensamento coletivo por meio da sociedade. Assim, faz-se importante que estes meios, tomem responsabilidades dos dados que divulgam e dos conceitos que estão amplificando.

A presente pesquisa não se mostrou com o objetivo de esgotar toda a temática referente aos atos infracionais. Entretanto, buscou-se a apresentação de um pensamento acerca de toda a problemática que permeia o instituto, para a criação de um mapeamento sobre o caminho que podemos seguir para que as desigualdades sejam dirimidas e conseqüentemente os atos infracionais e a exposição dos jovens ao mundo do crime sejam erradicadas.

Precisamos olhar para os nossos jovens como o futuro do amanhã, e entendermos que o pensamento único e exclusivo de utilizar o Código Penal para efetuar a punição através da redução da maioridade penal, é um pensamento fadado a aumentar a criminalidade em âmbito nacional. Tudo isso porque os presídios não estão conseguindo assumir seu papel de ressocializar o indivíduo e a presente afirmativa se respalda na crescente criminalidade e no maior medo da população com isso. Inclusive, no fato de que as pessoas estão querendo possuir armas em suas casas para fazer o que o estado não está conseguindo, que é proteger os indivíduos.

Quando uma pessoa adentra no sistema prisional, suas chances de saírem do mundo da criminalidade são diminuídas, tendo em vista que as possibilidades ao sair também são escassas. A sociedade ainda é preconceituosa e não oferece emprego para os ex presidiários, e assim, temos novamente um ciclo de cometimento de delitos. Por isso que buscamos bater na tecla de que a educação e o trabalho são formas lícitas de tirar qualquer pessoa do submundo.

Um adolescente, não pode ser tratado como um adulto e inserido em presídios. Seu cérebro está em constante formação, estão aprendendo o que é certo e o que é errado. Precisam de um acompanhamento e tratamento diferenciado, pois quando saírem, precisam ter entendido o ilícito

de seu ato, o quanto o que ele fez é prejudicial para ele, para a sociedade e até mesmo para seus familiares.

Precisamos proteger os nossos jovens, ou teremos pessoas que não possuem nada a perder, e este nada a perder, não representa financeiramente apenas, significa que estamos criando pessoas que a sua própria vida já não importa mais. E quando a própria vida não importa, a de mais ninguém também terá importância para ela. E assim, começaremos a ter uma onda de delitos sangrentos e consequentemente estaremos aplicando medidas mais pesadas através das leis achando que isso trará alguma solução.

A criminalidade precisa ser estudada em diversas óticas, e não podemos permitir que a política apenas resolva isto com leis para o interesse único em acalmar a insatisfação popular para a seguinte obtenção de votos.

Com isso, precisamos criar na sociedade um interesse maior em se questionar, questionarem quando recebem uma notícia que pode ser tendenciosa, que pode estar com algum conceito errado. Precisamos criar seres pensantes, e isso só podemos ter e desenvolver através da educação. É preciso difundir que a educação sempre será o melhor caminho e não a simples aplicação do Código Penal, com o enrijecimento das normas ou até mesmo a inclusão de adolescentes sob a demanda criminal.

Dessa forma, quando falamos sobre adolescentes em conflito com a Lei, Estatuto da Criança e do Adolescente, cometimento de atos infracionais, a resposta para a sua solução nunca será fácil, afinal, estamos falando também de Direitos Humanos. É preciso muito estudo e análise dos possíveis porquês existentes, para que a solução seja condizente com o problema que estamos frequentando. Caso contrário, teremos apenas uma solução que será apenas paliativa e que pode ocasionar inúmeros outros problemas até mesmo que serão mais graves e difíceis de serem solucionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERSATURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. **Adolescência normal**: um enfoque psicanalítico. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. **Código penal**. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 ago. 2006, Seção 1, p. 1.

OLIVEIRA, Carmem Silveira de. **Sobrevivência no inferno**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários**. Brasília. IPEA, 2015 (Nota Técnica, n. 20).

TONRY, Michael. *Thinking about crime: sense and sensibility in American penal culture*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

POLÍTICA E MEMÓRIA: O JUIZ SÉRGIO MOURO COMO HERÓI NACIONAL

Luís Cláudio Aguiar Gonçalves

Maria da Conceição Fonseca-Silva

1 Introdução

Este trabalho está inserido no âmbito dos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa em Análise do Discurso da Uesb. Nele, temos como objetivos: i) verificar as condições de possibilidade que permitiram que o então Juiz Sérgio Mourou surgisse, no cenário político brasileiro, como *herói nacional*, sendo aclamado pela população, ao lado de Procuradores da República ligados à Força-tarefa da Operação “Lava Jato” da Polícia Federal, como aquele que seria capaz de combater a corrupção nos principais órgãos de representação política do país; e ii) analisar que memória estava sendo construída de modo a fazer com que o povo passasse a se sentir representado não por quem elegeu, mas por membros do Poder Judiciário e Ministério Público, que ingressam no Estado por concurso e não pelo voto popular.

Para tanto, analisamos textos veiculados em diferentes meios na internet, que, difundindo imagens e frases das manifestações populares eclodidas no Brasil entre 2015 e 2016, põe em circulação um discurso segundo o qual Mourou “é o exterminador de corruptos”. Também reunimos para formação do arquivo analítico *posts* feitos em redes sociais e blogs, em que o magistrado aparece como aquele que abusaria de seu poder, utilizando-

–o para se autopromover e/ou em benefício do grupo político/econômico com o qual ele se identificaria ideologicamente, atacando membros do grupo adversário. Nessas materialidades, Mouro é convocado a ocupar uma outra posição–sujeito: a do *tirano*.

Na análise do *corpus*, mobilizamos pressupostos teóricos da Análise de Discurso (AD), notadamente as noções de *posição-sujeito*, *memória discursiva* e *lugar de memória discursiva*, considerando ainda como papel do analista de discurso o descrever e interpretar conjuntos de enunciados (PÊCHEUX, 1997).

Analisando a conjuntura em que o ainda Juiz Sérgio Mouro surge, no cenário político brasileiro, como *herói* e como *tirano*, o que se verifica é a espetacularização de uma série de fatos relacionados ao maior escândalo de corrupção já noticiado no Brasil, e que começou a ser desvelado após o início dos trabalhos da Operação “Lava Jato”, que, começando por investigar casos de desvio de verbas na Petrobrás, acabou por revelar, mediante diversos acordos de delação premiada celebrados entre o MPF e diretores da Odebrecht, a participação de inúmeros políticos de alto escalão em esquemas de pagamento de propina para financiamento de campanhas eleitorais.

Paralelamente a isso, e em função dessa espetacularização, o que se viu também foi o aparecimento cada vez maior dos órgãos encarregados de investigar e coibir práticas delitivas, dentre elas atos de improbidade administrativa – Polícia, Ministério Público e Judiciário –, cujas atuações ganharam maior atenção da mídia, o que, certamente, também fez com que o Mouro, assim como o Procurador da República Dalton Dallagnol, ganhasse visibilidade.

As respostas às questões estabelecidas acima como problemas de pesquisa exigem que consideremos dois aspectos do fenômeno social, político e jurídico estudado, que estão intimamente imbricados e podem ser divididos a partir de dois binômios: i) *mediatização/espetacularização da corrupção política versus visibilidade/notabilidade da atuação da PF, MPF e Judiciário*; e ii) *descontentamento da povo brasileiro com a classe política versus sentimento de representatividade em relação aos agentes da “Justiça”*.

Isso porque, primeiro, como afirmado por muitos cientistas políticos, há uma relação de proporcionalidade direta entre corrupção e descon-

fiança política (quanto maior a corrupção praticada pelos políticos maior é o grau de desconfiança do povo em relação a eles); segundo, porque, no caso da experiência brasileira, vê-se que a midiaticização dos esquemas de corrupção desvelado pela “Lava Jato” permitiu, a um só tempo, que a população percebesse que, praticamente, toda a classe política está implicada em corrupção, passando a encará-la com descrédito, e que parcela do povo, notando a atuação de agentes da “Justiça” no combate à corrupção, passasse a tê-los como seus verdadeiros representantes, a ponto de ver em Mouro um *herói nacional*.

2 Condições de possibilidade para a emergência de Mouro: corrupção e desconfiança política

O ano de 2016 foi de importantes acontecimentos no cenário político brasileiro: iniciamo-lo ainda com a questão envolvendo o pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff, cuja denúncia foi admitida pela Câmara dos Deputados, em votação histórica ocorrida 17.04.2016, quando, com 367 votos a favor, 137 contra, 7 abstenções e 2 ausências, o Senado Federal foi autorizado a abrir processo contra a Presidente da República por crimes de responsabilidade, o que foi chamado por Dilma e seus apoiadores de golpe.

No Senado Federal, o processo de *impeachment* de Dilma foi instaurado na sessão do dia 12.05.2016, tendo contado com 55 votos a favor, 22 contra e 2 ausências, culminando com o seu afastamento, por 180 dias, do cargo de Presidente da República, assumindo o Vice-Presidente, Michel Temer. Durante todo o processo de *impeachment*, várias alianças foram formadas para que Dilma perdesse o cargo, inclusive, entre o maior partido da base aliada do governo, PMDB, e o líder da oposição, PSDB.

A relação da Presidente Dilma com seu vice, Michel Temer, já se encontrava estremecida, antes mesmo de o pedido de *impeachment* ser recebido pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, em 02.12.2015. Temer acusava Dilma de não conferir a ele muito espaço no governo.

A essa crise política vivenciada pelo governo de coalisão da Presidente Dilma, formado pelo PT e por partidos aliados, entre eles o PMDB, atrelaram-se a crise econômica que se instaurou no país e o descontenta-

mento de parte da população com o governo, o qual teve sua imagem e credibilidade bastante afetadas pelo envolvimento de petistas no esquema de corrupção na Petrobrás conhecido como “mensalão” e pelas acusações de enriquecimento ilícito feitas ao ex-Presidente Lula, nos episódios relacionados ao Sítio de Atibaia/SP, ao Tríplice no Guarujá/SP e ao Instituto Lula, culminado na aprovação do *impeachment* de Dilma.

Havia, assim, todo um cenário propício ao *impeachment*: crise política e econômica e diminuição da confiança de parcela do povo brasileiro em relação à capacidade e idoneidade do PT para governar o país, principalmente depois das acusações dirigidas a Lula, que chegou a ser conduzido coercitivamente, em 04.03.2016, com autorização do então Juiz Sérgio Mouro, para prestar esclarecimentos à PF, durante as investigações da Operação “Aletheia”, 24ª fase da Operação “Laja Jato”, instalada para dar continuidade às investigações envolvendo desvio e lavagem de dinheiro na Petrobras.

O episódio provou manifestações pró e contra Lula, que, em meio às investigações da PF, foi nomeado Ministro da Casa Civil, mais precisamente, em 16.05.2016, 3 dias depois da maior manifestação popular da história do país, que pedia o fim da corrupção e a saída de Dilma. Na oportunidade, Mouro, que acompanhava, na primeira instância da Justiça Federal do Paraná, os processos conexos à Operação “Lava Jato”, divulgou escuta telefônica feita sob sua autorização, envolvendo conversa entre Dilma e Lula, quando Dilma teria dito a Lula: “seguinte, eu tô mandando o ‘Bessias’ junto com o papel pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?!”.

Na decisão em que retirou o sigilo da conversa telefônica interceptada, Mouro consignou que o conteúdo da conversa era de interesse público, o que justificava a sua divulgação. A fala de Dilma, principalmente na parte em que diz a Lula para usar o termo de posse apenas em caso de necessidade, foi interpretada como tentativa de obstrução da justiça e de retirar de Mouro a competência para apreciar e julgar eventual ação penal contra Lula, eis que Ministro de Estado tem foro privilegiado, sendo julgado pelo STF. Como resultado da divulgação da conversa, ocorreram manifestações em diversas capitais do país, com a insurgência de parte da população, que voltou às ruas, pedindo a renúncia de Dilma. Lula sequer chegou a ocupar o cargo, eis que,

no dia seguinte à posse, Gilmar Mendes suspendeu, liminarmente, os efeitos da nomeação.

Desde esses acontecimentos que Mouro passou a ser, constantemente, citado pela mídia nacional e internacional, sendo também lembrado pelo povo, em manifestações nas ruas e na *internet*, representando, para alguns, aquele que seria capaz de pôr fim à corrupção política, e, para outros, só um juiz que atendia aos interesses de uma elite conservadora, que acabava de retomar o poder.

Durante muito tempo, foi comum ver em manifestações populares pessoas usando camisas e máscaras com o rosto de Mouro, ao mesmo em que dirigiam palavras de apoio à sua atuação nos processos da Operação “Lava Jato” e de confiança e admiração.

Por outro lado, também se via nas redes sociais “memes” e charges que colocavam em dúvidas a idoneidade e imparcialidade de Mouro, insinuando que o então magistrado manteria relações com os chamados partidos de direita e com os setores mais conservadores da sociedade, sendo, por isso, também chamado de “cozinha”.

O que ocorreu com Mouro em relação às exaltações feitas a seu trabalho e à sua elevação à figura de *herói nacional*, vimos também acontecer antes com o ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa, relator da ação criminal que apurou delitos cometidos por envolvidos no “mensalão” da Petrobrás, e que defendeu a aplicação da teoria do domínio do fato aos casos que estavam sob julgamento. Com isso, Barbosa conseguiu a condenação de muitos “mensaleiros”, inclusive com a aplicação da Lei nº 10.763/2003, que majorou a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva, mudando o entendimento do Supremo acerca do momento de consumação desses delitos.

Ocorre que, no caso de Mouro, mais especificamente da Operação “Lava Jato”, novos atores entraram em cena, vindos de órgãos também institucionais e ligados à realização da Justiça: Polícia Federal e Ministério Público Federal. Na verdade, o que aconteceu foi que as pessoas passaram a acompanhar mais, pelos noticiários e pela *internet*, as operações de combate à corrupção organizadas por esses órgãos, os quais, talvez sensíveis a esse interesse cada vez maior por seus trabalhos, também assumiram uma nova postura em relação à mídia e à população.

Um grupo de Procuradores da República, chefiados pelo coordenador da Força-tarefa da Operação “Lava Jato”, Dalton Dallagnol, chegou a

convocar uma coletiva de imprensa, para, por meio da exposição de *slides* (*powerpoint*), tentar demonstrar o envolvimento de Lula com lavagem de dinheiro e corrupção, colocando-o no topo de uma organização criminosa, como seu “comandante máximo”.

Conquanto a coletiva tenha sido objeto de “memes” e charges que procuravam desacreditar os argumentos dos Procuradores, apontando erros de grafia ou ridicularizando uma frase que teria sido dita por um deles – “não temos provas, mas temos convicção” –, ou ainda insinuando que, para Dallagnol, todos os problemas do mundo poderiam ser atribuídos a Lula, o fato é que, assim como Moro, e, antes dele, Barbosa, Procuradores da República e agentes da Polícia Federal envolvidos na Operação “Laja Jato”, que também ganharam notoriedade, passaram a também ser vistos como representantes do povo, em substituição aos mandatários eleitos.

Nas manifestações que se diziam em prol do combate à corrupção, muitos foram os cartazes e faixas com frases como: “Apoiamos Sérgio Moro e o MPF”, “Dr. Moro e toda a equipe da Polícia Federal, o povo brasileiro agradece imensamente”; enquanto os representantes eleitos do povo apareciam na forma de bonecos gigantes, vestidos de presidiários, no interior de grades com o emblema da PF, e ao lado de faixas que diziam: “o Congresso está cheio de Ratos”, “Mentiras, mentiras e corrupção, basta!”.

Também o governo de Michel Temer, que assumiu após o *impeachment* de Dilma, já com baixa popularidade, em virtude de medidas antipopulares, como o apoio à reforma previdenciária, passou a ser alvo de fortes críticas, principalmente depois de serem divulgados conteúdos de delações premiadas de diretores da Empreiteira Odebrecht, que apontam o envolvimento de Temer e do Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e do então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, todos peemedebistas, em esquemas de recebimento de propina, fazendo com que parte da população se reunisse, no dia 04.12.2016, em várias capitais, agora com gritos de “Fora Temer!”.

O fato é que a Operação “Lava Jato”, com a colaboração tanto da Polícia Federal, quanto do Ministério Público e do Poder Judiciário, tem desvelado inúmeros esquemas de corrupção praticados no Brasil, o que não passou despercebido pela população, que, mesmo indo às ruas para expressar suas preferências partidárias, já esboça um nítido e grande des-

contentamento com a política e os políticos brasileiros, envolvidos, em sua maioria, em sucessivos escândalos de corrupção.

Se ainda não podemos dizer que, no Brasil, vive-se uma crise no sistema representativo, visto que a descrença do povo não é em relação ao regime democrático, já é possível aduzir que a população brasileira se encontra desacreditada dos políticos que foram eleitos para administrar o país, preferindo depositar sua confiança naqueles que se apresentam como capazes de pôr fim à corrupção, sentindo-se por eles representados. É esse o sentimento nutrido por alguns em relação a Dallagnol e a Mouró.

No texto *Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime – o caso do Brasil*, Moisés e Carneiro (2008) deixam claro a relação direta que existe entre corrupção e desconfiança dos cidadãos em relação às instituições públicas e ainda entre corrupção e insatisfação popular com o regime democrático representativo (da forma como é o mesmo experienciado empiricamente).

Também consoante esses autores,

o déficit de desempenho de governos e a indiferença ou a ineficiência institucional diante de demandas sociais, **corrupção, fraude** ou desrespeito a direitos assegurados por lei geram **suspeição, descrédito e desesperança**, comprometendo a aquiescência, a obediência e a submissão dos cidadãos à lei, **podendo produzir o desapareço dos cidadãos com relação a instituições fundamentais da democracia como parlamentos e partidos políticos** (MOISÉS e CARNEIRO, 2008, p. 9) (negritamos).

Assim, quando prevalece a indiferença ou a ineficiência das instituições públicas para atender às demandas sociais, fazendo valer os direitos legalmente assegurados aos cidadãos, mas também quando se generalizam práticas de corrupção, fraude e/ou desrespeito ao interesse público, instaura-se uma atmosfera de suspeição e descrédito, que tanto compromete a aquiescência dos cidadãos “às estruturas que regulam a vida social”, quanto faz florescer “a desconfiança e o distanciamento dos cidadãos da política e das instituições democráticas” (MOISÉS e CARNEIRO, 2008, p. 39).

O grupo de atitudes que se refere a essas orientações de desconfiança em face das instituições político-democráticas caracteriza-se, ainda se-

gundo Moisés e Carneiro (2008, p. 12), “por sintomas de cinismo, alienação e sentimentos de indiferença diante da política e, especialmente, pela descrença quanto ao funcionamento das instituições públicas”, traduzindo “uma visão crítica e de fundo – não necessariamente da esfera política como um todo – mas da capacidade das instituições democráticas cumprirem a sua missão, ou seja, produzir resultados políticos compatíveis com a sua justificação normativa”.

Esse descrédito em relação às instituições públicas tem consequências que comprometem a própria qualidade da democracia, interferindo no comportamento dos cidadãos quanto àquilo que Moisés e Carneiro (2008) chamam de mecanismos básicos da democracia representativa (partidos políticos, eleições etc.).

A analítica da experiência política brasileira mostra que a desconfiança do povo em relação a seus representantes eleitos, seja pela ineficiência na gestão da coisa pública, seja pelo envolvimento com corrupção, levaram-no a nutrir um sentimento de representatividade por agentes que atuam no combate à improbidade administrativa, e que, por isso, são alçados à condição de *heróis nacionais*.

Essa mudança de paradigma, de percepção da realidade em relação à representatividade popular resulta de deslocamentos semânticos ocorridos numa memória que se constituiu acerca do que seja a própria representação popular, e da formação e funcionamento de uma outra memória, a dos muitos casos de corrupção ocorridos no país, o que fez com que o povo passasse a se sentir não mais representado pelos que elegeram para tanto, como é normal que aconteça em uma democracia, para se sentir representado por quem não foi escolhido diretamente pelo voto popular.

Em outras palavras, a espetacularização de casos de corrupção, bem como o frequente desvelamento de esquemas cada vez mais complexos de desvio de dinheiro público, suborno e recebimento de propina, envolvendo a participação de representantes eleitos do povo, fizeram com que, mediante a constituição de uma memória da corrupção política brasileira e de um deslocamento na forma como a população concebe o sistema representativo, passassem as pessoas a nutrir um sentimento de representação pelos que atuam na “limpeza” do sistema político, e não mais por aqueles que, mandatário dos interesses de todos, apenas se dedicam a realizar seus próprios interesses.

Para Pêcheux (1999, p. 51), “a memória discursiva seria aquilo que, face a um texto que surge como acontecimento a ler, vem restabelecer os ‘implícitos’ (...) de que sua leitura necessita: a condição do legível em relação ao próprio legível”. No caso do fenômeno sócio-político analisado, a memória que se formou acerca da corrupção política brasileira é justamente aquilo que torna compreensíveis os *posts*, as charges, os “memes” que vemos circular na *internet*, na medida em que eles só adquirem sentido quando são capazes de suscitar no interlocutor a evocação dessa mesma memória.

No próximo tópico, analisamos frases e imagens vistas nas manifestações populares de 2015/2016 e charges e “memes” que circularam pelas redes sociais, materialidades que tomamos como lugares de memória discursiva, na medida em que permitem, por meio de gestos “de interpretação e, portanto, de construção/re-construção de memória discursiva”, que sobre elas são desenvolvidos, a ocorrência de processos de “estabilização/desestabilização de sentido(s) [...]” (Fonseca-Silva, 2007, p. 25), tornando ainda possível a convocação da memória formada acerca da corrupção política brasileira.

A análise dessas materialidades significantes indica que Mourou é convocado a se subjetivar ora na posição-sujeito de *herói nacional*, ora na posição-sujeito de *tirano*.

Na AD, o sujeito, que não é o sujeito pragmático, é definido como um lugar de assujeitamento, que pressupõe atos de interpretação, e que pode ser ocupado por qualquer indivíduo que com ele se identifique. Daí a noção de posição-sujeito.

3 Mourou: herói nacional ou tirano?

Diferentemente do que ocorreu com Édipo, da peça *Édipo Rei* escrita por Sófocles, que, primeiro, tornou-se *herói* da cidade de Tebas ao salvá-la da Esfinge, para, depois, torna-se *tirano*, por estar sempre preocupado em manter seu poder, Mourou, desde o seu surgimento nos cenários político e midiático brasileiros, passou a ocupar, ao mesmo tempo, esses dois lugares, sendo ora representado como *herói nacional*, ora como *tirano*.

As figuras do *herói* e do *tirano* possuem definições que não são as mesmas ao longo da história do pensamento ocidental: a atribuição de *heróis-*

mo ou de *tiranía* a alguém produz, hoje, efeitos-sentidos que não são os mesmos produzidos em outras época da história do Ocidente, isso porque houve deslocamentos na própria significação do que é ser *herói* e do que é ser *tirano*, formando todas essas definições e enunciados correlatados uma memória discursiva do *heroísmo* e da *tiranía*.

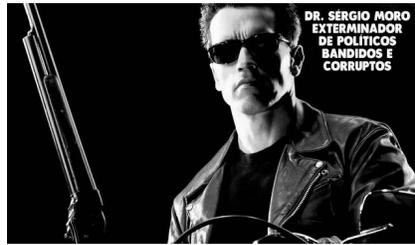
Na Grécia Antiga, atesta Foucault (2013), o *herói* e o *tirano* são tipos de personagens que se caracterizam por deter um poder que é obtido por meio de uma série de aventuras que são vividas pelo personagem, e que fazem dele, de início, o homem mais miserável, para, depois, torná-lo o mais poderoso, conhecendo ele assim, sucessiva e alternadamente, a miséria e a glória. O Édipo *herói* também é aquele que, tendo conhecido a miséria, após deixar Corinto, fugindo da profecia de que mataria o próprio pai e de que entraria no leito da própria mãe, reencontra a glória ao se tornar rei de Tebas, depois de salvá-la da Cantadeira, e que é novamente convocado a salvá-la, agora da peste.

No caso de Mourou, o então juiz passa a ocupar o lugar de *herói nacional*, quando surge como aquele que seria capaz de salvar o Brasil da corrupção política. Mourou seria o exterminador de corruptos. Assim ele é representado nas duas imagens abaixo, uma tirada em Curitiba/PR, durante as manifestações de 16.08.2015, contra o governo petista (veiculada no site “Jornal Grande Bahia”), e outra retirada do Blog do Sargento Tavares:

Imagem 1



Imagem 2



Na Imagem 1, além do cartaz segurado por um dos manifestantes, todos vestidos de verde e amarelo, as cores da bandeira nacional, que também é segurada por outra manifestante, ainda é possível ver um banner em que Dallagnol e Mourou surgem lado a lado. O fato de, na frase “SÉRGIO MOURU EXTERMINADO DE CORRUPOTOS”, a palavra “corruptos” ser gravada com as letras “P” e “T” em fonte maior e em vermelho

tem como efeito-sentido remeter ao Partido dos Trabalhadores, que tem como logomarca uma estrela vermelha com a sigla “PT”, e cujo governo estava sendo acusado de corrupção.

Já na Imagem 2, além da frase “Dr. Sérgio Mouro Exterminador de Políticos Bandidos e Corruptos”, vê-se a figura do ator e político americano Arnold Schwarzenegger, que estrelou a franquia “Exterminador do Futuro”. Na sequência de filmes, a personagem de Schwarzenegger, no primeiro deles, voltar ao passado para exterminar o pai daquele que, no futuro, seria o salvador da humanidade na guerra contra as máquinas; depois, ele passa a voltar ao passado justamente para protegê-lo de outros exterminadores. Mouro também seria o salvador do futuro (do Brasil), na medida em que poria fim à corrupção política, exterminando “políticos bandidos e corruptos”.

Em outras manifestações, contra a corrupção e/ou em favor de Mouro, pudemos ler ainda frases como: “Somos todos Sérgio Moro”, “BNDES vem aí, cadeira neles, Moro”, “In Moro *we trust*”, “Viva Sérgio Moro! O Brasil te aplaude!”. Nessa construção da figura do *herói nacional* para Mouro, sua suposta filiação político-partidária não é tomada como objeto de discurso, diferente do que ocorre com a construção do Mouro *tirano*.

Foucault (2013, p. 51) afirma que o *tirano* grego era, no fim do século VI e início do V, “aquele que depois de ter conhecido várias aventuras e chegado ao auge do poder estava sempre ameaçado de perdê-lo”; e, nos séculos VII e VI, aquele que não só conheceu “os altos e baixos da sorte”, masque também desempenha na cidade “o papel de erguê-la através de uma distribuição econômica justa”.

Ainda em Édipo, Foucault (2013) identifica características negativas do *tirano*: o Édipo *tirano* não se importava com as leis, substituindo-as por suas próprias vontades, a exemplo de quando determinou o exílio de Creontes, seu suposto traidor, dizendo que pouco lhe importava se sua ordem era justa ou não, devendo ser obedecida. Isso fez com que Édipo fosse criticado pelo coro dos anciãos, sendo acusado de falta de temor à Justiça e de *tiranía* por ter se deixado engendrar pela “desmedida”, ao negligenciar “a luta gloriosa pela salvação da cidade”, e ante a possibilidade de se revelar capaz só de buscar proveitos criminosos (SÓFOCLES, 2010, p. 61-62).

Mouro também foi acusado de não se importar com a legalidade de medidas que adotou. Mais do que isso (e aí está outro efeito-sentido da

tiranía que lhe é atribuída), Mouro abusaria de seu poder, utilizando-se dele em proveito próprio ou do grupo político ao qual se alinharia, e não lutando pela salvação do país, no combate à corrupção política.

Como visto, Mouro ganhou notabilidade, principalmente, depois de divulgar o conteúdo de escuta telefônica envolvendo Lula e Dilma, tendo sido duramente criticado pelas comunidades acadêmica e jurídica, vez que a Lei nº 9.296/1996 proíbe, em seu art. 8º, a divulgação de conversa telefônica interceptada, não só por questão de conveniência da investigação criminal ou instrução processual penal, mas também em razão de garantias constitucionais: inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o próprio sigilo telefônico (CF/1988, art. 5º, incisos X e XI). Ademais, a conversa grampeada tinha como um dos interlocutores uma Presidente da República.

Já por partidos políticos aliados ao governo petista e pela própria Dilma, Mouro foi acusado não só de autorizar “grampos” ilegais e de, igualmente, divulgá-los de maneira ilícita, mas também de tornar públicas, de forma seletiva, conversas telefônicas interceptadas com a sua autorização, o que foi chamado por Dilma de “vazamentos seletivos”, durante a cerimônia da posse de Lula como Ministro da Casa Civil, ocorrida no Palácio do Planalto no dia 17.08.2016.

Além disso, Mouro também teria agido com abuso de poder, quando determinou, em 04.03.2016, a condução coercitiva de Lula e, em 21.03.2017, do blogueiro tido como de esquerda, Eduardo Guimarães, do Blog da Cidadania, sob a alegação de que essa medida seria necessária para a apuração do nome da fonte que teria antecipado para Guimarães fatos relacionados à Operação “Lava Jato”.

A condução coercitiva de Lula foi vista por juristas como totalmente desarrazoada, na medida em que Lula não teria se negado a comparecer para depor, sequer havia sido intimado para tanto. Já no episódio relativo à condução coercitiva de Eduardo Guimarães, conforme matéria divulgada no *site* Revista Fórum, em 21.03.2017, a medida teria sido criticada até mesmo por “jornalistas de direita”, a exemplo de Ricardo Noblat, do Jornal O Globo, que teria dito que “jornalista que publica informações vazadas não comete crime”, e de Reinaldo Azevedo, da Revista Veja, que teria afirmado que “estamos diante de uma clara agressão”, referindo-se à hipótese de a medida ter sido determinada para que Guimarães fosse instado a revelar sua fonte à PF.

Em seu blog, Reinaldo Azevedo apontou, no mesmo dia da condução coercitiva de Eduardo Guimarães, três dispositivos constitucionais que teriam sido violados por Mouro: i) o art. 5º, inc. IV – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; ii) o art. 5º, inc. XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e iii) o art. 220 – “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”.

Também consoante Azevedo (2017), “a cobertura da Constituição seria ampla e clara o bastante para que tal pergunta [qual o nome da fonte de suas informações?] não tivesse sido feita ao blogueiro”, dizendo não acreditar que esse tenha sido o principal motivo para a condução coercitiva de Guimarães, mas que, se o foi, tratava-se de constrangimento ilegal, e aduzindo ainda que Procuradores da República teriam convocados “entrevistas coletivas em *off* para divulgar nomes de uma lista de eventuais futuros investigados que nem ainda havia chegado a seu destinatário”.

Já Noblat (2017) afirmou, em sua página no *Twitter*, que “ninguém mais que a PF vaza informações que lhe interessam”. Destarte, se os próprios operadores da “Lava Jato” antecipariam fatos relacionados às investigações, não haveria motivo para condenar outros indivíduos, a exemplo de jornalistas, quando adotassem a mesma conduta.

O episódio que envolveu a condução coercitiva de Lula foi ainda significado como ação que, além de ilegal, abusiva e arbitrária, teria sido adotada por Mouro em benefício do grupo político que ele representaria e/ou em ataque a membros do grupo opositor. Nesse sentido, trazemos como exemplos as seguintes materialidades:

Imagem 3

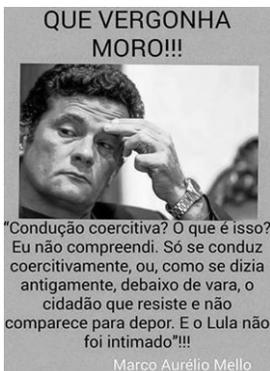


Imagem 4



A Imagem 3 foi veiculada no Blog “Para Além do Cérebro”, em 08.03.2016, 4 dias depois de Lula ser conduzido coercitivamente à sede da PF no Aeroporto de Congonhas (São Paulo/SP), em matéria intitulada “Aula de Constituição e Democracia do Ministro Marco Aurélio Mello, em vídeo Nacional, a Sérgio Mouro, com seus desmandos e arbitrariedade”. Marco Aurélio foi um dos juristas que entendeu pela ilegalidade do ato.

Na imagem, é possível ler, além de um excerto retirado da entrevista que Marco Aurélio concedeu ao Programa “Canal Livre” da Band, em que o ministro teria deixado claro que o instituto da condução coercitiva pressupõe, para o seu acionamento, que alguém, sendo intimado, não compareça para depor, também uma frase exclamativa: “QUE VERGONHA MOURO!”

A condução coercitiva de Lula constituiria numa arbitrariedade praticada por Mouro, que, por isso, deveria se envergonhar. Contudo, na Imagem 3, Mouro aparece com a mão no rosto e com a expressão facial de alguém que não parece estar muito preocupado com a falta de legalidade de seus atos.

Já na Imagem 4, publicada no Blog “Leituras do João Otávio”, em 01.08.2016, com a legenda “O Exterminador do Futuro”, Mouro surge com um meio-sorriso sarcástico/irônico e com um olhar intimidador, além de possuir um tucano no ombro direito e estar vestindo por baixo do paletó o uniforme do *Superman*. Na imagem, ainda se vê, ao fundo, a logomarca da Veja e, mais à frente, a da Globo, em formato de bombas prestes a explodir, e o emblema da PF.

Apesar da Imagem 4 trazer a legenda “O Exterminador do Futuro”, provavelmente numa circulação-confronto com a afirmação de que Mouro é o “Exterminador de Corruptos”, nessa imagem, Mouro é ironizado como aquele que seria tido como o *Superman* – um *super-herói*, portanto –, estando prestes a se revelar.

Além da convocação dessa memória constituída sobre Mouro, no sentido de que ele seria um herói, feita ainda que na forma de negação, também produzem outros efeitos-sentido o tucano que se encontra no ombro direito de Mouro – em referência ao PSDB, cujos filiados são chamados de tucanos –, as bombas que, juntas, formam a logomarca da Globo, o logotipo da Veja e o brasão da PF. No caso, Mouro, auxiliado pela PF, seria cúmplice do PSDB, da Revista Veja e da Rede

Globo, que representariam a direita brasileira, estando sempre disposto a servi-los.

Todos esses elementos que compõem as imagens analisadas produzem efeitos-sentido que funcionam na perspectiva de convocar saberes constitutivos de uma memória que se formou acerca de Mouro, a qual, e que faz parte de uma memória maior, que tem como objeto a política brasileira e a corrupção que nela se instalou.

Os efeitos-sentido produzidos por esses ditos (e não ditos) que convocam Mouro a ocupar ora a posição-sujeito do *herói* e ora a posição-sujeito do *tirano* somente são sensíveis/inteligíveis àqueles que conseguem mobilizar essa memória, justamente por conhecê-la, a qual, conferindo sentido às palavras, expressões, símbolos, imagens etc., possibilita que os efeitos se produzam.

Considerações Finais

As análises indicaram que a desconfiança política do povo brasileiro não ocorre em relação ao regime democrático, mas alusivamente aos políticos, envolvidos, em sua maioria, com esquemas de corrupção, o que criou um clima de instabilidade político-institucional e de descrédito em relação às instituições público-democráticas, que se configura como uma das condições de possibilidade para que Mouro surgisse como *herói nacional*, aliado a ideia de que os mandatários eleitos, corrompidos que estão, não mais representam povo, o qual passa a se sentir representada pelos combates da corrupção.

Entre esses combates, Mouro emergiu como aquele que mais que qualquer outro poderia salvar o povo brasileiro da corrupção política, sendo, por isso, convocado por alguns para assumir a posição-sujeito de *herói*. Entretanto, Mouro surge também como *tirano*, apresentando características negativas desse personagem histórico da Grécia dos séculos VI e V (desprezo pelas leis e pela justiça, exaltação do próprio conhecimento e poder etc.), mas também abusando de seu poder, que é um traço particular da *tiranía* que lhe é atribuída, muitas vezes com referência à sua suposta filiação partidária, ideológica.

Essas representações que são feitas de Mouro também envolvem a convocação de certos espaços de memória da política brasileira, seus jogos

e relações de poder, as alianças formadas entre partidos e agentes políticos e, principalmente, a forma nem um pouco ortodoxa como foi ela sempre exercida, passando essas mesmas representações a fazer parte dessa memória da política brasileira, que, se, por um lado, faz com o povo se desacredite dos políticos e da própria política, por outro, tem-lhe dado a esperança de possuir novos representantes, vindo de outros setores do Estado.

REFERÊNCIAS

BLOG DO JORNALISTA REINALDO AZEVEDO (21.03.2017).

Condução forçada de blogueiro petista, Constituição e o que penso. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/conducao-forcada-de-blogueiro-petista-constituicao-e-o-que-penso/>>. Acesso em : 22.04.2017.

BLOG DO SARGENTO TAVARES (12.12.2016). **Terminando o**

ano de 2016 fica a nossa homenagem ao Juiz Federal Dr. Sérgio Moro, «exterminador de políticos bandidos e de corruptos». Disponível em: <<http://blogdosargentotavares.blogspot.com.br/2016/12/terminando-o-ano-de-2016-fica-nossa.html>>. Acesso em : 22.04.2017.

BLOG LEITURAS DO JOÃO OTÁVIO (01.08.2016). **O Exter-**

minador do Futuro. Disponível: < <http://jobjb.blogspot.com.br/2016/08/o-exterminador-do-futuro.html>>. Acesso em : 22.04.2017.

BLOG PARA ALÉM DO CÉREBRO (08.03.2016). **Aula de Consti-**

tuição e Democracia do Ministro Marco Aurélio Mello, em video nacional, a Sérgio Moro, com seus desmandos e arbitrariedades. Disponível em: < <http://paraalemdocerebro.blogspot.com.br/2016/03/aula-de-constituicao-e-democracia-do.html>>. Acesso em : 22.04.2017.

FONSECA-SILVA, M. da C. Mídia e Lugares de Memória Discursiva.

In: FONSECA-SILVA, M. da C.; POSSENTI, S. (Org.). **Mídia e Rede de Memória.** Vitória da Conquista: Edições Uesb, 2007, p. 11-37.

FOUCAULT, M. **A Verdade e As Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Novais. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

JORNAL GRANDE BAHIA (16.08.2015). **Manifestações pelo país ocorreram sem incidentes**. Disponível em: <<http://www.jornalgrandebahia.com.br/2015/08/manifestacoes-pelo-pais-ocorram-sem-incidentes/>>. Acesso em: 22.04.2017.

MOISÉS, J. A.; CARNEIRO, G. P. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime – o caso do Brasil. **Revista Opinião Pública**. Campinas, vol. 14, n. 1, p. 1-42, jun. 2008. Disponível em: <http://www.cesop.unicamp.br/site/htm/revistas_artigos.php?rev=42>. Acesso em: 26.04.2016.

PÊCHEUX, M. Papel da Memória. In: **Papel da Memória**. Organização: Pierre Achard *et al.* Campinas: Pontes, 1999, p. 49-57. Edição original: 1983b.

_____. **O discurso, estrutura ou acontecimento**. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi. Campinas: Pontes, 1997. Edição original: 1983a.

REVISTA FORUM (21.03.2017). **Até jornalistas de direita criticam Moro por condução coercitiva de Eduardo Guimarães**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2017/03/21/ate-jornalistas-de-direita-criticam-moro-por-conducao-coercitiva-de-eduardo-guimaraes/>>. Acesso em: 22.04.2017.

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

TWITTER (BLOG DO NOBLAT) (21.03.2017). Disponível em: <<https://twitter.com/BlogdoNoblat/status/844236987964014593>>. Acesso em: 22.04.2017.

MULTICULTURALISMO, DIREITOS HUMANOS E OS POSSÍVEIS REFLEXOS DA EXTREMA-DIREITA

Luana de Azevedo Oliveira

Maria Glória Gomes Bragança

Pedro Henrique Gomes Bragança

Thiago Rodrigues Pereira

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca identificar de que forma o multiculturalismo, por Boaventura de Sousa Santos¹⁰⁹, bem como os Direitos Humanos podem ser ameaçados devido aos reflexos decorrentes do crescente avanço da política de extrema-direita.

O problema a ser investigado versa sobre a possível forma pela qual a extrema-direita inviabiliza o diálogo entre pessoas de culturas diferentes, tendo como hipótese a proposta da hermenêutica diatópica, através da ótica de Boaventura Sousa Santos. Temos por objetivo geral fazer uma leitura da política excludente da extrema-direita, levando em consideração um mundo onde o multiculturalismo deveria fazer parte da cons-

109 Boaventura de Sousa Santos é Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Distinguished Legal Scholar da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin-Madison e Global Legal Scholar da Universidade de Warwick. É igualmente Director Emérito do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Coordenador Científico do Observatório Permanente da Justiça. Fonte: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/cv-e-nota-biografica.php>.

trução da modernidade estruturada no respeito as igualdade e diferenças. A justificativa de escolha deste objeto de pesquisa está na necessidade de compreender a forma como os traços da extrema-direita refletem nas relações de grupos culturais pela ausência de alteridade. No primeiro capítulo abordaremos o multiculturalismo pela ótica de Boaventura como forma de entender suas propostas, no segundo capítulo trataremos da dignidade como premissa fundamental e no terceiro capítulo apresentaremos os possíveis reflexos da política de extrema-direita na sociedade atual, onde abordaremos características e padrões de comportamento desta vertente política que cresce visivelmente no âmbito mundial.

No texto do referido autor, “Uma concepção multicultural de direitos humanos”, tem como ideia principal constatar as condições ideais para que os direitos humanos sejam colocados à disposição de uma política progressista e emancipatória. Para tal, ele utiliza a hermenêutica diatópica¹¹⁰ como meio para se desenvolver um diálogo intercultural. Nesse mesmo viés, ele aponta questões pertinentes ao relativismo e universalismo dos direitos humanos, bem como os papéis ocupados por eles.

A constatação da existência de pessoas que fazem parte de culturas diferentes faz com que a sociedade e poder público se posicionem de forma específica a fim de garantir os requisitos fundamentais para a concretização da tolerância.

Sem esquecer a globalização, parte importante no contexto, a qual não é exclusiva da sociedade contemporânea, já que a forma de se inserir no seio cultural depende do conjunto dos fatores sociais envolvidos e específicos (LUCAS, 2010, p. 186).

MULTICULTURALISMO SEGUNDO BOAVENTURA

O autor inicia seu texto falando sobre suas observações relativas aos direitos humanos e a forma como mudaram a linguagem da política progressista, e aponta que após Segunda Guerra Mundial, os mesmos passa-

110 Hermenêutica diatópica, pela concepção de Boaventura, tem como objetivo facilitar a conversação entre nações multiculturais, levando em consideração que os países participantes tenham noção de sua própria incompletude cultural, estando abertos ao diálogo e interagindo com o *topoi* mutuamente, tendo por objetivo a sedimentação dos direitos humanos culturais.

ram a figurar como integrantes da Guerra Fria, demonstrando-se suspeitos como modelos de guias emancipatórios. Dessa forma, com o passar dos anos, a linguagem utilizada pela revolução e pelo socialismo tiveram mais força, até que os mesmos direitos humanos voltaram à cena para suprir um vácuo deixado pelos outros movimentos. Nesse sentido, Boaventura (2001, p.7-8):

Todavia, com a crise aparentemente irreversível destes projetos de emancipação, essas mesmas forças progressistas recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação. É como se os direitos humanos fossem evocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo. Poderão realmente os direitos humanos preencher tal vazio? A minha resposta é um sim muito condicional.

Ainda nesse contexto, ele explica que tensões nos debates devem ser claramente entendidas e superadas, para que a crise do paradigma ocidental seja superada, enumerando cada uma delas, quais sejam: o confronto entre regulação e emancipação social; confronto entre sociedade civil e Estado e entre Estado-nação e globalização.

Na primeira tensão, o autor aponta que as duas crises estão interligadas, alimentando-se uma da outra e a política de direitos humanos está no meio dessa dupla crise, demonstrando o ânimo de superá-la. Enquanto no segundo caso, observa que os direitos humanos estão no cerne da tensão que passou a existir entre classes sociais, onde a primeira geração de direitos humanos nasceu da luta da sociedade civil contra o Estado, enquanto a segunda e terceira geração pressupõem que o Estado é o maior garantidor dos direitos humanos.

Por último, o autor menciona que a terceira tensão envolve o Estado-nação e a globalização, onde ele define que “globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”.

Dessa forma, a globalização é analisada como um todo, levando em consideração o ponto de vista cultural, político e social. Nessa esteira, ele cita que há uma relação entre globalização e localização, citando como

exemplo que a globalização dos *fast foods* leva cada vez mais à feijoadada brasileira, de forma que a torna cada vez mais uma referência da genuína cultura brasileira.

Ainda nesse sentido, Boaventura (2006, p. 417-421) distingue quatro formas de globalização: a) localismo globalizado, onde algum tipo de fenômeno local acaba por influenciar de forma global com sucesso, seja pela música, multinacionais ou ainda idioma; b) no globalismo localizado certas práticas de países abastados influenciam e alteram condições locais de países menos favorecidos para que objetivos sejam alcançados, tendo como exemplos destruição de recursos naturais para o pagamento da dívida externa; c) o cosmopolitismo se apresenta como uma junção de grupos sociais em nível global (como ONGs, por exemplo) com o interesse em difundir filantropia, arte, assistência jurídica, anticapitalismo, entre outros; d) e o patrimônio comum da humanidade, onde é abordada a subsistência da vida humana no planeta Terra, englobando fatores relativos à preservação do meio ambiente, bem-estar e proteção dos recursos naturais .

Dessa maneira, as duas primeiras formas de globalização, segundo Boaventura (2001, p.15): são hegemônicas, ou seja, “de cima para baixo”, enquanto as últimas são contra-hegemônicas, no sentido “de baixo para cima”.

Após trabalhar a multiplicidade da concepção de globalização em seu texto, o enfoque do autor passa a ser sobre os direitos humanos universais, onde indica que eles devem ser “reconceitualizados” como multiculturais. A finalidade desse multiculturalismo é para que exista em equilíbrio entre a relação de competência global e legitimidade local, visto que os direitos humanos não são absolutos em sua aplicabilidade, ou seja, não são universais, Boaventura (2001, p. 15):

Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefato cultural, um tipo invariante cultural, parte significativa de uma cultura global? Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona dado o modo como questiona. Em outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.

Logo, as concepções de dignidade da pessoa humana se modificam conforme a cultura que a proclama, pois cada cultura se julga completa, sendo que até o podem ser, no sentido da sua incompletude.

DIGNIDADE COMO PREMISA

O reconhecimento dessa visão diferenciada é necessário, pois dele deve-se extrair o que tiver o sentido mais abrangente de respeito às diferenças e igualdades entre os homens. Nessa esteira, Boaventura (2001, p.16) afirma que o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que deve ser defendida da sociedade ou do Estado.

Devemos respeitar os direitos humanos, dando-lhe o reconhecimento que cada indivíduo é livre, na sua consciência e razão, bem como igual garantia de direitos, considerar como pessoa, como sujeito de direito, todos os seres humanos, todos os indivíduos.

Em 1945 após a Segunda Guerra Mundial cinquenta países se reuniram na Organização Internacional das Nações Unidas com a proposta de prevenir guerras e promover a paz. Em 1948 a Comissão de Direitos Humanos elaborou o rascunho do documento que seria adotado e convertido em Declaração Universal dos Direitos Humanos. Depois disso já foi traduzida em mais de quinhentos idiomas, sendo o documento mais traduzido do mundo. Ela é utilizada e difundida até os dias atuais com o objetivo de balizar e normatizar relações entre povos e nações protegendo de forma universal os direitos humanos (ONU, 1996, p.1).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas em 1948, tem por objetivo delinear os direitos humanos básicos, como diz em seu preâmbulo (ONU, 1996, p.1):

“A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de 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, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre

os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi e ainda é um marco na história mundial, pois tem como premissa normatizar a proteção universal dos direitos humanos. Ela salvaguarda diretrizes básicas para que os direitos e liberdades sejam respeitados e alargados, ensejando assim a preservação da dignidade humana em vários contextos. Nesse sentido Kant¹¹¹ (1986, p. 77) preceitua:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*) aquilo porém que constitui a condição só graças a qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.”

Por reino dos fins podemos entender a convivência de seres racionais de forma sistematizada e regada por leis comuns a todos e esses mesmos entes alcançariam sua dignidade através da sua maneira de agir fazendo uso de sua razão. Para Kant dignidade é algo tão valioso que não tem preço, pois não tem nada equivalente que possa substituir.

111 Immanuel Kant (1724-1804) nasceu em Königsberg de uma família modesta alemã. Aos dezesseis anos se matricula na universidade de Albertina, onde estuda matemática, ciências da natureza, teologia, filosofia e letras clássicas latinas. Depois da morte do pai sai da universidade para ganhar a vida como professor particular. Em 1755, Kant obtém em Königsberg o título de mestre em filosofia (nunca fez doutorado), com uma tese sobre fogo. Apesar de grandes feitos científicos e pedagógicos, apenas em 1770 conseguiu a cátedra de lógica e metafísica, chegando a lecionar até aos setenta e três anos, quando sua saúde entra em declínio. Deixou obras que marcaram a humanidade como: “Crítica da Razão Pura, A Metafísica dos Costumes, Fundamentação da Metafísica dos Costumes” entre outras (Höffe, 2005).

Quando afirma o homem como fim em si mesmo, é para que não sirva de meio a algum objetivo, e esse viria a ser o fundamento da dignidade.

Jürgen Habermas (2012, p.27), afirma que na doutrina do direito, Kant introduziu os direitos humanos, ou antes, o direito único, que cabe a cada um por força e sua humanidade.

Sendo este fundamento o pilar do princípio inviolável da dignidade humana, é dever do poder estatal zelar pela proteção e amparo do mesmo.

Neste sentido, o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p.1) diz: Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Logo, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana além de impor um dever de respeito, exige também condutas que visem efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos seguindo este pensamento vislumbra-se que a base para que esse programa normativo se sustente é de responsabilidade dos órgãos estatais, principalmente do legislador encarregado de embasar uma ordem jurídica que dê suporte às especificidades do princípio.

Ainda nesse pensamento, nos remetemos ao conceito de dignidade da pessoa humana segundo Sarlet (2002, p.27), mostra-nos que deve ser uma prática na sociedade:

“A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e é considerada como uma meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito, porque a destruição da dignidade implica na destruição da pessoa”.

Nessa seara, a discussão sobre o multiculturalismo vinculado ao estudo da dignidade humana procura compreendê-lo e analisá-lo no contexto constitucional, variando a forma de tratamento conforme o caso concreto estudado, sempre tendo em mente que a atual Constituição Federal respeita todas as culturas que formam a sociedade brasileira sem objetivar pela homogeneização, conforme apontam Daniel Sarmiento e Ingo Sarlet (2011, p.920).

A própria fraternidade em si abarca o multiculturalismo, se não há movimento contrário à pluralidade do outro, no que diz respeito aos seus

princípios, sexo, religião cultura e afins, mais próximos ficamos de alcançar um convívio ideal. É neste ponto, que para Boaventura (2006, p.462), o diálogo intercultural se torna essencial. Esse liame entre igualdade e diferença, deve ser utilizado para superar toda desigualdade, ao passo que as diferenças culturais sejam igualmente reconhecidas, por mais difíceis que sejam os caminhos a serem percorridos para alcançar tal objetivo.

Sendo assim, essa comunicação seria possível através da hermenêutica diatópica, que conceituada por ele, seria estruturada em forma de uma proposição de construção de princípios, onde a compreensão da cultura do outro se torna ponto de partida para conectar os universos diferentes. E é a essência desses universos que constrói os *topoi*¹¹², onde as trocas e produções de argumento encontram terreno fértil para se firmar, visto que nada é discutido, apenas exposto e afirmado. O objetivo da hermenêutica diatópica não é alcançar a completude, mas avultar a percepção da incompletude recíproca, onde o diálogo faz a ponte entre as culturas.

APARENTES REFLEXOS DA EXTREMA-DIREITA

Extrema-direita, como o próprio nome sugere, é um movimento onde o posicionamento político se dá de forma extrema. Hoje ela é representada por partidos políticos e movimentos independentes que tem como base posicionamentos radicais que veem se disseminando pelo mundo com força.

Segundo Joaquín Estefanía via site EL País Brasil (2019, p.1):

Emerge uma nova direita que ganha espaços não só na Europa, mas nos EUA e na América Latina; uma direita extrema que, até agora, descartou os rostos mais violentos e que se incorpora a fenômenos como o autoritarismo, o nacionalismo, o conservadorismo, o populismo, a xenofobia, a islamofobia, o desprezo pelo pluralismo etc. Não se apresenta da mesma forma em todos os lugares, mas mescla em doses distintas cada uma dessas características. É o

112 Para Santos (2006, p. 447) "os topoi são os lugares comuns retóricos, mas abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos".

que o historiador italiano radicado nos EUA Enzo Traverso denominou “as novas caras da direita”.

Tal posicionamento reforça a ideia de conservar os grupos originais de sua região conforme seu interesse, onde o que afirmam ser autêntico ou nacional cerceia em igual medida a convivência pacífica de outros grupos, com culturas diferentes, no mesmo território. Sobre isso, Mudde (2000, p.171) afirma: “*Há muito que o nacionalismo tem sido considerado como cerne, e talvez como a característica mais importante dos partidos de extrema-direita*”.

Essa vertente política abraça ainda outras características, segundo Michael Löwy (2015, p.654) uma tipologia da extrema-direita europeia poderia se dividir em três:

I. Partidos de caráter diretamente fascista e/ou neonazista: por exemplo, o Aurora Dourada, da Grécia; o Jobbik, da Hungria; o Setor Direito, da Ucrânia; o Partido Nacional Democrata, na Alemanha; e várias outras forças menores e menos influentes. Aqui também se incluiria a recente criação atípica francesa “nacional-socialista” e antissemita Reconciliação Nacional (Alain Soral).

II. Partidos semifascistas, isto é, com raízes e fortes componentes fascistas, mas que não podem ser identificados com o padrão fascista clássico. É o caso, em diferentes formas, da Frente Nacional, da França; do FPÖ, da Áustria; e do Vlaams Belang, da Bélgica, entre outros. Seus líderes fundadores tinham ligações estreitas com o fascismo histórico e com as forças que colaboraram com o Terceiro Reich, e vários de seus quadros não escondem a nostalgia pelo passado fascista. Mas suas lideranças atuais tentam “modernizá-los”, apresentando uma imagem mais “respeitável”, por exemplo, substituindo antissemitismo por islamofobia. Por razões que explicaremos adiante, consideramos o conceito de “populismo” como totalmente inadequado para caracterizar esses partidos.

III. Partidos de extrema-direita que não possuem origens fascistas, mas compartilham do seu racismo, xenofobia, retórica anti-imigrante e islamofobia. Exemplos são a italiana Lega Nord, o suíço UDC (União Democrática do Centro), o britânico Ukip (Partido

de Independência do Reino Unido), o holandês Partido da Liberdade, o norueguês Partido Progressista, o Partido dos Verdadeiros Finlandeses (True Finns) e o Partido do Povo Dinamarquês. Os Democratas Suecos são um caso intermediário, com origens claramente fascistas (e neonazistas), mas que têm feito grandes esforços, desde os anos 1990, para apresentar uma imagem mais “moderada”.

Certamente esses são apenas alguns exemplos do conteúdo ideológico de alguns grupos e partidos políticos, e, levando-se em consideração o constante movimento pelo qual todos passam, tais fatores podem se agravar. Com isso, as culturas que não se enquadrem nos padrões de extrema-direita podem ser podadas em sua essência. Mesmo que as concepções dos partidos/movimentos de extrema-direita tenham similitudes, efetivamente sua política não é uniforme, excetuando-se o discurso de ódio e exclusão face às minorias.

Contudo, se a extrema-direita é tão nociva, como explicar seu crescente avanço? Aparentemente, o processo de globalização capitalista neoliberal e a constante busca por raízes nacionalistas são elementos que visam reproduzir em escala mundial suas concepções. Segundo Michael Löwy (2015, p.657):

Diretamente relacionado a esse processo de hegemonia mundial neoliberal do capital financeiro há um outro fator importante: a crise econômica que tem despedaçado a Europa desde 2008. Exceto na Grécia e na Espanha, essa crise tem em quase todos os lugares favorecido muito mais a extrema-direita do que a esquerda radical - diferente da situação europeia dos anos 1930, quando em muitos países a esquerda antifascista cresceu paralelamente ao fascismo. A extrema-direita atual tem, sem dúvida, se beneficiado da crise, particularmente na França. Mas isso não explica tudo: na Espanha e em Portugal, dois dos países mais atingidos duramente pela crise, a extrema-direita permanece apenas marginal. E na Grécia, apesar de a Aurora Dourada ter desfrutado de um crescimento exponencial, ela possui muito menos influência do que o Syriza, a coalizão da esquerda radical. Na Suíça e na Áustria, dois países em grande parte poupados pela crise, a extrema-direita racista muitas vezes fica acima de 20% de apoio.

Fatores decorrentes da Segunda Guerra Mundial como o nazismo pregado largamente foi enraizado, e mesmo com o passar dos anos se mostra tão latente quanto antes. Oliver Stuenkel, para o site El País (2019, p.1) disse que “O movimento alemão xenófobo e nacionalista chamado Pegida, aliado ao AfD, adota o slogan “patriotismo não é crime”, alegando que as elites cosmopolitas envergonham-se de qualquer símbolo nacional.” O movimento em questão simpatiza com o partido de extrema direita Alternativa para a Alemanha (AfD), que acusa os demais partidos de sentirem vergonha dos símbolos nacionais e é igualmente nacionalista e xenófobo. Um grupo de alemães se reuniu para protestar contra o avanço da extrema direita, a organizadora da manifestação, Theresa Hartmann, sugeriu aos participantes usarem bandeiras com o arco-íris e cartazes com os dizeres “Refugiados são bem-vindos”, mas pediu que os manifestantes não usassem a bandeira alemã, pois ela teria “uma conotação de direita.”

Situações como esta dão força à voz da extrema-direita, reforçam que há diferenças entre cidadãos natos e os que não o são.

Atos de xenofobia e racismo são cometidos em outros países, extirpando a dignidade dos cidadãos que necessitam de ajuda. Na fronteira dos Estados Unidos há diversos relatos de abusos e maus tratos, segundo reportagem de Pablo Ximénez De Sandoval para o site El País (2019, p.1): “Nunca antes em minha vida fui testemunha, ouvi e senti o cheiro de semelhante degradação e tratamento desumano de crianças sob a custódia do Governo federal”; declaração sob juramento da advogada novaiorquina Elora Mukherjee a um juiz; “Só tomamos banho uma vez desde que chegamos (há oito dias)”, diz um menor detido em Ursula, Texas; “Não tenho sabão, toalha e escova de dentes”, diz uma mãe imigrante; “Eles nos separaram de nossa avó e agora estamos sozinhas”, diz M.Z.L., uma imigrante de Honduras de oito anos que está presa com sua irmã de seis.

Na Bélgica, após os atentados de Bruxelas e Paris, os moradores locais também são contra a chegada de estrangeiros. Na reportagem de Ana Carbajosa para o El País (2016, p.1) as afirmações são veementes: a garçone Anita Sonck diz:

“Olhe, não precisamos da mesquita. É um grande problema. As pessoas vêm aqui rezar, e essa não é a nossa cultura. No fim de semana muitos chegam de trem – negros, muçulmanos –, e no

colégio as meninas querem usar véu. Ainda por cima, não bebem cerveja.”

Ela acrescenta que seus vizinhos marroquinos desde os *ataques* “se tornaram mais amáveis, querem deixar claro que não têm nada a ver”. Mas por que é ruim que as pessoas rezem? A garçonete não sabe informar, apenas encolhe os ombros e ergue as sobrancelhas.

Ela não soube responder porque não há motivos que se sustentem, apenas o preconceito pela cultura diversa apoiada por políticas nacionalistas de exclusão, o que impede fortemente o multiculturalismo.

Preconceito também foi tema de debate na França, segundo site da ONU (2018, p.1), o país desde 2010 adotou uma lei que “*ninguém pode, em um espaço público, vestir qualquer peça de roupa que tenha o objetivo de esconder o rosto*”. A lei tem como objetivo proibir o uso do véu islâmico completo — que cobre o corpo inteiro, incluindo o rosto, deixando somente um pequeno espaço para os olhos. Sobre a lei, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas decidiu que a França violou os direitos humanos de duas mulheres muçulmanas, ao multá-las por vestirem o niqab, um tipo de véu islâmico que cobre o corpo todo. Ainda de acordo em o site, o Comitê avaliou que a proibição criminal e geral do niqab em público violava desproporcionalmente os direitos das requerentes de vivenciar suas crenças religiosas. Segundo o organismo, a França não havia explicado adequadamente o motivo de a proibição ser necessária. “*As decisões não são direcionadas contra a noção de laicidade, tampouco são um endosso de um costume que muitos deste Comitê, incluindo eu, consideram como uma forma de opressão das mulheres*”, disse Yuval Shany, presidente do Comitê (Ibidem, 2018).

De igual maneira a força da extrema-direita afeta diretamente o comportamento de toda uma sociedade, como acontece atualmente, nos Estados Unidos, por conta dos movimentos supremacistas brancos que ganharam força nos últimos anos. Após a eleição de Donald Trump, a militância que crescia na internet tomou as ruas, fazendo com que o que era virtual ganhasse o mundo real.

Em entrevista ao site Estadão, George Michael (TRANCHES, 2017, p.1):

“Tem havido mudanças na sociedade americana que têm permitido o crescimento desses movimentos, conhecidos como “alt+right”. A população tem se tornado mais diversa. Isso é consequência de uma lei de 1965, que mudou a imigração nos EUA. Antes, os imigrantes vinham da Europa. Após a lei, há mais imigrantes da América Latina e da Ásia. Isso está acontecendo há décadas, mas a questão alcançou uma massa crítica recentemente. O censo mostra que, em 2042, não haverá uma maioria étnica racial americana. Os brancos serão reduzidos a uma minoria. Isso tem causado incômodo entre eles.

Ele acrescenta que o objetivo do movimento “alt+right” é criar um Estado separado etnicamente, onde brancos fiquem em uma área específica, instaurando assim uma autosegregação. Ainda segundo o professor Michael, talvez essa não tenha sido a intenção do presidente Donald Trump. Ele foi alvo de críticas por conta do que disse sobre Charlottesville, na Virgínia (protesto de supremacistas que deixou um morto na Carolina do Norte no ano de 2017), mas ainda sim ele deu nova visibilidade à extrema direita, dando um efeito mobilizador para o “alt+right”. Por defender ideias correlacionadas a essa supremacia branca, segundo o jornal O Globo (GABRIEL, MARTIN e FANDOS, 2019), o congressista Steve King foi removido dos comitês do Judiciário e de Agricultura, pela Câmara dos Deputados. Em entrevista ao jornal New York Times ele declarou: — “*Nacionalista branco, supremacista branco, civilização ocidental. Como esta linguagem se tornou ofensiva — questionou o republicano, na ocasião*”.

Tais comentários negativos, apesar de serem repreendidos, geram repercussão geral e ainda sim formam opinião social. Eles não se coadunam com a luta pela defesa da igualdade, multiculturalismo ou dos direitos humanos, independente das origens nacionais ou raciais.

A igualdade é o princípio norteador para a composição de uma sociedade equilibrada, contudo, com os avanços nos direitos que acompanham a coletividade, se tornou necessário aderir à ideologia de respeito às diferenças, sejam elas quais forem.

Boaventura propõem deve-se reconhecer que variadas culturas manifestam concepções de dignidade da pessoa humana, mas, no entanto nem todas na conjuntura dos direitos humanos e que enquanto os di-

reitos humanos forem concebidos como universais, tenderão a operar como um “*localismo globalizado*”. Partindo do da premissa de que grande parte dos países que conceberam a Declaração Universal dos Direitos Humanos vivenciava um tipo específico de realidade e que muitas culturas não participaram desta elaboração, Boaventura crê que os direitos humanos, como concebidos em sua gênese, podem ser enquadrados na ideia de localismo globalizado. Durante seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (BARBOSA, 2006), realizado em São Paulo, Boaventura afirmou que:

“Os direitos humanos hoje são uma resposta fraca às perguntas fortes. Não nos servem porque, neste mundo globalizado, multiplicaram-se as zonas de contato entre diferentes formas de justiça, cultura e identidades [que eles desconsiderariam]. Não resolveremos os problemas do mundo impondo a democracia ao mundo ou defendendo os direitos humanos. Essas respostas não convencem quando vamos para as ruas. O Oriente Médio hoje é onde mais tragicamente somos incapazes de dar uma resposta forte com base nos direitos humanos”.

As questões interculturais envolvendo igualdades e diferenças sociais devem ser dirimidas a partir da concepção de direito à igualdade multicultural a fim de se ampliar o reconhecimento de direitos à diferença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, a hermenêutica diatópica proposta por Boaventura, normatiza a interpretação no contexto do diálogo intercultural, levando em conta, seriamente, as diferenças e semelhanças entre as culturas.

No entanto, o papel desse método não é a busca pela igualdade, mas sim frisar as desigualdades entre as culturas, visto que ao passo que os direitos humanos são defendidos, as violações se intensificam, demonstrando a incoerência entre os princípios e as práticas. A hermenêutica diatópica é um procedimento comum, sendo possível através da atuação dos envolvidos, sendo a constatação das incompletudes recíprocas o caminho para o diálogo intercultural. Logo, por meio de um processo diatópico

a referida hermenêutica cria um ambiente de oportunidades para outras culturas se afirmarem concomitantemente de maneira pacificada.

Portanto, a mudança desse universalismo ocidental para o esperado multiculturalismo ainda precisa atravessar alguns impasses, como a concepção de “igualdade ou diferença”, para a “igualdade na diferença”. Independente de política de esquerda, centro ou extrema-direita, o que se busca é uma dialética que trabalhe a favor de desconstruir a desigualdade, sem negar as diferenças.

Existe a necessidade de rever os contatos interculturais a fim de que grupos sociais não sejam isolados por sua diversidade, mas que pontes sejam erguidas para que a fala e a prática caminhem juntas em prol do diálogo intercultural no âmbito mundial. Esse diálogo intercultural reforça que nossa hipótese se configurou acertada, desde que efetivadas as proposições emancipatórias relativas aos direitos humanos e as premissas da hermenêutica diatópica, ensejarão ao entendimento das diferenças e diversidades em respeito à igualdade multicultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOSA, Bia, Globalização exige redefinição do conceito de direitos humanos, diz Boaventura, Carta Maior. Set, 2006. Disponível em: < <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Globalizacao-exige-redefinicao-do-conceito-de-direitos-humanos-diz-Boaventura/5/11416>>. Acesso em 16/07/19.

CARBAJOSA, Ana, A extrema-direita que cresce graças aos atentados terroristas, EL País. Jun, 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/21/internacional/1466511912_688203.html>. Acesso em 18/07/19.

ESTEFANÍA, Joaquim, Mas quem é essa nova direita que ganha espaço pelo mundo? p.1 EL País. Brasil, mar. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/opinion/1553264899_947348.html. Acesso em: 10/07/19.

GABRIEL, Trip, MARTIN, Jonathan e FANDOS, Nicholas, do New York Times, Deputado republicano que defendeu ‘supremacia branca’ é punido nos EUA, O Globo. Jan, 2019. Disponível em: <<https://globo.com>>

- [tps://oglobo.globo.com/mundo/deputado-republicano-que-defendeu-supremacia-branca-punido-nos-eua-23373118](https://oglobo.globo.com/mundo/deputado-republicano-que-defendeu-supremacia-branca-punido-nos-eua-23373118)>. Acesso em 16/07/19.
- HABERMAS, Jurgen. Sobre a Constituição na Europa, p.27. Editora Unesp, 2012.
- HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, p. 3-10. Editora Martins Fontes, 2005.
- KANT, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986, p. 77.
- LÖWY, Michael, Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil, p.654 e 657. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n124/0101-6628-sssoc-124-0652.pdf>>. Acesso em 14/07/19.
- LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Unijuí: Unijuí, 2010.
- MUDDE, Cas (2000), The Ideology of the Extreme Right, Manchester, p. 171, Manchester University Press. Disponível em: < https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/27085/ssoar-2002-mudde-the_ideology_of_the_extreme.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12/07/19.
- ONU, 1948. Nações Unidas Brasil, Comitê da ONU conclui que proibição de véu na França violou liberdade religiosa de duas muçulmanas, p.1, Out, 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/comite-da-onu-conclui-que-proibicao-de-veu-na-franca-violou-liberdade-religiosa-de-duas-muculmanas/>> Acesso em 18/07/19.
- SANDOVAL, Pablo Ximénez De, Só posso lavar meu bebê quando tomo banho, a cada cinco dias, p.1, EL País. Jun 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/27/internacional/1561624931_824923.html>. Acesso em 18/07/19.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: Para uma nova cultura política, p. 417,-421 e 462. São Paulo: Cortez, 2006.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos, p.15-16, Contexto Internacional, Rio de Janeiro, junho 2001. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. Acesso em 09/07/19.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, : <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/cv-e-nota-biografica.php>.. Acesso em 09/07/19.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p.27. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica, p.920. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- STUENKEL, Oliver, É preciso resgatar da extrema direita os símbolos nacionais, p.1. EL País, jun, 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/12/opinion/1560348817_282472.html>. Acesso em 17/07/19.
- TRANCHES, Renata, Trump deu nova vida à extrema direita, Estadão. p.1. Dez, 2017. Disponível em:< <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,trump-deu-nova-vida-a-extrema-direita,70002114417>>. Acesso em 18/07/19.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Universal Declaration of Human Rights, p.1, 1996. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 15/07/19.

O USUÁRIO DE DROGAS NO PANORAMA BRASILEIRO: ASPECTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS

Jéssica Rodrigues Godinho

Fabrcio Manoel Oliveira

INTRODUÇÃO

Não é novidade que o problema das drogas tem se tornado uma epidemia no Brasil e no mundo. Os números relacionados ao consumo, independentemente da natureza da substância, têm aumentado vertiginosamente, o que ocasiona impactos tanto na seara da saúde quanto da segurança pública.

Contudo, apesar de ser um problema social, não se pode ignorar as questões individuais que o circundam. Cumpre, então, investigar o panorama atualmente vigente no país sobre o tema, notadamente a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019, que previu, dentre outras coisas, a medida de internação involuntária como uma das políticas de governo na área de segurança e saúde pública, para que se possa compreender os aspectos jurídicos aplicáveis ao dependente químico e como se dá o seu tratamento perante o ordenamento jurídico.

Para tanto, será necessário fixar conceitos imprescindíveis para o deslinde do trabalho, tal como o de droga; bem como a visitação de alguns dados sobre o perfil do usuário e do dependente químico; a diferença entre ambos; e, por fim, os aspectos jurídicos aplicáveis ao dependente, à luz da Constituição de 1988.

Para o desenvolvimento e estudo do objeto de pesquisa, o texto valeu-se da metodologia bibliográfica, utilizando-se da coleta e estudo de doutrina especializada, artigos científicos, e legislação pertinente.

1 PANORAMA BRASILEIRO ACERCA DAS DROGAS

Em que pese o debate acerca das drogas assumir grande relevância hodiernamente, tal fenômeno não é restrito aos dias atuais.

No Brasil, a questão envolvendo o *crack*, por exemplo, tem os primeiros registros por volta do ano de 1990, quando ocorreu, no estado de São Paulo, o primeiro confisco da droga (COMISSÃO ESPECIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE ÀS DROGAS, 2011).

Não se considerava, à época anteriores, o uso de drogas como um problema social de grande proporção. No entanto, o que se vê hodiernamente é que as drogas foram difundidas na sociedade e se espalham pelos diferentes níveis sociais.

Note-se, contudo, que este aumento não ocorre apenas no Brasil, mas é uma realidade que acontece, generalizadamente, no mundo. Segundo a OMS, por volta de 10% da população que vive nos centros urbanos dos estados e cidades do mundo fazem uso abusivo de substâncias psicoativas (OMS *apud* BRASIL, 2003).

É sabido que a produção e uso de substâncias consideradas ilícitas aumentou no mundo inteiro (WORLD DRUG REPORT, 2013). Entretanto, o maior dilema da droga, em realidade, não está no uso em si, tanto que a legislação brasileira não trata esta ação como crime. O problema está nos desdobramentos causados pela alteração de sentidos que a droga provoca, que pode afetar o indivíduo e outras pessoas da comunidade em que está inserido.

O abuso de drogas tornou-se uma questão de saúde pública, pondo em risco o próprio indivíduo, a economia, a segurança e a população em geral, e, por este motivo, merece atenção.

Nesse sentido, aduz o Ministério da Saúde:

A constatação de que tal uso tomou proporção de grave problema de saúde pública no país encontra ressonância nos diversos segmentos da sociedade, pela relação comprovada entre o consumo e

agravos sociais que dele decorrem ou que o reforçam. (BRASIL, 2003, p. 5).

Iniciando os estudos do tema proposto, primeiramente, cabe fazer apontamentos sobre conceitos básicos referentes ao assunto.

O Observatório Brasileiro de Informações Sobre Drogas (OBID) - projeto desenvolvido pela Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas, apoiada pelo Ministério da Saúde, aduz que o termo *droga*, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), “abrange qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento”. (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS, [200-a]).

De acordo com a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD),

Drogas são substâncias utilizadas para produzir alterações, mudanças, nas sensações, no grau de consciência e no estado emocional. As alterações causadas por essas substâncias variam de acordo com as características da pessoa que as usa, qual droga é utilizada e em que quantidade, o efeito que se espera da droga e as circunstâncias em que é consumida.

Geralmente, achamos que existem apenas algumas poucas substâncias extremamente perigosas: são essas que chamamos de drogas. Achamos também que drogas são apenas produtos ilegais como a maconha, a cocaína e o crack. Porém, do ponto de vista de saúde, muitas substâncias legalizadas podem ser igualmente perigosas, como por exemplo o álcool, que também é considerado uma droga como as demais. (SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS, 1999, p. 7).

Por este conceito, pode-se perceber que drogas não são apenas as ilícitas, não regulamentadas pelo Estado. O álcool e o cigarro também são considerados drogas, mas têm o seu comércio legalizado, sendo chamados de drogas lícitas. Outras, como a cocaína, o *crack* e a maconha, são drogas ilícitas, eis que sua mercancia é proibida.

A Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, em seu art. 1º, § único, estabelece que, “[...], consideram-se como drogas as substâncias ou os

produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (BRASIL, 2006).

Deve-se mencionar, todavia, que os efeitos da droga podem variar de pessoa para pessoa, dependendo do tipo de droga, do usuário e do meio ambiente. Desta forma, ainda que duas pessoas usem a mesma droga, na mesma quantidade, os efeitos apresentados podem ser diferentes (SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS, 1999).

Atualmente, é possível inferir que a questão das drogas no Brasil é um problema de saúde pública, que inspira a intervenção Estatal no combate à sua disseminação. Segundo o Ministério da Saúde, o consumo de drogas é uma dificuldade crescente enfrentada pelo Estado, sendo que nos últimos tempos “o uso frequente (sic) de álcool aumentou em seis capitais, e o uso pesado (20 vezes ou mais por mês), aumentou em oito das dez principais capitais [...]” (BRASIL, 2003, p. 13).

Outra questão que aflige a sociedade é o número cada vez maior de crianças e adolescentes que fazem uso de substâncias psicoativas. Nesse sentido:

Existe uma tendência mundial que aponta para o uso cada vez mais precoce de substâncias psicoativas, incluindo o álcool, sendo que tal uso também ocorre de forma cada vez mais pesada. No Brasil, estudo realizado pelo CEBRID – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicoativas sobre o uso indevido de drogas por estudantes (n = 2.730) dos antigos 1º e 2º graus em 10 capitais brasileiras [...] revelou percentual altíssimo de adolescentes que já haviam feito uso de álcool na vida: 74,1%. Quanto ao uso freqüente, e para a mesma amostra, chegamos a 14,7%. Ficou constatado que 19,5% dos estudantes faltaram à escola, após beber, e que 11,5% brigaram, sob o efeito do álcool. (BRASIL, 2003, p. 13).

Vê-se que, com o passar do tempo e desenvolvimento de tecnologias, há uma modernizaçãodas drogas, que evoluem para alcançar um número de dependentes cada vez maior, às vezes até mesmo com a criação de drogas mais baratas, como é o caso do *crack*, que pode atingir camadas economicamente desfavorecidas.

A FIOCRUZ, em estudo sobre o uso do *crack* e de drogas similares (pasta-base, merla e oxi) feito nas capitais brasileiras e no Distrito Federal, com número próximo de 370 mil pessoas, traçou o perfil do usuário destas drogas: a maioria dos usuários é composta por homens (78,7%), idade média de 30 anos e em situação de rua (47,3%) (FIOCRUZ, 2013).

No que tange ao consumo de injetáveis, o Ministério da Saúde divulgou que no país, no período pesquisado, existiam aproximadamente 800.000 usuários de drogas injetáveis que haviam feito consumo deste tipo de substância pelo menos uma vez nos últimos 12 meses. O estudo apontou, ainda, o perfil dos usuários, que é composto por pessoas jovens (entre 18 e 30 anos), que iniciaram o uso em média aos 16 anos; a escolaridade, que é baixa (em geral, primeiro grau incompleto); a alta incidência de HIV (36,5%) e Hepatite C (56,4%), em virtude do compartilhamento de seringas; e, ainda, demonstrou que 85% do consumo é realizado em grupo; e que cerca de 80% dos usuários já foram pelo menos uma vez presos (BRASIL, 2003).

Este tipo de estudo é importante, pois, através dos dados obtidos, pode-se traçar metas que melhor se adequem à realidade social.

A política governamental no combate das drogas calca-se principalmente na prevenção. E, quando a prevenção não é suficiente, pensa-se em outros métodos para o tratamento do usuário e do dependente, visando a sua recuperação e reinserção na sociedade, através da restituição do seu poder de se autodeterminar.

Em 5 de junho de 2019, o governo sancionou a Lei n° 13.840, que alterou mais de 10 legislações, e, dentre outras coisas, incluiu na “Lei de drogas” (Lei n° 11.343) a permissão do tratamento do usuário de drogas através da internação, que pode ser voluntária ou não consentida.

Para tanto, a legislação prevê que devem restar configurados motivos que justifiquem a medida, podendo, no caso da internação não consentida, o pedido partir da família ou do responsável legal do dependente ou, na falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública.

A família ou o representante legal, inclusive, poderão, a qualquer tempo, requerer ao médico responsável pelo acompanhamento do dependente químico a interrupção do tratamento.

Nessa linha, a intervenção deverá se dar após a formalização da decisão por médico responsável, só podendo ser indicada após a avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde.

Ademais, ela durará apenas o tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável.

Por fim, a novel legislação prevê que a internação só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, e, caso ocorra, deverá ser informada em no máximo 72 horas ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização, por meio de sistema informatizado único, no mesmo sentido da Lei nº 10.216/2001.

Elucidado o panorama atual do uso de drogas, passa-se a diferenciar usuário de dependente, haja vista as diferentes consequências e possibilidades jurídicas imputáveis para um e para outro.

2 DIFERENÇA ENTRE USUÁRIO E DEPENDENTE

É necessário que seja feita uma análise individual da pessoa usuária de drogas, pois as consequências partirão desse exame. A depender da condição desadaptativa do indivíduo, pode-se considerar uma adequação penal, considerando-se o uso de droga como uma infração penal, ou cível, que pode chegar à medida gravosa de internação não consentida.

Decerto, pode-se dizer que há várias formas de uso da droga. As classificações mais aceitas são o uso experimental, o recreativo, o controlado, o social, e o nocivo/abusivo.

O uso experimental está ligado ao pouco uso de uma droga específica, não constituindo um quadro recorrente. Há pessoas que fazem uso recreativo da droga, em condições sociais ou como forma de lazer, que também não leva à dependência. De outra banda, o uso controlado é regular, não compulsivo e que não interfere na vida social do usuário. O uso social, por outro lado, é o feito na companhia de outras pessoas, geralmente do mesmo grupo social, e via de regra também não interfere no funcionamento do indivíduo (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS, [200-b]).

Entretanto, há outras pessoas que têm seu comportamento alterado em função do uso de drogas psicotrópicas, perdendo, total ou parcialmente, a capacidade de controlar o uso. Essas pessoas são denominadas *dependentes*, pois o uso que fazem da droga é considerado nocivo e/ou abusivo (OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS, [200-b]).

Quando o indivíduo passa para a dependência, pode sentir sintomas físicos e psicológicos. A dependência física é a síndrome de abstinência. A pessoa sente, em seu corpo, a falta da droga, podendo apresentar tremores e vômitos, dentre muitos outros sintomas. A dependência psicológica é um estado de desconforto em virtude de ter o usuário interrompido o uso da droga, tendo como sintoma, por exemplo, a ansiedade.

Para fazer esta distinção, a OMS classifica da seguinte forma os usuários de substâncias psicotrópicas:

- Não-usuário: nunca utilizou;
- Usuário leve: utilizou drogas no último mês, mas o consumo foi menor que uma vez por semana;
- Usuário moderado: utilizou drogas semanalmente, mas não todos os dias, durante o último mês;
- Usuário pesado: utilizou drogas diariamente no último mês. (OMS *apud* SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS, 1999, p. 33)

Já a UNESCO faz essa distinção apresentando os seguintes conceitos:

- Usuário experimental ou experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Na grande maioria dos casos, o contato com drogas não passa das primeiras experiências.
- Usuário ocasional: utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais.

- Usuário habitual ou “funcional”: faz uso freqüente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda “funciona” socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência.
- Usuário dependente ou “disfuncional” (dependente, toxicômano, drogadito, farmacodependente, dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral. (UNESCO *apud* INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E DE CRIMINOLOGIA DE SÃO PAULO, 2014)

A dependência ocorre então quando o usuário da droga não consegue mais sem ela ficar, chegando a sentir-se mal física e psicologicamente pela sua falta. Cria-se um estado de submissão e compulsão, que implicam a necessidade de consumo.

A Secretaria Nacional Antidrogas definiu que se instala o quadro de dependência no momento em que:

[...] a pessoa não consegue largar a droga, porque o organismo acostumou-se com a substância e sua ausência provoca sintomas físicos (quadro conhecido como síndrome de abstinência), e/ou porque a pessoa acostumou-se a viver sob os efeitos da droga, sentindo um grande impulso de usá-la com freqüência (“fissura”). (SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS, 1999, p. 35).

Este mesmo órgão apresenta, ainda, o conceito de dependência e dependente:

Dependência é o impulso que leva a pessoa a usar uma droga de forma contínua (sempre) ou periódica (frequentemente) para obter prazer. Alguns indivíduos podem também fazer uso constante de uma droga para aliviar tensões, ansiedades, medos, sensações físicas desagradáveis etc. O dependente caracteriza-se por não conseguir controlar o consumo de drogas, agindo de forma impulsiva e repetida. (SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS, 1999, p. 14).

Outra definição concernente ao tema é trazida pela World Health Organization¹¹³, que em semelhante dimensão, apresenta que:

Abuso de substância refere-se ao uso prejudicial ou nocivo de substâncias psicoativas, incluindo o álcool e drogas ilícitas. O uso de substâncias psicoativas pode levar à síndrome de dependência – uma série de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido uso da substância e que normalmente incluem um forte desejo de tomar a droga, dificuldades em controlar seu uso, persistindo na sua utilização, apesar das consequências danosas, uma maior prioridade dada ao uso de drogas do que para outras atividades e obrigações, aumento da tolerância e às vezes um estado de abstinência física. (World Health Organization, 2014, tradução nossa).

Para a OMS, não se pode definir a dependência ou o abuso de drogas apenas a partir da quantidade da droga ou da frequência de seu uso. Adota-se, para uma pessoa ser considerada dependente, o critério de ter ela apresentado pelo menos três dos sintomas relatados a seguir, em um período de doze meses:

- Forte desejo ou compulsão de consumir drogas;
- Dificuldades em controlar o uso, seja em termos de início, término ou nível de consumo;
- Uso de substâncias psicoativas para atenuar sintomas de abstinência, com plena consciência dessa prática;
- Estado fisiológico de abstinência;
- Evidência de tolerância, quando o indivíduo necessita de doses maiores de substância para alcançar os efeitos obtidos anteriormente com doses menores;
- Estreitamento do repertório pessoal de consumo, quando o indivíduo passa, por exemplo, a consumir drogas em ambientes inadequados, a qualquer hora, sem nenhum motivo especial;
- Falta de interesse progressivo de outros prazeres e interesses em favor do uso de drogas;

113 Organização Mundial de Saúde.

- Insistência no uso da substância, apesar de manifestações danosas comprovadamente decorrentes desse uso;
- Evidência de que o retorno ao uso da substância, após um período de abstinência, leva a uma rápida reinstalação do padrão de consumo anterior.

(OMS *apud* SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS,
1999, p. 33 e 34).

O diagnóstico deve ser feito a partir desses critérios, considerando que, através do uso imoderado de drogas, o indivíduo sofre uma série de prejuízos em sua vida, havendo comprometimento, regra geral, da sua saúde, do seu lazer, seu trabalho e suas relações sociais.

Saliente-se que a dependência química é considerada doença crônica. Tanto o é, que a CID-10 reconhece essa doença e lhe destina algumas categorias.

A CID-10 é a décima revisão da Classificação Internacional de Doenças. Informa códigos relativos à classificação de doenças, expondo, ainda, sinais e sintomas frequentes. Nessa classificação, encontra-se várias categorias identificadas por letras. Foram agrupadas na letra *F* os transtornos mentais e comportamentais.

Dentro desse grupo, do F10 ao F19 são tratados os transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa, que têm em comum o fato de terem como causa o uso de uma ou de várias destas substâncias¹¹⁴.

Em cada grupo há subdivisões, que vão do .1 até o .9, que auxiliam na especificação do transtorno.

Desta feita, por ser a dependência uma doença, deve o paciente ser tratado como doente, considerando-se aspectos gerais e individuais de cada pessoa, não só na esfera psíquica e corpórea, mas também social.

114 Indica-se, para conhecimento, o seguinte *link* com as especificações dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de drogas: DATASUS. F10-F19: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa. [S.L]: Datasus, [200-]. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f10_f19.htm>.

3 ASPECTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS AO USUÁRIO E AO DEPENDENTE DE DROGAS E A INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA

Ao usuário de drogas é dispensado um tratamento diferenciado no sistema penal e cível brasileiro.

Vê-se que a política federal para o usuário de drogas é de prevenção, tentando evitar que o indivíduo chegue ao ponto de precisar de intervenção estatal, por entender que a questão da droga é um problema, também, de saúde pública. Contudo, caso o indivíduo, ainda assim, seja reconhecido como usuário ou dependente de drogas, a política a ser seguida é a de tratamento, para posterior reinserção social.

Além disso, a Lei n° 11.343/2006, em seu art. 1º, aduz que:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve *medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Referida lei, que trata especificamente da Política sobre Drogas, diferencia, em sua parte de crimes, as condutas de tráfico e as que sugerem o consumo pessoal. Os critérios para essa distinção são: a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, e a conduta e os antecedentes do agente (art. 28, §2º, Lei n° 11.343/2006).

De acordo com o art. 28 da Lei de Drogas, quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, estará sujeito às penas de “advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (art. 28, inc. I, II, III, Lei n° 11.343/2006). Para garantir o cumprimento de tais medidas, o magistrado pode ainda submeter o agente a admoestação verbal e/ou multa.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “Não se pune o porte da droga, para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (a

autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico-penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade.” (NUCCI, 2012, p. 233)

Percebe-se que não há pena restritiva de liberdade para aqueles que forem surpreendidos cometendo uma das ações enumeradas neste tipo penal. Fala-se, assim, que as condutas acima descritas foram *despenalizadas*, não havendo a previsão de pena privativa de liberdade, que foi substituída por outras, supramencionadas. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹¹⁵.

Insta esclarecer que há na doutrina divergência quanto ao termo *despenalização*. Alguns usam este termo, enquanto outros dizem que houve uma *descriminalização*, também há os que defendem que houve a *desprisionalização* do delito. Independentemente do termo utilizado, fato é que não se aplicam penas restritivas de liberdade à pessoa que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal.

A aplicação de penas alternativas às de privação de liberdade faz parte da nova política nacional, que vê o usuário como uma pessoa doente, não como um agente de crimes.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

[...] não cabe mais, em hipótese alguma, a sua condenação [do usuário] a pena privativa de liberdade. [...] Porém, o caminho está na reeducação e na obrigação de se submeter a variados cursos de orientação. Em primeiro lugar, prioriza-se o amparo e a orientação. (NUCCI, 2012, p. 227)

Cumprir mencionar que a Lei nº 13.840/2019 acrescentou à Lei nº 11.343/06, entre outras alterações, o art. 23-A, que dispõe sobre a interação (voluntária e involuntária) do usuário ou do dependente de drogas, seguindo os parâmetros da Lei nº 10.216/2001, lei esta que redireciona o *modelo assistencial de saúde mental no Brasil*.

Verifica-se que neste novo paradigma assistencial há uma tendência do Estado em não figurar nas relações sociais de forma passiva, inativa,

115 BRASIL, STF, RE 430105 QO/RJ, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007, Informativo 456.

como mero expectador do que acontece na comunidade, perante a evidente condição de predisposição do dependente como uma pessoa doente, merecedor de tratamento.

A axiologia da norma prevê uma tentativa de acolhimento do usuário ou dependente de drogas, entendido, atualmente, como pessoa doente, passando a disponibilizar tratamentos que busquem a sua melhora e reinserção na sociedade.

Fora do âmbito penal, pode-se mencionar que o uso de drogas pode ser tratado em diversos níveis. Caso seja um uso leve ou moderado, que não haja necessidade de intervenção do Poder Judiciário, o usuário pode ser tratado em meio aberto, em unidades do CERSAM (Centro de Referência em Saúde Mental) ou do CAPS (Centros de Atenção Psicossocial).

Esses centros auxiliam no tratamento e estabilização do usuário, ajudando a integrá-lo à sociedade e reconstruir seus laços sociais e de trabalho, seguindo a axiologia normativa supracitada.

Esse tipo de tratamento em meio aberto é o mais recomendável e aceito pelos profissionais da saúde atualmente, principalmente após a luta antimanicomial, ocorrida nos anos 1980, que culminou na reforma psiquiátrica brasileira, tendo como um de seus resultados a Lei nº 10.216/2001. Essa lei “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e *redireciona o modelo assistencial em saúde mental*” (BRASIL, 2001, grifo nosso), tratando sobre o assunto de forma diversa de como se estava acostumado até então, buscando privilegiar a autonomia da pessoa e seu convívio social, ao invés de segregá-la da comunidade.

Como inovação, trouxe já preestabelecidos os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, as reconhecendo como sujeitos de direitos, e determinou também que a internação deve ser tratada como *extrema ratio*.

Já em seu artigo 1º, a lei estabeleceu:

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra. (BRASIL, 2001).

Pela leitura do artigo supra, percebe-se que a Lei se encontra de acordo com a Constituição da República, vedando qualquer tipo de diferenciação ou segregação, o que assegura o Princípio da Igualdade, constitucionalmente garantido.

Quando se estiver diante de um quadro mais severo de dependência, isto é, prejudicial ou nocivo para a pessoa, é possível a realização de tratamento hospitalar, através da internação, baseando-se tanto na Lei nº 10.216/2001 quanto na Lei nº 13.840/2019.

Tal internação, em qualquer modalidade (voluntária, involuntária ou compulsória), é entendida como uma forma de tratamento do usuário, e não mais com um meio de bani-lo ou excluí-lo da sociedade, como era feito em tempos passados.

Deve-se pensar no bem-estar do indivíduo durante o tratamento e posteriormente, quando deverá haver ações para a sua reintegração no meio social.

Quando se trata de internação voluntária, não existem maiores problemas. Aprópria pessoa consente com seu tratamento e aceita o projeto terapêutico prescrito. De outra forma, quando a internação não é consentida, nos casos de internação involuntária ou compulsória, a autonomia do usuário é mitigada, priorizando-se a sua saúde.

Contudo, não é sem debate que esse tema se encontra na doutrina. São muitas as críticas que se fazem à utilização de tal modelo. Taisa Lima e Maria de Sá, por exemplo, mencionam:

Quando abordamos o tema da internação não consentida, deparamos com o conflito entre a autonomia privada do paciente e a heteronomia do Estado e a autonomia do paciente e o exercício de um dever jurídico de seu representante legal de protegê-lo de si mesmo e de proteger a sociedade.

No embate entre cidadão e Estado, por vezes, é justificável, por razões de segurança e saúde pública, o sacrifício da autonomia individual. São os casos de internação compulsória por transtorno mental prevista da Lei n. 10.216/2001 [...]. (LIMA; SÁ, 2011, p. 349).

Nos dizeres de Tadeu de Paula Souza e Sérgio Rezende Carvalho (2012, p. 45-47), a internação compulsória é um *mix* de punição e mo-

delo de tratamento, e que no fundo promove a segregação de parcelas específicas da população.

Alice Albino Costa, de outro lado, entende que “críticas existem, por óbvio, porém o instrumento em questão possui grande vantagem de sobrepor a preservação da vida, visando a diminuir os efeitos devastadores do uso incontrolado das drogas.” (COSTA, 2012, p. 4).

Em que pese as críticas, deve-se ressaltar que a internação involuntária, da forma que está prevista na legislação infraconstitucional, isto é, como medida de *extrema ratio*, guarda conformidade com as orientações da OMS.

Isto porque a OMS (2008, p. 1-32) permite sua aplicação em situações emergenciais, como medida extrema, em que há alto risco para o próprio paciente ou para terceiros, com prazo e condições pré-determinadas, assim como o é na legislação interna.

Não se trata da adoção de uma política baseada unicamente na internação não consentida, pelo contrário, prioriza-se a implantação de ações e serviços de saúde comunitários e centros calcados em ações voluntárias, sendo a involuntariedade resguardada para casos extremos.

Vale destacar, nesse sentido, que a Lei n° 13.840 prevê expressamente que a internação, em qualquer de suas modalidades, só poderá ser indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Além disso, também prevê, na esteira das orientações da OMS, que a internação involuntária só pode ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável, somente será indicada posteriormente à avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde, bem como que durará o menor tempo possível, isto é, apenas o tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável, fora o fato de que tanto a família quanto o representante legal poderão, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento, diretrizes

Dessa forma, mesmo que seja o problema complexo e multifacetado, envolvendo questões de natureza diversa, parece acertada a medida que permite a internação involuntária em situações excepcionais. Em nosso sentir, a internação não consentida é também uma forma de proteção ao

usuário, ao qual será imposto tratamento visando sua recuperação e melhora, com posterior reinserção na sociedade, possibilidade que, como dito, deve ser essencial, não podendo ser utilizada arbitrariamente, nos moldes da novel legislação e das diretrizes da OMS.

A legislação, portanto, busca dar efetividade aos direitos das pessoas doentes e portadoras de sofrimento mental. Busca assegurar uma série de garantias, para que sejam concretizados os direitos à saúde e à cidadania, assim como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, procurando devolver a autonomia do paciente e reinseri-lo em seu meio social.

CONCLUSÃO

Em que pese o contexto em que se insere o consumo de drogas ser multímido e plural, contendo dimensões que envolvem tanto questões individuais quanto sociais, em variados espectros, ele importa uma necessidade de atuação do poder público na tentativa de evitar ou minorar os danos causados na seara da saúde e da segurança pública.

Tendo isso em mente, o presente trabalho analisou, ainda que de forma breve, o panorama vivenciado pela sociedade brasileira em relação às drogas - o qual busca prestigiar um *modelo assistencial de saúde mental* -, considerando-se especialmente as Leis nº10.216/2001 e 13.840/2019, que preveem, dentre outras coisas, a medida de internação involuntária.

Compreendendo conceitos relevantes sobre a temática, tal como o de droga, a diferença entre usuário e dependente químico, buscou-se analisar os aspectos jurídicos aplicáveis ao dependente, à luz da Constituição de 1988.

Nesse sentido, em que pese as críticas, foi possível concluir que a internação involuntária, da forma que está prevista na legislação infraconstitucional, isto é, como medida de *extrema ratio*, guarda conformidade com as orientações da OMS, e busca dar efetividade aos direitos das pessoas doentes e portadoras de transtorno mental, assegurando uma série de garantias, para que sejam concretizados os direitos à saúde e à cidadania, com o fito proporcionar condições dignas e a reinserção do paciente em comunidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério Da Saúde. **A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas.** Brasília: Ministério da Saúde, 2003. (Série B. Textos básicos de saúde). Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf>. Acesso em: 08.08.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO/RJ, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. **Informativo 456.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2014.
- COMISSÃO ESPECIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE ÀS DROGAS. **Propostas para políticas públicas sobre drogas no Brasil.** Relator: Deputado Givaldo Carimbão (PSB/AL). 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/politicas-publicas-de-combate-as-drogas/arquivos/relatorio-do-dep.-givaldo-carimbao>>. Acesso em: 06.08.2019.
- COSTA, Alice Albino. **Combate às drogas: Internação compulsória.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2012. 23f. Projeto de pesquisa (pós-graduação) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/alicealbinocosta.pdf>. Acesso em: 05.08.2019.
- DATASUS. **F10-F19: Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa.** [S.L]: Datasus, [200-]. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f10_f19.htm>. Acesso em: 07.08.2019.
- FIOCRUZ. **Crack, é possível vencer. Pesquisa revela perfil dos usuários de crack no Brasil.** Publicado em: 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/programasecampanhas/32994-crack-e-possivel-vencer-pesquisa-revela-perfil-dos-usuarios-de-crack-no-brasil>>. Acesso em: 09.08.2019.

INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E DE CRIMINOLOGIA DE SÃO PAULO. **INFODrogas. Usuário.** Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/Usuar.htm>>. Acesso em: 08.08.2019.

LIMA; Taisa Maria Macena de; SÁ; Maria de Fátima Freire de. **Autonomia privada e internação não consentida.** In: Direito biomédico: Brasil-Espanha. Coordenação: Carlos Maria Romeo Casabona; Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011. p. 334-351.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 6. ed. rev., reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 221-321.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. **Informações sobre drogas: definição e histórico.** [S.L]: [200-a]. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&rastro=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Defini%C3%A7%C3%A3o+e+hist%C3%B3rico>. Acesso em: 09.08.2019.

OBSERVATÓRIO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS. **Informações sobre drogas: padrões de uso.** [S.L]: [200-b]. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11251&rastro=INFORMA%C3%87%C3%95ES+SOBRE+DROGAS/Padr%C3%B5es+de+uso>. Acesso em: 08.08.2019.

SECRETARIA NACIONAL ANTIDROGAS. **Um guia para a família.** Série Diálogo, 1. Brasília-DF, 1999a.

SOUZA, Tadeu de Paula; CARVALHO, Sérgio Resende. **Reduzindo danos e ampliando a clínica: desafios para a garantia do acesso universal e confrontos com a internação compulsória.** Revista Polis e Psique, vol. 2, Número Temático, 2012, p. 37-58.

WORLD DRUG REPORT 2013. **Referências ao Brasil**. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/PT-Referencias_BRA_Portugues.pdf>. Acesso em: 06.08.2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Health topics. **Substance abuse**. Disponível em: <http://www.who.int/topics/substance_abuse/en>. Acesso em: 06.08.2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Principles of Drug Dependence Treatment**. United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <https://www.who.int/substance_abuse/publications/principles_drug_dependence_treatment.pdf?ua=1>. Acesso em: 13.08.2019.

IGUALDADE DE GÊNERO: A LUTA FEMININA NA PERSPECTIVA FUTEBOLÍSTICA

Ingrid de Figueiredo Lopes

Fábio de Souza Peragene

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Luíza Ferreira de Carvalho

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo levantar a discussão sobre a desigualdade de gênero no âmbito desportivo desde a Antiguidade, onde certas atividades nem eram consideradas ainda como esporte. Para tanto, foi necessário fazer uma análise histórica aprofundada sobre o surgimento das práticas esportivas no mundo.

O esporte é historicamente marcado por três períodos, denominados de Esporte Antigo, Esporte Moderno e Esporte Contemporâneo. Na Antiguidade, o esporte era resumido às atividades de sobrevivência do ser humano; já o Esporte Moderno codificou os jogos existentes e praticados por alunos dentro da educação, sendo decidido que a UNESCO publicaria um documento com diretrizes efetivas regulamentadoras do esporte no mundo.

Essa regulamentação da UNESCO, em 1978, ficou conhecida como a Carta Internacional de Educação Física e Esporte, a qual reconheceu o direito de todos exercerem atividades físicas e foi o marco do início do Esporte Contemporâneo.

Durante a contemporaneidade, muitas manifestações políticas ocorreram em Jogos Olímpicos com viés ideológicos, pois no período da Guerra Fria os países capitalistas foram excluídos dos Jogos de Moscou e nos Jogos de Los Angeles os excluídos foram os países socialistas. (SIGOLLI; ROSE JUNIOR, 2004)

Além disso, houve uma distinção entre o gênero masculino e o feminino bem como uma falta de equiparação dentro dos jogos olímpicos e nas competições mundiais, tanto em relação às suas participações, aos patrocinadores, políticas públicas governamentais, incentivo populacional e investimentos.

Após anos de luta do feminismo, as mulheres conquistaram seu espaço em categorias de esportes olímpicos, principalmente no futebol com a maior ganhadora da Bola de Ouro do Mundo sendo brasileira, a Marta.

Entretanto, ainda existe uma série de abismo a ser superado no que se refere a igualdade de gênero, como simplesmente o reconhecimento e o valor da remuneração entre os próprios atletas mais consagrados no ramo futebolístico.

À vista disso, o trabalho faz uma pesquisa descritiva e explicativa sobre o seu objetivo central, o qual é entender o motivo para as mulheres ainda não conseguirem ter atingido o mesmo nível de apoio do que os homens e qual é a influência midiática para que esses resultados permaneçam estagnados.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO ESPORTE NO MUNDO

O esporte passou a se destacar nos últimos anos, pois tem permitido questionamentos políticos, sociais, culturais, educacionais, jurídicos, científicos e antropológicos. Ocorre que alguns fatos esportivos do mundo contemporâneo fizeram com que o esporte se tornasse, gradualmente, um assunto para discussões que despertam interesses nas diversas sociedades da atualidade.

Como o número de modalidades esportivas e de pessoas praticando-as é visivelmente crescente, o seu espaço na mídia também vêm sendo cada vez maior, podendo ser dito que há um reconhecimento da ciência do esporte, a qual já conta com a inserção feminina, inclusive no âmbito tecnológico através dos jogos virtuais.

Entretanto, para ser possível aprofundar a participação da mulher no esporte é necessário resgatar seu contexto histórico, não podendo deixar de mencionar os tempos primitivos dos séculos passados onde a mulher era utilizada apenas para procriar e cuidar da casa até chegar ao final do século XX e início do século XXI. (OLIVEIRA; CHEREM; TUBINO, 2008)

Evidentemente que, de início, torna-se necessário apresentar o conceito de esporte para depois prosseguir com a sua trajetória, o qual é, conforme Vitor Andrade de Melo (2004), uma prática social que extravasa o campo da Educação Física, sendo objeto reconhecido por várias áreas de conhecimento.

Segundo os autores Manoel José Gomes *Tubino*, Fábio Mazon *Tubino* e Fernando Antônio Cardoso *Garrido* (2006), os períodos históricos do esporte são divididos em três fases: Esporte Antigo, Esporte Moderno e Esporte Contemporâneo.

Na Antiguidade, o esporte era resumido às atividades diárias de sobrevivência que o ser humano praticava, como, por exemplo, mas não se restringindo à caça, defesa pessoal, natação, dança por rituais da cultura local, etc. (LYRA FILHO, 1973). Porém, após o período primitivo, o avanço da civilização permitiu que iniciassem, principalmente entre os egípcios, a prática de esgrima, arremessos e remo, as quais, a título de curiosidade, já ocorriam desde 4.000 a.C.. (PEREIRA, 1980).

Apesar de haver registros de atividades esportivas na China há 6.000 a.C. e no Egito há 5.000 a.C., destacou-se com as festas gregas (que compreendiam as olimpíadas) realizadas de quatro em quatro anos na Cidade de Olímpia, nome dado em homenagem aos Deuses do Monte Olimpo e a perfeição do corpo humano simbolizado por Apolo. (GEBARA, 1995)

Os jogos ocorreram 12 séculos e aconteceram 223 vezes até o Imperador Romano se converter ao catolicismo, proibindo tais festas contrárias à ética cristã, inclusive as olimpíadas, pois os nobres estavam se distanciando da Igreja e quem o praticava era condenado por pecado grave. Registra-se, assim, o início da intervenção estatal e cristã na sociedade julgado pela moralidade.

Já o Esporte Moderno surgiu em XVIII e se fortaleceu na atmosfera liberal do século XIX, quando a participação estatal autoritária constituía-o como atividade privada. Inicialmente, o esporte era insignifican-

te para o Estado pela falta de lucratividade econômica e de representatividade social, mas quando os países europeus começaram incentivar as práticas esportivas, o Estado tentou assumir e regularizar o seu uso. (MELO, 2004)

O Esporte Moderno foi criado pelo inglês Thomas Arnold, diretor do *Rugby College*, que, a partir de 1820, começou a codificar os jogos existentes com regras e competições dentro da educação, formuladas pelos próprios alunos que apenas buscavam o seu prazer e a sua moral.

Nesse sentido, é possível dizer que foi fruto dos movimentos sociais das classes populares e das classes burguesas, o qual ocorria simultaneamente ao processo de industrialização na Inglaterra com o desenvolvimento das Revoluções Industriais.

Conforme entendimento de Mario André Sigoli e Dante de Rose Junior (2004, p. 114) sobre o período de desenvolvimento do Esporte Moderno:

O esporte moderno se desenvolveu paralelamente ao processo de industrialização herdando dele a racionalização, sistematização e a orientação ao resultado. A origem do esporte na Inglaterra está em jogos e recreações populares, assim como em algumas atividades lúdicas da nobreza britânica. As modalidades esportivas foram concebidas pela regulamentação destas práticas.

Rapidamente a ideia de Thomas Arnold se estendeu por toda a Europa, surgindo clubes esportivos espelhados no Associacionismo Inglês, o qual tornou-se um grande estímulo para a restauração dos Jogos Olímpicos em Atenas com uma participação de 285 competidores representando 13 países, em 1896.

Naquele contexto do século XIX, em 1976, durante a I Reunião de Ministros de Esporte em Paris, decidiu-se que até o final da década a UNESCO se responsabilizaria pela publicação e divulgação de um documento com diretrizes efetivas para que os Estados do mundo regulamentassem questões relativas ao esporte.

Esse documento ficou conhecido como a Carta Internacional de Educação Física e Esporte (UNESCO/1978) e, logo no artigo primeiro, reconheceu-se que as práticas esportivas eram direito de todos. Esse

pressuposto rompeu com a perspectiva do Esporte Moderno de que só poderia praticar os atletas de alto rendimento.

Nesta nova concepção, o Esporte possui ampla abrangência social, compreendendo todas as pessoas, independentemente das suas idades e situações físicas. (TUBINO, 2010) Depois da Carta Internacional de Educação Física e Esporte da UNESCO, qualquer outro documento relacionado ao esporte também defendia a inclusão social de todos, sem distinção de gênero, raça ou crença.

Prieto (1979) fundamenta a necessidade do envolvimento estatal no esporte, pois trata de atividades necessárias aos indivíduos como saúde pública no sentido profilático e terapêutico, utilizando-o para o combate ao sedentarismo, estresse e outras mazelas da sociedade moderna; ao lazer e entretenimento que deve ter o acesso ampliado à população; e pela necessidade de regular o esporte profissional, dado ao prestígio que participar das competições traz a sua nação.

Por este motivo, desde 1980, a Carta Internacional de Educação Física e Esporte é considerada até hoje o grande marco para a mudança do Esporte Moderno para o Esporte Contemporâneo, em decorrência de tamanha transformação que ela causou na vida de todos os seres humanos.

Durante o período contemporâneo, houve algumas manifestações políticas em Jogos Olímpicos. O propósito de o país sede tentar espalhar as suas ideologias, apesar de não ter o objetivo bem sucedido, como foi o caso da Guerra Fria que excluiu os países capitalistas dos Jogos de Moscou, em 1980, e dos de Los Angeles, em 1984, que só participaram os países socialistas. (SIGOLI; ROSE JUNIOR, 2004)

Entretanto, essa interferência estatal da ditadura, principalmente no futebol, encerrou-se no Brasil o fim do regime militar, na década de 80. Abriu-se espaço para um movimento de inclusão social, chamado Esporte para Todos, o qual buscava trazer a democracia para as práticas esportivas. (TUBINO, 2003)

O Esporte Para Todos - que nasceu na Noruega e se espalhou pelo resto do mundo - é conceituado como um movimento esportivo que defende e promove acesso às atividades físicas para todas as pessoas, onde não deve ser considerado um privilégio para aqueles possuidores de mais talento ou melhor biótipo. (TUBINO, 2010)

Segundo Carmen Soares, Celi Taffarel, Maria Elizabeth Varjal, Lino Filho, Micheli Escobar e Valter Bracht, autores que integram o Coletivo do Livro Metodologia do Ensino da Educação Física (1992, p. 56), a filosofia do Esporte Para Todos era: “Não é o esporte que faz o homem, mas o homem que faz o esporte, ele determina o que, como, onde, quando, por quanto tempo, com quem, sob que regras, com que objetivos, sob que condições o pratica.”

Tal movimento só conseguiu ter seus objetivos consumados graças à significância da Carta Internacional de Educação Física e Esportes, a qual já havia tornado o esporte direito de todos. Por isso, conforme as décadas foram passando, programas governamentais de incentivo foram criados no Brasil, de modo que o Esporte Contemporâneo é o mais igualitário de todos.

2. A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO FUTEBOL BRASILEIRO

Desde os primórdios até hoje em dia, existe uma grande lista com exemplos a serem dados para distinguir o que são atividades voltadas ao gênero masculino e atividades do gênero feminino, o que também se faz presente no esporte, gerando uma visível desigualdade nos investimentos dos grandes clubes, nas políticas públicas, no valor dos salários dos atletas, na relevância dos jogos na mídia, etc..

Mesmo com todo o machismo enraizado na cultura patriarcal da sociedade brasileira - e até mesmo, na cultura mundial, apesar de já estar muito evoluída em alguns outros países - o feminismo está conseguindo se destacar em campanhas publicitárias, no interesse de patrocinadores e nas atividades desportivas.

No entanto, apesar de o destaque estar aumentando e a desigualdade diminuindo a passos lentos - mas não tão lentos como antigamente - a discrepância de investimento dos clubes em atletas homens e mulheres é assustadora, visto que grande parte do gênero feminino sequer possui carteira assinada.

O momento de maior destaque que essas atletas têm são durante os Jogos Olímpicos, as Copas do Mundo e os Jogos Pan-Americanos, mas, quando estes acabam, a visibilidade retorna à estaca zero e a maio-

ria delas sustenta os seus treinamentos sem patrocinador e com capital baixíssimo.

Nos Estados Unidos das Américas, por exemplo, o qual é um país referência em inúmeras modalidades esportivas, as mulheres começaram a viver em pé de igualdade somente agora quando o quesito versa sobre o valor do salário, pois a história estadunidense também é marcada por muita luta do feminismo.

No dia 10 de março de 2019, as jogadoras da seleção norte-americana de futebol, três vezes campeãs mundiais, sentiram a necessidade de processar a UC Soccer (órgão que administra o futebol) contra a recorrente discriminação de gênero dentro do esporte no seu país. (FOLHA, 2019)

As mulheres jogavam mais partidas, venciam mais campeonatos e recebiam salários consideravelmente mais baixos do que os homens, conforme reportagem feita por Sarah Mervosh e Christina Caron do jornal The New York Times, publicada em 11 de março de 2019 e repostada pela Folha de São Paulo no Brasil. (FOLHA, 2019)

Ou seja, o batido argumento histórico de que os homens traziam mais rendimentos do que as mulheres e, por isso, elas não poderiam sequer praticar atividades físicas foi completamente destruído pela seleção feminina norte-americana ao desbancar a seleção masculina em todos os seus números estatísticos.

Nos Estados Unidos, ainda existem outros exemplos de mulheres conquistando o direito de participar de modalidades graças aos seus rendimentos serem superiores aos dos homens, como nas maratonas com a Katherine Switzer, em 1967; nos torneios de tênis com a Billie Jean King, em 1973; nas competições de remo com a Chris Ernst, em 1976; dentre outros. (FOLHA, 2019)

Em 2007, as norte-americanas conseguiram tornar as premiações dos torneios

femininos de tênis equivalentes aos dos masculinos. Já em 2018 foi a vez da *World Surf League* (Liga Mundial de Surf) ter a mesma postura, graças a três surfistas, também norte-americanas, ao encaminharem uma carta à Comissão Costeira da Califórnia que, por sua vez, cessou a discriminação de gênero. (FOLHA, 2019)

Se nos Estados Unidos da América, atualmente considerado a maior potência do mundo, a maioria de suas atletas queixam-se por receber sa-

lários inferiores aos dos homens e travam lutas diárias pela igualdade de gênero; imagina como é a situação do Brasil, país em desenvolvimento com sérios problemas sociais, culturais e econômicos.

A luta das mulheres brasileiras pela igualdade de gênero no esporte alcançou grandes proporções após os Jogos Pan-Americanos de 2007, no Rio de Janeiro, quando o futebol feminino foi campeão contra o norte-americano, consideravelmente mais preparado, mesmo sem ter patrocínios, infraestrutura e visibilidade.

No entanto, as mulheres também destacaram-se em outras modalidades conquistando medalha de ouro, o que as transformou em inspirações nacionais para muitas meninas que não possuíam perspectiva de futuro e passaram a enxergar no esporte uma oportunidade de mudança de vida.

Ocorre que a maioria das mulheres campeãs em suas modalidades veio da classe baixa brasileira e chegaram ao pódio através de muita dedicação. A Seleção Brasileira Feminina de Futebol possui uma jogadora de referência mundial para ser citada como exemplo: a Marta.

A Marta é nordestina do interior de Alagoas, nasceu em uma família de origem pobre, foi abandonada por seu pai quando criança e criada apenas por sua mãe. Para conseguir realizar o sonho de seguir a carreira futebolística, precisou sair do interior para enfrentar a discriminação e o preconceito.

Atualmente, a Marta carrega nas costas todos os recordes individuais de Copas do Mundo entre homens e mulheres: marcou 17 gols e balançou a rede em cinco edições diferentes, superando a marca do Miroslav Klose com 16 gols em quatro edições e do Pelé com 12 gols em também quatro edições. (CBF, 2019)

Diga-se de passagem, no quesito Bola de Ouro, o rendimento de Lionel Messi e Cristiano Ronaldo, ambos ganhando por cinco vezes, também foram superados após Marta ser eleita seis vezes a melhor jogadora do mundo. (GLOBO, 2019)

O que escancara a desigualdade de gênero é a diferença salarial entre tais jogadores. O salário mensal de Messi é de 130 milhões de euros, enquanto o da Marta não ultrapassa a marca de 340 mil euros. (VEJA, 2019) A jogadora mais bem paga do futebol feminino - Ada Hegerberg, do time francês Lyon - recebe meros 400 mil euros.

Apesar de o Brasil possuir a Marta, nenhuma emissora brasileira transmitia os jogos de futebol feminino e de nenhuma outra modalidade, com exceção do vôlei em algumas competições, mesmo com a seleção alcançando resultados expressivos se comparado à falta de políticas públicas.

A seleção foi sete vezes vice-campeãs na Copa América, três vezes campeãs dos Jogos Mundiais Militares, três vezes campeãs dos Jogos Pan-Americanos e uma vez vice-campeã em Copa o Mundo. Entretanto, foi apenas em 2019 que emissoras de de canais abertos e fechados resolveram transmitir pela primeira vez uma Copa do Mundo Feminina de Futebol.

Os números significativos na audiência mostrou como há representatividade feminina na atualidade, pois quebraram recordes de audiência pelo mundo inteiro, principalmente no Brasil ao alcançar mais de 30 milhões de telespectadores no último jogo da seleção, conforme o jornal El País, em matéria do dia 29 de junho de 2019.

A televisão foi responsável por transformar o futebol masculino a potência midiática que é hoje, pois os telespectadores sempre terão interesse naquilo que estiver sendo transmitido; caso não esteja no ar, não há como o telespectador ter conhecimento, como é o caso do futebol feminino.

A própria Confederação Brasileira de Futebol contribui para o aumento da desigualdade de gênero quando oferece valores significativamente divergentes aos vencedores dos Campeonatos Brasileiros, o qual é de 120 mil reais para o campeão feminino e de 30 milhões de reais para o campeão masculino. (CENTRAL SUL, 2019)

Nesse sentido, torna-se importante apresentar os dados colhidos pela Universidade Vale do Rio dos Sinos, citados na reportagem de Agnes Barriles para a Agência de Notícias Central Sul (2019) para demonstrar que a falta de transmissão de interfere na falta de incentivo:

A mídia tem sua parcela de culpa na falta de apoio ao esporte feminino, como mostra uma pesquisa realizada pela Unisinos. De acordo com os dados levantados, apenas 2,7% da cobertura midiática no país é voltada ao esporte feminino, 37 vezes menos que o esporte masculino.

Ou seja, o princípio constitucional da igualdade não é devidamente cumprido dentro do esporte, haja vista que é visível a discrepância de valo-

rização quando se trata do gênero masculino e quando se trata do gênero feminino, em todos os aspectos imagináveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abismo entre a prática de atividade esportiva feminina e masculina é promovido pelos próprios órgãos administradores do esporte, como, por exemplo, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA).

O próprio prêmio que tais entidades fornecem aos clubes campeões dos campeonatos masculinos possuem valores milhares de vezes maiores do que os pagos aos femininos, como é o caso do Campeonato Brasileiro mencionado ao longo do artigo, o qual não chega nem a 150 mil reais.

Não basta que o incentivo e apoio para que as jovens meninas ingressem no esporte seja dado apenas pelas atletas mulheres; o valor da premiação estimula a inclusão e diminui a desigualdade, pois elas vão enxergar o seu reconhecimento cada vez mais próximo do masculino.

Muitos homens possuem argumentos para justificar de forma equivocada a falta de investimento para pôr fim à desigualdade de gênero, como sendo a falta de interesse do público, argumento já quebrado pelo recorde de público de audiência nas transmissões da Copa do Mundo Feminina de Futebol de 2019.

A grande influência que o Brasil possui para conseguir patrocínios e alterações nas políticas internas da Confederação Brasileira de Futebol - como a exigência de todo time da série A do Campeonato Brasileiro Masculino ser obrigado a ter um time feminino - continua sendo a Marta, principalmente com o seu discurso de igualdade frente à ONU Mulheres como Embaixadora Global da Boa Vontade, o que trás certa responsabilidade ao Brasil.

REFERÊNCIAS

AUTORES, Coletivo de. **Metodologia do ensino da Educação Física**. São Paulo: Editora Cortez, 1992.

CAZORLA PRIETO, Luis María. **Deporte y Estado**. Madrid: Editorial Labor, 1979.

CBF. Confederação Brasileira de Futebol. **A artilheira é ela! Marta se isola como maior goleadora de todas as Copas do Mundo.** 18 de junho de 2019. Disponível em <<https://www.cbf.com.br/selecao-brasileira/noticias/selecao-feminina/a-artilheira-e-ela-marta-se-isola-como-maior-goleadora-da-copa-do-mun>>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

CENTRAL SUL. Agência de Notícias Central Sul. Por Agnes Barriles. 16 de abril de 2019. 2019 é o ano das mulheres no esporte? Disponível em <<http://centralsul.org/2019/2019-e-o-ano-das-mulheres-no-esporte/>>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

FOLHA. Folha de São Paulo. The New York Times. **Quando e como mulheres lutaram por igualdade no esporte.** Por Sarah Mervosh e Christina Caron. 11 de março de 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2019/03/quando-e-como-mulheres-lutaram-por-igualdade-no-esporte.shtml>> . Acesso em 31 de julho de 2019.

GEBARA, Ademir. **Esportes: cem anos de História.** In: III Encontro de História do Esporte, Lazer e Educação Física. Curitiba, 1995.

GLOBO. Copa do Mundo Feminina. **É recorde! Marta supera Klose e se torna a maior artilheira em Copas do Mundo.** Por Amanda Kestelman. 18 de junho de 2019. Disponível em <<https://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo-feminina/noticia/e-recorde-marta-supera-klose-e-se-torna-a-maior-artilheira-em-copas-do-mundo.ghtml>>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

LYRA FILHO, João. **Introdução à sociologia dos desportos.** Rio de Janeiro: Editora Bloch, 1973.

MELO, Vitor Andrade de. **História da educação física e do Esporte no Brasil: panorama e perspectivas.** São Paulo: Ibrasa, 2004.

OLIVEIRA, Gilberto; CHEREM, Eduardo H. L.; TUBINO, Manoel J.G. A inserção histórica da mulher no esporte. **Revista Brasileira Ciência e Movimento.** 2008; 16(2): 117-125.

PEREIRA, Lamartine. **Esportes. Biblioteca Educação é Cultura.** Rio de Janeiro: Bloch; Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1980.

SIGOLI, Mario André; ROSE JUNIOR, Dante de. A história do uso político do esporte. Brasília: **Revista Brasileira de Ciências e Movimento**, v. 12, n. 2, p.111-119. Jun, 2004.

TUBINO, Manoel; GARRIDO, Fernando; TUBINO, Fábio. **Dicionário enciclopédico Tubino do esporte.** Rio de Janeiro: SENAC, 2006.

TUBINO, Manoel J. G. **Estudos brasileiros sobre o esporte: ênfase no esporte-educação.** Maringá: Eduem, 2010.

TUBINO, Manoel J. G. **Movimento Esporte Para Todos: da contestação do esporte de alto nível a atual promoção da saúde.** FIEP Bulletin, v. 73, n.3, 2003.

VEJA. Um conteúdo de placar. **Messi recebe 325 vezes o salário da jogadora mais bem paga do futebol.** Por Redação. 16 de maio de 2019. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/placar/jogadora-mais-bem-paga-do-futebol-feminino-ganha-325-vezes-menos-que-messi>>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

Priscila Elis Pereira Mesquita

INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução humana assistida estão sendo cada vez mais utilizadas e ganhando mais visibilidade a cada dia, porém, o Direito brasileiro não acompanha a evolução da ciência, da cultura e da sociedade no geral, no ritmo em que acontecem, criando assim, enormes lacunas na lei, bem como, deixando de atender aos conflitos gerados por temas atuais. Enquanto a sociedade se desenvolve a longos passos o direito tende a dar passos muito pequenos, chegando, em alguns momentos, a até mesmo, andar para trás.

A medicina vem evoluindo de forma muito rápida, há pouco tempo atrás era inimaginável que um bebê pudesse ser concebido fora do útero de sua mãe, mas com o avanço médico isso se tornou possível e de forma rápida virou algo corriqueiro. Existem várias clínicas de fertilização espalhadas pelo mundo e elas realizam considerável número de procedimentos como a fertilização *in vitro*, entre outras técnicas de procriação, por dia.

Tal desenvolvimento tornou possível a realização do sonho de casais que não conseguiam gerar seus próprios filhos de maneira natural. Esses casais passaram a procurar as clínicas especializadas em reprodução humana assistida numa tentativa desesperada de, enfim, conseguirem a tão esperada graça de procriar. Tal novidade foi ganhando notoriedade e o serviço dessas clínicas passou a ser cada vez mais procurado, passando de fantástico desenvolvimento cinético à próspera atividade comercial.

Como todas as mudanças e evoluções que ocorrem na sociedade, tal situação reflete de maneira avassaladora no Direito, pois cria novas situações jurídicas que carecem de ser abraçadas pelo ordenamento jurídico. Ocorre que com as novas técnicas de reprodução humana assistida se tornou ainda mais complicada a definição da natureza jurídica do embrião e os direitos que ele titulariza.

O estudo em baila objetiva entender a discussão acerca da conceituação jurídica da embrião o efeito que as técnicas de reprodução assistida causam nela.

1. DO BIODIREITO – FONTES E TRATAMENTO LEGAL

As últimas décadas têm sido marcadas pelos grandes avanços nas áreas da biotecnologia e da medicina, como consequência dessa revolução científica, surgiram diversos questionamentos éticos e jurídicos acerca de temas antes nunca imaginados. O homem passou a interferir em processos antes desempenhados somente pela natureza, criando assim novas situações jurídicas que carecem de atenção.

Para a melhor compreensão do tema em tela, é preciso fazer uma breve abordagem acerca da área que o incorpora.

É notório que a engenharia genética é o ponto inovador que mais vem se destacando dentre os avanços científicos e tecnológicos da sociedade. Há diversos estudos que versam sobre o controle de milhares de doenças, isso além das debatidas técnicas de reprodução assistida.

Dessa forma, surge no meio jurídico o chamado Biodireito, que pode ser conceituado como “o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”. (ARNALD, *apud* PARISE, p.2)). Trata-se de um ramo que abrange diversas situações que envolvem a evolução da medicina e seus reflexos no meio jurídico.

A supracitada autora traz ainda o conceito mais amplo de Vicente de Paulo Barreto, que reconhece três campos principais que circundam este novo ramo do Direito:

- “A) nascimento, desenvolvimento e transformação da vida;
- B) as relações humanas intersubjetivas e a relação saúde-doença;

C) as relações intersubjetivas e as relações da pessoa humana com o meio ambiente”. (BARRETO, *apud* PARISE, p.3)

Três são as esferas do Direito que formam os pilares do Biodireito: Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Penal.

O biodireito, contudo, apesar de não ser um ramo tão novo como se pensa, ainda carece bastante de tratamento legal. O Brasil hoje possui a Lei 11.150 de 2005, conhecida como lei da bioética, que traz uma abordagem muito tímida sobre apenas alguns dos temas abraçados pelo referido ramo.

Tal omissão legislativa vem gerando diversas problemáticas que surgem, não só no âmbito jurídico, mas também na medicina e na sociedade. Temas como o que direciona este trabalho vêm sendo objeto de fortes discussões doutrinárias e até o momento continuam sem resposta legal.

Podemos observar que os avanços tecnológicos se comunicam intensamente com diversos ramos do direito, devendo, então, serem estudados cuidadosamente, merecendo tratamento legislativo mais amplo.

Ainda é indefinida a posição do Biodireito na tradicional divisão do direito positivo em público e privado, haja vista que o Biodireito surgiu através de fontes específicas, são elas: a biotecnologia, a medicina e a bioética.

A biotecnologia e a medicina são responsáveis por toda essa “revolução” na vida do ser humano, através de suas descobertas ligadas à vida e à saúde humanas.

A Bioética é entendida como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais (...)” (PESSINI e BAR-CHIFONTAINE *apud* PARISE, p.4).

É relevante comentar que a Bioética vem sendo construída desde a década de 60, quando ocorreram notáveis avanços científicos, dentre eles o primeiro transplante de coração. No entanto, a palavra “Bioética” foi vista pela primeira vez na obra de Van Rensselaer Potter, em 1971 (*Bioethics: bridge to the future*). Desde então, a Bioética foi se tornando cada vez mais expressiva.

Importante salientar que “atualmente, a Bioética une-se ao Biodireito, de forma indissociável, na medida em que novas terapias vêm surgindo, como a utilização de células-tronco, por exemplo” (PARISE, p.4). Nesta senda, podemos observar que na sociedade atual, que caminha junto com

a ciência, a ponto de até mesmo depender dela, as lacunas normativas no campo da bioética geram uma insegurança muito grande.

Sabe-se que havendo lacuna normativa o julgador deve valer-se dos chamados instrumentos integratórios do Direito (a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade). Contudo, quando se trata do biodireito o terreno se torna incerto, uma vez que há conflitos de valores e princípios relevantes, além de haverem os aspectos religiosos que influenciam muito nos aspectos éticos e morais.

Deste modo, a lacuna legislativa acerca das técnicas de reprodução assistidas e dos direitos inerentes ao embrião criogenizado é preocupante, como pode ser visto a seguir.

2. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Para entender melhor o tema exposto, necessário se faz conhecer o conceito de reprodução assistida. “A reprodução assistida é um conjunto de operações que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho genital feminino por meios diferente da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização *in vitro*” (FRANÇA, 2007, p.328).

Para essa técnica, no entanto, não há denominação satisfatória. Recebe esta, diversas nomenclaturas. Como: fecundação artificial, impregnação artificial, concepção artificial, inseminação artificial, entre outras, sendo a mais recente a reprodução assistida. Parece, então, mais coerente o uso da expressão “reprodução assistida”.

Essas técnicas são indicadas quando existe, no homem, defeito de formação peniana, deficiência na ejaculação, pseudo-hermafroditismo e, na mulher, também o pseudo-hermafroditismo, problemas psíquicos, má formação congênita ou adquirida, entre outras, explica o professor França. Há países onde funcionam os “bancos de esperma”, que mantêm gametas masculinos congelados por um período de até um ano sem perderem a sua capacidade de fecundação.

Concepção artificial é a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, que pode se dar de maneira homóloga ou heteróloga. Explicam Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze que: “entende-se por concepção artificial homóloga aquela realizada com material genético de ambos os cônjuges e,

por inseminação artificial heteróloga, aquela realizada com material genético de terceiro, ou seja, alguém alheio à relação conjugal” (2012, p.). A concepção artificial homóloga pressupõe o consentimento de ambos os cônjuges e pode ser *post mortem*, quando é realizada após o falecimento do marido.

Essas técnicas de reprodução são fonte de grande discussão sob o ponto de vista moral, social e principalmente religioso.

A encíclica sobre a vida humana do nascente e a dignidade da procriação, à luz dos ensinamentos do papa João Paulo II, traz entendimento da Igreja Católica no sentido de que todo o desenvolvimento científico da humanidade foi possibilitado por Deus. Ele presenteou-nos com o conhecimento capaz de gerar vida fora dos métodos convencionais e por isso mesmo seria ilusório dizer que a pesquisa científica e as suas aplicações devem estar neutros ao conceito de moralidade. Os embriões humanos devem ser respeitados como pessoa humana, entendendo a igreja, já haver vida desde o momento da fecundação.

Quanto à reprodução heteróloga, Vossa Santidade, a retrata na referida encíclica, como ato de adultério, sendo uma afronta à moral e aos bons costumes, devendo a concepção, sempre se dar, no ambiente matrimonial. Por outro lado, há condenação moral, também, no que tange a reprodução homóloga, uma vez que entende a igreja, que a procriação deve se dar em ato de amor conjugal, não devendo esse, ser substituído por técnicas científicas, estas devem ser utilizadas para resolver o problema da esterilidade de modo que os casais possam procriar respeitando a sua dignidade, bem como a dignidade do nascituro.

3. DO NASCITURO – APECTOS CONCEITUAIS FRENTE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O Código Civil de 2002 dispõe no seu artigo 2º que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

O tema da personalidade jurídica do nascituro é incansavelmente discutido. Há duas teorias acerca disso: A teoria natalista e a teoria concepcionista. A teoria natalista parte da premissa de que a personalidade começa a partir do nascimento com vida, por esta teoria o nascituro não

é pessoa ainda e, não sendo pessoa, possui apenas expectativa de direito. O nosso Código Civil adota a teoria natalista na primeira parte do seu artigo 2º. A teoria concepcionista, por outro lado, sustenta a ideia de que a personalidade se inicia no momento da concepção. Por essa corrente o nascituro já é pessoa de direito desde o momento da sua concepção. A teoria concepcionista é adotada na segunda parte do artigo 2º do Código Civil, quando este invoca que: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Importante salientar, contudo, que a titularidade de direitos concedida ao nascituro pela legislação civil diz respeito tão puramente aos direitos da personalidade, não abraçando os direitos de cunho patrimonial. Desta forma, o nascituro tem direito a ser herdeiro, mas não recebe a titularidade da herança até o seu nascimento com vida. O nascituro só passa a ter a titularidade da herança na ocasião do seu nascimento com vida, fazendo jus aos seus rendimentos e frutos desde o momento da abertura da sucessão, sendo essa a posição que prevalece em sede de jurisprudência.

O conceito de nascituro passa atualmente por uma forte discussão em face das novas técnicas de reprodução humana assistida. Quando se fala em fertilização *in vitro*, realizada em laboratório, o questionamento que se faz é se haveria a necessidade de implantação do embrião no útero materno para que se pudesse então falar em nascituro.

Com efeito, tal questionamento se torna de suma relevância ao se falar nas relações jurídicas oriundas do vínculo de filiação e nos direitos da personalidade garantidos pela segunda parte do art. 2º do CC/02. Quando a lei põe a salvo os direitos do nascituro é imprescindível ter o entendimento de quem é o nascituro.

Maria Helena Diniz traz em seu livro sobre Direito de Família, casos como o de Louise, o primeiro bebê de proveta, que nasceu em 1978, caso esse que gerou dúvida sobre o momento do nascimento de Louise, entendendo a autora que: “perante o art. 2º do nosso Código Civil, 2ª parte, o início legal da personalidade jurídica é o da penetração do espermatozoide no óvulo, embora fora do corpo da mulher, já que põem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (DINIZ, 2011, p.479).

A supracitada autora traz ainda, o caso de Kim Casali, que foi artificialmente inseminada em Londres com o sêmen congelado do seu marido, doente de câncer, dando a luz 16 meses após a morte do esposo.

Em casos como esse, é de suma relevância ter definido a partir de que momento pode-se falar em nascituro, contudo, a lei é omissa e a doutrina divergente, o que nos remete a variadas teses.

4. DO DIREITO COMPARADO

É incontestável a urgente necessidade de uma Lei mais abrangente que verse sobre a Reprodução Assistida e a destinação dos embriões excedentários no Brasil. Países europeus estão bastante adiantados nessa questão, a exemplo da Espanha que já havia promulgado uma Lei sobre técnicas de reprodução assistida em 1988, ou Alemanha, Áustria, França, Reino Unido e Dinamarca que começaram a legislar sobre o tema desde o início dos anos 90.

A maioria dos países Europeus permite a triagem de embriões para garantir crianças saudáveis e possuem legislação desenvolvida sobre as técnicas de reprodução humana assistida. Alguns países, como Portugal e Espanha, inclusive, permitem essa triagem para escolher um embrião com informação genética determinada a fim gerar uma criança capaz de salvar um irmão doente. Ou seja, é permitido que os médicos avaliem se aquele embrião vai se desenvolver em uma criança compatível com outra que sofre de problemas genéticos e pode ser curada a partir das células do cordão umbilical do bebê de proveta.

Em fevereiro de 2015 o parlamento britânico aprovou uma lei que autorizara uma técnica de reprodução assistida que utiliza o DNA de três pessoas. Esta técnica, foi aprovada na Câmara dos Comuns com o voto de 382 deputados contra 128. Tal técnica consiste no uso de material genético de três pessoas para formar um embrião *in vitro* como se fosse um transplante de órgãos microscópicos. Só podemos imaginar as implicações jurídicas advindas dessa nova forma de concepção, ainda sem precedentes conhecidos para estudarmos.

Vários ordenamentos jurídicos estrangeiros se mostram muito mais avançados que o nosso em relação ao Biodireito em geral, alguns preveem expressamente em seus textos legais, por exemplo, a hipótese de inseminação artificial homóloga *post mortem* permitindo ou vedando à prática de modo a facilitar e muito o trabalho do operado do Direito diante de um caso concreto.

A Lei espanhola é uma das mais avançadas do mundo sobre a fertilização *in vitro*, um ponto interessante sobre ela, é a regulamentação do papel do Estado no setor e sua obrigação de financiar o tratamento de casais que não podem procriar de maneira natural. Sobre esse assunto, a título de curiosidade, uma forte polêmica cresceu na Espanha nos últimos anos por conta de um decreto real que limitou o financiamento do Estado apenas a casais que após 12 meses de tentativa mediante ato sexual com coito vaginal sem uso de métodos contraceptivos. Tal determinação excluiu as mulheres solteiras e casais gays. A ministra da Saúde, Ana Mato, declarou como justificativa que a falta de parceiro não é um problema médico, o que desincumbe o Estado do ônus de arcar com o tratamento, devendo essas pessoas procurarem clínicas particulares. Contudo tal determinação gerou forte divergência, dando origem a processos judiciais ajuizados por casais de lésbicas a fim de obrigar o Estado a financiar o Tratamento.

Já na França, em 2019, um projeto de Lei foi apresentado a fim de incluir casais de Lésbicas no rol de casais que têm direito a Reprodução Assistida financiada pelo Estado. O projeto de Lei prevê o financiamento pelo sistema nacional de saúde da França de até quatro tentativas de gravidez por reprodução assistida para todas as mulheres, devendo haver um limite de idade ainda a ser estabelecido.

Em Portugal a legislação está bastante avançada, possuindo tratamento específico acerca dos embriões, a destinação dos embriões excedentários e sua transferência ou venda, tipificando inclusive, como crime condutas que não estejam permitidas pela referida Lei. Vejamos na íntegra os artigos 24 e 25 da lei 32/2006 de Portugal:

Artigo 24.º

Princípio geral

1 - Na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado.

2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25.º

Destino dos embriões

1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos.

2 - A pedido dos beneficiários, em situações devidamente justificadas, o diretor do centro pode assumir a responsabilidade de alargar o prazo de criopreservação dos embriões por um novo período de três anos.

3 - Decorrido o prazo de três anos referido no n.º 1, sem prejuízo das situações previstas no n.º 2, podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no artigo 9.º

4 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivente, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º

5 - Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade.

6 - Consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro.

7 - Se não for consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, logo que decorrido qualquer um dos prazos indicados no n.º 1 ou no n.º 2, podem os embriões ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro, comunicada previamente ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida.

Na Itália, as restrições com relação às técnicas de inseminação artificial são grandes por causa da grande influência que a Igreja católica exerce no país.

A legislação italiana proíbe a doação de sêmen e de óvulos, barrigas de aluguel e pesquisas que envolvam embriões. No que tange a fecundação *in vitro*, o procedimento é autorizado apenas para pessoas casadas legalmente ou que comprovem uma união estável e, ainda assim, utilizando apenas os seus próprios materiais genéticos. A lei italiana veda ainda o congelamento de embriões para utilização posterior, o que torna impossível a inseminação artificial *post mortem*, por exemplo.

A Lei italiana é completamente oposta dos Estados Unidos que é o único no mundo que não proíbe a venda de sêmen e óvulos humanos, que, segundo Daniel Veríssimo de Lima Júnior, é realizada livremente pela internet através de sites especializados que oferecem, inclusive, um “cardápio” informando referências genéticas e descrevendo etnias, chegando, até mesmo, a fornecer a formação universitária e profissional do doador junto com suas características físicas e pessoais. Nos Estados Unidos as disposições legais sobre a reprodução assistida são avançadíssimas, com mais de 30 Estados possuindo leis próprias.

Seja como for o tratamento legal acerca da reprodução assistida, cada país segue um caminho a considerar os embriões criopreservados à sua maneira, nunca chegando, porém, num consenso quanto a natureza jurídica dos mesmos. Contudo, muitos países já se encontram avançados nessa discussão, buscando soluções em sua legislação.

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) disponibiliza recursos para a RA desde 2012. A portaria 3.149 determinou que fossem destinados 10 milhões de reais para nove centros de saúde do país. Frise-se que são apenas nove centros para todo o país. Ou seja, ainda que houvesse um centro por estado brasileiro, teríamos apenas 1/3 dos estados com 1 único centro cada um capaz de prestar a reprodução assistida de forma gratuita.

A que pese o procedimento de fertilização *in vitro* já ser realizado pelo SUS no Brasil e já termos casos de reprodução assistida realizada por casais homoafetivos, por exemplo, a falta de uma legislação que regulamente a situação faz com que nos deparemos com diversos problemas jurídicos e uma série de precedentes conflitantes, causando uma insegurança jurídica, como por exemplo a destinação dos embriões criopreservados em caso de desistência ou divórcio do casal.

Temos ainda no Brasil, a camada Lei de biossegurança, que também é omissa diante das inúmeras possibilidades de situações jurídicas geradas pelas técnicas de reprodução assistida, estando ainda distante de uma discussão mais forte acerca da natureza jurídica do embrião criopreservado, como a questão do registro civil da criança e a relação entre os doadores e as pessoas que buscam a reprodução, entre diversos problemas legais que podem surgir em cada cenário.

É evidente o atraso da legislação brasileira no que tange as evoluções científicas acerca da reprodução humana. A cada dia há novas possibilidades, contudo, o Direito brasileiro continua preso ao passado, com normas ultrapassadas e que estão longe de atender os inúmeros casos reais que acontecem todos os dias versando sobre o tema.

5. DA NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

A que pese já haver essa ampla e antiga discussão acerca do começo da vida, discussão que parece infundável e que envolve diversos setores sociais e jurídicos, a ciência trouxe um ponto que tende a acalorar ainda mais esse debate, estamos falando dos embriões criopreservado ou crioconsegados, ou seja, embriões gerados por reprodução assistida que são congelados e mantidos fora do corpo da mãe.

Como já foi visto, há duas grandes teorias a respeito do início da vida humana, a teoria natalista e teoria concepcionista. Contudo, se o desenvolvimento do zigoto dentro do útero materno já traz tamanha divergência acerca do início da vida humana, o que podemos falar sobre a concepção que acontece fora do útero materno e é procedida dentro de um laboratório científico? Quando podemos começar a falar em nascituro?

Há diversas teorias acerca do assunto. A corrente que tende a defender a teoria concepcionista coloca que no momento em que a célula ovo é formada, dentro ou fora do útero materno, uma vez que essa célula já apresenta informação genética própria, estamos diante de uma pessoa humana que deve ser titular de direitos e respeitada como tal.

A referida teoria prega a vedação do descarte do material genético congelado, bem como o seu uso em pesquisas de qualquer natureza, invocando aqui a dignidade da pessoa humana e falando até em caracterização

do crime de homicídio. No Brasil, grandes nomes da doutrina como Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda são adeptos dessa corrente.

Em contrapartida, há entendimento absolutamente oposto, que aponta que os embriões criogenizados não passam de um aglomerado de células humanas, sem vida própria, devendo portando possuir natureza de coisa e como rés podem ser descartadas, reaproveitadas ou até mesmo negociadas.

Destaque-se que essa teoria não afasta a ética e o respeito à pessoa que aquele embrião será, ela prega que o desenvolvimento humano enquanto nascente passa por fases, quais sejam: pré-embrião, embrião e feto. De modo que, pelo menos na primeira fase, o embrião humano não pode ser considerado como pessoa humana, contudo, não se pode realizar nele procedimentos que venham a prejudicar a vida da pessoa que ele poderá ser se vier a nascer.

Observe-se como as doutrinas acima caminham pra consequências jurídicas extremamente opostas, de modo que uma leva a discussão sobre o direito a vida, o direito de nascer e todos os direitos e obrigações inerentes a pessoa humana, concedendo ao embrião todas as garantias constitucionais. Do outro lado vem a segunda teoria, derrubando todo o romantismo e protecionismo da outra, tratando assim os embriões congelados como mero objetos de modo a invocar os direitos reais, obrigacionais e afastando conseqüentemente qualquer menção ao direito a vida, entre outros.

Porém, dentro desse quadro aparecem ainda diversas teorias outras, que acabam por se colocar num meio termo entre as teorias supracitadas. Há entendimento de que o embrião não pode ser considerado como pessoa, mas também não pode ser entendido como coisa, haja vista a sua perspectiva de vida. Sendo assim, para essa corrente, que vem crescendo cada vez mais nos últimos anos, o embrião humano é uma potencialidade de vida humana, tendo expectativas de direito que passa a titularizar ao nascer.

A ilustre autora Maria Helena Diniz tem um posicionamento muito próximo a primeira corrente apresentada. Ela entende que como o embrião humano, seja na vida intrauterina ou *in vitro*, possui independência genética, sendo dotado de personalidade jurídica. Contudo, a referida autora faz uma distinção entre personalidade jurídica formal e personalidade

jurídica material, sendo que a primeira é restrita aos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados e a segunda é a aquisição da personalidade jurídica plena. Vejamos:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIS, Maria Helena, O Estado Atual do Biodireito, 2014, p. 150)

A divisão da personalidade jurídica em formal e material vem sido aplicada no ordenamento jurídico brasileiro considerando como nascituro somente o embrião com vida intrauterina (como se pode verificar na Lei 11.804 de 2008, que versa sobre alimentos gravídicos), mas ignora completamente a natureza do embrião gerado fora do útero materno. A Lei da Bioética se restringe a regular, de forma bastante singela, o procedimento de fertilização no que tange a atuação médica e autorizar a utilização de células tronco em pesquisas científicas e o reaproveitamento dos embriões excedentários para esse fim, não elucidando a problemática que cerca a natureza do embrião criopreservado.

A já referida autora Maria Helena Dinis, trás ainda, a questão do direito à identidade do nascituro no caso de reprodução assistida. O direito a identidade é garantia constitucional, mas isso vem sendo negado ao nascituro resultante de doador anônimo.

Observe-se, portanto, que o Brasil necessita de uma Lei que regule não só o procedimento laboratorial, mas também traga uma posição acerca da natureza jurídica do embrião, seja criopreservado ou não, e que determine o alcance dos seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Biodireito é um ramo do direito novo e carente de atenção, contudo de enorme relevância para sociedade, haja vista versar sobre assuntos tão abrangentes e comuns atualmente.

O conceito de nascituro e a discussão acerca do começo da vida humana não são temas tão atuais, porém não são temas vencidos de qualquer modo. A possibilidade de haver concepção fora do útero materno só agravou esse quadro, de modo que tal discussão implica não só na conceituação jurídica, mas também no destino a ser dado àqueles embriões crioconservados que não serão mais implantados.

Nesta senda, é mister destacar que a vida humana é muito mais complexa do que se pode imaginar e que a ciência está muito longe de conseguir explicar todos os mistérios da natureza. É incontroverso que uma vez havida a fecundação (entrada do espermatozoide no óvulo) aquela célula passa a ter identidade genética própria, merecendo ser chamada de embrião. Há uma vida ali, não uma vida em potencial, mas uma vida em formação.

As técnicas de reprodução assistida sem dúvidas trazem grande benefícios à humanidade, contudo, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e valorizada. O objetivo é gerar vida, é dar a chance a casais estéreis de terem filhos. Jamais será aceitável que algo tão maravilhoso se transforme numa mera atividade econômica que visa apenas lucros e avanços sem se preocupar com o respeito à vida humana. Seres humanos não devem ser tratados como coisa. Isso não é avanço, não é conquista, isso é retrocesso, é atitude bárbara disfarçada de ciência.

Uma lei que regule as técnicas de reprodução humana assistida e assegure direitos básicos ao embrião por elas gerados é essencial no atual momento da sociedade. Está em baila aqui, não só a dignidade do embrião, mas também a dos seus pais e da sua eventual prole, haja vista que a falta de cuidado e atenção pode gerar danos irreparáveis ao ser humano que possa vir a nascer.

O Direito é o responsável por regular a vida social, é a forma de solucionar conflitos proporcionando uma harmônica relação humana, ele deve acompanhar toda mutação social e tecnológica afim de melhor desempenhar a sua função de viabilizar a convivência social, deve estar sem-

pre se ajustando aos avanços que geram novas situações jurídicas, mas infelizmente não é o que acontece.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.**

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e dá outras providências.** Brasília. 2005. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121 de 16 de julho de 2015.** Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 8ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** - Vol. 5. 26ª Edição; Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito** - 9ª Edição; Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 4ª edição: revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivum, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico** - 9ª Edição, Rio de Janeiro; Forense, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Vol. 6. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012

JOÃO PAULO II. Papa. Instrução da Igreja sobre o respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação. 6ª ed. Paulina, 2009.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?** – Disponível em: <http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf> - Acesso em: 09 de agosto de 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 32, de 26 de Julho de 2006. República Portuguesa**, Lisboa, 2006. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis> Acesso em 10 de agosto de 2019

SILVA, Regina Beatriz Tavares da, CARVALHO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes Temas de Direito de Família e Sucessões**. – Vol. 2; Saraiva, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010

SYLVIE CORBET, Associated Press. **Projeto de lei na França quer estender reprodução assistida para mulheres solteiras e lésbicas**. Disponível em < <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/08/04/projeto-de-lei-na-franca-quer-estender-reproducao-assistida-para-mulheres-solteiras-e-lesbicas.ghtml> >. Acesso em 10 de agosto de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil** – Vol. 6. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

O CAPITAL SIMBÓLICO EM PIERRE BOURDIEU

Luana de Azevedo Oliveira

Maria Glória Gomes Bragança

Pedro Henrique Gomes Bragança

INTRODUÇÃO

O presente artigo contextualiza o capital simbólico em Pierre Bourdieu que é o marco teórico no desenvolvimento deste. O capital simbólico é uma das formas de capital centrais para o trabalho de Pierre Bourdieu. Embora muitas vezes seja simplesmente encoberto como “honra” ou “prestígio”, é importante notar que a honra e o prestígio inerentes ao capital simbólico são o resultado da conversão de outras formas de capital.

Assim, este artigo tenta responder a pergunta de que se capital simbólico, cunhado por Pierre Bordieu, constituiu verdade e importância no cenário social?

A hipótese deste trabalho se fundamenta na questão de o poder simbólico tem sua importância no desenvolvimento social de forma a entender normas e questões de subordinação e violência.

O objetivo geral é compreender sobre o que seja capital simbólico em Pierre Bordieu para um maior entendimento das questões levantadas a partir do tema, e o objetivo específicos está ligado as representações sociais, logo, faz com que possa-se observar funções ideológicas que legitimam e classificam as atuações do sujeito na sociedade. A justificativa do tema está na reflexão de que o sujeito é o grande propulsor de seu capital simbólico, e que sua produção não é estática ou limitada,

pois acompanha o desenvolvimento social e os apelos dos momentos do aqui e agora.

No primeiro capítulo abordaremos o capital simbólico, no segundo capítulo observaremos a questão da violência simbólica e no terceiro capítulo evidenciaremos o capital social e as trocas simbólicas, logo após, concluiremos com a observação de que o poder simbólico tem sua importância cotidianamente.

Bourdieu define capital simbólico como a forma que as várias espécies de capital assumem quando são percebidas e reconhecidas como legítimas. Portanto, embora aparentemente existindo conceitualmente no trabalho de Bourdieu ao lado dos outros capitais – capital econômico, cultural e social – simbólico, não é uma forma diferente de capital, mas deve ser vista como a forma legitimada e reconhecida das outras manifestações do capital.

O autor trouxe para a discussão ideias como campo, habitus, capital simbólico, violência simbólica e educação sistema como reprodução. Um intelectual que acreditava no

poder das ideias na sociedade, ele era muito ativo academicamente e em suas práticas e posições no mundo. Ele aplicou seus conceitos à realidade, discutindo várias questões, considerando o homem como mais do que um produto exclusivo do meio ambiente,

e enfocando o papel que ele tem na produção e ideias que o próprio homem herda, levando-o a pensar e agir de maneiras específicas em seu relacionamento com outros homens; saber como que forma o funcionamento diário das relações ou habitus.

Diante do exposto, o objetivo da análise é contextualizar o capital simbólico em Pierre Bourdieu.

Para tanto foi utilizada uma pesquisa exploratória-dedutiva, sendo realizada uma pesquisa bibliográfica com base nas obras de Bourdieu.

O CAPITAL SIMBÓLICO

O capital simbólico aparece quando o Capital Econômico e o Capital Cultural são conhecidos e reconhecidos. Existem relações de poder que determinam a estrutura do espaço social (e a hierarquia dele). Os agentes usam seu capital simbólico que já adquiriram no passado para reproduzir suas relações de poder.

O poder simbólico é o poder de criar entidades diferentes categorizando-as. Esse poder é usado para impor uma visão sobre os outros da divisão de recursos sociais, culturais e econômicos. De acordo com Bourdieu (1989), temos que fazer uma distinção entre capital simbólico e capital legítimo, porque o capital simbólico define que formas de capital serão reconhecidas como posições sociais legítimas em nossa sociedade.

A eficácia do capital simbólico depende das práticas reais de comunicação. Ao olharmos para o capital econômico e cultural, reconhecemos que eles têm seu próprio modo de existência. Eles se tornam visíveis como, por exemplo, dinheiro ou diplomas. O capital simbólico, por outro lado, existe apenas aos olhos dos outros. Tem uma função ideológica, porque legitima distinções ou classificações que fazemos na sociedade. Essas distinções têm um caráter garantido: elas se tornam universalmente reconhecidas. Distinções são feitas como resultado da disponibilidade de recursos para indivíduos. Os recursos são: reconhecimento, honra, prestígio, etc. Esses recursos funcionam como um valor cultural com um aspecto autoritário (WACQUANT, 2013).

Bourdieu usa o conceito de capital de algumas maneiras que são familiares, por exemplo, capital social, capital cultural e capital econômico. Outros usos são menos familiares. Primeiro, de acordo com David Swartz (1997) em *Cultura e Poder: A Sociologia de Pierre Bourdieu*, a palavra capital significa algo como dinheiro, que é tanto um meio de troca quanto uma reserva de valor. Também significa poder, em dois sentidos: a capacidade de exercer influência sobre uma ou mais pessoas; e algo como energia elétrica, uma fonte de energia.

Em segundo lugar, Bourdieu usa o termo “poder simbólico”, ideia essa que está entrelaçada com o marxismo que Bourdieu absorveu como estudante, centrado no materialismo. Bourdieu acha que a sociedade humana tem tanto uma dimensão materialista quanto simbólica.

A religião é um exemplo de uma dimensão simbólica. É uma estrutura feita pelo homem que permite que as pessoas compreendam parte do seu mundo. Outros sistemas simbólicos mencionados por Swartz são linguagem, arte, mito e ciência.

As várias formas de capital são resultado do trabalho. O capital cultural é o resultado de aprendizado e treinamento, por exemplo. O capital social surge do dar e receber ajuda e serviço entre grupos so-

ciais, muitas vezes por um longo período de tempo. O poder simbólico é também o resultado do trabalho. Por exemplo, pessoas ricas podem contratar pessoas para gerar poder simbólico para elas. Swartz (1997, p.84) escreve:

Bourdieu propõe uma teoria dos intelectuais que enfatiza os interesses simbólicos específicos que moldam a produção cultural. Bourdieu atribui um papel particularmente importante - embora não exclusivo - às arenas da especialização simbólica e seus representantes no desenvolvimento do material a partir do qual a dimensão simbólica da luta de classes é esculpida. Ele conceitua essas arenas como mercados socioculturais ou campos de força nos quais especialistas lutam por definições do que deve ser considerado como modos legítimos de expressão.

Segundo Swartz (1997, p.80), Bourdieu afirma que os sistemas simbólicos realizam simultaneamente três funções: cognição, comunicação e diferenciação social. Primeiro, eles fornecem uma estrutura para entender o mundo. Em segundo lugar, eles formam os entendimentos comuns que permitem que as pessoas se comuniquem umas com as outras. Terceiro, eles agem como instrumentos de dominação, fornecendo uma estrutura que categoriza os seres humanos e organiza essas categorias em hierarquias de valor social. Bourdieu pensa que os sistemas simbólicos funcionam estabelecendo um grupo de oposições emparelhadas e colocando as pessoas em uma ou outra. Como exemplo, Swartz (1997, p. 84-85) cita Bourdieu da seguinte forma:

Todos os agentes em uma determinada formação social compartilham um conjunto de esquemas perceptivos básicos, que recebem os primórdios da objetivação nos pares de adjetivos antagônicos comumente usados para classificar e qualificar pessoas ou objetos nas mais variadas áreas de prática. A rede de oposições entre alto (sublime, elevado, puro) e baixo (vulgar, baixo, modesto), espiritual e material, fino (refinado, elegante) e grosseiro (pesado, gordo, cru, brutal), leve (sutil, alegre, afiada, hábil e pesada (lenta, grossa, contundente, laboriosa, desajeitada), livre e forçada, ampla e estreita, ou, em outra dimensão, entre singular

(raro, diferente, distinto, exclusivo, romance) e comum (comum banal, banal, banal, trivial, rotineiro), brilhante (inteligente) e monótono (obscuro, cinzento, medíocre), é a matriz de todos os lugares comuns que encontram aceitação tão pronta, porque por trás deles reside toda a ordem social.

Por usar os mesmos sistemas simbólicos, essas categorias parecem naturais e justas, e as pessoas, em sua maioria, podem descobrir onde estão em cada eixo de diferenciação. Na medida em que as pessoas realmente aceitam os eixos e suas posições sobre elas, elas são condicionadas a aceitar seu lugar.

Bourdieu (1989) pensa que essas oposições diferenciadas são arbitrárias no sentido de que elas não refletem a realidade social. Isso levanta alguns pontos interessantes. Por que achamos que alguns livros são melhores que outros?

Em outras palavras, essas distinções provavelmente não são arbitrárias no sentido de aleatórias, mas são atribuídos papéis que cimentam a diferenciação social. Independentemente de serem ou não arbitrários, eles são ferramentas poderosas para afirmar o domínio.

Bourdieu (1989) entende a ideologia, ou “violência simbólica”, como a capacidade de impor os meios para compreender e se adaptar ao mundo social, representando o poder econômico e político em formas disfarçadas e assumidas. Os sistemas simbólicos exercem o poder simbólico “somente através da cumplicidade daqueles que não querem saber que estão sujeitos a ele ou mesmo que eles mesmos o exercitam”. Ao usar o termo “violência simbólica”, Bourdieu enfatiza como os dominados aceitam como legítima sua própria condição de dominação.

Bourdieu diz que o exercício do poder, incluindo o poder econômico, requer justificação; deve ser visto como legítimo ou eventualmente falhará. O capital simbólico fornece essa justificação.

Este capital simbólico, defendido de forma não violenta por indivíduos e grupos da sociedade ou dentro de um campo específico, leva a uma situação de poder, no fundamento de que isso é cultura, validando-a como superior a os outros. O possuidor do capital simbólico também é dotado com poder simbólico, percebido como natural. Mais um conceito então surge – o da violência simbólica.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

A violência simbólica é o processo no qual a cultura dominante é legitimado e aceito por todos como superior e legítimo, com a inclusão e aderência dos dominados. Há um acúmulo de capital simbólico, legítimo para aquele que dominar e legitimar por aqueles que são dominados – como a dialética senhor-escravo hegeliana – que atesta o gosto do seu possuidor. É, portanto, uma violência disfarçada com poderes e efeito proporcionado pelo fato de ser legítimo, como supõe ignorância da violência real; em que ganha sua força e reprodução. E finalmente, chegamos ao importante conceito de reprodução, uma das grandes ideias nas obras do autor, onde vários outros conceitos se cruzam para explicar as relações no campo social.

Usando capital simbólico e violência simbólica como instiladores de valor e modos na sociedade, criando habitus específicos de agentes e grupos sociais, Bourdieu discute o poder de reprodução desses mesmos habitus através da escola, considerando uma arbitrariedade cultural que não produz e ocultando a dominação exercida por aqueles que possuem capital simbólico.

O sistema de ensino ajuda a ver a dominação de ideias como naturais, através da ação educativa praticada por indivíduos dotados de autoridade. É certamente uma maneira suave de perpetuar o status quo, contribuindo para a manutenção do poder simbólico nos campos e na sociedade.

O conceito de violência simbólica, que foi para informar a teorização mais ampla de Pierre Bourdieu sobre poder e dominação foi desenvolvido para explicar como as hierarquias e desigualdades sociais são mantido menos pela força física do que pelas formas de dominação simbólica. Bourdieu (1989) define a violência simbólica como uma forma de violência que é exercida em grande parte através de canais puramente simbólicos de comunicação e cognição e reconhecimento ou mesmo sentimento.

Os sistemas de simbolismo e significados são impostos a grupos ou classes de pessoas de tal forma que eles são experimentados como legítimos.

Assim, a gradual aceitação e internalização de ideias e estruturas que tendem a subordinar certos grupos de pessoas, mascara as relações de poder subjacentes. Por exemplo, o domínio dos homens é legitimado como a ordem natural das coisas, na qual as mulheres são consignadas a posições sociais inferiores.

A violência simbólica é imperceptível, insidiosa e invisível. Invisibilidade constitui uma forma eficaz ferramenta de dominação silenciosa e silenciando o dominado. Discursos dominantes frequentemente trabalham para silenciar todos os outros discursos periféricos ou subalternos. O silêncio não é superado simplesmente permitindo que o subalterno para falar ou para expressar suas preocupações; tais atos são fúteis na superação do silêncio. É necessária uma mudança sistêmica/estrutural para garantir que eles sejam realmente agência ouvida e reconhecida. Trata-se de identificar a estrutura de cumplicidade em silenciar seções específicas da sociedade. Junto com o reconhecimento do funcionamento de silenciamento institucional.

Bourdieu (1989) sugere que o silenciamento a própria construção de nossa realidade através da estruturação de diálogos de intersubjetividade, de modo que uma voz particular se torna monolítica e, portanto, naturalizada. A linguagem em si é uma forma de dominação. A linguagem pode constituir violência e ser constituída por ela. Idioma inclui e exclui, molda os discursos através dos quais a realidade social é construída e, conseqüentemente, tem implicações para o poder. Por exemplo, Bourdieu (1989) explora como os jornalistas enquadram debates e notícias na televisão usando a mobilização de uma linguagem particular que sensacionaliza as notícias. Ele argumenta que o espectador só consegue ver um determinado socialmente realidade construída que é em si mesma o exercício do poder, ou, como ele diz a violência simbólica pelo qual a violência é exercida com cumplicidade tácita entre suas vítimas [os telespectadores] e seus agentes.

A dominação que surge da violência simbólica é menos um produto de coerção direta, mas mais como um produto de quando aqueles que são dominados param de questionar a ordem das coisas; pare de questionar relações de poder existentes à medida que percebem o mundo e o estado de coisas em uma atividade social como natural, um dado e imutável. No entanto, ao mesmo tempo, os indivíduos não questionam seus próprios papéis na produção e reprodução de dominação e subordinação (Bourdieu, 1989).

A violência simbólica e a dominação são exercidas sobre os indivíduos através de hábitos sociais cotidianos, e é gerado através da sutil inculcação de poder relações sobre os corpos e disposições dos indivíduos. Assim

sendo, violência simbólica pode ocorrer através dos processos e práticas mundanos da vida cotidiana.

Neste artigo, não queremos criar uma dicotomia entre violência física e simbólica, e nem queremos enfraquecer a importância da violência direta interpessoal. Em vez disso, sugerimos que em campos sociais específicos, dentro e fora de casa, ambas as formas de violência podem e coexistem simultaneamente. Como Bourdieu (1989) enfatizou, precisamos superar a oposição entre um visão fiscalista do mundo social que concebe as relações sociais como relações de força e uma visão cibernética ou semiológica que os retrata como relações simbólicas força, como relações de significado ou relações de comunicação. As relações mais brutais da força são sempre relações simultaneamente simbólicas à fim de compreender essas distinções em termos de modos “elementares” e “complementares” de dominação.

Os modos elementares de dominação são relações de dominação feitas, desfeitas e refeito e pelas interações entre as pessoas. No entanto, as interações devem ser entendidas junto com os modos “complementares” de dominação, invisíveis como a dominação de instituições e discursos particulares que podem parecer neutros, apolíticos e imparciais, mas são de fato interceptados por determinadas formas de relações e estruturas de poder classificadas racializadas / étnicas, de gênero e classificadas.

Tão elementares modos de dominação (violência física) devem ser entendidos em conjunto com modos de dominação, nomeadamente a violência simbólica. Bourdieu (1989), apoia isso sugerindo que sempre que a violência física e econômica manifesta for sancionada negativamente ou encontra reprovação coletiva, violência simbólica, forma suave e invisível de violência” torna-se o modo mais seguro de dominação.

Assim, a violência simbólica carece a qualidade intencional e instrumental da força física bruta e coerciva e, em vez disso, funciona não diretamente nos corpos, mas através deles. É por essa razão que em alguns casos mulheres reconhecem a violência física como mais tangível, porque muitas vezes resulta em cicatrizes que potencialmente “curam”. Em contraste, a violência simbólica é muitas vezes mais difícil de recuperar por causa da maneira como funciona no corpo.

O CAPITAL SOCIAL E AS TROCAS SIMBÓLICAS

O capital social é o agregado dos recursos reais ou potenciais que estão ligados a posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de conhecimento e reconhecimento, ou seja, a adesão a um grupo, que oferece a cada a membrosa o apoio do capital de propriedade coletiva, uma “credencial” o que lhes dá crédito, nos vários sentidos da palavra. Tais relações existem apenas no estado prático, em trocas materiais e / ou simbólicas que ajudam a mantê-los. Eles também podem ser socialmente instituídos e garantidos pela aplicação de um nome (o nome de uma família, uma classe, ou uma tribo ou de uma escola, uma festa, etc.) e por um conjunto completo de instituir atos projetados simultaneamente para formar e informar aqueles que se submetem a eles.

Nesse caso, elas são mais ou menos efetivamente encenadas e mantidas e reforçadas, em trocas. Partindo de trocas indissolúvelmente materiais e simbólicas, o estabelecimento cuja manutenção pressupõe o reaprendimento da proximidade, eles também são levemente irredutíveis em suas relações aobjetivas de proximidade no espaço físico (geográfico) ou mesmo espaço econômico e social.

O volume do capital social possuído por um agente estipulado, desta forma, depende do tamanho da rede de conexões que ele pode realmente mobilizar e sobre a capacidade do capital econômico, cultural ou simbólico; possuído por direitos por cada um a quem ele é conectado. Apesar de ser relativamente irredutível para a economia e capital cultural possuído por um determinado agente, ou mesmo por todo o conjunto de agentes a quem ele é conectado, o capital social jamais é totalmente independente dele, pois as trocas trazem o reconhecimento bilateral pressupõe a reapreciação de um mínimo de homogeneidade objetiva, e exerce um efeito multiplicador, e através deste efeito o capital que possui seu próprio direito.

A existência de uma rede de conexões não é um dado natural, nem tanpouco um dado social, constituído de uma vez por todas por um ato inicial de instituição, tipificando, neste caso do grupo familiar, por definição genealógica as relações de parentesco, é a característica de uma formação social. É o resultado de um grande esforço na instituição, dos quais os ritos da instituição diversas vezes descritos erradamente como ritos de passagem - marcam os momentos essenciais e que é necessário para pro-

duzir e reproduzir relações duradouras e úteis que possam garantir lucros materiais ou simbólicos (Bourdieu 1989).

Isto quer dizer que, a rede de relacionamentos é o resultado de métodos de investimento, individuais e/ou coletivos, consciente e/ou inconscientemente almejando estabelecer e reproduzir relações sociais que possam ser a curto longo prazo, assim, na transformação de relações contingentes, como também as relações da vizinhança, trabalho, ou mesmo parentesco, ou em relacionamentos que são necessários e eletivos ao mesmo tempo, implicando obrigações duráveis subjetivamente sentidas (sentimentos de gratidão, respeito, amizade, etc.) ou institucionalmente garantido (direitos). Isso é feito através da alquimia da consagração, a constituição simbólica produzida pela instituição social (instituição como parente – irmão, irmã, primo, etc. ou como um cavaleiro, um herdeiro, um ancião, etc.) e reproduzido infinitamente em a troca (de presentes, palavras, mulheres, etc.) que ela encoraja e que pressupõe e produz conhecimento e reconhecimento mútuos.

Também desta forma, fenômenos como o “Culto da personalidade” ou ainda como a identificação de partidos, sindicatos e movimentos com seus líderes estão latentes na própria lógica da representação. Tudo combina para fazer com que o significante tome o lugar do significado, os porta-vozes do grupo que ele deveria expressar, não menos porque sua distinção, sua “excepcionalidade”, sua visibilidade constituem a parte essencial, se não a essência, desse poder, que, é inteiramente colocado dentro da lógica do conhecimento e reconhecimento, é sobretudo um poder simbólico; e também porque o representante, o signo, o emblema, pode ser, e criar, toda uma realidade dos grupos que recebem existência social apenas na representação e pela representação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capital simbólico é a capital da legitimação. Quando os conceitos de Bourdieu são usados, eles devem ser conceitos abertos e evoluir com o uso e os problemas, acompanhando a evolução da sociedade.

Ao longo de sua carreira, Bourdieu desafiou a visão comumente aceita de que o poder simbólico – o poder de dominar – é apenas simbólico. Ele enfatizou que o poder simbólico ajuda a criar e manter hierarquias sociais, que formam o alicerce da vida política.

Em relação aos mecanismos da violência simbólica, eles produzem, reproduzem e relações de poder legítimas nas práticas cotidianas dos agentes. Indiscutivelmente, a violência simbólica, apesar sua invisibilidade virtual, cria as condições de possibilidade para outras mais tangíveis e visíveis formas de violência e dominação.

REFERÊNCIAS

- BORDIEU, Pierre. *A reprodução*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- _____. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Ed. Bertrand Brasil S.A. Rio de Janeiro. 1989.
- _____. *Escritos de Educação*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- SWARTZ, David. *Cultura e poder: a sociologia de Pierre Bourdieu*. Ed. Ilustrada. University of Chicago, 1997.
- WACQUANT, Loïc. Poder simbólico e fabricação de grupos: como Bourdieu reformula a questão das classes. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo , n. 96, p. 87-103, July 2013.

A ROTA DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA (RILA) DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO: A NECESSIDADE URGENTE DA PAVIMENTAÇÃO JURÍDICA TRANSNACIONAL E TERRITORIAL

Lúcio Flávio Joichi Sunakozawa

Gabriela Oshiro Reynaldo

1. Introdução

A América do Sul, no início do século XXI, vem se tornando em um dos mercados mais atrativos no cenário mundial, em especial quando se trata das exportações de *commodities*, pois, com o aumento significativo, sob a liderança dos agronegócios no Brasil, uma série de movimentações políticas e econômicas internacionais estão refletindo, nessa parte do território sul-americano, a exemplo do Acordo entre o Mercosul e a União Europeia¹¹⁶, com uma significativa parcela de $\frac{1}{4}$ (um quarto) das transações mercantis mundiais.

116 “IMPORTÂNCIA E SIGNIFICADO - O MERCOSUL e a UE representam, somados, PIB de cerca de US\$ 20 trilhões, aproximadamente 25% da economia mundial, e mercado de aproximadamente 780 milhões de pessoas. O acordo constituirá uma das maiores áreas de livre comércio do mundo. A UE é o segundo parceiro comercial do MERCOSUL, que é o 8º principal parceiro extrarregional da UE. A corrente de comércio birregional foi de mais de US\$ 90 bilhões em 2018. O Brasil exportou mais de US\$ 42 bilhões para a UE, aproximadamente 18% do total exportado pelo país. A UE figura como o maior investidor estrangeiro

Todavia, iniciado a partir de movimentos regionais e endógeno, a consolidação de uma via de ligação com o Oceano Pacífico, a partir do Brasil, está em vias de se consolidar como reivindicavam várias lideranças políticas e do setor privado, em especial do Chile, Brasil, Paraguai e Argentina. Sempre houve o sonho de interligar os dois oceanos que banham as costas do continente sul-americano. Porém, sob a pressão de demandas econômicas e abertura de alternativas de rotas, novos mercados, ocorre o manifesto dos governos locais, nitidamente, para criar infraestruturas necessárias para uma nova entrada de investidores, importações diversas, turismo, exportações de produtos agropecuários, como os grãos de soja, milho, carnes de aves, bovinas, suínas, celulose, minérios etc.

A união de esforços dos quatro países sul-americanos, Brasil-Paraguai-Argentina-Chile, transparece uma resposta para a crise econômica que assola várias nações nesse início de século e milênio, inclusive no território sul-americano. Porém, as transformações e consequências do estabelecimento de uma nova rota comercial, um corredor internacional de negócios, são inevitáveis, mormente quanto aos aspectos sociais, culturais, ambientais, além dos intensos fluxos econômicos e tecnológicos.

A emergência de novos cenários, no âmbito de um território transfronteiriço, a partir dessa intervenção política e econômica, no coração sul-americano, composto por um conjunto de origens bioétnicas, multi-culturais, riquezas naturais, campos férteis, é, pois, o motivo do presente estudo, à luz do direito do desenvolvimento sustentável, no local, que a seguir serão delineados e estudados.

2. O surgimento de um novo corredor comercial a partir de um território transfronteiriço de riquezas e produções agrícolas: Rota da Integração Latino-americana (RILA), ou, Corredor ou Rota Bioceânica.

Fato incontestável, diante das recentes notícias veiculadas pela imprensa internacional, é que a guerra comercial travada entre os Estados Unidos e China, além da quebra de braço entre as potências mundiais

no MERCOSUL. Em 2017, o estoque de investimentos da UE no bloco sul-americano somou US\$ 433 bilhões. O Brasil é o quarto maior destino de investimento estrangeiro direto (IED) extrabloco da UE." (BRASIL, 2019)

para assegurar o topo da hegemonia comercial mundial, provoca grandes preocupações e movimentações em todas as nações do globo terrestre.

O aceleramento para assinatura do acordo entre a União Europeia e o Mercosul que, após cerca de 20 anos de negociações sem sucesso, entre a União Europeia e o Mercosul, está agora na sua fase final, por certo, é uma dessas conseqüências, acima mencionadas, em busca de consolidação de outras alternativas e como mecanismo de estratégia e defesa mercadológica, diante do dinâmico movimento que assolam todos os países e continentes, acirradamente, nos últimos tempos.

Destarte, embora tratado como um fato regional e meramente endógeno, o anúncio da construção de três pontes entre as fronteiras do Brasil e o Paraguai, pelos seus governos, também, pode acelerar uma série de negócios pelo mundo afora, por meio dos portos do Pacífico, em especial da costa oeste do Chile, rumo aos países asiáticos, parte oeste do norte da América do Sul e Central, Caribe, Estados Unidos e Canadá.

Dentre essas construções de pontes fronteiriças, entre o Brasil e Paraguai, contempla uma que será no Rio Paraná, região do Marco das Três Fronteiras, que ligará a cidade de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná, Brasil, com a cidade de Presidente Franco, no Departamento do Alto Paraná, Paraguai, projeto este denominado de Segunda Ponte Fronteiriça sobre o Rio Paraná (a primeira é a Ponte da Amizade que liga as cidades de Foz do Iguaçu, no Brasil, com Ciudad del Este, Departamento do Alto Paraná, Paraguai). Uma terceira ponte¹¹⁷, também, na fronteira dos dois países citados, será no Rio Paraguai, ligando a cidade de Porto Murti-

117 "Atos do Congresso Nacional. Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Cássio Cunha Lima, Primeiro Vice-Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Comum e do inciso XXVIII do art. 48 do Regimento Interno do Senado Federal, promulgo o seguinte DECRETO LEGISLATIVO Nº 110, DE 2018 (*) Aprova o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai para a Construção de uma Ponte Rodoviária Internacional sobre o Rio Paraguai entre as Cidades de Porto Murtinho e Carmelo Peralta, assinado em Brasília, em 8 de junho de 2016. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai para a Construção de uma Ponte Rodoviária Internacional sobre o Rio Paraguai entre as Cidades de Porto Murtinho e Carmelo Peralta, assinado em Brasília, em 8 de junho de 2016. Parágrafo único. Nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que

no, no Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil, com a cidade de Carmelo Peralta, no Departamento do Alto Paraguay. E, por último, uma ponte fronteiriça com os mesmos países, sobre o Rio Apa, para ligar a cidade brasileira de Porto Murtinho para a cidade de San Lazaro no Departamento de Concepción.

Mas, para efeito destes estudos, é de notar a abrangência territorial extensa e transfronteiriça dessa terceira edificação, e suas possíveis consequências jurídicas, a partir dessa possibilidade da construção dessa anunciada ponte sobre o Rio Paraguai, entre Porto Murtinho, Brasil e Carmelo Peralta, Paraguai, pois, é partir dessa ligação terrestre que torna interessante, sobretudo, analisar a transformação de novos fenômenos sociais, culturais, históricos, econômicos, ambientais, jurídicos, fluxos migratórios, com a atração de investimentos de infraestrutura rodoviário, alfandegário e portuário, para o escoamento de grãos, carnes, minérios e outras matérias primas para as indústrias e consumos mundiais.

As transformações no território, portanto, são para a construção de um modelo econômico na região que visa suprir demandas crescentes, em especial das produções agrícolas para alimentar bilhões de pessoas, em outros países da América do Sul, Central, do Norte, Ásia e Oceania, saindo do território brasileiro, das regiões dos Cerrado, Mata Atlântica, Pantanal, adentrando na região do Chaco Paraguaio, norte da Argentina, Deserto do Atacama, Cordilheira dos Andes, até chegar nos portos do norte do Chile, Antofagasta, Iquique e Mejillones. E, como efeito dessa ligação, está sendo prevista uma intensa importação, com entrada nesse vasto território, dos produtos vindos principalmente da Ásia e Estados Unidos.

Esse território regional no coração da América do Sul, inicialmente, envolve quatro países, o Brasil, Paraguai, Argentina e Chile, e está sendo denominado de Rota Bioceânica (pelo fato de interligar o a costa leste sul-americana no Oceano Atlântico à costa oeste no Oceano Pacífico) ou Rota de Integração Latino-Americana (RILA), sendo esta última o

possam resultar em revisão do referido Acordo, bem como quaisquer ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 18 de abril de 2018 Senador CÁSSIO CUNHA LIMA Primeiro Vice-Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência (*) O texto do Acordo acima citado está publicado no Diário do Senado Federal de 14/03/2018." (Diário Oficial da União Nº 75, de 19.04.2018, Seção 1, p. 03).

nome predileto pelos empresários e universidades, vez que integrará povos e culturas.

3. A necessidade urgente da pavimentação jurídica, ao longo do território da RILA, como consolidação do Estado Democrático de Direito frente à globalização

Nesse ponto, motivo fulcral deste estudo, chama a atenção o surgimento de um novo território que, em razão de sua multidimensionalidade *sui generis*, foge dos modelos tradicionais de Estado¹¹⁸ e do conceito clássico de soberania, pois, diante da nova era da globalização, os povos se sujeitam aos novos modelos de padrões sociais, por imposições globalizantes, em rede e plenamente conectados, diante de “[...] um mundo de fluxos globais de riqueza, poder e imagens, a busca pela identidade, coletiva ou individual, atribuída ou construída, torna-se a fonte básica de significado social” (CASTELLS, 1999).

Isso tudo que ocorre em grande parte do planeta, por efeito da globalização, ao mesmo tempo que significa um progresso para a região, mas, por outro lado, transparece a insegurança jurídica¹¹⁹, para quem nunca viu um movimento tão grande como está ocorrendo atualmente, por ser um dos últimos redutos ainda não impactados pelo avanço de crescimento econômico mundial, que pode significar um mundo muito diferenciado do atual cenário, do *modus vivendi* atual da maioria dos que nasceram e ainda vivem nessa região. Em resumo, pois, trata-se dos últimos recantos ainda não interligados, sem a pujante conexão global, com baixa densidade demográfica, recursos naturais intactos, sem qualquer acesso aos

118 Nesse sentido, também, destaca-se: “A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica –, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência.” (BECK, 1999).

119 “A ordem jurídica, que se justifica como mecanismo de regulação objetiva e prescritiva de uma sociedade, descreve um mundo irreal aos problemas e prioridades cotidianas dos grupos sociais, cujo grau de complexidade aumenta exponencialmente numa sociedade multifacetada. A consequência é o alheamento desses grupos quanto à ordem jurídica estatal e a criação de mecanismos autóctones de regulação e de solução de conflitos.” (BARRAL, 2006).

grandes centros, sem dúvida, é um território que, em breve e de forma muito veloz, mudará de cenários, conceitos e comportamentos sociais e econômicos.

Entretanto, em alguns recantos do globo terrestre, a conexão pode se dar, convém ressaltar, com maior ou menor intensidade, dependendo de vários fatores políticos, sociais, tecnológicos ou econômicos e que causam reflexos diretos e indiretos.

Mas, como meio de garantir a necessária segurança jurídica, na preservação de bens e direitos aos povos do território, nas mais diversas temáticas que envolvem, por exemplo, a dignidade humana, a paz territorial, a felicidade e prosperidade econômico-social de forma sustentável, seja no intenso trânsito ou ocupações territoriais, portanto, tornam-se necessárias e urgente, prioritariamente, amplas reflexões, debates e construções de modelos jurídicos que possam nortear as relações individuais, coletivas, institucionais, exploratórias no território, de forma sistêmica, que importam para as sociedades contemporâneas que primam pelo Estado Democrático de Direito.

Observa-se, por exemplo, que os conceitos clássicos da Teoria do Estado passam a ser relativizados neste processo de globalização e descentralização do processo decisório. Esse processo de forma dinâmica atravessa as fronteiras, desafia as regras e princípios do Estado, ameaça a soberania (RANIERI, 2013), assim resumida:

O Estado moderno dos primórdios do século XXI se defronta, no seu território e na ordem internacional, com uma pluralidade de centros decisórios e de produção do direito, não estatais ou supraestatais, o que implica a relativização da centralidade, unidade e territorialidade do poder estatal. Sua soberania é partilhada ou compartilhada com os demais sujeitos da ordem internacional e regional, provocando o declínio da autoridade estatal assim como a perda do monopólio do poder político. De outro lado, a prevalência da economia sobre a política, em grande parte por obra de processos de transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, e da perda do controle estatal sobre a moeda, associada à tecnologia da informação e à organização da sociedade em rede relativizou a soberania dos Estados (RANIERI, 2013).

Novos conceitos jurídicos surgem ou devem ser repensados, assim, com a globalização e seus efeitos para a relativização, desconstrução ou adaptação conceitual do Estado e o seu poder político e atuação, aos reclamos dos novos tempos, como visto acima. Entretanto, por inexistir outro modelo, importa ainda defender a existência do Estado, como um pressuposto de ordem e organização na sociedade contemporânea, cabendo sim, admitir o repensar necessário, sob a necessidade prioritária dos pilares de uma edificação jurídica, para a consolidação e segurança jurídica, como é o caso.

Urge, portanto, a adoção de ações urgentes de amparo e cautela, no âmbito jurídico, quando do nascimento desse novo espaço territorial, multinacional, transfronteiriço, multicultural, com reflexos transcontinentais, que envolve esse pedaço da América do Sul que responde por 25% das transações atuais com a União Europeia, sem contar com os negócios com os demais continentes globais, admitindo-se e fazendo inserir as discussões, de imediato, para salvaguarda dos povos, do território e das relações que neles (no local) e deles afetam (do local).

3.1 Integração e uniformização das normas como efeito do direito transnacional: urgência para construção da segurança jurídica no desenvolvimento local e territorial

A integração jurídica parte do pressuposto de que todas as normas dos países envolvidos no território, onde situa-se a Rota de Integração Latino-americana, terão um amplo diálogo para serem aplicadas sobre as relações comerciais, sociais, privadas e públicas, sem que se necessite uma alteração substancial na essência original de suas normas, ao passo que a uniformização predispõe uma aplicação retilínea, mas, com alterações que forem necessárias para adequação aos interesses maiores dos acordos, convenções ou tratados.

Ambas modalidades jurídicas, integração ou uniformização de normas, podem garantir a necessária confiabilidade de relações no âmbito territorial, que podem incidir nos princípios do Direito Internacional Público e Privado. Na esfera privada, tem surgido um novo fenômeno jurídico denominado “Direito Transnacional” (RAMOS, 2016) que é

de origem¹²⁰ não estatocêntrica, “nem nacional, nem internacional, mas fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados”, numa interação que torna possível a admissão de um “pluralismo jurídico global”, cujas principais características são:

- (i) por ser composto por normas de origem não estatal, (ii) voltadas a eventos transfronteiriços, e (iii) por contar com a anuência dos Estados, quer por meio do reconhecimento da autonomia da vontade ou mesmo da execução de laudos arbitrais.

Nesse sentido, a junção de vários espaços e normas nacionais e não a sua mera internacionalização, mas, algo que transpassa os velhos conceitos, surgindo uma coisa totalmente diferente do que se tinha, assim, gera a chamada transnacionalização dos direitos (BECK, 2001), diante de uma “anarquia, na qual a globalização e porosidade das fronteiras políticas formam janela de oportunidade para determinados agentes econômicos buscarem autonomia plena.” (RAMOS, 2016).

O novo território, no centro-oeste sul-americano, já acena com relações de cooperação entre governos, empresas, universidades, mas, os conflitos também surgirão com o passar de sua existência, onde os interesses erigidos pelo Direito Internacional Privado, por consequência, deverão transbordar para o vasto oceano do Direito Transnacional, pois a autonomia da vontade privada estará sujeita, nesse diapasão de integração e harmonização jurídica necessárias para a segurança jurídica, os direitos fundamentais, “a igualdade, o acesso à justiça, a privacidade, entre outros direitos que podem se chocar com a liberdade dos agentes econômicos privados” (RAMOS, 2016).

Questões aduaneiras e alfandegárias, por exemplo, representam hoje um gargalo muito grande para a fluência que o desenvolvimento globa-

120 “Os órgãos de produção dessas normas transnacionais podem ser privados, como a Câmara de Comércio Internacional, ou internacionais, como a UNIDROIT (Unificação do Direito Privado, que é uma organização internacional). Decisiva é a natureza da norma transnacional produzida, que não é doméstica (por exemplo, uma lei) ou internacional (um tratado), objetivando a regulação de fatos transfronteiriços. A proliferação do Direito Transnacional consagra, assim, a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico global, com normas oriundas dos Estados e, também, de agentes privados.” (RAMOS, 2016).

lizado requisita. Metodologias superadas e burocracias exageradas, comprovam a lentidão, que contraria a dinâmica requisitada, hodiernamente, pelas sociedades contemporâneas.

É preciso rever conceitos, mormente os internos e nacionais, diante da necessidade de uma visão, não mais como uma sociedade de normas, geralmente, com uma visão apenas endógenas e protecionistas, mas, voltada para um plano exógeno, amplo, sistêmico, atento às relações latentes e os efeitos da globalização, pois, o “Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada.” (ALLARD; GARAPON, 2006).

A segurança jurídica, enfim, possui um foco central, que deve ser vista sob todos os ângulos e atores que participarão dessa edificação territorial, sejam privados ou públicos, individuais ou coletivos, vez que projeta o desenvolvimento integrado “ao que os ditames da globalização só podem reforçar a necessidade de uma região de planejamento transfronteiriça, o que exige um esforço maior de seus governantes” (PAIXÃO, 2005).

Portanto, para a plena consolidação do desenvolvimento da RILA, inadiavelmente, requisita-se a conscientização e ações governamentais, institucionais, acadêmicas, empresariais, sobretudo, na construção de agendas sob à óptica do Direito Transnacional e do Estado Democrático de Direito, interligando não somente estruturas físicas, mas a necessária ambiência jurídica para assegurar paz, estabilidade, dignidade e desenvolvimento sustentável e próspero no território.

3.2 Direito ao desenvolvimento nas Constituições do Brasil, Paraguai, Argentina e Chile: similitude e possibilidade de uma integração jurídica transnacional

A Constituição da República Federativa do Brasil prenuncia que um dos quatro objetivos fundamentais da República é a garantia do desenvolvimento nacional, expressa no inciso II do artigo 3º. A preocupação com o desenvolvimento no Brasil é bastante recente (FOLLONI, 2014), mesmo para o âmbito jurídico.

A preocupação constitucional inaugura-se, de forma tímida, com a carta de 1967, crescendo um pouco com a emenda de 1969. Mas é com a

atual Constituição, de 1988, que há uma preocupação jurídica intensa com o desenvolvimento. A Constituição dá um tratamento detalhado, conformando a noção de desenvolvimento em um sentido amplo (desenvolvimento tecnológico, econômico, social, científico, cultural, humano, urbano, do ensino, da pessoa, nacional, do país). Um dado interessante que o autor ressalta é que até a década de 1990, o PIB era usado para mensuração do desenvolvimento, o que se observa que até essa época, crescimento econômico era sinônimo de desenvolvimento. (FOLLONI, 2014, p. 70).

O autor ainda ressalta que na Constituição da República, há a menção sobre os temas de desenvolvimento econômico e desenvolvimento social. No entanto, os temas são atrelados, sendo que em alguns momentos a própria Constituição unifica os dois termos, a exemplo da expressão “desenvolvimento econômico-social”. Posto isso, defendeu-se que um desenvolvimento não pode anular o outro (FOLLONI, 2014).

É o que se comprova ao analisar os temas abordados na Constituição da República: há a premissa maior que é o alcance do desenvolvimento como um todo, mas que, ao longo dos títulos e capítulos que a Lei maior aborda, percebe-se que a ideia de desenvolvimento também é encontrada quando se legislou sobre temas como meio ambiente, educação, pesquisa, trabalho, por exemplo (GABARDO, 2009). A Constituição de 1988 é o símbolo de um projeto socializador de um povo que busca a justiça, solidariedade e a felicidade.

Restando satisfeitas, ao menos para este trabalho, a análise do desenvolvimento da Constituição pátria, é necessário partir para as constituições dos outros países latino-americanos: Paraguai, Argentina e Chile. Para realizar tal comparação, é preciso tomar como consideração (LEGRAND, 2018), que defende:

Se o comparatista brasileiro quer compreender uma questão de Direito inglês, ele não pode se contentar em analisá-lo de um ponto de vista positivista. Ele deve também medi-lo a partir do plano cultural. Em última análise, uma descrição positiva (tal lei, tais decisões jurisprudenciais) explica muito pouco ou quase nada.

Partindo-se, portanto, para a análise da Constituição da República do Paraguai, nota-se que o seu artigo 6º prenuncia a qualidade de vida como

objetivo a ser alcançado pelo Estado. Para tanto, para que o objetivo deva ser alcançado, o artigo exara o comando que é premente o estudo do desenvolvimento econômico e social com a preservação do meio ambiente e a preservação da qualidade de vida dos habitantes.¹²¹

Interessante notar que, de forma similar à Constituição Brasileira, a homóloga paraguaia também preleciona a defesa por um direito a um meio ambiente saudável, assim disposta:

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente (PARAGUAI, 2019).

Percebe-se que a Constituição também possui disposições com eficácia limitada que buscam promover o desenvolvimento em setores como o desenvolvimento da criança (art. 54), o direito dos jovens e da juventude (art. 56), o direito ao desenvolvimento social por meio da educação (art. 73) ao fomento da educação técnica (art.78) e das universidades e dos institutos superiores (art.79).

Relativamente à educação em geral, a Constituição Paraguaia, assim como a Constituição brasileira, considera que a educação deve ser tomada como política pública necessária para o alcance do desenvolvimento. De maneira bastante similar à brasileira, a constituição do Paraguai deu a possibilidade de o Estado estabelecer políticas para educação em todos os níveis (seja regulando, seja fomentando), garantindo, além disso, a proteção da autonomia para o ensino superior. (art. 79).

Em relação à proteção indígena, temática bastante pertinente para os países do continente americano, a Constituição paraguaia estabeleceu o direito de propriedade comunitária para os povos indígenas em extensão suficiente para que tais povos possam promover o desenvolvimento de sua forma de vida, garantindo assim a continuidade da cultura e história indígena. Percebe-se, ademais, que tais terras são indivisíveis, não-alienáveis, imprescritíveis e não podendo sofrer oneração ou ser tributadas. A defesa

121 “Artículo 6 - DE LA CALIDAD DE VIDA [...]. El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes.”

da autonomia de tais povos sob as terras comunitárias é bastante defendida na constituição paraguaia. (art. 64).

A Constituição paraguaia também considerou como primordial para uma das facetas do desenvolvimento a reforma agrária como meio de desenvolvimento rural (art. 114 e 115), combatendo-se as terras improdutivas (art. 116). Destaca-se, também, o papel relevante das cooperativas como meio de alcançar o “desenvolvimento econômico nacional” (*desarrollo económico nacional*) (art. 113).

Considerando as múltiplas faces do desenvolvimento, a Constituição paraguaia deu importância ao desenvolvimento econômica nacional. Assim, a lei maior deu previsão ao Estado a estabelecer programas e políticas que orientem a atividade econômica global, que serão indicativos para o setor privado e de cumprimento obrigatório para o setor público. (arts. 116 e 117).

Ainda sob a óptica do desenvolvimento econômico, a organização financeira do estado paraguaio estabelece que os recursos do Estado, criados por meio da tributação, devem ser aplicados apenas e unicamente para o cumprimento de interesses nacionais (art.178). Além disso, a criação de tributos deve possuir em si políticas favoráveis ao desenvolvimento nacional (art.179).

Ao analisar a Constituição da Argentina, de pronto é possível observar que a Norma Maior desse país também busca a preservação do meio ambiente, considerando relevante para o desenvolvimento humano e as gerações futuras. (art. 41). Nota-se também a grande preocupação exteriorizada por essa Constituição quanto à preservação étnica e cultural dos povos indígenas argentinos (art. 75).

Fato que chama bastante atenção em relação à proteção dos povos indígenas é que a Constituição Argentina busca reconhecer a personalidade jurídica de suas comunidades (art. 75), algo que não foi observado nas Constituições anteriormente analisadas.

Comparativamente às Constituições do Brasil e do Paraguai, a Carta Magna da Argentina estabelece alguns valores máximos nacionais, similantemente, a saber:

Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico com justicia social, a la roductividad de la economía nacional, a la generacion de

empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. (art. 75).

Como visto, estabeleceu-se, novamente, normas de eficácia limitada, dando poderes à Administração Pública para estabelecer as políticas pertinentes.

Finalmente, a Constituição Chilena define que a educação, em seu artigo 10, possui como finalidade máxima o desenvolvimento humano. Por isso, corresponderá ao Estado fomentar o desenvolvimento da educação em todos os níveis, bem como fomentar a investigação científica e tecnológica, o desenvolvimento artístico e a proteção cultural.

Enfim, em primeira análise, verifica-se a abertura que as Constituições do Brasil, Paraguai, Argentina e Chile, propiciam para o mesmo direcionamento de interesses comuns, tal como o direito ao desenvolvimento requisitado no território da RILA, todavia, necessária e urgente é o incentivo de análises mais aprofundadas e pontuais que se pode dar através dos grupos ou comissões governamentais, empresariais e acadêmicas, visando a sua harmonização ou integração normativa, por consequência, a segurança jurídica e confiança das relações estabelecidas no território transnacional, sob comento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova estruturação no coração da América do Sul, que envolve a infraestrutura que transpassa os territórios do Brasil, Paraguai, Argentina e Chile, denominada de Rota de Integração Latino-americana (RILA), constitui-se num novo foco de desenvolvimento, pela expressiva produção de *commodities*, serviços, turismo e novos investimentos que nela transitarão, com todos os efeitos da globalização contemporânea.

Vários países, principalmente, da própria América do Sul, América Central, América do Norte, Ásia e Oceania, estarão intensificando os seus intercâmbios de negócios comerciais, industriais, tecnológicos, acadêmicos, ao tempo em que os países do Mercosul e União Europeia acenam para grandes acordos e quebras tarifárias, colocando a RILA num território de destacada evidencia econômica, social e jurídica.

Dentre os vários entraves, para o sucesso e prosperidade territorial, são necessárias e urgentes a formação de grupos de pesquisas, estudos e ações, com proatividade acadêmica, empresarial e governamental, sobre os novos direitos que deverão ser vigentes, no âmbito da RILA e dos países afetados pela sua implantação, em razão da diferença cultural e jurídica, embora com boa carga de similitude entre sí, todavia, clamam por um olhar mais atento aos óbices que são merecedores de soluções prioritárias.

Portanto, diante dessa urgente pavimentação jurídica que se faz necessária, as questões de harmonização e integração jurídica e, por consequência, seguindo uma tendência contemporânea de reduzir os efeitos avassaladores da globalização, o equacionamento entre os impulsos de dominação econômica e o direito ao desenvolvimento, com a proteção da vida, da dignidade humana, do meio ambiente, das multiculturas dos povos, do acesso pleno à justiça e aos meios tecnológicos, devem ser estimulados e incentivados por todos os atores envolvidos na consolidação da RILA: governo, empresas e academia.

5. REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização:** a nova revolução do Direito. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARGENTINA. **Constitución da La Nación Argentina.** Disponível em: <<https://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina P. B. **Globalização e a prática do direito.** GUERRA, Sidney (org.) Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Ijuí, 2006.

BECK, Ulrich. Liberdade ou capitalismo. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL - PALÁCIO DO ITAMARATY. **Acordo de Associação MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA, de 4 de julho de 2019.** Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 05 jul. 2019.

Brasil. [Constituição (1988)]. **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.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Trad. *Roneide Venâncio Majer.* São Paulo: Paz e Terra, 1999. Vol. 1.

CHILE. **Constitución de La República de Chile.** Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO – DOU. Decreto Legislativo nº 110, de 2018. Aprova o texto do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai para a Construção de uma Ponte Rodoviária Internacional sobre o Rio Paraguai entre as Cidades de Porto Murtinho e Carmelo Peralta, assinado em Brasília, em 8 de junho de 2016. Brasília: Imprensa Nacional, 2018. Nº 75, de 19.04.2018, Seção 1, p. 03.

FOLLONI, André. **A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema.** Revista Mestrado em Direito. Osasco: UNIFIEO, 2014. Vol. 41, p. 63-91.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro.** São Paulo: Contracorrente, 2018.

PAIXÃO, Roberto Ortiz. Tese. (2005). **Globalização, turismo de fronteira, identidade e planejamento da região internacional de Corumbá/MS**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo: USP, 2005. 201p.

PARAGUAI. **Constitución Nacional de La República Del Paraguay, 1992**. Disponível em: <<http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>>. Acesso em: 10 de ago. de 2019.

RAMOS, André. **Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia**. Revista de Direito Internacional. Brasília: Uniceub, 2016. Vol. 13, n. 2, p. 504-520.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELO LEGISLADOR

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa

Rodrigo Almeida Magalhães

1) INTRODUÇÃO

As pesquisas, que posteriormente deram origem à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, iniciaram-se informalmente por volta do ano 1995, tendo como seu principal fomentador o Deputado Paulo Paim, no entanto, apenas no ano 2000 o projeto de lei foi formalmente apresentado à câmara dos deputados. O resultado negativo quanto a aceitação do processo, em sua primeira apresentação, não impediu que em 2003 fosse novamente apresentado aos legisladores, agora no Senado Federal. A partir de então, iniciou-se um longo processo de alteração, adequando o projeto de lei ao que seria, aos olhos dos legisladores a melhor versão e só em 2015 o projeto de lei foi convertido na lei 13.146/15.

O presente texto tem como finalidade investigar de forma clara e objetiva a lei 13.146/15 e o impacto causado pela sua promulgação, não só na vida da pessoa com deficiência, mas também nas legislações anteriormente criadas. Como problema, o presente artigo analisará o seguinte questionamento: a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) foi benéfica às pessoas que visa proteger? Como marco teórico, utilizou-se

o artigo *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte 2)*, escrito por José Fernando Simão e publicado **na revista Consultor Jurídico**.

A princípio, descreve-se a tramitação do então projeto de lei até sua promulgação, abordando os principais acontecimentos. Posteriormente, cita-se os importantíssimos avanços acarretados pela lei, detalhando o que cada novo instituto representa e a relevância de sua criação. O artigo abordará também o atropelamento legislativo ocorrido logo após a promulgação da lei 13.146/15, que acarretou a curta vigência de alguns artigos do Código Civil (CC) que haviam sido modificados pelo Estatuto.

Por fim, analisará os problemas trazidos pelo EPD. Apesar dos avanços que foram provocados pela promulgação da lei 13.146/15, alguns problemas surgiram e precisarão ser rapidamente corrigidos, para que o estatuto não apresente resultados contrários ao seu real objetivo, prejudicando e expondo o público que visa proteger.

2) EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEI 13.146/15

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, promulgada no dia 06 de julho de 2015, passou por um grande período de avaliação até que fosse sancionada. O projeto apresentado pelo então Deputado Paulo Paim, no ano de 2000, teve seu início cerca de 5 anos antes de sua apresentação à Câmara dos Deputados. Tempo utilizado para realização de debates, estudos e aprofundamentos relacionados ao tema, objetivando aprimorar o conteúdo do projeto, pois era de interesse do Deputado apresentar um projeto capaz de beneficiar e melhorar o cotidiano da população com deficiência, cerca de 47 milhões de cidadãos.

Inicialmente apresentado à Câmara dos Deputados, o projeto não foi aceito, no entanto, três anos após a primeira tentativa, Paulo Paim agora senador, consegue êxito ao apresentar o projeto por ele redigido ao Senado Federal. Após a aprovação no Senado, já em 2006, o projeto encaminhava-se à Câmara dos Deputados para ser avaliado pela Comissão Especial, onde teve como relator o Deputado Celso Russomano. Nesse mesmo ano o projeto em análise retornou ao Senado e foi relatado pelo então Senador Flávio Arns.

Em 2008, sucedeu-se a interrupção da tramitação do projeto proposto por Paulo Paim, devido ao Brasil ter ratificado a Convenção dos

Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), dando início a inúmeros questionamentos quanto a validade do conteúdo do projeto, que precisou ser analisado para averiguar se estaria em conformidade com o tratado apresentado pela ONU.

Em virtude de tal modificação, em 2012 a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Câmara dos Deputados recebeu a árdua tarefa de adequá-lo ao tratado. Em 2013, a pedido da Deputada Mara Gabrilli realizou-se consultas e audiências públicas para que a população opinasse sobre as alterações realizadas pela SDH, tornando a construção do estatuto mais democrática.

Em 2014 a Deputada supracitada tornou-se relatora do resultado textual, fruto das alterações elaboradas pela SDH e pelas consultas e audiências públicas. No ano de 2015 o texto relatado pela Deputada Mara Gabrilli foi aceito pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, momento em que recebeu como relator o Senador Romário Faria, obtendo aprovação também nesta casa.

Após ser aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, seguindo o texto constitucional, o projeto apelidado de “estatuto da pessoa com deficiência” foi encaminhado a análise presidencial, que por conta da sua aprovação, foi sancionado e promulgado pela presidente Dilma Roussef no ano de 2015.

3) ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA LEI

O principal objetivo do EPD, de número 13.146/15, foi taxado em seu primeiro artigo, e é claro ao expressar que foi criado para “*assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania*” (BRASIL, 2015, s.p.).

Além do mais, para garantir a correta interpretação dos dispositivos normativos e assegurar a aplicação dos avanços acarretados pela lei em estudo, o legislador preocupou-se em apresentar novas definições para os termos empregados, evitando assim divergência na interpretação dos aplicadores do Direito. Entendeu-se também ser melhor utilizar o termo “*pessoa com deficiência*” e não mais “*deficiente*”.

O legislador preocupou-se em estabelecer a igualdade entre a pessoa com deficiência e o restante da população, assegurando o direito a igualdade de oportunidades e prioridade em atendimentos, repudiando atos de discriminação desferidos às pessoas com deficiência, garantindo proteção a qualquer tipo de tratamentos desumanos e degradantes, e afirmando que “*a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]*” (BRASIL, 2015, s.p.), esta última será analisada em outro momento nesse mesmo artigo.

A lei em estudo (2015) garantiu ainda importantes direitos para que as pessoas com deficiência pudessem alcançar as propostas apresentadas, são eles, o direito à vida, habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, cultura, esporte, lazer, transporte e mobilidade, direitos políticos, além de outros descritos no decorrer do texto da lei.

Além de assegurar direitos, a lei criou mecanismos capazes de auxiliar a pessoa com deficiência a alcançá-los. Como exemplo, é possível citar o direito à moradia, que impõem ao poder público a obrigação de criar “*programas e ações estratégicas*”, além de destinar “*3% das unidades habitacionais para pessoas com deficiência*” (BRASIL, 2015, s.p.).

Para garantir o direito de ir e vir assegurado pelo texto constitucional, o legislador atentou-se à necessidade de garantir que todo estabelecimento, público ou privado de uso coletivo, adequasse inteiramente ou razoavelmente o estabelecimento, quando as condições físicas do imóvel não permitirem, para que qualquer pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida pudesse acessá-lo. Obriga ainda que imóveis construídos após entrada em vigor do EPD (2015) tenham como suporte o “*desenho universal*”, que trata das normas de acessibilidade.

Ao contrário do que muitos pensam, a acessibilidade não se restringe apenas a facilitar a locomoção física, como a implantação de rampas, pisos táteis ou ainda apresentar informações em braile. A acessibilidade engloba também acesso à informação, comunicação, tecnologia, participação na vida pública e política, ciência e acesso à justiça. Nesse último, há previsão legal para que o poder público capacite membros e servidores que “*atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência*” (BRASIL, 2015, s.p.), e que ela terá acesso a qualquer recurso de

tecnologia assistiva disponível, para que não tenha seu direito de acesso à justiça lesado.

O EPD (2015) abordou em quatro artigos a aplicação de penas restritivas de liberdade e infrações administrativas, a aqueles que descumprirem os crimes tipificados. Seu objetivo é impedir a discriminação, apropriação dos meios de subsistência, abandono e retenção de documento pessoal ou cartões que possibilitam o recebimento de benefícios da pessoa com deficiência.

Outro avanço realizado pelo EPD foi a inserção no CC do artigo Art. 1.775-A, que trata da curatela compartilhada. Segundo o artigo, caberá ao juiz estabelecer a curatela a mais de uma pessoa. O recém-chegado instituto já era utilizado no cotidiano da pessoa com deficiência. Legalmente, havia apenas um tutor ou curador, no entanto, ao somar as tarefas pessoais mais as responsabilidades decorrentes da tutela ou curatela que lhe cabia, resultavam em encargos difíceis de se sustentar. Então, algumas das tarefas resultantes da designação judicial eram distribuídas informalmente pelo tutor ou curados a outras pessoas de sua confiança.

A tomada de decisão apoiada foi introduzida no CC através do artigo 1.783-A, e apresenta no caput deste artigo a seguinte definição:

“[...] é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (BRASIL, 2002, s.p.).

Com a criação deste instituto o legislador tentou amenizar as consequências da retirada da pessoa com deficiência do conjunto de pessoas absolutamente incapazes.

4) REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA LEI 13.146/15

Com a entrada em vigor da lei 13.146/15 em janeiro de 2016, várias modificações foram realizadas no CC de 2002, no entanto, algumas destas

modificações perduraram por pouco tempo, pois em março de 2016, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) também entrou em vigor, apresentando nova redação e revogando alguns dos artigos que haviam sido modificados pelo EPD. Abordaremos em seguida alguns dos artigos que foram alvo da curta vigência.

O primeiro artigo cujo conteúdo foi impactado pelo novo ordenamento foi o artigo 1.768 do CC. O referido artigo tratava da interdição, com a entrada em vigor do estatuto da pessoa com deficiência, seu caput foi alterado, trocando a palavra “*interdição*” por “*processo que define os termos da curatela*” (BRASIL, 2002, s.p.), além do mais, acrescentou um novo inciso ao artigo, concedendo à pessoa com deficiência o direito de requerer por si só o início do processo para estabelecimento de curador.

Com a entrada em vigor do NCPC, o caput e incisos do artigo 1.768 do CC foram completamente revogados. No entanto, o artigo 747 do NCPC substituiu o conteúdo do artigo analisado, em seu caput, há a mesma redação do caput do artigo 1.768 do CC anterior a alteração causada pela lei 13.146/15, e apesar de estar fora de ordem, seus incisos se aproximam de uma cópia dos incisos anteriores a alteração causada pelo EPD, a nova redação suprimiu o inciso que permitia à própria pessoa solicitar o estabelecimento de curador, retirou também a possibilidade do companheiro solicitar o processo de curatela e acrescentou a possibilidade de “*representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando*” (BRASIL, 2002, s.p.), solicitar a interdição.

O próximo atropelamento a ser analisado ocorreu com o artigo 1.769 do CC, que em seu caput previa a promoção da interdição pelo Ministério Público, elencando as hipóteses para sua aplicação nos três incisos referentes ao artigo. Com a promulgação do EPD o caput foi alterado, trocando a palavra “*interdição*” por “*processo que define os termos da curatela*”. Outro ponto também alterado ocorreu no inciso primeiro do artigo, onde o novo texto do estatuto promoveu a retirada do termo “*grave*”, que se referia à condição do doente mental, e acrescentou outro tipo de deficiência, a intelectual. No inciso terceiro houve também o acréscimo do termo “*menores*”, ausente na redação anterior a alteração (BRASIL, 2002, s.p.).

Ao ser promulgado, o NCPC revogou todo o texto do artigo analisado. Para suprir sua ausência, em seu artigo 748, o NCPC apresenta as ocasiões em que o Ministério Público estará responsável pela realização da

“interdição”. Já no caput o legislador restringe a atuação do Ministério Público aos casos de “doença mental grave” (BRASIL, 2015, s.p.) e nos incisos, afirma que a atuação do *parquet* será necessária se as pessoas dos “*incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição*”, ou, “*se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747*” (BRASIL, 2015, s.p.). Vale ressaltar que o termo “interdição” foi rejeitado reiteradas vezes pelo Estatuto, entretanto, esse cuidado não foi observado pelo NCPC.

O artigo 1.771 do CC também possuiu validade por pouco tempo. O artigo citado anteriormente sofreu alteração textual pela lei 13.146/15 e posteriormente foi revogado de forma integral pela entrada em vigor do NCPC. A redação anterior à modificação causada pelo EPD dizia: “*antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade*” (BRASIL, 2002, s.p.). Após a modificação, divulgou-se a seguinte redação: “*Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando*” (BRASIL, 2002, s.p.). O estatuto causou a alteração do termo “especialistas” por “equipe multidisciplinar”, responsável por assistir o juiz no momento da entrevista.

O NCPC tratou em seu artigo 751 do mesmo conteúdo revogado no artigo 1.771 do CC. A nova redação ressalta que a pessoa, cuja incapacidade está sendo averiguada, será citada pelo juiz e este a “*entrevistará minuciosamente acerca de sua vida*” e “*o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade*” (BRASIL, 2015, s.p.). A nova redação assegura ainda que se o interditado não puder se deslocar, “*o juiz o ouvirá no local onde estiver*” (BRASIL, 2015, s.p.) e que poderá utilizar dos recursos tecnológicos capazes de permitir ou auxiliar o interditado ao expressar sua vontade, além de ficar a escolha do juiz ouvir parentes e pessoas próximas do interditado.

É possível perceber um retrocesso legislativo ao analisar o parágrafo segundo do artigo 751 do NCPC, pois, na versão original do artigo 1.771 do CC e sua nova redação após o EPD, que posteriormente também foi revogada, percebe-se que havia a necessidade do juiz ser auxiliado durante a entrevista, por especialistas ou equipe multidisciplinar, para decidir de forma correta sobre a interdição ou curatela. No entanto, quando se refere a entrevista, o NCPC, no parágrafo segundo do artigo 751 torna o acom-

panhamento por especialistas algo facultativo, tendo em vista que o legislador utilizou-se do verbo “*poderá*”, ficando assim a redação: “*a entrevista poderá ser acompanhada por especialista*” (BRASIL, 2015, s.p.).

O artigo 1.772 do CC, outro atingido pelo atropelamento legislativo, teve seu texto redigido pela lei 13.146/15, tornando-o mais claro que o anterior. A nova redação trouxe também a criação de um parágrafo único, garantindo que “*para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa*” (BRASIL, 2002, s.p.), dando voz à vontade da pessoa a ser interditada. No entanto, todo o texto foi revogado.

Segundo o artigo 755 do NCPC, que trata da matéria revogada do artigo 1.772 do CC, o juiz, em sua decisão, deverá nomear curador, fixar os limites de seus atos de acordo com o “*estado e o desenvolvimento mental do interdito*”, levando em conta “*suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências*” (BRASIL, 2015, s.p.). Deverá garantir ainda que a curatela seja “*atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado*” (BRASIL, 2015, s.p.).

É importante ressaltar que parte das alterações provocadas pelo EPD e posteriormente revogadas meses depois pelo NCPC, trariam avanços para as pessoas com deficiência, no entanto, a inobservância do poder legislativo causou o que o autor Flávio Tartuce (2015) chama de “*atropelamento legislativo*”, ou seja, a lei anteriormente criada não surte efeito, pois logo após sua criação nova lei entra em vigor e suprime parte das alterações da primeira lei.

5) CRÍTICAS AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O EPD trouxe avanços para o ordenamento jurídico, porém muitos foram os retrocessos causados pelo legislador, que claramente expôs a população que visa proteger, deixando-os a mercê no mundo em que obter vantagens sobre o outro, mesmo que para isso tenha que prejudicar alguém, é algo comum.

Como dito no início desse artigo, quando ainda era um projeto de lei, o EPD passou por vários relatores, dentre eles estava o Senador Romário,

que em um de seus pronunciamentos no Senado Federal proferiu o infeliz discurso: “[...] *competi-nos portanto, senhor presidente e senhoras e senhores senadores, essa pelo menos é a minha opinião, decidir se vamos aceitar o muito bom ou se vamos ficar mais doze anos discutindo em busca do ótimo e talvez a gente não consiga alcançá-lo [...]*” (ROMÁRIO, 2015, s.p.)

Percebe-se na fala do honroso senador que ele e seus colegas parlamentares tinham conhecimento de que o projeto criado, modificado e promulgado por eles possuía problemas. Problemas apontados por juristas que indignados, escreveram vários e vários artigos acusando o referido projeto de mais prejudicar a pessoa com deficiência do que ajudá-la.

Ora, se senadores e deputados, que são os responsáveis dentre outras coisas por redigir textos normativos, optam pela promulgação de um projeto de lei falho e que após entrar em vigor causará imensuráveis problemas e preocupações, a quem deveremos clamar por socorro? Se sabiam dos problemas por que não corrigiram o texto? Nunca teremos acesso às respostas para tais indagações. A seguir, serão abordados alguns dos principais problemas apresentados pelo EPD.

5.1) Capacidade Civil e Representação

Uma das alterações mais preocupantes causadas pela lei 13.146/15 no CC de 2002 refere-se à capacidade. Os principais artigos que abordam o assunto são o artigo terceiro, que disserta sobre a incapacidade absoluta, e o quarto artigo, em que o legislador apresenta a incapacidade relativa ou parcial.

Antes da alteração causada pelo EPD o CC apresentava como absolutamente incapazes “*I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*” (BRASIL, 2002, s.p.). Com a alteração, revogou-se todos os incisos e a redação do caput do artigo foi alterada, que passou a vigorar como sendo “*absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos*” (BRASIL, 2002, s.p.), ou seja, o único a ser considerado absolutamente incapaz será o menor impúbere, criança ou adolescente com idade inferior a 16 anos.

O artigo que trata da incapacidade relativa também sofreu alterações, em seu texto original, determinava como relativamente incapaz “*I – os*

maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos” (BRASIL, 2002, s.p.). A promulgação do estatuto determinou nova redação, a partir de então, são relativamente incapazes *“I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos”* (BRASIL, 2002, s.p.).

Ao realizar a revogação e alteração textual dos artigos supracitados, o legislador retirou as pessoas com deficiência, que possuam limitações física, mental, intelectual e/ou sensorial do grupo de incapazes. Visando promover a igualdade, afirma no artigo sexto do EPD que *“a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa[...].”* (BRASIL, 2015, s.p.) e no artigo 84 afirma que *“A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”* (BRASIL, 2015, s.p.).

Dessa forma, segundo o EPD (2015) a pessoa com deficiência que seja capaz de expressar minimamente sua vontade terá capacidade plena, e as pessoas com deficiência que de forma transitória ou permanente forem incapazes de expressar minimamente suas vontades, foram transferidas para o artigo quarto do CC, agora consideradas relativamente incapazes.

A alteração torna as pessoas desprovidas de discernimento capazes de realizar atos da vida civil, sem que estejam aptas a realiza-los. O EPD preocupou-se em torná-los fantasiosamente iguais, pois mesmo sendo capazes, não conseguirão manifestar suas vontades.

Pensemos em uma pessoa que devido a um problema de saúde, foi induzida ao coma sem previsão para deixar este estado, e que no decorrer desse período, alguns infortúnios precisaram ser solucionados. Como esta pessoa não se enquadra na condição de absolutamente incapaz, nenhuma medida poderá ser tomada, pois o paciente precisará manifestar sua vontade, o que é impossível devido a sua situação fictícia. No exemplo apresentado a pessoa não necessita de assistência, mas de representação, caso contrário será prejudicada.

Mais grave do que a situação descrita no parágrafo anterior é a de pessoas que, permanentemente, não conseguirão manifestar suas vontades, como as que encontram-se em estágio avançado de alzheimer, ou que

estão em estado vegetativo. É sabido que caso a medicina não realize evoluções consideráveis, a chance que essas pessoas possuem de serem curadas são extremamente baixas, e possivelmente nunca mais estarão aptas a lidar com decisões simples do cotidiano, tamanho é o nível de devastação no corpo humano. A partir de então, estas pessoas precisarão de representantes permanentes e não assistentes.

Vale a pena observar ainda que os atos praticados por absolutamente incapazes são nulos por força do artigo 166, inciso I do CC (2002), e quando praticados por relativamente incapazes sem a presença de seu “auxiliar” serão anuláveis. A alteração provocada no CC pela lei 13.146/15 não modificou estes dispositivos, no entanto, ao retirar as pessoas com deficiência da esfera dos absolutamente incapazes, tornou os atos praticados por eles válidos e caso o prazo não seja observado, ocorrerá prescrição temporal, impedindo o desfazimento de tais atos após o decurso do prazo.

5.2) Curatela de Pessoas Capazes

José Fernando Simão (2015) em seu artigo “*Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte 2)*” aborda uma questão interessante, o referido autor ilustra uma situação em que a pessoa com deficiência seja capaz de exprimir sua vontade, no entanto, necessita de curatela para realizar determinados atos da vida civil, que foi ajustada pela lei 13.146/15 em seu artigo 85 quando se tratar de “*direitos de natureza patrimonial e negocial*” (BRASIL, 2015, s.p.).

O parágrafo anterior apresenta um novo instituto criado pelo EPD, a curatela de pessoas capazes, instituído no momento em que as pessoas com deficiência tornaram-se aptas a desempenhar os atos da vida civil. No entanto, não determinou se os “capazes curatelados” serão assistidos ou representados.

No CC, o estatuto revogou os incisos II e IV do artigo 1.767, além de apresentar nova redação aos incisos restante, de tal modo que, não há previsão legal para que se estabeleça curador à pessoa com deficiência que tenha capacidade para discernir alguns atos da vida civil. Percebe-se a existência de desarmonia entre o CC e o EPD.

5.3) Quanto ao Casamento

O EPD apresenta em seu artigo sexto a seguinte redação:

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória [...]” (BRASIL, 2015, s.p.).

Tentando realizar a inclusão da pessoa com deficiência, o legislador comete outro grave equívoco. Não se pode generalizar dizendo que qualquer tipo de deficiência não interfere na construção familiar, e mesmo que casamento ou união estável sejam frutos da vontade, expressar o desejo de iniciar um relacionamento, não é um indicativo de que os cônjuges estão aptos a decidirem sobre o número de filhos.

Da forma que o artigo do EPD foi redigido, é possível que sejam encontradas em caráter vindouro, famílias que, desprezando a utilização de métodos contraceptivos, tenham filhos de forma desenfreada, sem que se tenha o devido cuidado com os que já nasceram.

Imaginemos uma família formada por pessoas com deficiência, que fruto de um desejo momentâneo resolveram contrair matrimônio ou união estável, e que nascendo a cada ano mais e mais filhos, não tenham mais recursos para prover nem mesmo o básico como alimentação, higiene pessoal e vestuário. Possivelmente tal família perderá a guarda de seus filhos, que a partir de então passarão pelo imensurável trauma, que poderia ser evitado, de serem retirados do seio familiar.

O EPD acrescentou no CC o parágrafo 2º ao artigo 1.550 e afirma que a pessoa com deficiência “*poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador*” (BRASIL, 2002, s.p.). Há aqui outro problema, tendo em vista que o casamento é fruto da vontade, se há vontade, e a pessoa com deficiência agora é capaz por força de lei, não há necessidade de o curador ou responsável auxiliá-lo, e mais, o artigo 85 do EPD afirma que “*a curatela afetará tão somente os atos relaciona-*

dos aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (BRASIL, 2015, s.p.) e no primeiro parágrafo do mesmo artigo assevera que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio [...]” (BRASIL, 2015, s.p.).

5.4) Concessão de Direitos Políticos

O EPD, em seu artigo 76 apresenta a seguinte redação “*à pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada*” (BRASIL, 2015, s.p.). É compreensível garantir à pessoa com deficiência o direito de votar, dessa forma exerce sua cidadania e participa da escolha do candidato que melhor lhe represente. No entanto, garantir a qualquer pessoa com deficiência o direito de ser votado é contribuir com a deturpação dos valores protegidos pela sociedade e desconhecidos pela maior parte dos políticos.

A pessoa com deficiência seria facilmente coagida a realizar a vontade de algum outro homem público, sem pensar se sua atitude seria correta ou não, assim, não teria voz. Além do mais, nem todo tipo de limitação possibilita que a pessoa seja capaz de discernir e conhecer os vários assuntos que o político precisa examinar durante seu mandato, o que poderia colocar em risco a própria pessoa com deficiência, uma vez que responde integralmente por seus atos.

6) CONCLUSÃO

Não se pode negar que a humanidade está em constante evolução, muda-se a maneira de vestir, de falar, de se comportar, de trabalhar, por fim, de viver. Cabe ao direito acompanhar toda alteração social ocorrida, expondo formas de lidar com fatos já sucedidos, tendo em vista que não é possível a previsão de acontecimentos futuros, de tal modo que o legislador está sempre um passo atrás do progresso humano.

A criação contínua de leis eventualmente apresenta problemas, como exemplo, pode-se citar o atropelamento legislativo ocorrido com dispositivos do EPD, que após realizar modificações no CC, teve parte destas alterações revogadas pelo NCPC, que entrou em vigor três meses depois do EPD.

No decorrer deste escrito as consequências da curta vigência de determinados artigos foram abordadas, no entanto, para que seja possível suprir a falta desses, outra alteração precisará ser feita, revogando os artigos do NCPC que revogaram a redação dos artigos anteriormente modificados pelo EPD.

Grande enriquecimento foi provocado pelo EPD, e isso não se pode negar. Possuidora de um dos mais nobres motivos, foi criada com o objetivo de promover a inclusão social, igualdade, liberdade, cidadania entre outros avanços, no entanto, da forma em que se deu a modificação textual, o estatuto colocou em risco o público que visa proteger.

A população vive hoje uma crise ética e dar plena liberdade a pessoa que possui minimamente discernimento é uma ação no mínimo arriscada, tendo em vista que a partir de então, a pessoa com deficiência possui capacidade para lidar sozinha com os atos da vida civil, o que poderá causar prejuízos irreparáveis à pessoa e ao seu patrimônio.

O agrupamento das pessoas com deficiência em duas categorias, absolutamente incapazes e relativamente incapazes, que anteriormente vigorava respaldado pelo CC, não possuía o objetivo de menosprezar ou desvalorizar a pessoa com deficiência, pelo contrário, seu propósito era de salvaguardar os que de alguma forma se encontravam vulneráveis na sociedade.

A pessoa com deficiência precisa desfrutar de liberdade e gozar do direito de expressar sua respectiva vontade, no entanto, é preciso que tal liberdade seja dada na medida da capacidade individual. Não se pode colocar as pessoas com deficiência em um mesmo nível, como realizado pelo EPD, tendo em vista que certas deficiências causam a incapacidade absoluta, enquanto outras se quer atrapalham o desenvolvimento mental.

Dizer que uma pessoa em estágio avançado de alzheimer que consiga escolher a roupa ou comida que melhor lhe agrada, possui capacidade para realizar atos da vida civil da mesma forma que uma pessoa que, por acidente, contraiu limitações de locomoção pela perda de uma perna, por exemplo, é no mínimo desleal. Não se pode igualar as duas pessoas com deficiência pois estão em situações completamente diferentes.

A longo prazo, será preciso corrigir as perigosas alterações que foram realizadas acerca da capacidade, pois abriu-se brechas para que a pessoa com deficiência tenha seus direitos lesados. Até que seja corrigido, a curto

prazo, caberá aos aplicadores da lei, munidos de bom senso, analisar a real situação da pessoa com deficiência e decidir se o nível de discernimento possuído por ela é capaz de emitir decisões válidas quanto aos atos da vida civil. A proteção precisará ser elaborada, pelo menos provisoriamente, através de jurisprudência para suprir o referido déficit, tendo em vista a urgência do assunto.

Posteriormente, é preciso reestruturar a separação das pessoas com deficiência em categorias de acordo com o discernimento de cada uma, e assim estabelecer taxativamente quais atos da vida civil estariam aptos a realizar, seria a forma de proteção mais aconselhável. É melhor que se tenha limitação quanto a liberdade e proteção legislativa, do que ter plena liberdade e não possuir proteção.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm#art127. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 16 jun. 2019.

FARIA, Romário de Souza. **Romário relata a Lei Brasileira de Inclusão no Plenário do Senado**. YouTube, 10 de Jun. de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ar6iRJvt6zk>. Acesso em: 07 Jun. 2019.

GABRILLI, Mara. **LBI – Lei Brasileira de Inclusão**. Brasília, 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://maragabrilli.com.br/wp-content/>

uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf. Acesso em: 08 Jul. 2019.

SENADO, TV. **Paim comemora sanção da Lei Brasileira de Inclusão.** YouTube, **6 de Jul. de 2015.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4U2dCwosnF4>. Acesso em: 08 Jun. 2019.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). Revista **Consultor Jurídico**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 14 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Migalhas. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 10 Jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015: Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Primeira parte.** Jusbrasil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>. Acesso em: 7 jun. 2019.

GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE PREVENÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Ana Carla de Oliveira Mello Costa Pinho

Alessandra Medeiros

1. INTRODUÇÃO:

Atualmente, alienação parental passou a ser uma terminologia utilizada no vocabulário corrente sem que, de fato, a maioria das pessoas compreendam seu real significado e implicações para os atores envolvidos. O presente artigo propõe uma análise a respeito deste tema e, ainda, visa trazer reflexões a respeito do papel da guarda compartilhada para tentar coibir a prática que resta tão sofrida, em especial, para as crianças e adolescentes vítimas, como se verá a seguir.

2. PODER FAMILIAR:

Inicialmente, interessante traçarmos breves considerações a respeito do histórico e da evolução do poder familiar. Durante muito tempo a família estava socialmente, juridicamente estruturada e fundada no formato patriarcal, sendo o pai a autoridade maior. A legislação brasileira consagrava esta concepção quando assegurava, no Código Civil de 1916 o exercício do pátrio poder exclusivamente ao marido, como “cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal” (DIAS, 2015, p. 461). À mulher era possível o exercício do poder familiar em relação aos fi-

lhos apenas se houvesse a falta do marido. Com o Estatuto da Mulher casada de 1962, que alterou o Código Civil de 1.916, o pátrio poder passou a ser exercido pelo marido com a colaboração da mulher e, havendo diferença de opinião sobre algum tópico entre o casal, deveria prevalecer a posição do homem, mas dando a mulher a possibilidade de levar a situação a juízo para (Dias, 2015).

A concepção atual de família, é fruto de inúmeras e céleres transformações em vários âmbitos, que abrangem desde as transformações ocorridas pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho à transformações políticas e sociais que levaram ao desaparecimento do modelo familiar patriarcal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, este desaparecimento foi consagrado quando, em seu artigo 5º.I. igualou homens e mulheres em direito e deveres, e, conseqüentemente (art. 226, parágrafo 5º.) instituiu que o exercício do poder familiar deve ser igualmente exercido pela mulher e pelo homem em relação aos filhos que tenham em comum (CC, art.1.690, 1ª. Parte). A legislação esclarece, ainda, que o exercício do poder parental deve ocorrer única e exclusivamente no superior interesse do menor, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O poder parental é, então, um poder-dever, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível (Diniz, 2019). Importante mencionar que o exercício conjunto do poder familiar não está atrelado a existência ou manutenção de sociedade conjugal ou união estável, conforme elucida Maria Berenice Dias.

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC.1632). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1631 parágrafo único).

(DIAS, 2015, p. 464)

Um dos direitos oriundos e concomitantes ao poder familiar é o exercício da guarda dos filhos, conforme preconiza o artigo 1.584 do CC. Esta guarda pode ser unilateral (apenas a mãe ou o pai a detém) ou compartilhada, da qual trataremos a seguir.

3.A GUARDA COMPARTILHADA

Nas separações e divórcios, as relações de convivência dos genitores com os filhos menores são definidas pelo regime de guarda e de visitação.

Antes da Lei 11.618/2008, o modelo que preponderou nas decisões judiciais brasileiras foi o da guarda única, em que a criança ou adolescente ficava sob a guarda de apenas um de seus genitores, na maioria das vezes, da mãe. O pai assim, passava a condição de genitor visitante e o outro que detinha a guarda tem, via de regra, manifestava o sentimento de detentor da posse do filho.

O modelo compartilhado foi introduzido na nossa legislação para privilegiar o melhor interesse da criança, pois é dada a ela a condição de convivência com mãe e pai, independente do relacionamento do casal. Grisard Filho define guarda compartilhada como,

(...) um modelo que propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que esses não foram negligenciados após o divórcio. As decisões mais importantes na vida do menor, como a educação, a saúde, as questões psicológicas, as atividades extracurriculares, as viagens, as férias, e as do dia a dia, são repartidas entre ambos os genitores, “ensejando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda.

(GRISARD FILHO, 2016, p. 160/161)

Com o advento da Lei 13.058/2014, houve alteração dos artigos, 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil – para estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada e dispor acerca de sua aplicação. Uma das alterações dessa nova lei vem a ser uma das mais importantes, qual seja à disposição do parágrafo 2º do Art. 1.583, *in verbis*:

“§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Com a nova lei, a instituição da guarda compartilhada passa a ser a regra (CC art. 1584, parágrafo segundo) e que será descartada apenas em casos excepcionais como, por exemplo, casos em algum dos genitores apresenta algum distúrbio ou vício, por exemplo, que possa colocar em risco a vida da criança; quando ocorre a hostilidade e divergência constante entre os pais, a falta de compreensão, de diálogo, a constante insatisfação entre eles e a tomada de decisões individuais, tornando impossível este tipo de guarda. O juiz deverá levar em consideração os aspectos de cada caso para decidir a forma mais adequada de guarda. Em tese, se as duas pessoas possuem condições, a primeira opção é dividir a guarda e o entendimento do legislador foi no sentido de que divisão, via de regra, traz benefícios tanto aos pais quanto aos filhos.

O compartilhamento da guarda, permite aos filhos que usufruam da companhia materna e paterna, e de suas respectivas famílias, de forma harmônica, igualitária, sendo que os pais dividirão as responsabilidades e as decisões acerca de sua prole. A vantagem para os genitores que detém este regime de guarda é a condição de tomarem decisões conjuntas relativas aos filhos, compartilhamento de trabalho e responsabilidades a eles relativas e, em especial, a possibilidade de manter a continuidade das relações com seus filhos.

Este sistema de igualdade de exercício de funções parentais também traz evidentes vantagens e benefícios para as crianças e adolescentes haja vista que favorece o convívio com ambos os genitores, retira dos filhos o fardo de ter que decidir entre o pai ou a mãe, há uma manutenção dos vínculos que existiam quando todos moravam na mesma residência e possibilita o combate a alienação parental, o que será tratado mais adiante.

Nesta linha, Robles (2008), citando Evandro Luiz Silva, nos ensina a respeito dos complexos efeitos que podem ocorrer quando o regime adotado é o da guarda monoparental no que tange a situação do visitante não-guardião e do afrouxamento dos laços entre este e o filho:

A visitação é comumente transformada em arena crítica para a redefinição de vínculos de poder e de intimidade entre os ex-cônjuges, bem como para a redefinição dos papéis parentais. Além disso, os pais alegam que uma das causas freqüentes de baixa visitação é ligada a experiências penosas e estressantes que decorrem das dificuldades de contato com os filhos e ex-cônjuges... Estas dificuldades aumentam à medida que o tempo passa, e só a visitação, em detrimento do convívio mais freqüente, faz com que eles percam a intimidade e vão se desapegando.

(SILVA *in* ROBLES, 2008, pags. 68/69)

Mister que se ressalte que a família, ainda que sofra alguma alteração estrutural em função de separação dos pais, subsiste e as ciências do psique são imperativas ao frisar a importância da presença de ambos os genitores na formação saudável dos filhos.

Nesse sentido Nazareth, *in* Robles (2008) nos ensina:

A família, diversamente de outras sociedades, não se desfaz. Uma vez constituída, permanece. A estrutura pode mudar, quando há uma separação ou morte; por exemplo, mas a organização – família – prossegue. Não obstante suas modificações estruturais, essas organizações continuam existindo no mundo interno dos indivíduos e edificando seu mundo de relações. (...)

Essa “família” interna responde pela construção e manutenção do espaço interno, mental, de relações emocionais, e esse espaço, que é composto pelos sentimentos que cada um experimenta em relação ao conjunto e que funda o que, posteriormente, será reconhecido como cidadania

(NAZARETH *in* ROBLES, 2008, p.66)

Voltando a guarda compartilhada, para que possa ser adotada é essencial que haja uma convivência minimamente pacífica entre os ex-cônjuges e que estes, aptos a separar as questões de conjugalidade e parentalidade, estejam de fato atentos ao melhor interesse de seus filhos.

Todavia, mesmo em situações de separações conflituosas, deve-se buscar, através do processo judicial, a preservação do princípio do melhor

interesse da criança e do adolescente, para que este tenha sua personalidade dignamente estruturada, aplicando-se, como regra, a guarda compartilhada entre os genitores.

Um dos argumentos dos que defendem a adoção da guarda compartilhada como regra é a possibilidade de evitar-se a alienação parental.

No próximo item, trataremos da Síndrome da Alienação Parental (SAP), suas causas, efeitos, consequências e como a legislação pátria vem tratando desta questão.

3. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL:

Inicialmente importante conceituarmos a síndrome da alienação parental, também conhecida por SAP.

Richard Gardner, professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia (EUA), foi o primeiro a definir, em 1.985, a síndrome de alienação parental como sendo resultado de uma campanha para denegrir, sem justificativa, uma figura parental boa e amorosa. Efetiva-se na combinação de uma lavagem cerebral para doutrinar uma criança contra esta figura parental e da consequente contribuição da criança para atingir o alvo da campanha difamatória.

O que o genitor alienante deseja (aquele que detém a guarda unilateral por ocasião de separação ou divórcio) é que a relação do genitor alienado com seu filho seja destruída e para sempre suprimida.

Os estudiosos do tema apontam que nos casos em que a SAP se apresenta, o genitor alienante confunde a questão da conjugalidade com a da parentalidade, ou seja, a criança passa a ser um depositário das desavenças e mágoas dos pais e um objeto a ser negociado, um prêmio.

A doutrina ensina quais as motivações que podem levar o genitor detentor da guarda – no Brasil, normalmente a mãe – a desencadear a SAP. Estas vão desde questões financeiras como, por exemplo, o fato do genitor alienante não se sentir satisfeito com as condições econômicas advindas após o divórcio, desejo de vingança – quando a separação foi causada por adultério do ex-cônjuge –, superproteção, pois acredita essa mãe alienadora ser a única pessoa capaz de cuidar de seu(s) filho(s), desejo de posse exclusiva sobre o(s) filho(s) e ódio que o genitor alienante nutre pelo ex-cônjuge, até questões como depressão e/ou solidão, que se instalam no

alienante após o rompimento do vínculo conjugal, o que o leva a se apegar excessivamente ao(s) filho(s), objetivando excluir o outro genitor da vida da(s) criança(s), além de se colocar como vítima do outro genitor, entre outros fatores.

Os ensinamentos de Gardner¹²² *in* Valente (2008), inspiraram a legislação pátria quando esta aponta, exemplificativamente alguns aspectos que são recorrentes quando se trata de diagnosticar se um genitor apresenta comportamento alienante, ou seja, aquele voltado a reiteradas campanhas de desqualificação do outro genitor no exercício de sua paternidade:

- a) Recusar-se a passar chamadas telefônicas aos filhos;
- b) Organizar várias atividades com os filhos durante o período que o outro genitor deve, normalmente, exercer o direito de visitas;
- c) Apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai e, por vezes, insistir que a criança utilize esse tratamento pessoal;
- d) Interceptar as cartas e pacotes mandados aos filhos;
- e) Desvalorizar e insultar o outro genitor na presença dos filhos;
- f) Recusar informações ao outro genitor sobre as atividades em que os filhos estão envolvidos (esportes, atividades escolares, grupos teatrais, escotismo, etc.);
- g) Falar de maneira descortês ao novo cônjuge do outro genitor;
- h) Impedir o outro genitor de exercer seu direito de visita;
- i) “Esquecer” de avisar o outro genitor de compromissos importantes (dentistas, médicos, psicólogos);
- j) Envolver pessoas próximas (sua mãe, seu novo cônjuge, etc.) na lavagem cerebral de seus filhos;
- k) Tomar decisões importantes a respeito dos filhos sem consultar o outro genitor;
- l) Trocar (ou tentar trocar) seus nomes e sobrenomes;

122 “Brainwashing children against fathers” *in* <http://childalienation.com>, acesso em 14/08/2019

- m) Impedir o outro genitor de ter acesso às informações escolares e/ou médicas de seus filhos;
- n) Sair de férias sem os filhos e deixá-los com outras pessoas que não o outro genitor, ainda que este esteja disponível e queria ocupar-se dos filhos;
- o) Falar aos filhos que a roupa que o outro genitor comprou é feia, e proibi-los de usá-las;
- p) Conversar com o ex-cônjuge através dos filhos, como se esses mediadores fossem;
- q) Sugerir à criança que o outro genitor é pessoa perigosa;
- r) Criticar a competência profissional e situação financeira do outro genitor;
- s) Criticar, esconder ou cuidar mal dos presentes que o outro genitor deu aos filhos;
- t) Ameaçar punir os filhos se eles telefonarem, escreverem, ou se comunicarem com o outro genitor de qualquer maneira;
- u) Culpar o outro genitor pelo mau comportamento dos filhos.
- v) Obrigar a criança a optar entre a mãe ou o pai, ameaçando-a das consequências, caso a escolha recair sobre o outro genitor;
- w) Transmitir seu desagrado diante da manifestação de contentamento externada pela criança em estar com o outro genitor;
- x) Recordar a criança, com insistência, de motivos ou fatos ocorridos pelos quais deverá ficar aborrecida com o outro genitor;
- y) Transformar a criança em espiã da vida do ex-cônjuge;
- z) Emitir falsas imputações de abuso sexual, uso de drogas e álcool.

Importante ressaltar que há vários graus e extensão da SAP. Ela nem sempre é atingida de modo absoluto, haja vista que em muitos casos o genitor alienado resiste herculeamente e ainda consegue contato com seus filhos em casa de parentes, visitatórios públicos, etc., ou empregando de algum ardil para que possa avistá-los, ainda que sem o consentimento do genitor alienante. Entretanto, em muitos casos, a lavagem cerebral pro-

movida, sua frequência e intensidade, para que a figura do progenitor alienado seja destruída e denegrada, leva os filhos a oferecerem extrema resistência a se relacionarem com este. Assim, este esforço em destruir a figura do alienado conduz a situações em que essa resistência inicial dos filhos em se relacionarem com um dos pais chegue à situação extrema de inviabilização de qualquer contato com este.

O que ocorre é que, através dos procedimentos que levam à instalação da SAP, a criança vai internalizando tudo o que lhe é transmitido como verdade; a verdade do genitor alienante, deflagrada pela tal campanha difamatória voltada ao alienado, passa a ser verdade para o filho. Nesta esteira, a criança vai perdendo o respeito e a admiração pelo genitor alienado e, em alguns casos, desenvolvendo medo e raiva contra este, sem nem sequer conseguir distinguir quais informações passadas pelo alienante sobre o alienado são ou não verdadeiras, o que leva à implantação de falsas memórias.¹²³

Conclui-se até aqui que, através de todas estas condutas, o genitor alienante, extremamente controlador e simbiótico, violenta emocionalmente o filho, pois monitora e controla os sentimentos, pensamentos e comportamentos da criança. E tudo a serviço de seu egocentrismo – pois quer ser o centro exclusivo das atenções dos filhos – e de seu egoísmo, levando a criança a sentir que tem a obrigação de se defender do genitor alienado para não decepcionar o alienador. Como salientam os autores retro citados: “o alienador projeta nos filhos todas as suas frustrações, numa possibilidade de atingir o outro progenitor.”

2.1. Consequências da SAP para o filho

Mesmo com a ruptura dos laços conjugais, psicólogos, psicanalistas, psiquiatras e assistentes sociais são unânimes em afirmar que a criança tem o direito de ver sua necessidade satisfeita quanto à continuidade dos seus vínculos psicológicos com ambos os genitores. Esses vínculos são considerados como de importância fundamental para que a criança possa concretizar a construção de sua identidade pessoal e sexual.

123 A SAP também é conhecida como Teoria da Implantação de Falsas Memórias

Importante relatar quais os danos provocados nos filhos quando há SAP, advindas de separações/divórcios ou distanciamento da figura paterna, tanto na segunda infância (3 aos 7 anos), na terceira infância (7 aos 12 anos), quanto na pré-adolescência e adolescência.

As sequelas elencadas adiante foram extraídas de um estudo feito por especialistas, organizado pelo IBDFAM¹²⁴, e incluem os seguintes efeitos: depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento de culpa, sentimentos de isolamento, comportamento hostil, falta de organização e dupla personalidade, podendo até mesmo chegar ao suicídio. Os estudiosos indicam que nas crianças e adolescente vítimas da SAP há uma tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas.

Note-se que, em muitos casos, a alienação parental é levada a efeito através de falsas acusações de abuso sexual contra o menor por parte do genitor alienante contra o alienado, o que normalmente leva o julgador à imediata suspensão da visitação. O argumento para tal decisão é, via de regra, a proteção da prole. Porém, neste caso, onde a SAP é levada ao seu grau extremo, o alienador expõe seus filhos a situações assaz constrangedoras e traumatizantes, pois estes acabam tendo seus corpos expostos e examinados por vários profissionais, vão até delegacias prestar depoimentos onde precisam responder perguntas sobre os supostos (e no caso de SAP, falsos) abusos sexuais, de que inveridicamente tenham sido vítimas, imputando o cometimento ao genitor alienado.

Outro caso extremo de SAP ocorre quando há subtração dos menores por parte de um dos genitores. Nesta situação, o filho precisa aprender a lidar com o repentino afastamento de um dos genitores e de seu círculo social (escola, amigos, atividades esportivas, etc.) e familiar. Exige-se dele uma rápida adaptação a outro contexto, totalmente novo. Em muitos casos, as mudanças de cidade são muito frequentes, e sempre de modo abrupto.

2.2. A SAP e a legislação pátria:

A SAP traduz-se numa forma de abuso psicológico contra a criança e ao adolescente que a ela são submetidos. Este abuso atenta contra diversos

124 Instituto Brasileiro de Direito de Família – www.ibfam.org.br

dispositivos legais, antes mesmo da vigência da Lei nº 12.318/2010, os quais passarão a ser brevemente analisados a seguir.

Tal abuso psicológico que avilta aos princípios constitucionais, e que é evidenciado quando se verifica a SAP, ocorre porque, nos dizeres de Trindade,

“(...) o alienador, como todo abusador, é um ladrão da infância, que utiliza a inocência da criança para atacar o outro. A inocência e a infância, uma vez roubadas, não podem mais ser devolvidas.”

(TRINDADE *in* DIAS, 2007, p; 111)

O artigo 1º da Constituição Federal/88 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Scarlet apresenta a brilhante reflexão acerca de tal princípio constitucional:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

(SCARLET *apud* ALMEIDA FILHO e MELGARÉ, 2010, p. 453)

O exercício do poder parental abusivo que ocorre na SAP configura desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana pois atenta contra a formação das crianças e adolescentes, inclusive no aspecto emocional e psicológico.

A Constituição Federal traz outro dispositivo que também merece destaque: o artigo 227, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Importante ressaltar que o processo de alienação parental ocorre na sociedade familiar e, como já dito, é uma forma de abuso emocional e moral, caracterizando maus-tratos, pois fere mortalmente o direito da criança e do adolescente ao convívio saudável com ambos seus progenitores e, em não raros casos, com familiares do genitor alienado.

Destarte, à criança e ao adolescente é conferido pela legislação pátria o inalienável direito de conviver com sua família, ainda que ela tenha sua estrutura modificada em virtude de separação dos genitores.

A Lei 12.318/2010 corrobora em seu artigo 3º os consagrados princípios constitucionais retro mencionados:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A possibilidade jurídica de eventual punição ao genitor alienante, anteriormente a Lei 12.318/2010, advinha com fulcro no descumprimento de ordem judicial. Entretanto, o assunto da SAP despertou crescente interesse por parte dos doutrinadores e das Cortes brasileiras no sentido da necessidade de serem adotadas medidas que coibissem ou proibissem a alienação parental mesmo antes do advento da lei específica.

Após a promulgação da Lei nº 12.218/2010, as questões referentes à alienação parental passaram a constar expressamente do nosso ordenamento jurídico. Esta lei define alienação parental, elenca algumas práticas típicas da conduta, estabelece punição para quem a praticar, com o objetivo de amenizar os efeitos desta ou coibi-la. A lei amplia os possíveis atores da SAP, pois considera que, além dos genitores, podem atuar como alienadores os avós (paternos ou maternos) ou pessoa que tenha a criança ou

adolescente sob sua autoridade, vigilância ou guarda. Os artigos 4º e 5º estabelecem que os processos que versem sobre questões de alienação parental terão tramitação prioritária, bastando que seja configurado o ato e que haja requerimento da parte interessada ou *ex officio*, em qualquer momento processual, de forma incidental ou através de ação própria. O juiz, entendendo presente a alienação parental, determinará então, com urgência, a oitiva do Ministério Público, e decidirá quais medidas serão necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente. As punições estabelecidas vão desde acompanhamento psicológico obrigatório até suspensão ou inversão da guarda, passando pelo pagamento de uma multa estipulada pelo juiz. Entretanto a Lei 12.318/2010 não considera crime quando um genitor opõe-se ou impede o exercício de visitas do outro, pois, conforme já dito, com o veto presidencial, a conduta da alienação não é criminalizada sob nenhum aspecto.

Contudo, mister mencionarmos que a recente Lei 13.431/2017 que altera o ECA e estabelece o sistema de garantia de direitos da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. A norma traz importantes inovações, entre elas, a identificação do ato de alienação parental como forma de violência, conforme ensina Giselle Groeninga, diretora nacional do IBDFAM. Esta legislação prevê a possibilidade de serem pleiteadas medidas protetivas contra o autor da violência, sendo que o eventual descumprimento destas poderá ensejar decretação de prisão preventiva.

Observa-se que especialistas e estudiosos da SAP festejam os avanços legislativos porém atentos aos desafios que ainda se impõem e precisam ser transpostos nesta complexa temática.

2.3. Diferenciação entre Síndrome da Alienação Parental e Alienação Parental:

A SAP não se confunde com a alienação parental em si, entretanto, em geral, aquela decorre desta.

A alienação parental refere-se ao comportamento do genitor alienante que objetiva retirar o outro genitor, definitivamente, da vida da criança ou adolescente. A SAP, por sua vez, refere-se à conduta do filho quando este se recusa terminantemente a ter qualquer tipo de contato com o genitor alienado, conduta esta advinda da instalação de uma desordem

psíquica que gera, nas palavras de Evandro Luiz Silva e Mário Rezende “o desapareço com o genitor ausente e a simbiose forçada com o presente, combinando a dependência exacerbada por um e o ódio pelo outro.” (SILVA e REZENDE *in* ROBLES, 2008, p. 27)

E os mesmos autores alertam que na SAP,

“A criança normalmente é violentada emocionalmente: tem seus sentimentos, comportamentos e pensamentos atrelados ao genitor guardião, que só por mediar a SAP já demonstra o quanto emocionalmente está comprometido.”

(SILVA e REZENDE *in* ROBLES, 2008, p. 27)

Eles continuam seu raciocínio explicando o porquê do menor deixar-se levar a participar do processo de alienação:

“A ascendência emocional do genitor alienador sobre a criança se faz por diferentes meios sendo que a “chantagem” emocional é um deles, e a ameaça é outro, O filho do genitor alienador apresenta reações de medo de desagradar, ou de estar em desacordo, com esse genitor. A mensagem do alienador é clara: “é preciso “me” escolher”. Se o filho desobedece esta diretiva, especialmente expressando aprovação ao genitor ausente, ele aprenderá logo a pagar o preço.

É normal que o genitor alienador ameace o filho de abandoná-lo ou de mandá-lo viver com o outro genitor. A criança é posta numa situação de dependência e fica submetida regularmente a provas de lealdade. Este procedimento atua sobre a emoção mais fundamental do ser humano: o medo de ser abandonado.”

(SILVA e REZENDE *in* ROBLES, 2008, p. 49)

Contudo, mister mencionar que a conduta da alienação parental é reversível desde que a SAP ainda não tenha se instalado. Destarte, os especialistas na área da psicologia e psiquiatria indicam que quando o Poder Judiciário está atento à presença da mera alienação parental e obriga o acompanhamento psicológico dos genitores e menores ou, até mesmo, decide pela inversão da guarda, com o objetivo de promover o restabele-

cimento das relações do filho com o genitor alienado, a instalação da SAP é abortada e evita-se que o abusivo processo coloque em risco a saúde emocional da criança e do adolescente haja vista a necessidade que estes têm da continuidade dos laços e da convivência com ambos os genitores.

Importante é que as pessoas envolvidas numa dissolução conjugal compreendam que a separação, divórcio, ou dissolução de união estável põem termo à conjugalidade e jamais à parentalidade. Esta é uma máxima que precisa ser preservada para que as lides de família sejam menos frequentes e para que a guarda dos filhos deixe de ser disputada como um prêmio. Na verdade, o interesse da criança e do adolescente precisa ser colocado acima de mágoas, ódios e rancores. Nesta linha, a maioria dos doutrinadores da área do direito de família recebeu com entusiasmo o novo instituto jurídico que permite o exercício da guarda compartilhada¹²⁵, pois, através dela, evita-se que o menor seja condenado ao alijamento da convivência efetiva com um de seus pais, que passará apenas a condição de visitante, não mais compartilhando do cotidiano, e seus consequentes momentos de alegrias e angústias, que permeiam a vida de seu filho. Em situações mais extremas, a guarda não compartilhada possibilita, de maneira mais direta, a eventual instauração da SAP que, como já explanado, cria obstáculos para que o menor tenha formação de uma personalidade saudável.

2.4 Advocacia colaborativa: por mais guardas compartilhadas e menos disputas de guarda

No presente artigo fizemos menção a guarda compartilhada como sendo um instrumento de prevenção para a SAP. Entretanto, importante fazer-se aqui uma reflexão acerca do papel do advogado das partes no que tange a minimizar o litígio e fomentar uma solução mais pacífica e menos desgastante durante o processo judicial.

O uso de provas que colocam a outra parte em condições vexatórias, são exemplos de alguns artifícios utilizados para que obtenham um suposto êxito na decisão final. Os fins justificam os meios?

Em que medida se preserva o melhor interesse da criança em detrimento das intrigas conjugais, em especial quando um ou ambos genitores

125 Lei Federal n 11.698/2008 – Código Civil, art. 1.583

já reconstituíram uma nova família? Nestes casos as crianças e adolescentes são colocados em uma situação complexa, comprometendo seu desenvolvimento biopsicossocial, causando danos imensuráveis para a futura vida adulta.

Não basta a criação de leis que resguardecam a convivência familiar e comunitária, se, na prática, advogados contribuem para exasperar o litígio ao invés de incentivarem métodos alternativos de solução de conflito e conciliação.

Falsas acusações de agressões, maus-tratos chegando até a supostos abusos sexuais, forçam a criança a escolher um lado e a acreditar que o outro genitor é o vilão e não deseja seu bem. Esta linha de atuação reforça a judicialização de questões privadas, do foro íntimo das famílias, que delegam ao Judiciário decisões simples da vida cotidiana, como, por exemplo, quem é o responsável por levar o filho para a escola, como se dividirão as férias, etc.

Atualmente, a advocacia colaborativa também pode ser considerada uma forma de reduzir os índices da SAP, pois coloca o advogado com uma apaziguador do conflito e mais um ator a contribuir para a redução dos conflitos nas famílias.

3. CONCLUSÃO:

As pesquisas apontadas indicam que a guarda compartilhada entre os genitores pode ser um dos instrumentos essenciais para a prevenção da instalação da SAP. Estudos mostram que, se providências forem tomadas, conforme demonstrado neste artigo, antes que a conduta alienante dê lugar à instauração efetiva da SAP, a alienação parental é reversível e há totais condições para que as relações entre o menor e o genitor alienado sejam restabelecidas e fortificadas.

Assim, através da instituição da guarda compartilhada, aliada as providências judiciais cabíveis, os filhos podem ser retirados do enorme sofrimento humano a que vêm sendo submetidos através do processo de alienação parental.

A instituição da guarda compartilhada, consagrada pela nossa legislação civil, dá ao Poder Judiciário a condição de atuar na prevenção da SAP, atendendo ao princípio constitucional de dignidade da pessoa humana,

com vistas a proteção do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, como aspecto indispensável para a formação de sua identidade, humanizando-se as relações jurídicas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA FILHO, Agassiz, MALGARÉ, Plínio. (orgs). Dignidade da Pessoa Humana Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo, SP, Malheiros Editores Ltda. 2010.

Brainwashing children against fathers *in* <http://childalienation.com>, acesso em 14/08/2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. !2 ed. RT: 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família – vol 5 - 33ª. Ed.- SP. Ed. Saraiva. 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental, RT. 2016.

ROBLES, Tatiana, Mediação e direito de família, 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Ícone, 2009.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça Insiste em não Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva, Síndrome da Alienação Parental: A Perspectiva do Serviço Social *in in* Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos / Organizado pela Associação de Pais e Mãe Separados – Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

www.ibdfam.org.br. Acesso em 14/08/2019.

OPINIÃO PÚBLICA: DO CONFRONTO ENTRE OPINIÃO PÚBLICA E A AUTORIDADE

Loreano José de Jesus Goulart

INTRODUÇÃO

O império da opinião pública sobre as opiniões particulares é doce, salutar, natural irresistível: o da autoridade e da força é necessariamente tirânico, odioso, absurdo, monstruoso. (Robespierre, 1999)

Em sua frase célebre, Maximilien de Robespierre, advogado que esteve à frente da Revolução Francesa sendo um de seus líderes mais radicais e que se tornaria uma das figuras mais controversas do movimento, busca opor dois tipos diversos, muitas vezes confundidos, de opinião: aquela que nasce, se desenvolve e se consolida no seio da sociedade por meio do debate público de ideias e aquela expressa pelos governantes, a qual invariavelmente é imposta por meio da força.

Curiosamente, na crítica incisiva do revolucionário inspirado pelos conceitos trazidos pelo Iluminismo ao longo do séc. XVIII – liberdade, igualdade, fraternidade, não transparece as atitudes tirânicas que o mesmo Robespierre irá adotar durante o chamado “Terror”, quando será então chamado de “ditador sanguinário”. Ironicamente, cairá em desgraça posteriormente quando, após uma tumultuada sessão da Assembleia Nacional, será ferido e retirado às pressas. É então detido por seus inimigos e é guilhotinado no dia seguinte.

A frase enunciada, encontra-se pautada em uma experiência robusta, de um grande orador e possuidor de um talento ímpar, Robespierre tinha em suas voz e ações uma verdadeira expressão da arte do convencimento, mobilizava em seu favor grande parcela daqueles que colocavam frente aos seus argumentos.

Irresistível para muitos eram seus discursos, que apresentava grande vigor ideológico, muito ligado ao pensamento “teológico do mundo”, considerava o pensamento filosófico como uma religião civil, colocando a filosofia como possuidora de um conjunto de verdades prontas à espera dos homens, um verdadeiro conjunto dogmático, pronto para ser consumado em realidade por homens afoitos, mesmo que para Robespierre a vida já não era algo sagrado, conforme destaca Milton Meira dos Santos (1999), este vigor no pensamento e na ação estava presente não somente na vida deste entusiasta, mas em grande parte dos filósofos da tradição ilustrada.

Se analisarmos o posicionamento de Robespierre em janeiro de 1793 no julgamento de Luís XVI, igual vigor e aplicação encontraremos frente ao tribunal da opinião pública que se instalou, não é necessário a figura do soberano atualmente, todos estamos submetidos ao julgamento, construídos pela opinião pública e por ela podemos ser condenados ao nada: “*Os povos não julgam como as cortes judiciárias; não pronunciam sentenças, fulminam; não condenam os reis, mergulham-no de novo no nada.; essa justiça bem vale a dos tribunais.*”¹²⁶

OPINIÃO E CIÊNCIA

Se no século XVIII, o poder da opinião pública mostrava-se com tamanha robustez e velocidade, o impactado moderno das redes sociais mostra que a ampliação do poder da opinião pública é potencializada de maneiras e formas incompreensíveis. O furor de uma só pessoas torna-se capaz de alcança um número sem precedentes de outros indivíduos. Ainda que a informação vinculada não seja procedente de um fato concreto, ou baseada na metodologia científica.

126 ROBESPIERRE, Maximilien. *Discurso e Relatórios na Convenção*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p.58.

A informação recebida e compartilhada não é mais procedente de uma chancela, ou um filtro, vende-se informações e “conhecimentos” ao gosto do quem irá receber, e a veracidade ou profissionalismo contido na mensagem não é mais fator relevante, cada qual poderá aglutinar em sua argumentação aquilo que lhe for mais favorável, a informação recebida será avaliada e considerada como certa ou contestável se quem a receber enxergar nela compatibilidade.

Em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha¹²⁷ sobre o formato do planeta terra, revelou que para 7% da população brasileira o formato da terra é plano, número este demonstra que movimentos atuais buscam desconstruir fatos considerados como verdades universais, para Marcia Bartusiak historiadora do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), o conhecido da terra ser esférica surgiu no 6 a.C, desenvolvido possivelmente por um dos discípulos do filósofo e matemático Pitágoras. A observação de navegadores sobre o horizonte ocultar as navegações pela distância (Bartusiak, 2018).

Bartusiak ainda observa, que Eratóstenes de Cirene no século 3 a.C, mediu a circunferência da terra e chegou ao valor aproximado de 44.000 km e 46.000 km, sendo o número preciso conhecido hoje é 40.075 km, e ainda que no século XVI d.C, entre por exemplo Galileu e os filósofos naturalistas daquele período já havia consenso sobre este fato.

Se antes éramos incentivados a saber e possuir o conhecimento científico como uma verdade comprovada e a certo modo pacífica, o processo social atual encaminha para o retorno da unificação dos conceitos, não sendo mais necessário apresentar as fronteiras do saber e da crença, o que a muito já apresentado e investigado.

Immanuel Kant afirma que é presumível e necessário que ao tomamos uma opinião devemos ter consciência que o individuo que a emite poderá possuir algum saber anterior, mas que não passa de jogo imaginação se não tiver calçado em uma verdade, sendo considerado que a opinião está inclusa no entendimento *lato senso* da palavra crença ou denominado de validade subjetiva do juízo:

127 GARCIA, Rafael. 7% dos brasileiros afirmam que Terra é plana, mostra pesquisa. Folha de São Paulo. São Paulo, p. 1-1. 14 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2019/07/7-dos-brasileiros-afirmam-que-terra-e-plana-mostra-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 14 jul. 2019

A crença ou a validade subjetiva do juízo, relativamente à convicção (que tem ao mesmo tempo uma validade objetiva), apresenta os três graus seguintes: opinião, fé e ciência. A opinião é uma crença, que tem consciência de ser insuficiente, tanto subjetiva como objetivamente. Se a crença apenas é subjetivamente suficiente e, ao mesmo tempo, é considerada objetivamente insuficiente, chama-se fé. Por último, a crença, tanto objetivamente como subjetivamente suficiente, recebe o nome de saber. A suficiência subjetiva designa-se por convicção (para mim próprio); a suficiência objetiva, por certeza (para todos). [...] Nunca posso presumir ter uma opinião sem pelo menos possuir qualquer saber, mediante o qual, o juízo, simplesmente problemático em si, consegue uma ligação com a verdade, a qual, sem ser completo, é algo mais do que ficção arbitrária. A lei de uma ligação deste gênero, deve ser, além disso, certa. Com efeito, se eu, em relação a essa lei, tiver apenas uma simples opinião, não passa tudo de um jogo da imaginação, sem a mínima referência à verdade.¹²⁸

A opinião individual é dotada de um reconhecimento, valorizada ou menosprezada a depender de quem a omite e de quem a recebe, ainda que não tenha o reconhecimento científico e ou acadêmico, mas é justo que reconheçamos que ela goza de um valor social, enquanto a opinião pública se entendida como força racional é possuidora de capacidade de exercer pressão sobre indivíduos e até mesmo em órgãos e tribunais julgadores, ainda de maneira irracional a opinião particular já tem demasiado peso, pois, para muitos pensadores, o homem vive pela atenção do outro, pela sua estima, o poder da opinião pública é força inquietante para o homem.

Milton Meira do Nascimento (2016) ao comentar sobre as considerações de John Lock, ressalta que por muitas vezes tomamos opiniões como sendo verdade e com isso reproduzimos o preconceito, o que deixa mais evidente que a opinião particular traz consigo uma força, e a opinião pública terá por vezes o poder de transformar opinião sem fundamento em uma verdade quase absoluta:

128 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação C Gulbenkian, 2001, P. 662.

Poderíamos formular a reflexão de Lock da seguinte maneira: o que admito como verdade deve realmente sê-lo, porque outros também pensam assim. Em outras palavras, o que acaba prevalecendo é a opinião dos outros sobre essas proposições, que, em si mesmas, podem ser verdadeiras ou falsas. E a aceitação de proposições falsas como se fossem verdadeiras caracteriza o que tradicionalmente tem disso chamado de preconceito.¹²⁹

Marilena Chaui (1989) destaca que na tradição filosófica, a opinião sempre teve uma condição de “*sombra perturbadora da verdade, obstáculo à razão, sistema do medo e do preconceito cristalizado nos costumes*”¹³⁰. Nascimento, 2016, ressalta que a mesma tradição até o século XVIII entendia a opinião como algo pertencente ao domínio do falso, como o movimento incerto do espírito e como uma oposição ao saber científico. A opinião seria um possível indicativo de uma verdade, mas nunca a verdade em si.

Divisão que não é mais clara no debate sobre qualquer tema, a afirmação de um pesquisador é tomada no mesmo nível e até vez em grau inferior a de uma pessoa que não realiza estudos sobre o tema, o acesso e a democratização dos meios sociais, apresenta-se como uma faca de dois-gumes, a muitos poderá potencializar o conhecimento, mas sem as devidas ressalvas todo o aprendizado não lhe será útil, pois a informação é precedida de conhecimento.

OPINIÃO PÚBLICA

Ao analisarmos a opinião pública que nasce da coletividade, sendo representante da maioria, chegando quase a totalidade das opiniões, é justo que partilhemos o entendimento de que: a opinião pública não é formada pela opinião dos particulares, mas podemos assim considerar, que é o resultado, o substrato, a junção de inúmeras influências adivinhadas de meios conscientes e inconsciente, operando de modo ativo e presente em nossa realidade cotidiana de forma a criar esse mito. Assim como consid-

129NASCIMENTO, Milton Meira do. Opinião Pública e Revolução: aspectos do discurso político na França revolucionária. 2 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2016, P. 40.

130 No prefácio da obra Nascimento, Milton Meira do. Opinião Pública e Revolução: aspectos do discurso político na França revolucionária. 2 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2016.

erou Hannah Arendt (1988), definido que a opinião pública e oposta ao sentido de coletividade e pluralidade do povo:

A palavra povo reteve para eles o sentido de coletividade, de infindável variedade de uma multidão cuja majestade residia em sua própria pluralidade. Oposição à opinião pública, ou seja, à unanimidade potencial de todos, era, por conseguinte, uma das muitas coisas sobre as quais os homens da Revolução Americana estavam plenamente de acordo; eles sabiam que o plano político, numa república, se constituía numa troca de opiniões entre iguais, e que esse plano simplesmente desapareceria, no próprio instante em que esse intercâmbio se tornasse supérfluo, se por acaso todos os iguais fossem da mesma opinião.¹³¹

Zygmunt Bauman (2008), desta que nossa sociedade nos impulsiona a vivermos de modo que não tenhamos mais a possibilidade do pensamento, somos apenas levados a comprar vender, falar, votar, e tudo mais em nossa vida, de modo que, vivendo norteados por aquilo que é a vontade de alguém, assim o pensamento e opinião não são mais livres, por vezes o indivíduo será considerado por aquilo que puder pagar, e quem tiver o preço pagará.

O processo de coletivização do pensamento nas mídias sociais, possibilitou que a tangencialidade da opinião individual e da opinião pública, ou aquilo que é considerado como tal. Bauman (2008), ainda destaque que o processo de transformação das pessoas em consumidores faz com que o pensamento seja induzido diretamente, por intermédio do bombardeio de propagandas incessantes e a todo tempo, pulsantes em telas de celulares, ou nas capas de revistas e até nas embalagens de pão, levando as pessoas a viverem em estado permanente de ausência de consciência, ansiosos por aquilo que não sabem, aceitando as ideias que lhe são vendidas, e pagando caro, pressionados por saber futilidades e desviados de exercer um pensamento crítico, que poderá gerar uma opinião e um pensamento livres, desassociados daqueles distribuídos de modo onipresente, que é incentivado e até mesmo imposto na forma de um enlatado.

131 ARENDT, Hannah. Da revolução. São Paulo: Ática, 1988, P.74.

Neste contexto, a opinião pública sempre será fruto da vontade de quem puder dominar as mídias e as propagandas, induzindo e criando o momento ideal para cristalização de pensamento induzido, mas vendido e comprado como original. Amanhecerá nos consumidores a sensação de uma ideia e vontade lançada, reforçada, provada e de mil formas sugeridas com uma novidade e originalidade individual, que na verdade será o resultado pretendido.

Zygmunt Bauman (2009), ainda ressalta que as sociedades contemporâneas sequer conseguem pensar e formular as perguntas úteis e necessárias, ou mesmo conhecer os seus problemas reais. Isto ocorre, porque os indivíduos não têm mais tempo: a cada dia surge uma nova premência, uma nova necessidade que não existia antes e, assim, vão perdendo o controle sobre o próprio tempo, a própria vontade, deixando de ser donos de suas vidas. Já não há nem mesmo o poder de decidir ou de pensar. O resultado disso é uma sociedade cada vez mais à beira do colapso e, uma vez que funciona com base no consumo, as ideias já nos chegam prontas, como mercadorias nas prateleiras de um supermercado.

É como se “comprássemos” ideologias, as quais uma vez interiorizadas trazem consigo um pacote de opiniões, mesmo que sejam contraditórias com a realidade cotidiana. Repudia-se veementemente a possibilidade de sermos submissos à ideologia, mas na verdade já não decidimos mais quem somos, de onde viemos e para onde queremos ir. Mesmo para conhecer e entender aquilo que é básico e primário, para lançar luz sobre questões iminentes, não temos a energia que esta verdadeira produção cognitiva exige, fazendo dos indivíduos presas fáceis do preconceito.

A opinião que possa ser considerada pública poderá ser tanto benção quanto maldição, e, não raro, as duas coisas ao mesmo tempo. Como no caso de Robespierre, quem se coloca como fiel servidor da opinião pública em um dia poderá encontrar a glória, mas poderá ver-se destituído dela pela autoridade que foi contrariada.

Não há como não ser afetado pela opinião pública, pois isso seria ignorar seu poder coercitivo, não menos importante que a força física. A este respeito, Émile Durkheim (1922), ao discorrer sobre o poder da opinião na educação, destaca que ela se impõe sobre as vontades individuais. Seria, portanto, ilusório pensar que alguém seja livre dos efeitos da opinião cole-

tiva, pois os seres humanos são coagidos a todo tempo e a qualquer custo a serem executores de uma vontade, que os subjuga pela força e os condena a viver em conformidade com ela.

O império da opinião pública, ainda que pensada como algo que teoricamente apontaria para as necessidades coletivas e o bem comum, como dá a entender a frase de Robespierre, serve na prática como alicerce de uma ficção que encobre a realidade. Faz com que as opiniões individuais sejam produzidas em massa, dando ao indivíduo a ilusão de que ele se posiciona livremente sobre os fatos aos seu redor. Romper esse ocultamento que nos mantém atentos apenas aos elementos rasos e desimportantes e nos faz perder de vista a “república”, isto é, a coisa pública, a vida e o bem-estar em sociedade.

Marilena Chaui (2014) ressalta que a opinião pública é fundamental para os debates para trazer aos cidadãos a vivência necessária de um direito básico, o direito da participação na vida democrática, a opinião pública deveria ser formada pelo povo e construída a sob a dialética social e não vendida ou simplesmente imposta.

Milton Meira do Nascimento (2016), lembra que devemos ter a concepção de que a opinião pública não é essencialmente e nem mesmo necessariamente boa ou má, e que viemos dependentes da estima alheia, quer ela lançada pelo olhar individual ou pelo coletivo, e ao vivemos preso nesta relação contribuímos para o aumento do processo de alienação do homem em sociedade, e o que é possível é a procurar o distanciamento do império das opiniões.

O que seria necessário para todos é uma revisão no processo diária, como uma iluminação quase religiosa, para que a sociedade tomasse consciência do processo e dos resultados da opinião pública em suas vidas particulares e na sociedade. A cada dia é criado um novo herói para que possamos perder a consciência do processo de dependência social da dita opinião pública, e aquele que hoje recebe homenagens, amanhã ainda que contrariando a lógica das ações o mesmo será subjugado ao nada, fruto de um acusador sem rosto.

Cesare Beccaria (1999) dá indícios fortes de que não podemos transformar a opinião pública em um tirano acusado, de tal modo que seja o objetivo de calúnia, ainda mais quem utiliza-se do suporte poder de falar em nome da opinião pública para ter uma barreira sigilosa dos seus in-

teresses e da sua opinião: “*Quem poderá defender-se da calúnia, quando esta se arma com o escudo mais sólido da tirania: o sigilo?*”¹³²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opinião pública sempre exerceu um poder incalculável sobre as sociedades, de modo e maneiras foi tornando-se mutável e possuindo diferentes formas de ser concentrada, o seu poder e influência na vida cotidiana emerge da necessidade do homem e da sua estima perante a sociedade. O pertencimento a um grupo e a formação ideológica influencia na formação dos conceitos e por conseguinte na formação da sua opinião.

Com as redes sociais diversos atores da sociedade, tomaram o papel de serem os formadores da opinião criando assim um novo grupo, no qual a informação é necessariamente precedida de uma verdade, podendo ser por vezes sabido que advém de uma inverdade ou de uma modificação da realidade, deixando por deverás vezes o pensamento intelectual e científico ao mesmo nível e até mesmo inferior ao da opinião.

Entretanto não podemos deixar de nos lembrar do papel tão importante do pensador na construção da opinião pública, o de trazer o questionamento e o de lançar luz no caminho da construção da verdade, como já escrito por Beccaria (1999): “*Como é digno de todo o reconhecimento do gênero humano o filósofo que, do fundo do seu retiro obscuro e desprezado, teve a coragem de lançar na sociedade as primeiras sementes por tanto tempo infrutíferas das verdades úteis!*”¹³³.

E assim como Karl Marx (2010), já escreveu em 1843 ao falar sobre a religião, devemos utilizar o mesmo pensamento para tratar da opinião pública, na qual ela deveria ocupar o espaço de ser apenas um objeto fictício e não a verdadeira luz, que se desloca em torno do homem e não o contrário.

Necessário que cada um ao receber uma informação, aplique sobre ela o crivo da veracidade, para que a opinião não se sobreponha sobre a cientificidade. Apropriando-se do tempo que é desviado com as inutilidades cotidianas, talvez será possível convergir e pensar os problemas relevantes.

132 BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Trad. Flório de Angelis. 2 Reimpr. São Paulo: EDIPRO, 1999, p.69.

133 *ibidem*, p. 89.

Desta forma o surgimento da opinião pública está pautado na modificação do indivíduo em consumidor, que cada vez mais está distanciado do pensamento e da criticidade sendo consumidor até mesmo das informações mais supérfluas, para que não consiga ter consciência das questões importantes e fundamentais.

O aumento do acesso de informação e a possibilidade de divulgação por todos tornou o processo comparativo das opiniões e da ciência em uma realidade sem critérios e fatores objetivos, a cientificidade é a valoração do conhecimento frente a opinião tem realizado a construção da opinião publicada calçada em fatos e informações erradas, influenciando a formação da opinião individual em conceitos e bases sem fundamentos.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **Da revolução**. São Paulo: Ática, 1988.
- BARTUSIAK, Marcia. **Dispatches from Planet 3: Thirty-Two Tales on the Solar System, the Milky Way, and Beyond** Hardcover, Yale University Press, 2018. ISBN-10: 0300235747
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. 2 Reimpr. São Paulo: EDIPRO, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt, **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**, tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- _____, Zygmunt, **Capitalismo parasitário**. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.
- CHAUI, Marilena. **A ideologia da competência: escritos de Marilena Chaui**. São Paulo: Autêntica, 2014.
- DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1975. (Título original *Éducation et sociologie*, de 1922).
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação C Gulbenkian, 2001

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus; 2ª. Ed, São Paulo: Boitempo. 2010.

NASCIMENTO, Milton Meira do. **A lógica da guilhotina**. Folha de São Paulo. São Paulo, dez. 1999. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs1112199906.htm>>. Acesso em: 26 maio 2019.

_____, Milton Meira do. **Opinião Pública e Revolução: aspectos do discurso político na França revolucionária**. 2 ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo. Cultrix.2009.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Discurso e Relatórios na Convenção**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

O DEBATE ACERCA DA DIVERSIDADE RELIGIOSA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Celso Gabatz

INTRODUÇÃO

A hermenêutica e a aplicação de enunciados constitucionais ocorrem mediante condições culturais, políticas, religiosas e sociais, dos intérpretes e também pelas demais leis produzidas pelo Estado. No caso brasileiro, mesmo que a liberdade religiosa tenha sido prevista de forma geral nas diversas constituições do país, é no cotejo dos enunciados constitucionais com os previstos em outras leis, a partir de diferentes sujeitos discursivos, que os indivíduos repercutem questões concernentes à diversidade religiosa.

De acordo com a compreensão consolidada por Darcy Ribeiro (2006) a história brasileira é marcada pela diversidade linguística, étnica, econômica, racial, social e religiosa. A diversidade, contudo, não garante o reconhecimento das diferenças entre os sujeitos, no sentido detalhado por Charles Taylor (1994) ou na dialogicidade como aludida por Mikhail Bankthin (2016, p. 122). As diferenças podem, inclusive, redundar em conflitos e as soluções, em consequência, ensejar a imposição de padrões culturais hegemônicos (WEBER, 2014, p. 141).

A trama constitutiva das identidades pode ser pensada e termos semióticos. Diferentes sujeitos alternam enunciados em diferentes discursos, num permanente contato entre indivíduos, grupos e sociedades. A imposição de padrões culturais e a dominação ocorrem na interação dialética.

O comportamento coletivo é [...] o comportamento de indivíduos. É o mundo que se apresenta em separado a cada pessoa, o mundo com base no qual ela deve construir a sua vida individual. A descrição de qualquer civilização resumida em poucas dezenas de páginas deve, necessariamente, colocar em relevo as normas do grupo e expor o comportamento individual porque ele exemplifica as motivações dessa cultura [...] a sociedade e o indivíduo não são antagonistas. A cultura fornece a matéria-prima com a qual o indivíduo faz a sua vida (BENEDICT, 2013, p. 171).

É possível, portanto, compreender a identidade dos sujeitos a partir do modo como a mesma é tratada no entrelaçamento de diferentes sistemas semióticos.¹³⁴ A compreensão das relações entre sociedade e indivíduos remete para conceitos e categorias construídas a partir do entrelaçamento entre direito e religião. Daí a proposta de investigação da religião, do constitucionalismo e do multiculturalismo, em sua dimensão semiótica, o que enseja uma espécie de concorrência entre diferentes sistemas. Mais que isso, dentro de cada categoria, na medida em que se particulariza a observação ou o campo de análise, emergem novas demandas.

O constitucionalismo, ainda que se apresente como teoria normativa do político (CANOTILHO, 2003), não é um sistema teórico único. São diferentes, por exemplo, o constitucionalismo clássico, o constitucionalismo moderno e o contemporâneo. Também são diferentes o constitucionalismo liberal, o constitucionalismo social e o constitucionalismo alusivo aos novos direitos. Pode-se conceber cada um desses modelos como sistemas semióticos particulares que procuram explicar a totalidade ou uma parcela da comunidade política a partir de conceitos específicos (BARROSO, 2010). De igual maneira, a religião também é um termo que evoca diversas experiências acerca do sagrado.

Há várias religiões, cada qual com seus sistemas dogmáticos e normativos, e, segundo Severino Croatto (2010), apresentando diferentes

134 Enquanto produtos da criação humana, sistemas semióticos concorrem quando diferentes sujeitos, enunciados e discursos, são colocados em contato. Há disputa dos sujeitos pela prevalência de argumentos. Isso interfere na forma de olhar a relação entre sociedade e os indivíduos, pois ao invés de um discurso unificador, o que ocorre é a coexistência de diferentes sujeitos e de diferentes grupos na sociedade, em permanente disputa (BARTHES, 2012).

catálogos de doutrinas, mitos, ritos, símbolos e linguagens. Para definir o que seja e o que não seja religião, há disputas e conflitos. Cada religião pode ser concebida como um sistema particular. Diferentes sujeitos vivem, experimentam e transitam nesses sistemas produzindo diferentes enunciados e discursos. Esse conjunto de experiências constitui a identidade dos sujeitos.

A persistente negação do reconhecimento e do diálogo entre sujeitos pertencentes a diferentes religiões não impede o contato e nem as transformações sociais decorrentes. Os conceitos de constitucionalismo, religião e multiculturalismo são descortinados em nossa abordagem a partir da interação histórica, de tal maneira que os elementos desses sistemas são observados como fenômenos em permanente interação e mudança, o que promove implicações relevantes.

Do mesmo modo que houve mudanças conceituais acerca do significado da religião, também estão havendo mudanças na forma como a religião e direito se relacionam. Isso vem gerado alterações bastante significativas no escopo da identidade jurídica e política dos sujeitos nas questões atinentes à diversidade religiosa. Entre os movimentos que têm produzido tensões políticas e sociais, dificultando o reconhecimento da diversidade religiosa, encontra-se, de forma mais incisiva, o fundamentalismo religioso.

As religiões mantêm hoje uma força considerável, quaisquer que sejam o enfraquecimento dos dogmas e o recuo de práticas no âmbito dos regimes democráticos. Elas fazem parte das principais forças de mobilização e são elementos centrais da identificação simbólica dos indivíduos, dos grupos e das comunidades. Não é em torno de questões de interesse político ou econômico que os homens geram conflitos que podem chegar à luta de morte, mas por valores simbólicos, principalmente religiosos. É sobre as questões de ordem simbólica que a vida dos homens lhes parece menos importante que a sua crença (ZARKA, 2013, p. 28).

As identidades religiosas erguem fronteiras, sublinham limites, demandam barreiras. Influenciam comportamentos, formas de pensamento e modos como sujeitos representam a sua condição humana. Isto reper-

cute na forma como os sujeitos se relacionam com o Estado, como este produz as leis e como os agentes do próprio Estado as interpretam. Identidades e diferenças traduzem-se no plano discursivo através de enunciados (VATTIMO, 2004). Além disso, fronteiras, limites e barreiras tem se alterado no decorrer da história, o que pode ser notado na forma como foi construído juridicamente o conceito de religião, a despeito da pretensa liberdade religiosa e de culto nos textos das constituições brasileiras (CATROGA, 2006).

O conceito de religião altera-se quando novos atores passam a questionar o discurso hegemônico, sobretudo de matriz católica, incorporado ao discurso do Estado pelo longo período de vigência do padroado régio, e após, quando da ascensão do discurso científico. Adeptos de diferentes religiões têm vivido uma complexa trama de relações de poder na qual o pertencimento a uma determinada religião pode significar a desconfiança, o desprezo, o preconceito e a discriminação.

AS INTERFACES ENTRE O RELIGIOSO E O JURÍDICO

A relação entre o jurídico e o religioso pode ocorrer a partir da totalização do discurso jurídico, quando o religioso faz-se elemento do sistema jurídico; com a totalização do discurso religioso, quando o jurídico é inserido no sistema religioso; com a integração parcial do religioso no jurídico; com a integração parcial do jurídico no religioso; com a disputa entre o sistema jurídico e religioso, quando os sujeitos, os enunciados e os discursos colidem ao construir barreiras entre os diferentes sistemas.

Religião e direito são sistemas normativos. Cada área do conhecimento é representada por ‘referentes’ de acordo com a terminologia explicitada pelo sociólogo francês, Terry Shinn (2008, p. 64). Os ‘referentes’ seriam determinados por formas particulares de conhecimento, de competência, de mercado, de identidade coletiva. Cada qual com seus objetivos, história e ambições.

Distinguem-se pela diversidade das “etapas” ou das “dimensões” das experiências, das normas, que são maneiras de fazer, de ser e de pensar, socialmente definidas e sancionadas, valores que orientam de modo difuso a atividade dos indivíduos fornecendo-lhes

um conjunto de referências ideais, e ao mesmo tempo uma variedade de símbolos de identificação, que os ajudam a situar a si e aos outros em relação a esse ideal (BOURRICAUD; BOUDON, 2001, p. 394).

Aquele que detém a competência e o poder de definir os limites do sistema semiótico exerce um sentido de dominação. Algumas normas constitucionais são originárias e historicamente fundadas em preceitos religiosos, a exemplo do que ocorreu com os princípios humanistas do período medieval. A elaboração, interpretação e aplicação constitucional também recebe influência do imaginário religioso, precisando, muitas vezes, passar por uma “tradução” do sistema religioso e do sistema jurídico. A propósito, José Reinaldo Lopes, esclarece:

A conquista da América coloca para os juristas problemas novos, e com ela surgem questões não resolvidas anteriormente [...] sobre o direito de conquista e descoberta, o direito de posse, a invenção, o tesouro, o direito do mar [...] e, sobretudo, a alteridade e a liberdade natural. Neste último tema, a modernidade começa a enfrentar a tolerância do *diferente*. A reforma protestante e as guerras de religião, o fim da *ecolúmene* cristã latina impõem novos objetos de reflexão: o problema da pluralidade e da tolerância do dissidente de maneira nova. Antes a tolerância era corporativa, agora será distinta. Os Estados nacionais deverão encontrar um meio de tratar os dissidentes religiosos [...]. O debate em torno da tolerância religiosa antecipará o debate a respeito da democracia (LOPES, 2014, p. 167).

Ao compreender a construção dos discursos poderemos vislumbrar que o reconhecimento da diversidade religiosa adquire significação política ao alcançar o campo das práticas políticas. Além de dar sentido e significado à existência humana, interfere, também, nos comportamentos sociais dos sujeitos. O *empoderamento* (BAQUERO, 2006, p. 77-93) refere-se aqui ao aumento da força política, social ou econômica de grupos que sofrem por conta da discriminação étnica, religiosa, sexual, econômica, jurídica. Trata-se de um enfoque crítico que não se limita ao reconhecimento da diversidade no plano cognitivo. Daí a aproximação da proposta com as perspectivas que abordam questões de poder.

Ao compreender os objetivos e as bases teóricas do constitucionalismo brasileiro contemporâneo sugere-se uma concepção multicultural de nação e uma perspectiva na qual a diversidade das identidades religiosas se inter-relacionam. Ao verificar sobre quais concepções teóricas se consolidou a nação brasileira e sobre quais pressupostos o constitucionalismo recepcionou essas demandas, é possível perceber como a diversidade religiosa e a hegemonia cristã interferiu e continua interferindo nas construções culturais e identitárias em termos de diversidade religiosa (CUNHA, 2005).

Estando a diversidade das identidades religiosas a reproduzir as desigualdades políticas, sociais e econômicas, propõe-se uma releitura constitucional a partir de uma perspectiva multicultural. Sugere-se este caminho pela sua capacidade de agregar ao conceito de Estado laico um discurso de maior protagonismo das minorias e grupos vulneráveis num espaço dialógico de construção do mundo e num processo de descolonização.

Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa, primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a outro grupo, “maioritário”, ambos integrando uma sociedade mais ampla. Nesse sentido, por exemplo, uma pequena comunidade religiosa de credo divergente da fé professada pela maioria da população é uma minoria e pode sofrer problemas vários no campo das relações religiosas; ou a oposição num país “pouco democrático”, ocupando lugar subordinado na estrutura política, tendo pouca chance de ação. Segundo, exprime as denominadas “minorias nacionais”, grupos raciais ou étnicos que, em situação de minoria, convivem juntamente com a maioria um determinado Estado (CHAVES, 1970, p. 149).

A representação dos sujeitos como preconizada por Stuart Hall (2015, p. 20) em sua reflexão sobre o *nascimento e morte do sujeito moderno*, mostra a forma como o religioso foi, progressivamente, se desvinculando da matéria, do corpo humano e do mundo material. De igual forma, como isso

acabou produzindo consequências na relação entre o jurídico e o religioso a partir de um enfoque para além de um sentido ontológico.

O marxismo¹³⁵, as contribuições de Freud¹³⁶, os signos de Saussure¹³⁷, o poder disciplinar de Foucault¹³⁸, são exemplos que mostram as transformações das identidades. É preciso salientar que o religioso e o político, com seus discursos e enunciados, sobretudo, em sua dimensão hegemônica, sempre foram desafiadores à emergência de novas identidades.

Seja pessoal ou coletiva, a identidade pressupõe significado; mas também pressupõe o processo constante de recapitulação e reinterpretção [...]. A identidade é a criação da constância através do tempo, a verdadeira união do passado com um futuro antecipado. Em todas as sociedades, a manutenção da identidade pessoal, e sua conexão com as identidades sociais mais amplas, é um requisito primordial de segurança ontológica (GIDDENS, 2002, p. 100).

135 Para Freud as identidades estariam ligadas a mecanismos de identificação em uma sociedade incapaz de resgatar o sentido humano das relações sociais. Os indivíduos, em vez de estarem identificando-se mutuamente, tenderiam a identificar-se com alguma totalidade social. Com isso, a cultura e a sociedade, das qual os indivíduos fazem parte, têm utilizado estratégias compulsivas para a criação de vínculos entre os seus membros, dado o declínio da formação espontânea desses laços (ADORNO, 2006, p. 164-189).

136 Marx notou que não era o Estado que compunha a base da sociedade civil, mas a sociedade representava as bases do Estado. Para ele, assim como todas as outras formas de ideologia – jurídicas, políticas, estéticas, filosóficas -, a religião seria um reflexo ilusório e legitimador das relações de dominação de classe. Ela não teria uma substância própria. Seria o resultado das condições sociais fabricadas pelos indivíduos (MARX; ENGELS, 1975).

137 Para este autor a linguagem retrata algo que pode ser pensado, ao mesmo tempo, como um fato comum, compartilhado pelas pessoas, e também de modo sistemático e científico. Para Saussure a linguagem é multiforme, circunstanciada por diferentes domínios, ao mesmo tempo física, fisiológica, psíquica e pertencente ao domínio individual e social. Não se deixa classificar em categorias de fatos humanos, pois não plenifica uma unidade (SAUSSURE, 2006, p. 27).

138 De acordo com Foucault, haveria uma doutrina capaz de ligar os indivíduos a certos tipos de enunciado. Neste sentido, existiriam proibições, mas, em contrapartida, tipos de enunciação para ligar indivíduos entre si e diferenciá-los de outros. O poder disciplinar contido na doutrina realizaria uma dupla sujeição: dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ao grupo (FOUCAULT, 1996, p. 42).

O religioso ao exercer a sua ingerência no âmbito jurídico obedece a uma estrutura discursiva. Na tensão entre as esferas pública e privada, vão sendo descortinados limites e relações entre o religioso e o jurídico. Algumas vezes o religioso é integrado ao jurídico, tornando-se objeto de seus enunciados. É dessa forma que o religioso acaba figurando em diversas leis, algumas das quais em alusão direta ou indireta à dimensão religiosa (FISCHMANN, 2008).

Outras formas de legitimação e justificação remetem para a separação do direito e da moral. Dessa maneira, do ponto de vista jurídico, o religioso, a partir dos Estados modernos, pode discernir acerca de questões éticas e morais, que por sua vez podem situar-se no âmbito da legitimação do direito, no âmbito dos conteúdos e das normas, ou em qualquer outro aspecto em que diferentes sistemas morais particulares concorrem entre eles mesmos (GELLNER, 1994).

Na sociedade contemporânea em que predomina a figura do sujeito descentrado (DERRIDA, 2002) talvez não seja adequado falar do religioso em sua relação estrita com o jurídico na medida em que há reprodução de efeitos disciplinares na formação das identidades. Mais pertinente, portanto, seria observar a relação entre o religioso e o jurídico em uma pluralidade de lugares e em permanente fluxo. Isso permitiria observar que o religioso ao não resumir-se apenas à esfera ontológica, concorre com outros sistemas semióticos.

A construção de identidades vale-se da matéria-prima fornecida pela história, geografia, biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Porém todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que reorganizam seu significado em função de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como em sua visão de tempo e espaço (CASTELLS, 2001, p. 23).

Numa perspectiva como a referida por Beatriz Preciado (2011, p. 18) o religioso pode não representar apenas diferença religiosa, mas, de certo modo, uma infinidade de transversalidades nas relações de poder, uma diversidade de potências de vida. Pode-se, pensar o religioso como um sis-

tema que suscita críticas e reflexões permanentes sobre a própria identificação do que seja religioso e do lugar deste em sua relação com o jurídico.

A DIVERSIDADE RELIGIOSA NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

No Brasil, a liberdade de culto e a liberdade religiosa, a despeito de suas variações, sempre estiveram presentes no cânone das constituições. Todavia, no período de vigência de cada uma delas o significado da “religião” se alterou, na sua inter-relação com diferentes códigos de linguagem. As mudanças estão diretamente coadunadas com a força dos agentes que exercem o controle dos discursos, no sentido trabalhado por Michael Foucault (1996, p. 42) como uma consequência da mudança de condição dos atores que controlam o poder e o direito de construir e impor significados.

Para uma compreensão do religioso no âmbito jurídico em termos estruturais, deve-se ter em mente a diacronicidade das ideias a partir das prerrogativas inerentes ao positivismo jurídico. Como observado por Gomes Canotilho (2003, p. 51), o constitucionalismo “ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Esta premissa remete a diversos pressupostos, entre os quais, a repartição dos poderes, a normatividade de direitos humanos e fundamentais, a democracia, obrigatoriedade, generalidade e abstração das leis (ZIZEK, 2012).

Tanto a dimensão religiosa quanto a perspectiva jurídica podem ensejar tensões discursivas que envolvem fronteiras simbólicas das esferas pública, privada e social. Estudos como de Joanildo Burity (2008, p. 84) mostram como diferentes protagonistas religiosos acabam movimentando e trazem a público “sua linguagem, seu *ethos*, suas demandas”. Mostram, ainda, como as identidades religiosas tornaram-se um importante elemento de identificação dos sujeitos, seja no aspecto “[...] de um totalmente outro” (BURITY, 2008, p. 85), seja na forma de esforços de construção de ações em defesa de temas comuns à humanidade como a paz, a justiça e a solidariedade.

Sintetizando as diversas formas de emergência do religioso na contemporaneidade, Burity (2008, p. 86) relaciona: questões sobre violência

religiosa em nível global, questões acerca do corpo, gênero, sexualidade, reprodução humana, manipulação genética, uso de recursos naturais, políticas públicas, representação parlamentar, uso da mídia por meio das concessões de canais de rádio e televisão, popularidade de temáticas religiosas em sua expressão através de livros, especialmente com biografias de lideranças religiosas.

Em termos de reconhecimento da diversidade religiosa brasileira, o constitucionalismo expressa o modo como o princípio do governo indispensável à garantia dos direitos, contribuiu para a construção da representação da religião, da imagem dos sujeitos, bem como dos correspondentes sistemas semióticos e discursivos (CUNHA; LOPES, 2013). O reconhecimento consegue ser entabulado quando a diversidade passa a compor a agenda do governo, fazendo com que a dimensão estruturante da organização política e social constitua referentes nos quais os sujeitos possam transitar, sem infringir qualquer ordem estabelecida.

Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral (KELSEN, 2009, p. 76).

Como processo de construção, a questão religiosa, na perspectiva multicultural, integra a realidade jurídico-política brasileira nos termos de um reconhecimento de diversas expressões religiosas. Respondendo às ações dos movimentos insurgentes, o Estado foi incorporando e resignificando seu arsenal enunciativo através de termos como “liberdade de culto”, “liberdade religiosa”, “heresia”, “magia”, “feitiçaria”, “bruxaria”, “charlatanismo”, “curandeirismo” (LEMOS, 2005).

Importante destacar que alguns termos foram sendo suprimidos em seu respaldo normativo e outros acabaram sendo adaptados a diferentes códigos linguísticos. Dentro de esquemas polarizados envolvendo referentes importantes como, por exemplo: sagrado x profano, civilização

x barbárie, cura x doença, desenvolvimento x atraso, aconteceram novas abordagens, novas compreensões, novos significados (LEITE, 2014). A radicalização de uma perspectiva metodológica concernente à divisão funcional entre direito, religião, moral e política, não suprime os demais sistemas normativos, mas resulta numa pretensa totalização do discurso jurídico.

Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação etc. Além das normas sociais, que regulam a vida do indivíduo quando ele convive com outros indivíduos, há normas que regulam as relações do homem com a divindade, ou ainda do homem consigo mesmo. Todo indivíduo pertence a diversos grupos sociais: a Igreja, ao Estado, à família, às associações que têm fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos. Cada uma destas associações se constitui e se desenvolve através de um conjunto ordenado de regras de conduta. Cada indivíduo, ademais, [...] formula para a direção da própria vida programas individuais de ação (BOBBIO, 1999, p. 25-26).

A diversidade religiosa num país como o Brasil requer uma abordagem constitucional que não desconsidere as nuances multiculturais. Este aspecto é primordial para que os interpretes da constituição e das leis sejam capazes de analisar as disputas para além dos padrões culturais hegemônicos, bem como do arcabouço teórico que sustenta o imaginário jurídico e constitucional em seus preceitos (WEINGARTNER, 2007). A realidade conjuntural brasileira mostra que cada indivíduo é parte de uma complexa rede de conflitos e de tensões nos quais existem disputas e articulações das mais diversas.

Não basta, portanto, enunciar a liberdade religiosa, pois a interpretação e a forma como as pessoas experimentam e vivem os conceitos, deriva de um processo dialético de interiorização, objetivação e exteriorização que remete para uma estrutura estruturante. A insuficiência de incorporação de conceitos às vivências cotidianas pode produzir consequências significativas no âmbito das individualidades.

Para continuar existindo, uma sociedade depende tanto da transformação quanto da continuidade. Eis o paradoxo de toda sociedade viva. Quanto mais ela muda, mais precisa referir-se ao passado e quanto mais o passado aparece no presente, mais é necessário colocá-lo como ponto de referência (BARREIRA, 2001, p. 45).

É possível afirmar que a enunciação da liberdade religiosa de forma pontual não leva ao reconhecimento da diversidade religiosa na medida em que sistemas semióticos se valem de um código que não respalde a promoção da diversidade. Neste sentido, mesmo que um enunciado jurídico disponha sobre a liberdade religiosa, essa liberdade é pensada por meio de um código de linguagem que tem como referências um determinado contexto, balizado, em geral, por questões correlatas a uma hegemonia religiosa (MARTELLI, 1995).

As relações humanas estão atravessadas por questões de poder, hierarquizadas e demandadas por preconceitos e discriminações no tocante a certos grupos. Sistemas semióticos, discursos, enunciados e sujeitos podem ser rotulados, avaliados, situados, dentro de uma trama de conflitos envolvendo questões de poder (PANNENBERG, 1962). Incapazes de produzir um discurso analítico ou objetivo, agentes que violam os direitos humanos, reforçam a representação e a imagem da polarização (GABATZ, 2017, p. 10-18). Trata-se, pois, de uma abordagem que não contribui para a compreensão dos problemas e que alimenta a lógica de negação da alteridade, impossibilitando a construção de caminhos que suscitem meios adequados para situar o religioso e o jurídico na contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É na tensão dialética entre linguagens e estruturas religiosas e jurídicas que é explicitada uma perspectiva diacrônica. Mudanças estarão sempre imbricadas nas intersecções dos processos de secularização e pluralismo, desencadeando transformações nos arranjos políticos, sociais, culturais e religiosos através da emergência de novos sujeitos, novos enunciados e novos discursos. No Brasil, a despeito da contínua enunciação da liberdade religiosa nas constituições, sempre foi persis-

tente a utilização de mecanismos de discriminação e controle, a exemplo da utilização das leis penais através de argumentos religiosos, culturais e morais. Como em um jogo entre atores que se encontravam em posições assimétricas, aqueles que exerciam o domínio utilizavam os diferentes aparelhos estruturais e ideológicos para afirmar sua condição, mantendo a própria supremacia.

É preciso refletir sobre o espaço ocupado pelas religiões e pelos agentes religiosos na sociedade civil e na própria estrutura do Estado. Este aspecto tem levado a acirramentos e tensões entre o republicanismo e a laicidade, os princípios liberais e uma pretensa facticidade. É importante salientar que a diversidade religiosa desafia para a ação do Estado nos processos de reivindicação por reconhecimento. Considerando que as relações humanas são atravessadas por questões de poder, é preciso considerar que mudanças também desafiam para uma atuação dos atores no espaço público. Isso implica dizer que os processos dialéticos de exteriorização, objetivação e interiorização, necessitam de mudanças nos enunciados, mas também nos comportamentos dos sujeitos.

As normas constitucionais, como princípios jurídicos, dialogam com os textos das leis infraconstitucionais, balizando os limites de uma enunciação possível. O reconhecimento emerge dos próprios enunciados constitucionais, quando pensados em termos de normatividade. Ao consignar princípios, o constitucionalismo evoca a tradição, a história e a doutrina no âmbito do direito, numa prática que costuma se referir a acontecimentos numa continuidade entre os fatos pensados em termos de representação. Dá-se o reconhecimento na medida em que as diversas comunidades incorporam em seus sistemas de linguagem manifestações dispendo sobre a diversidade religiosa.

O conhecimento das experiências religiosas e dos diferentes sistemas semióticos pode assegurar que tenhamos ações não apenas coadunadas com os referenciais dogmáticos, pouco abertos ao diálogo e ao reconhecimento da diversidade. Num mundo em que cada vez menos os sujeitos estão dispostos a ouvir aquilo que é protagonizado pelos seus semelhantes, impõe-se a práxis dialógica como condição indispensável ao fortalecimento da democracia com base na tolerância consolidada enquanto prerrogativa alinhada com os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. *Margem esquerda: ensaios marxistas*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.
- BAQUERO, Rute. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. *Redes*, Santa Cruz do Sul, v. 11, n. 2, p. 77-93, maio-ago. 2006.
- BARREIRA, Dario Paulo Rivera. *Tradição, transmissão e emoção religiosa-sociologia do protestantismo contemporâneo na América Latina*. São Paulo: Olho D'Água, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia* São Paulo: Cultrix, 2012.
- BENEDICT, Ruth. *Padrões de cultura*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- BAKHTIN, Mikhail. *Os gêneros do discurso*. São Paulo: Editora 34, 2016.
- BERGER, Peter Ludwig. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. São Paulo: Paulus, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 1999.
- BOURRICAUD, François; BOUDON, Raymond. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática, 2001.
- BURITY, Joanildo. A. Religião, política e cultura. *Tempo Social: revista de sociologia da USP: Dossiê - Sociologia da Religião*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 83-113, nov. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. V. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

- CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHAVES, L. G. Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. Universidade Federal do Ceará: Fortaleza. Vol. 1, nº 1, p. 149-168, 1970.
- CROATTO, José Severino. *As linguagens da experiência religiosa: uma introdução à fenomenologia da religião*. São Paulo: Paulinas, 2010.
- CUNHA, Luiz Antônio. *Educação, Estado e Democracia no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005.
- CUNHA, Christina Vital da; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.
- DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FISCHMANN, Roseli. *Estado Laico*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- GABATZ, Celso. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UMESP: São Paulo, 2017.
- GEERTZ, Clifford. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- GELLNER, Ernest. *Pós-Modernismo, Razão e Religião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- LEMOS, Carolina Teles. *Religião, Gênero e Sexualidade*. Goiânia: UCG, 2005.
- LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e Religião. A Liberdade Religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTELLI, Stefano. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. São Paulo: Paulinas, 1995.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Sobre a Religião*. Lisboa: Edições 70, 1975.
- PANNENBERG, Wolfhart. *Was ist der Mensch? Die Anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- PRECIADO, Beatriz. Multidões queer: notas para uma política dos “anormais”.
- Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19(1), n. 312, p. 11-20, jan./abr. 2011.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SHINN, Terry. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. *Scientiae Studia*. São Paulo: USP. Vol. 6, n. 1, p. 43-81, Jan-Mar. 2008.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*: examinando a política de reconhecimento.

Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

VATTIMO, Gianni. *Depois da Cristandade*: por um cristianismo não religioso. Rio de Janeiro: Record, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos de sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 2014.

WEINGARTNER, Jaime Neto. *Liberdade Religiosa na Constituição*: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZARKA, Yves Charles. *Difícil Tolerância*. A coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

ZIZEK, Slavoj. *O amor impiedoso* (ou: Sobre a crença). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CAVE INIMICUM: UMA REFLEXÃO SOBRE O APEGO AO METODOLOGISMO

Rafaela de Santana Santos Almeida

INTRODUÇÃO

Das histórias do Direito, diz-se que Calamandrei gostaria de ser enterrado com sua beca, já que, vestindo-a, ele disse ter conseguido abrir os portões das masmorras. Logo, abriria a porta dos céus.

O jurista demonstra um pensamento difundido no “meio jurídico”: o quanto é poderoso fazer parte deste grupo.

Para a elaboração deste trabalho, partiu-se da indagação de alguns porquês, como qual a explicação de existirem tantas expressões em Latim ainda hoje? E o modo de dirigir-se entre colegas, clientes e estudantes, de difícil compreensão?

Diante destas inquietações e a partir da leitura da obra “Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico”, de Nelson Saldanha, foi possível construir um raciocínio e a pensar sobre Direito sem ter de recorrer à Lei que, ainda que necessária, não se encaixa como norte deste artigo.

O alicerce do trabalho é a obra de 2005 de Nelson Saldanha, mas foram exploradas outras fontes, tal qual a referência a J.K. Rowling, autora da coleção Harry Potter, presente logo no título e também ironizando o uso do Latim.

A divisão foi feita em tópicos que se relacionam a partir do uso da linguagem e demonstram a influência do padrão teológico e como ele persiste, inflamando a aura de impenetrabilidade do Direito.

As fontes de pesquisas são artigos científicos, reportagem e livros. Um dos intentos é fugir do “manualismo”.

Por fim, apresentam-se reflexões sobre as consequências do apego ao metodologismo e do quão desarrazoado é o Direito descolar-se da realidade.

1 AB OVO

Desde as expressões em Latim até o apreço por palavras barrocas, nota-se a aproximação entre Cristianismo e Direito.

Na obra “Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico”, Nelson Saldanha demonstra a passagem de logo expressa no título e consequências geradas pela ciência como se conhece hoje ter sido gerada no âmbito do sagrado.

É necessário apresentar o contexto em que foi escrita a obra à qual se dá ênfase neste artigo. Alerta-se para o fato de que o que se tenta com este trabalho – e, especificamente, neste momento do texto – não é tratar o autor com o “reverencialismo”¹³⁹. (OLIVEIRA, 2004, p. 6).

Nas primeiras linhas do livro, o professor informa que o tema do estudo é o início do cientificismo “que de algum modo provém do racionalismo, e sua transformação em metodologismo”. (SALDANHA, 2005, p. xii). O metodologismo é criticado e ele enxerga traços de Teologia na forma de viver e de agir no Direito.

Nelson Nogueira Saldanha encara que “o direito sempre poderá ser visto como forma (não “puramente” forma), que dá certeza e clareza ao convívio dos homens entre si e ao seu trato com as realidades da vida” (SALDANHA, 2005, p. xvi).

139 A expressão de Luciano Oliveira no artigo “Não fale do Código de Hamurábi” refere-se ao hábito dos juristas. O uso de expressões mais adequadas a pareceres jurídicos e de técnicas de baixa complexidade são observados e usados como mote para as recomendações do autor quando da escrita dos mestrados e doutorandos. Outra expressão do mesmo autor e já citada é “manualismo”, a tendência a escrever como quem está fazendo um manual e explicando aquilo que já é sabido.

2 PODERES DESCONHECIDOS E CONEXÕES POUCO INTELIGÍVEIS

O professor observa que existe um ar de mistério ao redor do Direito. Acrescenta-se que esta aura foi espreada para fora do ambiente acadêmico, como no caso citado por ele em *O Processo*¹⁴⁰, de Franz Kafka.

Josef K. é detido, não sabe o porquê, trava diálogos com o advogado, que não faz a menor questão de fazer-se entender, e acaba assassinado sem nunca ter sequer visto o juiz.

Esta narrativa ilustra aquilo que Saldanha define como “um homem posto diante de poderes desconhecidos e de conexões pouco inteligíveis”. (SALDANHA, 2005, p.1).

Difunde-se a ideia de que uma ciência, para ser reconhecida como tal, precisa ter métodos, objetos de estudo bem definidos, princípios observados dentro de seu estudo e uma linguagem que os iniciados¹⁴¹ conheçam e identifiquem. Tudo isto refere-se à forma de fazer (a pesquisa, a escrita, a busca, enfim).

Quando a preocupação de firmar-se e de se fazer entender sobrepõe-se a de debruçar-se sobre o objeto, gera “um certo descaminho na teoria, descaminho vinculado a um exagero: o exagerado apego aos problemas de método que tendem a se substituir aos problemas ‘de conteúdo’”. (SALDANHA, 2005, p. xi).

140 O motivo da escolha desta obra é ilustrado por este trecho: O doutor Huld era inesgotável nestes ou em idênticos discursos que repetia em cada uma das visitas que K. lhe fazia. Sempre anunciava que se tinham feito progressos, mas nunca podia comunicar que espécie de progressos fossem. Trabalhava continuamente na redação do primeiro escrito, o qual, porém, não estava ainda terminado, circunstância que depois, na seguinte visita de K., mostrava como uma grande vantagem, pois apresentar a demanda naquele momento, coisa que de maneira alguma se poderia ter previsto, teria sido pouco oportuno. Quando K., inteiramente enfasiado de tais discursos, fazia notar muitas vezes que, mesmo tendo em conta todas as dificuldades do caso, este progredia de todos os modos muito lentamente, o advogado retrucava que de maneira alguma o processo seguia um curso lento, mas que sem dúvida teria chegado já muito mais longe se K. tivesse procurado a defesa no momento oportuno. Desgraçadamente, não o fizera, e esta circunstância acarretaria muitas desvantagens não somente no que se referia ao tempo. (KAFKA, p. 69).

141 A palavra não foi escolhida em vão. Valer-se do uso de “iniciados” reforça o ponto de interseção entre Teologia e Metodologia e o caráter do Direito como algo impenetrável.

O apego desmedido aos formalismos aproxima o Direito da Teologia, inclusive, pela linguagem.

3 O LEIGO E O TROUXA

O dicionário Michaelis apresenta esta definição para a palavra leigo:

Que ou aquele que não tem ordens sacras; laico, temporal

Diz-se de ou pessoa não pertencente a determinada profissão ou não versada em algum ramo de conhecimento ou arte; amator, desconhecedor, inexperiente.

A Igreja Católica¹⁴² tem como sacramento e base a Eucaristia que pode ser dada por Ministros Extraordinários, aqueles que não são ordenados como padres. Os leigos estão presentes na estrutura das paróquias, mas não são membros da Igreja.

Olhando para a cultura *pop*, vê-se a expressão “trouxa” nos livros da coleção Harry Potter¹⁴³:

[...] Foi a partir dessas premissas que nos pusemos a pensar na atratividade que tem Harry Potter para as crianças e os jovens dessa nossa caótica era pós-moderna. Iniciemos, então, com a estrutura dessa narrativa: o mundo de Harry Potter é dividido em duas comunidades, os bruxos e os trouxas, sendo esses últimos os que não trazem a magia no sangue. (ROSA, 2008, p. 483).

Vê-se como a linguagem é segregadora e impõe limites de impacto no cotidiano. O leigo e o trouxa são aqueles que estão fora do sistema. É pela linguagem que se exclui.

142 O recorte didático feito no Cristianismo será esmiuçado em linhas futuras.

143 Resumidamente: os sete livros da coleção Harry Potter escritos pela britânica J. K. Rowling no início dos anos 2000 contam a história de um garoto bruxo que vai estudar na Escola de Magia e Bruxaria de Hogwarts. Apesar de recente e de fazer parte da literatura não-acadêmica, a saga do menino é estudada entre os muros das faculdades pelos mais diversos ramos do saber.

Não é diferente no Direito. Conforme o professor pernambucano, ocorre “sempre, e até hoje, o cultivo de um vocabulário específico, cujos portadores se orgulham de dominar, como nota distintiva em face de outros saberes, e em face da linguagem comum”.(SALDANHA, 2005, p. 2).A palavra é usada para manter um monopólio:

Na realidade, a instituição de um “espaço judicial” implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência propriamente jurídica [...]. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar um “justiciável”, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões de mundo [...]. Se há acordo para notar que, como toda linguagem doutra (a linguagem filosófica por exemplo), a linguagem jurídica consiste num uso particular da linguagem vulgar, os analistas têm muita dificuldade em descobrir o verdadeiro princípio desta “mistura de dependência e independência”. É possível, com efeito, contentar-se com invocar o efeito de contexto ou de “rede”, no sentido de Wittgenstein, que subtrai as palavras e as locuções vulgares ao seu sentido corrente. (BOURDIEU, 1989, p. 225-226).

O *juridiquês*, neologismo que indica um idioma alheio ao Português, lança sobre os não iniciados o feitiço *Cave Inimicum*¹⁴⁴.

O *Cave Inimicum* era conjurado para erguer um muro e impedir a passagem de alguém, isolando aquele que se servia dele. No mundo jurídico, existe uma ode ao uso das palavras menos usuais para conferir autoridade e demonstrar preparação e diferenciar-se dos “demais”. É um costume ad-

144 A personagem Hermione Granger, em uma situação de perigo, valeu-se desta magia para impedir a chegada dos inimigos no filme Harry Potter e as Relíquias da Morte, parte I.

vindo do que Saldanha chama de padrão cultural teológico¹⁴⁵ (SALDANHA, 2005, p. 6).

4 LIGADOS PELO CORDÃO UMBILICAL

A questão da linguagem é uma parte do que Saldanha trata como apego ao formalismo. Para demonstrar seu ponto, a obra “Da Teologia à Metodologia” faz localizações geográficas e históricas sobre a secularização.

Inicia-se pela geográfica ao optar por estudar no que se conhece como Ocidente. A referência demonstra uma visão democrática, pois não coloca o início do que se entende como conhecimento em uma vertente única e avisa que ali é o olhar pela janela da Europa: “a secularização, ocorreu exemplarmente na cultura europeia (ou seja, no “Ocidente”), com a queda dos modelos teológicos e com a gestação do iluminismo; depois é que os historiadores caracterizaram como análogo o ocorrido na Grécia”. (SALDANHA, 2005, p. 8).

O Ocidente é descrito no livro “Teológico, Metafísico e Positivo. Filosofia e Epistemologia no Ocidente Moderno”:

Muitos insistem, ainda, em incluir no Ocidente os gregos (e romanos). Desde 1867 (*La cité antique*), Fustel de Coulanges compreendeu que a grega e a romana foram a mesma cultura: os mesmos deuses, embora com nomes diferentes, o mesmo estilo na arquitetura e nas artes em geral, o mesmo ethos, as mesmas instituições. De Danilevski e Spengler em diante, ficou claro que o Ocidente é outra coisa, embora contendo algumas sobrevivências da cultura

145 Outro costume que demonstra poder, deriva de tempos idos e separa os *operadores do direito* (expressão bastante difundida) dos *outsiders* é a exigência das vestes talares: Becas e togas são chamadas de vestes talares, em alusão ao *talus*, calcanhar em latim, até onde chega seu comprimento. Remontam à Roma Antiga, onde eram usadas pelos sacerdotes. Foram incorporadas ao universo acadêmico a partir do século XIII e hoje servem em ocasiões especiais a clérigos, juizes, advogados, promotores, procuradores, reitores, doutores e formandos. Uma beca pode ter torçal (uma cordinha trançada com fios de seda), borla (o pingente da cordinha em forma de campânula, como de cortinas), rosetas (botões paralelos na altura do peito) e alamares (quando as cordinhas cruzam o peito presas nos botões frontais). Também pode ter mangas bufantes, plissadas, drapeadas ou lisas. Nas costas, pode ser reta, ter elástico na altura do cóccix ou sobrepeliz nos ombros. (PINHEIRO, 2012).

antiga, o que, aliás, a visão spengleriana não admitia, pois para o autor da *Decadência do Ocidente* as culturas são orbes estanques, sendo “pseudomorfofos” os contextos onde aparecem imitações ou assimilações, como ocorreu com os artistas do Renascimento, que julgavam estar reassumindo as formas clássicas. O Ocidente, que certos autores entendem resultante da fusão do legado romano com a espiritualidade cristã e com o potencial dos povos germânicos (e foi mais ou menos isto), teve na erroneamente chamada Idade Média o seu período de formação, desdobrando seu élan criador durante as monarquias “absolutas” dos séculos XVI, XVII e XVIII. (SALDANHA, 2010, p. 7).

Delimitado o “onde”, Saldanha apresenta o “quando” da secularização: o fenômeno ocorrera no século V a.C. e no Ocidente no século XVIII. Apenas neste tópico, a palavra secularização foi usada três vezes. A repetição indica a importância que se dá ao processo e o quanto é necessário nominá-lo.

Saldanha, na obra de 2005, faz remissão ao que Max Weber nominou de *desmágicação*¹⁴⁶, mas também fala em *dessacralização* e *secularização*. Todos os nomes indicam o afastamento de um saber cultivado dentro do sagrado:

A secularização, como giro para uma concepção basicamente leiga do homem e do mundo, começou no Ocidente com a crítica do poder papal, do teocentrismo e do teologismo, e com a busca dos modelos “clássicos” e portanto dos valores que eles conotavam. O incremento do comércio e o essor da vida urbana são aspectos complementares, embora indispensáveis; do mesmo modo a crise da Igreja romana. Da secularização, ou “com ela”, surgem o humanismo renascentista (com seu lado antropocêntrico) e o gradual prestígio do saber empírico, bem como do matemático. Importa repetir que em Descartes ocorreu o balisamento do pensar em termos gnosiológicos e dentro de um “discurso” (o do método) re-

146 Professor Saldanha afirma que outros autores trataram sobre o processo, “mas a alusão de Max Weber à “desmágicação” (*Entzüberung*) permaneceu como uma referência por assim dizer definitiva”. (SALDANHA, 2005, p. 39).

ferente à ciência física: relevante como momento. (SALDANHA, 2010, p.5).

O processo de secularização inclui a resignificação de ideias:

A secularização, como alteração profunda nos contextos culturais, reformula a visão do mundo e do homem. Reformula também o modo de se julgarem os comportamentos; portanto, os modos de se entender o que é a justiça. E a discussão sobre a justiça se complica, porque ela não é mais um dom da divindade, nem uma *benesse* do rei, mas uma qualidade impessoal que se exige do poder político e do ordenamento jurídico, bem como dos atos que aplicam e realizam o ordenamento. (SALDANHA, 2005, p. 124).

A Mitologia deixou como legado um sistema. Seguindo o trote da História, o Cristianismo – ou melhor – a Igreja Católica¹⁴⁷, organizou-se como detentora do saber, tomando para si a ação de expandir seu território concreto e ideológico.

Entretanto, no período temporal exposto, “a passagem do Ocidente teológico ao secularizado equivaleu à aparição do termo ‘Europa’ substituindo a alusão à ‘cristandade’ (*respublica christiana*)”’. (SALDANHA, 2010, p. 26).

Dentro do Cristianismo e da Idade Média, surgiu a Escolástica. Saldanha medita que foi através dela que a Igreja açambarcou a herança da cultura clássica, os problemas contemporâneos e estendeu seu campo de influência à ética e política do tempo.

Dentre as críticas feitas à Escolástica, há aquela sobre a falta de inovação, mas alerta-se que esta forma de explicar a vida foi válida à produção de saberes:

A análise que esse autor faz da Escolástica é importante também sob um outro ângulo, qual seja, o do caráter original dessa filosofia cristã. Comumente se registra que a Idade Média foi um período intermédio porque nada criou, somente manteve

147 Retomando o que foi previsto na nota 6. A chamada razão puritana é citada por Nelson Saldanha, mas, para o fim deste estudo, não será abordada com profundidade.

o conhecimento dos filósofos antigos e a tradição dos primeiros Padres da Igreja. Tratar-se-ia, portanto, de uma recompilação do já visto e criado. Grabmann mostrar-nos que ela não foi isso. Embora a Escolástica busque na Antiguidade e nos padres da Igreja a fonte de informação, observa que sua base teórica de explicação do mundo está baseada em uma instituição, por essência, medieval, as escolas. Primeiro, as escolas monásticas, especialmente na Alta Idade Média, depois nas escolas palacianas, nas cidadinas e laicas do século XII e, por fim na Universidade. (OLIVEIRA, 2013, p. 39).

Ainda segundo Oliveira, a Escolástica foi uma maneira de o homem do medievo construir conhecimento, seja sobre coisas divinas ou naturais e que isto era mais uma forma de controle de poder:

Na medida em que Escolástica foi a um só tempo a religião cristã e o conhecimento greco-romano, ensinando e pregando a sabedoria contida nos Escritos Sagrados, ditava a forma como os pobres deviam pensar e se comportar. Ao ensinar, nos mosteiros, nas escolas e na universidade, o conhecimento antigo permeado pelos escritos sagrados, os mestres escolásticos, também expunham a forma como os futuros monges, os filhos de nobres, em síntese, os futuros dirigentes dos poderes eclesiásticos e laicos deveriam pensar e agir. (OLIVEIRA, 2013, p. 42).

Observa-se que a produção de conhecimento permanecia ligada ao Cristianismo pelo umbigo e foi pelas Revoluções que este laço foi parcialmente cortado.

5 LÍNGUA VULGAR

No opúsculo “Teológico, Metafísico e Positivo”, Saldanha diz que está incutida na ideia de progresso a valorização do que é mais recente.

Na criação e organização de saber, houve a secularização e, com ela, o “enfraquecimento das referências teológicas levou os homens a encarar muitas coisas como obra sua; e houve, um tanto a partir daí, a ideia de progresso, que alguém já comparou a uma versão leiga da divina providên-

cia”. (SALDANHA, 2010, p. 17). A palavra usada foi enfraquecimento, não rompimento.

A preocupação com o método passou a ser expressa por Descartes e está no título da obra. Em “O Discurso do Método”, René Descartes afasta-se da Escolástica (SALDANHA, 2005, p. 16) e trava o que Boaventura chama de “uma luta apaixonada contra todas as normas de dogmatismo”. (SANTOS, 1995, p. 12).

Uma das formas de romper com o que Descartes entendia como passado foi escrever em Francês:

E se escrevo em francês, que é o idioma de meu país, e não em latim, que é o de meus mestres, é porque espero que aqueles que se servem somente de sua razão natural totalmente pura julgarão melhor minhas opiniões do que aqueles que só acreditam nos livros antigos. E quanto aos que unem o bom senso ao estudo, os únicos que desejo para meus juizes, tenho certeza de que não serão de maneira alguma tão parciais em favor do latim que recusem ouvir minhas razões porque as explico em língua vulgar. (DESCARTES, 1979, p.51).

A Língua do clero era o Latim e, como cantou Belchior, “sons, palavras, são navalhas e eu não posso cantar como convém, sem querer ferir ninguém”. (BELCHIOR, 1976). A linguagem foi exposta por Descartes no sentido de Belchior: como arma.

Passada a Escolástica, cultivou-se o apego ao método. Era uma nova forma de conferir poder a quem o manipula, inclusive econômico.

6 NOVA MÃO DE TINTA NO MURO

Depois da Teologia e da Escolástica como formas de saída do conhecimento produzido dentro dos mosteiros e conventos, foi criada uma nova dificuldade

Saldanha fala sobre o fetichismo do método e diz que “evidentemente um método não é o próprio pensamento, mas um modo de o ordenar e ‘encaminhar’. Ordenar e ‘encaminhar’ o pensamento é algo necessário, e sobre isto se fundam os métodos, mas é daí que nascem os exageros metodologistas”. (SALDANHA, 2005, p. 78).

Extrai-se que o método é necessário para que haja criação e propagação de conhecimento, mas não pode ser visto como um fim, sob pena de ser fator de segregação¹⁴⁸. Esta é a diferença entre método e metodologismo. Enquanto aquele é o caminho, este o destino.

É um resquício teológico e tem-se como “próprio do jurista, (e) ocorre em determinados casos como acomodação didática, assumindo inclusive a forma de supervalorização de certos nomes: quase uma volta do culto das autoridades”. (SALDANHA, 2005, p. 5):

Há entretanto, na permanência das formulações metodológicas – e sobretudo nos “debates metodológicos”-, um certo retorno à teologia: um questionar por questionar, um refletir sobre como fazer mais que sobre o que fazer, um pairar em logomaquias, em problemas esotéricos e em truísmos. (SALDANHA, 2005, p. 10).

A consequência do metodologismo é o descolamento entre Direito e realidade, mas isto não é desarrazoado:

O excessivo pendor pelo método, em certas linhas do pensamento contemporâneo, constituiu certamente um aumento da exigência de “rigor” conceitual, dentro do movimento crítico e do predomínio do “conhecimentismo” que lhe correspondeu. Entretanto, o preço foi o cunho artificial e até redundante de certos trabalhos e de certas formulações, desligadas de toda relação com a experiência do real e do humano. (SALDANHA, 2005, p. 79).

Richard Posner, ao tratar do direito enquanto profissão, usa uma forte expressão: “[...], no caso do cartel profissional, controlar a entrada de novos competidores é fundamental, pois o número excessivo de membros inevitavelmente dificultará a coordenação entre preços e produção”. (POSNER, 2008, p. 55).

Seria esta a natureza das organizações que, sob o pretexto de regulamentar o ofício, estabelecem dificuldades para que novos membros

148 Na ciência jurídica um certo fechamento, inclusive em relação as outras ciências sociais, sempre propiciou a persistência de uma auto-imagem onde o componente forma entra decisivamente. (SALDANHA, 2005, p.5).

exercem-no e barram tanto o quanto podem a concorrência externa. Estariam as organizações conjurando o *Cave Inimicum*, pintando um muro erguido com a tinta no tom metodologismo e reforçando as suas origens teológicas:

O Direito é uma arte, mas também um mistério. A ênfase na educação formal atrai aprendizes dotados de grande agilidade intelectual, cujos esforços investigativos e analíticos intelectualizam a atividade profissional, tornando-a cada vez mais incompreensível aos leigos. Isso nos traz à mente as relações entre o clero e o laicato na Igreja medieval. Como muitos clérigos, os profissionais se dedicam a “ciências sem valor, para aumentar seu prestígio junto aos ignorantes”, inclusive com “uma afetação de mistério em todos os escritos e todas as conversas relacionadas a sua profissão; uma afetação de conhecimento imperscrutável, exceto para os iniciados em sua ciência; um ar de total confiança nas próprias técnicas e habilidades; e um comportamento solene, desdenhoso e que procura expressar uma enorme autossuficiência”. A homogeneidade da educação para a profissão gera um grau de consenso em questões profissionais que leva seus praticantes a acreditarem-se possuidores de um canal de comunicação com a verdade. A complexidade das doutrinas do direito, a obscuridade do jargão e a reificação da “lei” são, em parte, fatores endógenos à organização da profissão e não fatores exógenos aos quais a profissão tenha se adaptado por meio de determinação de critérios rigorosos e uniformes de seleção. (POSNER, 2008, p. 61-62).

A análise de Posner é feita pelo viés econômico, e está no pólo oposto ao de Saldanha, mas chega ao mesmo ponto: o quanto o uso de toda sorte de dificuldades serve ao propósito de fazer do Direito algo próximo da Teologia.

Por esta razão, existe um tópico intitulado “Metodologismo, Reduccionismo, Teologia” no livro lançado em 2005 por Nelson Saldanha e ele aprofunda sua meditação sobre o tema, concluindo que a importância que se deu ao método e suas ramificações aproximam-se dos “debates teológicos que se travaram na Idade Média” (SALDANHA, 2005, p. 83). Muito embora haja semelhanças e impressões digitais da Teologia no me-

todologismo¹⁴⁹, existe uma diferença grande: enquanto este é um reducionismo, aquela não:

Concedamos que a supervalorização do método não trouxe de pronto uma “repetição” da teologia. Digo que ao fim e ao cabo o racionalismo metodologista conduziu a algo como uma nova teologia, com um sentido polêmico, vez que aquilo que mais refinadamente expressou a tendência metodológica do racionalismo (isto é: a teoria Pura com sua entronização do “método jurídico”) terminou por enrijecer-se como escola, adotando seus ritos conceituais, proclamando seus dogmas e anatematizando os adversários. Não que tenha faltado grandeza à obra de Kelsen, ao contrário. Sua construção doutrinária foi notável. O *ismo* que derivou de sua extensão temática (no início era só uma análise da ordem jurídica) e o marco doutrinário traçado por seus seguidores, é que vieram a constituir um proselitismo implacável. (SALDANHA, 2005, p. 120).

O “proselitismo implacável” é a forma mais latente de manter o Direito afastado do cotidiano e de isolá-lo tal qual a ciência que estuda o Divino. Importante perceber que a Teologia debruça-se sobre os conceitos de infalibilidade, mistério e dogma, palavras que não deveriam estar presentes na área jurídica, já que, por ditar e controlar regras sociais e a sociedade ser formada por seres com valores mutáveis no decorrer do tempo, agir de maneira pouco compreensível é anacrônico e reforça a imagem cartelizada bem observada por Posner.

149 É prudente usar a própria linguagem para justificar a escolha do uso da palavra “metodologismo”. Gianastacio, em sua pesquisa sobre o uso do sufixo *ismo* na Gramática da Língua Portuguesa, diz que uma das primeiras áreas do saber a valer-se dele foi a Medicina para designar o que advinha de uma intoxicação. A classe religião também apropriou-se do sufixo e colocou-o como classificação de doutrina criada a partir do nome do líder religioso. “Doutrina”, pelo dicionário Michaelis, é definida – dentre outras coisas – como: sistema que cada indivíduo adota e que lhe serve de guia em sua maneira de agir; norma, preceito, regra.

CONCLUSÃO

Reforçar o caráter teológico no estudo do Direito não é sem motivo nem deriva somente do momento em que o Cristianismo tomou para si o legado das civilizações clássicas. A Mitologia, sucedida pela Teologia, exerceram forte influência na produção dos saberes ao longo do tempo naquilo que se conhece como Ocidente.

O recorte da obra “Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico”, alicerce maior deste artigo, permite que se coloque luz sobre as consequências desta influência e gera reflexões no leitor, para o bem e para o mal.

O caminho traçado desde a Mitologia e suas explicações sobrenaturais, passando pela Teologia e seu conceito de culpa e definição do que é certo, bem como pela Escolástica e a produção de um conhecimento tanto divino quanto humano, fazendo breve pausa no método usado por Descartes e descrito em “língua vulgar” até chegar ao metodologismo como destino final apresenta uma imagem do Direito como aquele que optou por não se aproximar de outras Ciências.

Luciano Oliveira critica os trabalhos acadêmicos feitos por juristas e que abrem espaço em suas linhas para demonstrar a “visão sociológica” do tema tratado (OLIVEIRA, 2004, p. 10), como se ali fosse uma dose de interdisciplinaridade, mas também como se o Direito enxergasse as demais Ciências de um ponto mais alto.

O apego ao metodologismo é refletido pela autoimagem que a maioria maciça dos juristas passa, desde o seu traje – que goza de possibilidade de determinação em dispositivo legal específico previsto no Estatuto da Advocacia e da OAB¹⁵⁰ – até a linguagem pouco compreensível que se usa.

Diz-se que a permanência dos termos barrocos é um costume e identifica a profissão, sendo utilizados em petições, pareceres, etc. Esta defesa seria fulminada pela constatação de que o juridiquês não é usado apenas entre os iniciados. Quantas vezes clientes têm a sensação de que suas perguntas não foram respondidas? E quanto ao mito de que aquele profissional que fala mais ou mais difícil em uma audiência é o mais preparado? E

150 Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional: [...] XI - determinar, com exclusividade, critérios para o traje dos advogados, no exercício profissional.

quanto ao modo como a classe docente que se dirige à discente? Tudo isto é reforço ao metodologismo.

A Teologia lida com, dentre outras coisas, a ideia do estudo do Infalível. Quando o Direito aproxima-se deste ponto do conceito e torna-se intocável às mãos humanas, perde contato com a realidade humana. Reforçar este traço não colabora com a sobrevivência do Direito como Ciência.

Quanto mais Latim, quanto mais obrigatoriedade de determinadas vestes, quanto mais preocupação com o “como fazer”, menos tempo pensando e estudando aquilo que tanto contribuiu com a sociedade.

Falar, redigir, vestir-se de maneira mais palatável não significa perder o caráter autônomo. É, simplesmente, fazer questão de ser entendido e também compreender que o apego ao metodologismo está, lentamente, engolindo o Direito. Continuando neste tanjo, pode ser que ele mesmo depare-se com um *Cave Inimicum*.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro, 1989. Título original: Le pouvoir symbolique. Disponível em: http://lpeq1.quimica.ufg.br/up/426/o/BOURDIEU_Pierre._O_poder_simb%C3%B3lico.pdf. Acesso em 21 de junho de 2019.

BELCHIOR, **Apenas um rapaz latino americano**. In: Fascinação: 1976. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Wk-9JsWYIIWE>. Acesso em 16 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 8906, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso 20 de junho de 2019.

DESCARTES, René. **Discurso do Método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas Ciências**. Tradução: Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. Notas de Gérard Lebrun. São Paulo: 1979. Título Original: Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la verité dans les sciences. Disponível em: <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2014/02/descar->

tes-discurso-do-mc3a9todo-trad-jacc3b3-guinsburg-e-bento-prado-jr-com-notas-de-gerard-lebrun-publicac3a7c3a3o-autorizada-pelos-detentores-dos-direitos.pdf. Acesso em 16 de junho de 2019.

DOCTRINA. *In:* dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/doutrina/>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

GIANASTACIO, Vanderlei. **O Sufixo *-ismo* na História das Gramáticas da Língua Portuguesa e sua produtividade a partir do dicionário de Língua Portuguesa Antônio Houaiss.** Disponível em: <http://www.usp.br/gmhp/publ/GiaA1.pdf> . Acesso em: 22 de junho de 2019.

Homenagem a Nelson Saldanha. Disponível em: <http://www.espaco-ciencia.pe.gov.br/?p=12201>. Acesso em 21 de junho de 2019.

KAFKA, Franz. **O Processo.** 1983. Título original: Der Prozess. Disponível em: https://media.orelhadelivro.com.br/pdfs/O_Processo.pdf. Acesso em: 19 de junho de 2019.

LEIGO. *In:* dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/leigo/>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito.** 2004. Disponível em: https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/7.4%20hamurabi_por_loliveira.pdf. Acesso em 23 de junho de 2019.

OLIVEIRA, Terezinha. **A Escolástica como Filosofia e Método de Ensino na Universidade Medieval: uma reflexão sobre o Mestre Tomás de Aquino.** 2013. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand32/03terezinha.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2019.

POSNER, Richard. **Para além do Direito.** Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, Título original: Overcoming Law. Disponível em: <https://app.box.com/s/ojtsm1lj73aj-12f8wvor5982skcg34w/file/418504382825>. Acesso em 22 de junho de 2019.

- PINHEIRO, Daniela. **Das vestes talares: As borlas, os torçais e os alamares dos advogados do mensalão**. 2012. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/das-vestes-talares/> . Acesso em 17 de junho de 2019.
- ROSA, Daniela Botti da. **Harry Potter e o Sujeito da Pós-Modernidade** In: Psicologia Ciência E Profissão. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v28n3/v28n3a04.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2019.
- SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____, **Teológico, Metafísico e Positivo. Filosofia e Epistemologia no Ocidente Moderno**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Edições Afrontamento. Portugal: Porto, 1995.
- TEMPESTA, João Orani. **Ministério e Eucaristia**. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/ministerio-e-eucaristia/>. Acesso em 20 de junho de 2019.

A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO ATUAL CENÁRIO DESPORTIVO BRASILEIRO

Ingrid de Figueiredo Lopes

Fábio de Souza Peragene

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Luiza Ferreira de Carvalho

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo aprofundar uma análise sobre o histórico do desporto feminino, especificamente no Brasil. Através de uma análise comparativa entre os gêneros masculino e feminino no âmbito esportivo, foi analisada a existência de tratamento diferenciado no reconhecimento e equiparação salarial.

A importância da pesquisa se dá pelo fato histórico da desigualdade de gênero. Ressalta-se que a falta de equidade entre os gêneros no esporte está enraizada desde a primeira edição dos jogos olímpicos. Com o passar dos anos, as mulheres foram conquistando seu espaço na busca de igualdade.

As categorias femininas em todos os esportes olímpicos foram alcançadas. Entretanto, quando se trata de remuneração, mídia, patrocínio e investimento ainda há um abismo entre os gêneros.

Diante o exposto, o estudo aborda os aspectos relevantes que se insurgem no momento atual e no seu contexto histórico, as mudanças na lei de incentivo ao esporte, além da busca pela igualdade perante o cenário esportivo nacional.

As diferenças presentes entre as competições masculina e feminina estão atreladas a esse contexto histórico, que acarretam na exclusão da mulher no esporte, interferindo diretamente no seu desenvolvimento. Este fato fez com que a primeira Copa do Mundo de Futebol Feminino ocorresse somente em 1991, ou seja, 61 anos depois da primeira edição masculina em 1930.

Com a presença do empoderamento feminino atual, algumas mudanças de representatividade vêm ocorrendo em importantes entidades esportivas no mundo, como a CONMEBOL e a CBF.

Uma importante decisão da Conmebol (entidade que comanda o futebol na América do Sul) determina que todos os clubes masculinos classificados para a Copa Libertadores a partir de 2019, apresentem uma equipe de futebol feminino, pois, caso contrário, serão eliminados da competição.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO ESPORTE NO MUNDO

O esporte passou a merecer uma atenção especial nos últimos anos, pois tem permitido aprofundamentos políticos, sociais, culturais, educacionais, jurídicos, científicos e antropológicos. Ocorre que alguns fatos esportivos do mundo contemporâneo fizeram com que o esporte se tornasse, gradualmente, um assunto para discussões que despertam interesses nas diversas sociedades da atualidade.

Como o número de modalidades esportivas e de pessoas praticando-as é visivelmente crescente, o seu espaço na mídia também vêm sendo cada vez maior, podendo ser dito que há um reconhecimento da ciência do esporte, a qual já conta com a inserção feminina, inclusive no âmbito tecnológico através dos jogos virtuais.

Entretanto, para ser possível aprofundar a participação da mulher no esporte é necessário resgatar o seu contexto histórico. Não se pode deixar de mencionar os tempos primitivos dos séculos passados onde a mulher era utilizada apenas para procriar e cuidar da casa, até chegar ao final do século XX e início do século XXI.

Evidentemente que, de início, torna-se necessário apresentar o conceito de esporte para depois prosseguir com a sua trajetória, o qual é, conforme Vitor Andrade de Melo (2004), uma prática social que extravasa o

campo da Educação Física, sendo objeto reconhecido por várias áreas de conhecimento.

Segundo os autores Manoel José Gomes Tubino, Fábio Mazon Tubino e Fernando Antônio Cardoso Garrido (2006), os períodos históricos do esporte são divididos em três fases: Esporte Antigo, Esporte Moderno e Esporte Contemporâneo.

Na Antiguidade, o esporte era resumido às atividades diárias de sobrevivência que o ser humano praticava, como, por exemplo, mas não se restringindo à caça, defesa pessoal, natação, dança através dos rituais da cultura local, etc. (LYRA FILHO, 1973). Porém, após o período primitivo, o avanço da civilização permitiu que iniciassem, principalmente entre os egípcios, a prática de esgrima, arremessos e remo, as quais, a título de curiosidade, já ocorriam desde 4.000 a.C.. (PEREIRA, 1980).

Apesar de haver registros de atividades esportivas na China há 6.000 a.C. e no Egito há 5.000 a.C., destacou-se com as festas gregas (que compreendiam as olimpíadas) realizadas de quatro em quatro anos na Cidade de Olímpia, nome dado em homenagem aos Deuses do Monte Olimpo e a perfeição do corpo humano simbolizado por Apolo. (GEBARA, 1995)

Os jogos ocorreram 12 séculos e aconteceram 223 vezes até o Imperador Romano se converter ao catolicismo, proibindo tais festas contrárias à ética cristã, inclusive as olimpíadas, pois os nobres estavam se distanciando da Igreja e quem o praticava era condenado por pecado grave. Registra-se, assim, o início da intervenção estatal e cristã na sociedade julgado pela moralidade (BRASIL, 2004).

Já o Esporte Moderno surgiu em XVIII e se fortaleceu na atmosfera liberal do século XIX, quando a participação estatal autoritária constituía-o como atividade privada. Inicialmente, o esporte era insignificante para o Estado pela falta de lucratividade econômica e de representatividade social, mas quando os países europeus começaram incentivar as práticas esportivas, o Estado tentou assumir e regularizar o seu uso (MELO, 2004).

O Esporte Moderno foi criado pelo inglês Thomas Arnold, diretor do *Rugby College*, que, a partir de 1820, começou a codificar os jogos existentes com regras e competições dentro da educação, formuladas pelos próprios alunos que apenas buscavam o seu prazer e a sua moral.

Nesse sentido, é possível dizer que foi fruto dos movimentos sociais das classes populares e das classes burguesas, o qual ocorria simultanea-

mente ao processo de industrialização na Inglaterra com o desenvolvimento das Revoluções Industriais.

Conforme entendimento de Mario André Sigoli e Dante de Rose Junior (2004, p. 114) sobre o período de desenvolvimento do Esporte Moderno:

O esporte moderno se desenvolveu paralelamente ao processo de industrialização herdando dele a racionalização, sistematização e a orientação ao resultado. A origem do esporte na Inglaterra está em jogos e recreações populares, assim como em algumas atividades lúdicas da nobreza britânica. As modalidades esportivas foram concebidas pela regulamentação destas práticas.

Rapidamente a ideia de Thomas Arnold se estendeu por toda a Europa, surgindo clubes esportivos espelhados no Associacionismo Inglês, o qual tornou-se o “primeiro suporte para a ética esportiva” e um grande estímulo para a restauração dos Jogos Olímpicos em Atenas com uma participação de 285 competidores representando 13 países, por Pierre de Coubertin, em 1896.

O auge do reinício das atividades olímpicas ficou consolidado quando foi trazido um “segundo suporte da ética esportiva”: o *fair-play*. Essa “técnica” vem com o intuito de fixar o amadorismo como uma de suas referências através da chegada do Olimpismo.

Naquele contexto do século XIX, os países capitalistas fraudavam o amadorismo com o chamado amadorismo marrom, que consistia em facilidades, bolsas e ajudas de custo aos atletas. Enquanto isso, os países socialistas fraudavam ao transformar prática esportiva esporte em uma carreira estatal, a qual começava na detecção de talentos e seguia em escolas de altas performances.

Em 1976, durante a I Reunião de Ministros de Esporte em Paris, decidiu-se que até o final da década a UNESCO se responsabilizaria pela publicação e divulgação de um documento com diretrizes efetivas para que os Estados do mundo regulamentassem questões relativas ao esporte.

Esse documento ficou conhecido como a Carta Internacional de Educação Física e Esporte (UNESCO/1978) e, logo no artigo primeiro, reconheceu-se que as práticas esportivas são direito de todos os seres hu-

manos. Esse pressuposto rompeu com a perspectiva do Esporte Moderno de que só poderia praticar os atletas de alto rendimento.

Nesta nova concepção, o Esporte possui ampla abrangência social, compreendendo todas as pessoas, independentemente das suas idades e situações físicas. Depois da Carta Internacional de Educação Física e Esporte da UNESCO, qualquer outro documento relacionado ao esporte também defendia a inclusão social de todos, sem distinção de gênero, raça ou crença.

Cazorla Prieto (1979) fundamenta a necessidade do envolvimento estatal no esporte, pois trata de atividades necessárias aos indivíduos como saúde pública no sentido profilático e terapêutico, utilizando-o para o combate ao sedentarismo, estresse e outras mazelas da sociedade moderna; ao lazer e entretenimento que deve ter o acesso ampliado à população; e pela necessidade de regular o esporte profissional, dado ao prestígio que participar das competições traz a sua nação.

Por este motivo, desde 1980, a Carta Internacional de Educação Física e Esporte é considerada até hoje o grande marco para a mudança do Esporte Moderno para o Esporte Contemporâneo, em decorrência de tamanha transformação que ela causou na vida de todos os seres humanos.

Durante o período contemporâneo, houve algumas manifestações políticas em Jogos Olímpicos. O propósito dessas atitudes era o país tentar espalhar as suas ideologias. Alguns exemplos não foram bem sucedidos, como ocorreu durante a Guerra Fria, quando houve a exclusão dos países capitalistas nos Jogos de Moscou, em 1980, e nos Jogos de Los Angeles, em 1984, que só participaram os países socialistas. (SIGOLI, DE ROSE JUNIOR, 2004)

Entretanto, essa interferência estatal da ditadura dentro do esporte, principalmente no futebol, encerrou-se no Brasil com o fim do regime militar - na década de 80. Foi iniciado um movimento de inclusão social, chamado Esporte para Todos, o qual buscava trazer a democracia para as práticas esportivas (TUBINO, 2003).

O Esporte Para Todos (EPT) - nasceu na Noruega e depois se espalhou pelo resto do mundo - é conceituado como um movimento esportivo que defende e promove acesso às atividades físicas para todas as pessoas, onde não deve ser considerado um privilégio para aqueles que se apresentam com mais talento ou melhor biótipo.

Segundo Carmen L. Soares, Celi N. Z. Taffarel, Maria Elizabeth M. P. Varjal, Lino C. Filho, Micheli O. Escobar e Valter Bracht, autores que integram o Coletivo do livro *Metodologia do Ensino da Educação Física* (1992, P. 56), a filosofia do Esporte Para Todos era: “Não é o esporte que faz o homem, mas o homem que faz o esporte, ele determina o que, como, onde, quando, por quanto tempo, com quem, sob que regras, com que objetivos, sob que condições o pratica.”

O movimento Esporte Para Todos só conseguiu ter seus objetivos consumados graças à significância da Carta Internacional de Educação Física e Esportes, a qual já havia iniciado os trabalhos de tornar o esporte direito de todos. Por isso, conforme as décadas foram passando, programas governamentais de incentivo foram criados no Brasil, de modo que o Esporte Contemporâneo é o mais igualitário de todos.

2. LEI DE INCENTIVO AO ESPORTE

Após a Carta Internacional de Educação Física e Esporte da UNESCO ter sido sancionada em 1978, começaram a surgir diversos movimentos contestando o rendimento do esporte em sua abrangência econômica e social.

Uma das iniciativas mais impactantes que o Brasil teve ocorreu somente após dez anos de existência da Carta Internacional, o que demonstra que as políticas públicas brasileiras possuem processos lentos para se desenvolverem.

De início, não se deve deixar de mencionar a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual alterou conceitos e princípios de extrema relevância para o âmbito desportivo, como, por exemplo, passou a considerar a prática de atividades físicas um direito de todos os brasileiros, conforme a redação do seu artigo 217. (ZAINAGHI, 1998)

Os pontos de maior importância desse dispositivo são as determinações de seus incisos e parágrafos, pois dão incentivos ao esporte na área educacional como forma de entretenimento e socialização, bem como estabelece critérios para distinguir as práticas profissionais das amadoras para que o investimento tenha o fim desejado.

Entretanto, tais definições não satisfizeram os esportistas e, em 6 de julho de 1993, foi sancionada a Lei n. 8.672, mais conhecida como a Lei

de Zico para instituir efetivamente um conceito nacional de esporte e normas gerais sobre os desportos, pois, constitucionalmente, só falava-se na questão do rendimento físico. Em seguida, a Lei Pelé - Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998 - e a Lei Maguito Vilela - Lei n. 9.981, de 14 de julho de 2000 - revogaram todos os seus dispositivos. (ZAINAGHI, 1998)

O Estado com políticas públicas voltadas para o atleta com alto nível de rendimento e competidor internacional, passou a ter políticas sociais de entretenimento e saúde para toda a sociedade, como um meio de transformar o esporte e as atividades físicas em um bem estar comum a todos.

Nessa linha, Domingos Sávio Zainaghi esclarece o entendimento (1998, p. 110):

Foi assim que foram introduzidas, na realidade esportiva nacional, as manifestações Esporte-educação, Esporte-participação (lazer) e Esporte-performance (desempenho). O texto constitucional de 1988 consolidou esse entendimento ao priorizar recursos públicos para o esporte educacional e, no caput do art. 217, estabelecer como dever do Estado fomentar práticas esportivas formais e não-formais, como direito de cada um.

Atualmente, as políticas públicas esportivas são estabelecidas pela Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados, criada em fevereiro de 2014 através da Resolução n. 54, após anos de competência exclusiva da Comissão de Turismo e Desporto, que passou a ser chamada de Comissão de Turismo.

A Lei de Incentivo ao Esporte foi sancionada em dezembro de 2016, sendo considerada como um dos principais instrumentos para incentivar as pessoas físicas e as pessoas jurídicas a realizarem doações voluntárias, bem como a patrocinarem atletas ou centros esportivos.

Os valores investidos por meio de doação ou patrocínios poderão abatidos no Imposto de Renda. No entanto, de acordo com a previsão da Lei n. 11.438, de 29 de dezembro de 2006, essa dedução de valores só poderá ocorrer até o ano de 2022, graças à alteração no dispositivo que ampliou a dedução que antes era até 2015.

A Lei n. 11.438/2006 é aquela que “dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências”, conforme expresso na própria ementa da lei.

Assim sendo, a lei é uma forma simplificada de uso dos recursos do fundo público, uma vez que estes não seguem os parâmetros de orçamento executados diretamente por organizações não governamentais ou entes governamentais fora da esfera federal.

A Comissão do Esporte, através da Resolução da Câmara dos Deputados n. 17 de 1989, tem por finalidade apreciar os assuntos ou proposições submetidos ao seu exame e sobre eles deliberar, assim como exercer o acompanhamento dos planos e programas governamentais e a fiscalização orçamentária da União Federal, no âmbito dos respectivos campos temáticos e áreas de atuação, quais sejam: sistema desportivo nacional e sua organização, política e plano nacional de educação física e desportiva, normas gerais sobre desporto e justiça desportiva.

3. A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO ESPORTE

A inserção feminina no esporte teve início nos tempos primitivos, pois as mulheres já praticavam as atividades esportivas para garantir as suas necessidades básicas, como ocorria no caso da caça, natação e defesa pessoal. No entanto, por conta da estrutura social patriarcal, da Grécia Antiga em diante as mulheres eram proibidas até de recorrer a sua subsistência. (TUBINO, 2002)

Ainda na Grécia Antiga (776 a.C. a 393 d.C.), ocorreram os primeiros Jogos Olímpicos, chamado de Panatéias e, até hoje, considerado o evento esportivo mais importante do mundo. Neste período, as mulheres eram proibidas de participar, inclusive como espectadoras, para que elas não sofressem danos fisiológicos já que as atividades dos jogos consistiam basicamente em guerrear, o que era vedado e exclusivo aos homens. (GOELNER, 2004)

Durante a Idade Média, as mulheres não eram excluídas das atividades e de práticas esportivas com bola, dentro dos jogos populares. Entretanto, no século XVII, as mulheres passaram a ser excluídas novamente graças a uma profunda mudança patriarcal que retirou seus direitos.

Nesse sentido, Gilberto Oliveira, Eduardo H. L. Cherem e Manoel J. G. (2008, p. 118-119) dissertam sobre a retirada dos direitos das mulheres no século XVII e sobre a sua volta às práticas esportivas acontecerem apenas na virada do século XVIII e XIX:

No entanto, no século XVII, houve uma profunda mudança, onde a mulher perde seus direitos, sendo subjugada pelo marido ou, quando solteira, pelo parente homem mais próximo. O que acabou por excluir a mulher das atividades esportivas. Somente no século XVIII e início do XIX a mulher começa a retomar o acesso aos esportes, quando cavalheiros ingleses passam a levar suas esposas a assistir alguns eventos como, boxe, remo e corridas de cavalo. Época que as mulheres iniciam a participação em eventos tipicamente masculinos, como boliche, cricket, bilhar, arco e flexa e alguns esportes praticados na neve.

O século XIX foi o início de uma nova era para as mulheres praticantes de atividades de esportivas, pois elas estavam retornando as arenas esportivas e aos Jogos Olímpicos, mas, apesar disto, a exclusão feminina continuava visível por conta do número pequeno de mulheres que participavam das competições, o que perdura até hoje em algumas modalidades.

A quantidade de mulheres participantes nos Jogos Olímpicos foi aumentando progressivamente, sendo a edição de Atenas um marco histórico para concretizar a presença das mulheres competindo em quase todas as modalidades existentes e representando os mais variados países.

No Brasil, o desenvolvimento feminino nas praticas de atividades esportivas, independente de qual seja a sua natureza, só passou a ter relevância na sociedade ao longo da primeira metade do século XX, a partir de 1920. Mesmo com pouca aprovação e com a ideologia da mulher ser dona de casa ainda prevalecendo, a sua inclusão começou a acontecer aos poucos nas modalidades consideradas para esse gênero: o nado sincronizado e a ginástica rítmica. (TUBINO, 1992)

Sobre a década de 20, Gilberto Oliveira, Eduardo H. L. Cherem e Manoel J. G. (2008, p. 122) explica didaticamente como foi o início da participação feminina no esporte e nas atividades físicas:

Sua participação nos esportes e atividades físicas começa nos clubes na década de 20 através das jovens, normalmente filhas de imigrantes europeus que já apreciavam o valor do exercício e lhe davam incentivo para sua inserção no esporte. Pois o cenário sociocultural que o Brasil apresentava na época ainda era desfavorável para as mulheres.

Quase três décadas depois, em 1949, no Rio de Janeiro, os Jogos da Primavera foram criados para consagrar a emancipação feminina no Brasil, a qual consiste em uma olimpíada dedicada exclusivamente às mulheres e que pôde contar com o incentivo de clubes e escolas cariocas.

Contudo, percebe-se que, desde sempre, houve falta de políticas públicas que permitissem a igualdade de gêneros no Brasil, seja no esporte ou em qualquer outra esfera. Os recursos governamentais são distribuídos entre as modalidades masculinas, enquanto as femininas ficam com centros de treinamentos precários.

Diga-se de passagem, nem os principais clubes brasileiros investem nas mulheres, pois a mídia influencia na forma que os tais gastam o dinheiro; aquilo que trás mais visibilidade na mídia, atraíra mais patrocinadores, que, por sua vez, atrairá mais dinheiro e poderá ter um maior investimento do clube.

No Brasil, a discussão da representatividade feminina no esporte tomou uma dimensão ainda maior após os jogos Pan-americanos de 2007, no Rio de Janeiro. Em tal ocasião, o futebol feminino - mesmo sem financiamento, patrocínio, infraestrutura, incentivo e visibilidade - foi campeão contra o norte-americano que se encontravam consideravelmente mais preparado.

No entanto, as mulheres brasileiras também se destacaram em diversas outras modalidades conquistando medalha de outro, o que as transformou em inspirações nacionais para muitas jovens meninas que não tinham perspectiva de futuro e enxergaram o esporte como uma oportunidade de mudar de vida, pois a maioria das mulheres campeãs em suas modalidades veio da classe baixa brasileira e chegaram ao pódio através de muita dedicação.

A Seleção Brasileira Feminina de Futebol possui a principal atleta brasileira e uma das mais reconhecidas do mundo para ser citada como exemplo: a Marta, nordestina, que nasceu em uma família de origem pobre e viu no futebol a oportunidade para subir na vida.

Apesar de o Brasil possuir a Marta, eleita seis vezes a melhor jogadora de futebol do mundo, nenhuma emissora brasileira transmitia as Copas do Mundo por acharem que abaixaria o ibope, mesmo com a seleção alcançando resultados expressivos se comparado à falta de investimento fornecido pelo Governo Federal.

Mesmo carregando nas costas as medalhas de terem sido sete vezes vice-campeãs na Copa América, três vezes campeãs dos Jogos Mundiais Militares, três vezes campeãs dos Jogos Pan-Americanos e uma vez vice-campeã na Copa o Mundo de 2007; foi apenas em 2019 que emissoras de televisão dos canais abertos e fechados resolveram transmitir pela primeira vez a Copa do Mundo Feminina de Futebol, batendo recordes de audiência.

Os números significativos no aumento da audiência mostra como a representatividade feminina na atualidade vem ganhando o seu próprio espaço, pois quebraram recordes de audiência pelo mundo inteiro, principalmente o Brasil que alcançou mais de 30 milhões de telespectadores apenas no último jogo da Seleção Brasileira, conforme dados do jornal El País, em matéria do dia 29 de junho de 2019.

O importante é não esquecer que a Copa do Mundo de Futebol Feminino ocorre somente de quatro e quatro anos e que essa representatividade que surge durante os jogos não permanece após o término deles. Ou seja, a Copa do Mundo é uma exceção, pois a realidade é que as mulheres não possuem contratos fixos, carteiras de trabalho assinadas, investimento nos centros de treinamento, etc..

Isto é, o princípio constitucional da igualdade não é devidamente cumprido dentro do esporte, haja vista que é visível a discrepância de valorização quando se trata do gênero masculino e quando se trata do gênero feminino, em todos os aspectos imagináveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem o intuito de trazer uma reflexão sobre a representatividade feminina no cenário esportivo atual, retratando e evidenciando as dificuldades encontradas.

Haja vista que ainda percebe-se a distinção entre os gêneros, sobretudo no que tange a equiparação salarial, patrocínios e o profissionalismo, os quais ainda não debatidos com tanta força no cenário esportivo.

Sendo assim, busca-se entender qual é a melhor forma de contribuir para o avanço e reconhecimento para que, em um futuro próximo, sejam reconhecidos direitos trabalhistas igualitários em todas as modalidades esportivas.

Dentre as dificuldades encontradas pelas mulheres praticantes de esporte de alto rendimento e que depende de sua prática como meio de sustento, destaca-se a falta de segurança, o preconceito, a falta de incentivo nas escolas, pouca visibilidade e apoio da imprensa televisiva.

A diferença nos valores de salários é embasada por uma quantidade inferior de patrocínios e um suporte ainda menor por parte de veículos de transmissão, muito devido ao menor interesse do público por essa competição. Porém, neste ano de 2019, houve apoio da mídia na América Latina, com influência e audiência no Brasil, sendo transmitidos pela primeira vez os jogos da seleção brasileira feminina de futebol.

A transmissão completa desse evento é inédita no país e é um enorme incentivo para o futebol feminino na prática, sobretudo para as futuras gerações pelo aumento do interesse do público e, conseqüentemente, pelo desenvolvimento do esporte que haverá no país.

REFERÊNCIAS

- CAZORLA PRIETO, Luis María. **Deporte y Estado**. Madrid: Editorial Labor, 1979.
- GEBARA, Ademir. **Esportes: cem anos de História**. In: III Encontro de História do Esporte, Lazer e Educação Física. Curitiba, 1995.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. **Mulher, olimpismo e desempenho**. In: **III Fórum de debates sobre mulher e esporte: mitos e verdades**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- LYRA FILHO, João. **Introdução à sociologia dos desportos**. Rio de Janeiro: Editora Bloch, 1973.
- MELO, Vitor Andrade de. **História da educação física e do Esporte no Brasil: panorama e perspectivas**. São Paulo: Ibrasa, 2004.
- OLIVEIRA, Gilberto; CHEREM, Eduardo H. L.; TUBINO, Manoel J.G. A inserção histórica da mulher no esporte. **Revista Brasileira Ciência e Movimento**. 2008; 16(2): 117-125.
- RAMOS, Jayr Jordão. **Os exercícios físicos na história e na arte: do homem primitivo aos nossos dias**. São Paulo: Ibrasa; 1983.

- SIGOLI, Mario André; ROSE JR, Dante de. A história do uso político do esporte. Brasília: **Revista Brasileira de Ciências e Movimento**, v. 12, n. 2, p.111-119. Jun, 2004.
- TUBINO, Manoel; GARRIDO, Fernando; TUBINO, Fábio. **Dicionário enciclopédico Tubino do esporte**. Rio de Janeiro: SENAC, 2006.
- TUBINO, Manoel José Gomes. **Movimento Esporte Para Todos: da contestação do esporte de alto nível a atual promoção da saúde**. FIEP Bulletin, v. 73, n.3, 2003.
- TUBINO, Manoel José Gomes. **Teoria geral do esporte**. São Paulo: Ibrasa, 1987.
- TUBINO, Manoel José Gomes. **500 anos de legislação esportiva brasileira: do Brasil colônia ao início do século XXI**. Rio de Janeiro: Shape, 2002.
- VALPORTO, Oscar. **Atleta substantivo feminino: Vinte mulheres brasileiras nos jogos olímpicos**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE NO DEPOIMENTO PESSOAL DE DILMA ROUSSEFF NA SESSÃO DE IMPEACHMENT DO SENADO FEDERAL: ASPECTOS JURÍDICOS E DISCURSIVOS

Glauber Lacerda Santos

Maria da Conceição Fonseca-Silva

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É improvável estudar o período republicano brasileiro sem se deparar com momentos conturbados e de instabilidade no funcionamento institucional. Desde que essa forma de governo foi adotada, no final do século XIX, experimentamos curtos períodos de democracia, intercalados por golpes de Estado e ditadura. Para alguns historiadores, a própria transição da Monarquia para a República teria decorrido de um golpe de Estado político-militar contra o imperador D. Pedro II¹⁵¹. Portanto, pode-se considerar que a atual fase da nossa República, que se seguiu ao movimen-

151 Para Torres (2018), o movimento de 15 de novembro de 1889 implicou dupla ruptura. De um lado, pela violação do princípio da legitimidade monárquica, proveniente de vários séculos; de outro lado, pela violação da legitimidade democrática, que vigorava há 60 anos. No mesmo sentido, Gomes (2013) define o movimento republicano como um golpe que se tornou um feriado sem prestígio, quando o 15 de novembro foi inserido no calendário cívico brasileiro.

to das *Diretas já* e à promulgação da Constituição de 1988, corresponde ao período mais duradouro de continuidade democrática. Contudo, essa continuidade não pode ser interpretada como plena estabilidade política e governabilidade imperturbável.

Da primeira eleição direta para a Presidência da República, realizada em 15 de novembro de 1989, em diante, todos os Presidentes foram objeto de pedidos de *Impeachment*¹⁵², e isso em mais de uma ocasião durante o mandato. Dos 182 pedidos formulados até o atual período legislativo, apenas dois originaram processos que culminaram na deposição dos Presidentes. O primeiro, em 1992, contra Fernando Affonso Collor de Mello. O segundo, em 2016, contra Dilma Vana Rousseff. Acerca deste último processo é que esse trabalho se ocupa.

Nesse sentido, as análises aqui apresentadas constituem resultados preliminares da pesquisa que vem sendo desenvolvida no Laboratório de Pesquisa em Análise de Discurso (LAPADis), vinculado ao Programa de Pós Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade (PPGMLS), dentro do eixo temático “Memória e efeitos de sentido da assunção político-jurídica de sujeitos políticos (mulheres e homens) nas esferas de poder (legislativo, executivo ou judiciário)”.

Tomamos como referência alguns dos conceitos estruturantes desse eixo para responder à seguinte questão: qual a noção de responsabilidade aparece no depoimento pessoal que a ex-Presidente Dilma Rousseff prestou no Plenário do Senado Federal, quando da sessão de julgamento do seu *Impeachment*? Objetivamos com essa questão analisar os aspectos jurídicos e discursivos que estão implicados na noção de responsabilidade inscrita no pronunciamento da ex-Presidente.

A relevância dessa análise deve-se tanto à atualidade da temática – considerando-se que o *Impeachment* em questão ocorreu há pouco mais de 2 anos – quanto pela repercussão do caso, que ainda tem suscitado debates

152 Acompanhando a sequência de presidentes que assumiram o cargo desde 1989, os pedidos de *impeachment* podem ser distribuídos como se segue: contra Fernando Collor foram 29; Itamar Franco foi alvo de 4; Fernando Henrique Cardoso, nos oito anos de mandato, 24; Luís Inácio Lula da Silva, considerando-se seus dois mandatos, 37; Dilma Rousseff foi objeto de 68, antes mesmo de completar o segundo ano do mandato de reeleição; Michel Temer foi alvo de 17 pedidos; e Jair Bolsonaro, até o momento, teve 3 pedidos contra si (ABRÃO, 2019).

acerca do funcionamento de nossas instituições e da solidez de nossa democracia.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Trata-se de um estudo de caso, de caráter descritivo-exploratório, com abordagem qualitativa. O arquivo analítico constitui-se da cópia do depoimento lido pela ex-Presidente Dilma na sessão de *Impeachment* do Senado, presente no Volume 72 dos Autos do Processo. O *corpus* consiste de Sequências Discursivas (doravante SD) extraídas das materialidades discursivas presentes no referido depoimento. Essas materialidades discursivas são “materialidades léxico-sintáticas opacas que, imersas em uma rede de relações implícitas, funcionam sob diferentes registros discursivos e com uma estabilidade lógica variável” (FONSECA-SILVA, 2005, p. 97). Para fundamentar a análise, mobilizamos pressupostos teóricos do Direito, da filosofia Ricoeuriana e da Análise de Discurso, reconhecendo que é indispensável a intervenção incessante da teoria para “[...] reger a relação do analista com o seu objeto, com os sentidos, com ele mesmo, com a interpretação” (ORLANDI, 1999, p. 64).

Recorremos ao Direito para explorar os aspectos técnicos e conceituais que envolvem o processo de *Impeachment*, correlacionando-os com a experiência de deposição da ex-Presidente Dilma Rousseff. Da filosofia Ricoeuriana empregamos a concepção do processo como uma cerimônia de linguagem, na qual se desenvolve um complexo jogo de argumentação e contra-argumentação entre os diversos atores que figuram no processo. A Análise de Discurso¹⁵³ (AD), por seu turno, fornece o ferramental necessário à problematização das maneiras de ler, para que o sujeito falante ou o leitor sejam impelidos à questionar o que produzem e o que ouvem

153 A disciplina Análise de Discurso de linha francesa (AD) desponta no final da década de 1960, contando, inicialmente, com as contribuições dos franceses Jean Dubois e Michel Pêcheux, linguista e filósofo, respectivamente. Os dois estudiosos recorreram à Linguística para inovar nas formas de abordagem sobre a política, correlacionando a questão de constituição do sujeito e do sentido (FONSECA-SILVA, 2007, p. 80). Para Orlandi (2005; 2008, p. 7), a Análise de Discurso é uma disciplina que se faz no entremeio, propondo “[...] uma forma de reflexão sobre a linguagem que aceita o desconforto de não se ajeitar nas evidências do lugar já-feito”.

nas múltiplas expressões da linguagem, de modo a perceber que não escapamos à linguagem, mas estamos sujeitos à sua opacidade, o que nos obriga a interpretar sempre (ORLANDI, 2009, p. 9).

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

Nas democracias representativas, o poder, cuja titularidade pertence ao povo¹⁵⁴, é indiretamente exercido por meio de representantes eleitos. A legitimação pelo voto popular, entretanto, não confere ao representante poderes absolutos para exercer seu mandato. Conforme preleciona Brosard (1992, p. 3), a realidade democrática não se limita à existência de eleições periódicas, isentas e apuradas com lisura. Para seu regular funcionamento, a democracia¹⁵⁵ requer instrumentos que permitam a responsabilização das autoridades que exercem de maneira indevida¹⁵⁶ as atribuições e prerrogativas de seu *munus*.

No ordenamento jurídico brasileiro, apura-se a responsabilidade do Presidente da República tanto em termos político-administrativos, quanto em termos penais, a depender da natureza da infração praticada. A despeito dessa distinção, assegura-se ao Presidente da República determi-

154 A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, declara em seu Artigo 1º, parágrafo único que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Pode-se afirmar, portanto, que o regime democrático brasileiro é do tipo semidireto ou participativo, que combina o sistema representativo com as especificidades e atributos da democracia direta, propiciando tanto a participação efetiva do cidadão no sistema representativo quanto o controle popular das ações do Estado (LENZA, 2018)

155 Nos Estados absolutos vigorava a teoria da irresponsabilidade, profundamente vinculada à ideia de soberania. Se alto escalão das antigas Monarquias só respondiam perante a coroa, o rei só prestava contas a Deus. Nesse contexto, o Estado exercia a tutela do direito e dispunha de autoridade incontestável perante os súditos, de modo que prevalecia dois princípios: 1. o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*); 2. aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*). O encadeamento desses dois princípios tinha como consequência a infalibilidade do soberano e, portanto, a impossibilidade de responsabilizá-lo por seus atos (cf. DI PIETRO, 2010, p. 644; BROSSARD, 1992, p. 4; BASTOS, 2002, p. 289).

156 Qualquer ato da autoridade que prejudica o Estado, compreendendo o agir “[...] de forma negligente, caprichosa, abusiva, ilegal ou facciosa, de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro do cargo” (BROSSARD, 1992, p. 134).

nadas imunidades de caráter formal em face do processo, visto que, conforme disposto no Artigo 86 da Constituição, só poderá ser submetido a julgamento após a acusação ser admitida pela Câmara dos Deputados, pelo voto de 2/3 dos seus membros. Desse modo, o Presidente será processado e julgado pelo STF (cf. Artigo 102, I, b, CF), quando praticar infrações penais comuns (crimes de responsabilidade próprios), ou pelo Senado (cf. Artigo 52, I, CF), nos crimes de responsabilidade impróprios, em razão da prerrogativa de foro garantida pela Constituição (BRASIL, 1988, p. 140; NÁPOLI, 2017, p. 285).

Para os fins a que se destina este trabalho, voltaremos nossa atenção para os crimes de responsabilidade impróprios, que podem ser definidos como infrações político-administrativas previstas em lei federal, praticadas pelo Presidente da República em razão do cargo e que configurem atos atentatórios à Constituição, especialmente as condutas que se enquadrem no rol do artigo 85¹⁵⁷. Há que se ressaltar, contudo, que as práticas alistadas no referido artigo tem finalidade meramente exemplificativa, de modo que seus incisos de I a VII são detalhados na lei federal 1.079¹⁵⁸, de 10 de abril de 1950 – a Lei do *Impeachment*¹⁵⁹ – que além de tipificar as condutas,

157 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais” (BRASIL, 1988). Na análise desse dispositivo constitucional, Silva (2014, p. 556, 557) propõe uma subdivisão dos crimes de responsabilidade em duas categorias, a saber, infrações políticas, atinentes às condutas descritas nos incisos de I a IV, e crimes funcionais, correspondentes aos incisos de V a VII.

158 Atualizada pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que ampliou o rol de infrações político-administrativas, principalmente em relação aos crimes contra a lei orçamentária (cf. BRASIL, 2000).

159 O instituto em questão originou-se na Inglaterra, em meados do século XIV, com a finalidade de punir os Ministros do rei por crimes de responsabilidade, aplicando-se tanto penalidades de natureza política (perda do cargo) quanto sanções de natureza penal (prisão). Ao ser importado pelo ordenamento jurídico americano, o processo de *impeachment* assume feições estritamente políticas, característica esta que poderia ser explicada pela adoção do sistema presidencialista republicano, uma vez que “[...] o chefe do Executivo não presta contas de seus atos ao Congresso, sendo somente responsabilizado em casos de extrema gravidade elencados na própria Constituição” (ZIMMERMANN, 2004, p. 531). De

regula o respectivo processo de julgamento dessas infrações (BRASIL, 2000). Segundo entendimento de Fernandes (2017, p. 1129) “[...] o crime de responsabilidade do Presidente da República deve estar enquadrado e tipificado de forma taxativa nessa citada Lei”.

À luz da lei supracitada – reafirmada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378 – o procedimento a ser adotado no processamento e julgamento do Presidente da República em face da prática de crimes de responsabilidade é bifásico, constituindo-se de uma fase inicial e uma fase final. A fase inicial dá-se na esfera de competência da Câmara dos Deputados, quando ocorre o oferecimento da denúncia por qualquer cidadão que esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos. Nessa primeira etapa, procede-se o juízo de admissibilidade, exigindo-se maioria qualificada de 2/3 dos membros da Casa autorizando a instauração o processo, nos termos do artigo 51, I, da CF (BRASIL, 2016a; BRASIL, 1988; FERNANDES, 2017, p. 1130).

Na etapa subsequente, havendo a autorização da Câmara, compete ao Senado Federal deliberar pela instauração ou não do processo, já que não está vinculado à autorização concedida pela Câmara. Caso o Senado não rejeite a denúncia – hipótese em que ocorreria o arquivamento do pedido de *Impeachment* –, inicia-se o processo por crime de responsabilidade propriamente dito. Na sessão de julgamento – a ser presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no artigo 52, parágrafo único, da CF/88 –, o Senado exerce um juízo de processamento. Em sua atuação judicante, os Senadores da República poderão absolver ou condenar o Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade, observando-se o *quórum* de 2/3 dos membros da Casa (BRASIL, 1988; NÁPOLI, 2017, p. 287).

Como consequência da condenação por crime de responsabilidade, duas sanções autônomas e não cumulativas¹⁶⁰ são aplicáveis: a perda do

acordo com Brossard (1992, p. 5), a terminologia foi incorporada pelo Direito Constitucional para designar tanto a fase inicial do processo de responsabilidade quanto para descrever o processo político como um todo.

160 Até o julgamento do *Impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendiam que, conforme expressamente previsto pelo artigo 52, parágrafo único, da CF/88, as sanções deveriam ser aplicadas cumulativamente, ou seja, ao Presidente da República condenado pela prática de crime de responsabilidade deveria ser

cargo e a inabilitação, por oito anos, para exercício de qualquer função pública. A sentença condenatória assume a forma de resolução do Senado Federal, que será lavrada e assinada pelo Presidente do STF, devendo também ser subscrita pelos senadores que participaram do julgamento. Após transcrição dessa resolução em ata e publicação de seu teor no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional, segue-se o anúncio imediato da sentença ao denunciado e o encerramento do processo (cf. BRASIL, 2016a).

Na história recente do Presidencialismo Republicano brasileiro – cujo marco temporal remonta à redemocratização iniciada no final da década de 1980 – o país assistiu dois Presidentes da República sofrerem o *Impeachment*. Em 30 de dezembro de 1992, o Ministro Sidney Sanches, que à época cumulava as funções de Presidente do STF e do Processo de *Impeachment*, procedeu a leitura da sentença condenatória de Fernando Affonso Collor de Mello por crime de responsabilidade. Aproximadamente 24 anos depois, no dia 31 de agosto de 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski, também no gozo de suas atribuições constitucionais, pronunciou a sentença condenatória imposta pelo Senado à Dilma Vana Rousseff (cf. BRASIL, 1992; BRASIL, 2016b).

A descrição concisa do rito e a menção lacônica dos casos de *Impeachment* no Brasil, tal qual formulado acima, talvez não deixe transparecer as cicatrizes, traumas, inquietações e incertezas que marcam essa conturbada experiência na vida política de um país¹⁶¹. Isso se deve, em parte, à conversão do embate político na cerimônia de linguagem em que o processo consiste, consumando a guinada da violência para a palavra (RICOEUR, 2008, p. 187), uma vez que o

[...] processo não passa de uma forma codificada de um fenômeno mais amplo, que é o conflito. [...] atrás do processo há o conflito,

imposta a perda do cargo e a inabilitação para exercício de cargo público. Não obstante isto, o Senado procedeu a votação em dois momentos, decidindo, primeiramente, acerca da perda do cargo (penalidade que foi aplicada) e, posteriormente pela inabilitação (penalidade que foi afastada) (NÁPOLI, 2017, p. 287). Para um maior aprofundamento sobre a temática, é interessante a leitura das reflexões realizadas por Fernandes (2017, pp. 1139-1145).

161 As expressões foram empregadas por Brossard (1993) para descrever a percepção dominante quando do *Impeachment* de Fernando Collor de Mello.

a pendência, a demanda, o litígio. [...] desde a fase de deliberação até a tomada de decisão, até a sentença, manifestam a escolha do discurso contra a violência (RICOEUR, 2008, pp. 178, 179).

Enquanto cerimônia de linguagem, o processo pode ser tomado como discurso, como a palavra em movimento. Essa prática de linguagem possibilita observar o homem falando e, desse modo, produzindo sentidos que são constitutivos de sua vida (ORLANDI, 2009). No curso da marcha processual uma série de atores – o denunciante, o réu, as testemunhas de acusação/defesa, os peritos e os senadores-juízes – enunciam discursos que, em seu conjunto, formam os documentos que constituem os Autos do Processo de *Impeachment*. Esses documentos também constituem a materialidade que se apresenta à interpretação, isto é, um objeto simbólico que produz sentidos e que “[...] está investido de significância para e por sujeitos” (ORLANDI, 2009. P. 26).

Retomando o *Impeachment* de Dilma Rousseff, que nos interessa na análise aqui proposta, o julgamento da ex-Presidente estendeu-se por 273 dias, durante os quais foram elaboradas, aproximadamente, 28.000 páginas de documentos, reunidas em 73 volumes, entre os quais o texto lido pela ex-Presidente quando apresentou, pessoalmente, suas contrarrazões aos fatos imputados pela acusação. A leitura do referido documento ocorreu em 29 de agosto de 2016, no plenário do Senado federal, dois dias antes da sentença condenatória que caçava seu mandato ser pronunciada. Após abertura da sessão pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi concedida a palavra à ex-Presidente, que discursou por cerca de 46 minutos.

Durante o tempo em que ocupou a tribuna, destacou o fato de ser a primeira mulher a ocupar o cargo de Presidente do Brasil – e isso em duas eleições consecutivas. Relatou as dificuldades enfrentadas no manejo da crise econômica, principalmente em face da instabilidade política instigada por parcela da oposição. Recordou-se de outros momentos críticos da história republicana brasileira; dos tempos de militância contra a ditadura; dos companheiros violentados e assassinados; dos anos de sofrimento na prisão; das marcas impingidas pela tortura. Denunciou a injustiça e o arbítrio a que novamente estava sendo submetida. Falou em coragem, luta e resistência. Recusou-se a silenciar como os covardes.

Deve-se destacar, contudo, que o aspecto central em seu pronuncia-

mento referia-se à questão da responsabilidade. Conforme já afirmamos, o processo de *Impeachment* é instaurado para apurar a prática de crimes de responsabilidade pelo Presidente da República. Ao menos é para isso que o ordenamento jurídico destina esse instituto. Portanto, abordar esse assunto em seu depoimento era incontornável.

Já nas primeiras linhas do texto que leu no plenário do Senado Federal Dilma expressa a noção de responsabilidade como efeito de dever:

[SD1] Assumi o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, bem como o de observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

A SD1 remete ao compromisso que o Presidente e o vice-Presidente da República prestam perante o Congresso Nacional, quando da posse, no qual assumem a responsabilidade de observar determinados princípios gerais no exercício das atribuições e prerrogativas do cargo. Esse mesmo efeito de sentido é encontrado em outros momentos do pronunciamento, conforme as SD's transcritas abaixo:

[SD2] Não traio os compromissos que assumo [...]

[SD3] Exercendo a Presidência da República tenho honrado o compromisso com o meu país, com a Democracia, com o Estado de Direito.

[SD4] Eu não atentei, em nada, em absolutamente nada contra qualquer dos dispositivos da Constituição que, como Presidenta da República, jurei cumprir.

Relativamente à SD1, pode dizer que se trata de um pré-contruído¹⁶², na medida em que é um discurso que pressupõe a existência de outro

162 Segundo Pêcheux (2007, p. 52), a materialidade discursiva complexa encontra-se estruturada na memória, que se prolonga na relação dialética da repetição e da regularização, de modo que “[...] a memória discursiva seria aquilo que, face a um texto que surge como acontecimento a ler, vem restabelecer os ‘implícitos’ (quer dizer, mais tecnicamente, os pré-construídos, elementos citados e relatados, discursos transversos, etc.) de que sua leitura necessita: a condição do legível em relação ao próprio legível”.

discurso que lhe precedeu, tanto porque seu conteúdo encontra-se expressamente previsto no artigo 78, da Constituição Federal, quanto pelo fato desse mesmo juramento solene ter sido proferido pelos Presidentes e vice-Presidentes eleitos desde 1989.

Atrelada a essa primeira compreensão, a responsabilidade aparece no pronunciamento de Dilma Rousseff como efeito de imputabilidade, que implica na atribuição de uma ação a um agente. A responsabilidade confunde-se aí com responsabilização, significando que alguém é considerado autor de uma conduta que causou dano ou repulsa social, à qual deve-se imputar, portanto, uma penalidade. É o que se apreende das seguintes SD's:

[SD5] [...] que não cometi nenhum crime de responsabilidade. Não cometi os crimes dos quais sou acusada injusta e arbitrariamente.

[SD6] [...] está claro que não houve tal crime [de responsabilidade].

[SD7] [é um] processo de impeachment sem crime de responsabilidade [...]

[SD8] [...] buscaram de forma desmedida quaisquer fatos que pudessem justificar retoricamente um processo de impeachment.

[SD9] A possibilidade de impeachment tornou-se assunto central da pauta política e jornalística [...], apesar da evidente improcedência dos motivos para justificar esse movimento radical.

Ao negar a existência de crime que fundamentasse sua deposição, Dilma Rousseff introduz em seu pronunciamento a noção de responsabilidade como efeito de justiça. Isso porque, de um lado, o ônus da prova é responsabilidade de quem acusa; de outro lado, quem julga, deve fazê-lo com imparcialidade, atendo-se às provas acostadas aos Autos. Isso aparece de modo mais pronunciado nas SD's reproduzidas adiante:

[SD10] Não cometi os crimes dos quais sou acusada injusta e arbitrariamente. Arquitetaram a minha destituição, independente-

mente da existência de quaisquer fatos que pudesse justificá-la perante a nossa Constituição.

[SD11] [...] há uma tentativa de dizer que cometi um crime antes da definição da tese de que haveria um crime. Uma tese que nunca havia surgido antes e que [...] foi urdida especialmente para esta ocasião.

[SD12] Não é possível que não se veja aqui também o arbítrio deste processo e a injustiça também desta acusação. Este processo de impeachment não é legítimo.

[SD13] Peço que façam justiça a uma presidenta honesta, que jamais cometeu qualquer ato ilegal, na vida pessoal ou nas funções públicas que exerceu.

Aqui a responsabilidade também é um dever, mas um dever de justiça. Recordando as reflexões de Ricoeur (2008), o processo pode ser entendido como uma cerimônia de linguagem que permite a um terceiro desinteressado, posicionado a uma justa distância entre os protagonistas da ação, decidir num contexto de conflito e incerteza. Quando se forma a íntima convicção desse terceiro, “[...] encerra-se o percurso da busca de justiça, iniciada com o querer viver em instituições justas e ratificada pela norma de justiça cuja imparcialidade o formalismo procedimental vem garantir” (RICOEUR, 2008, pp. 17-18). É interessante notar, que a responsabilidade como efeito de justiça aplica-se, principalmente, à atuação dos senadores como juízes, haja vista que no *Impeachment*, o Senado Federal atua como Órgão Judiciário. Se, inicialmente, a responsabilidade se define como efeito de dever e como efeito de imputabilidade em relação ao réu, posteriormente desloca-se para os julgadores que devem assegurar a aplicação de uma norma de justiça ao caso concreto, observando o formalismo exigido no cumprimento do rito e dos procedimentos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, deve-se enfatizar a complexidade que a experiência do *Impeachment* representa na vida política de um país. Exatamente em razão disso, exige-se uma análise que recorra à diferentes perspectivas teó-

ricas e, quando possível, articulando-as. Foi o esforço que empreendemos neste trabalho: elaborar uma análise que encadeasse os elementos jurídicos que caracterizam o processo de deposição de um Presidente da República – bastante explorado por muitos juristas – aos aspectos filosóficos e discursivos que nele se apresentam.

Entre milhares de páginas, presentes em dezenas de tomos, voltamos nossa atenção ao documento que expressa de maneira emblemática tanto o embate político que caracteriza o processo de *Impeachment* quanto a possibilidade de compreendê-lo a partir de disciplinas distintas. Deve-se ter em mente ainda, que o referido documento talvez represente a expressão mais autêntica da contra-argumentação do réu, mesmo que tenha constituído defesa técnica para representá-lo, que no caso de Dilma Rousseff foi exercida pelo Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardozo.

Dentre os muitos temas desenvolvidos pela ex-Presidente, a noção de responsabilidade apresentou-se como um elemento unificador em seu depoimento. Uma noção de responsabilidade à qual ora se atribuía o efeito de dever (incluindo-se aí o dever de justiça), ora se conferia o efeito de imputabilidade. Responsabilidade que algumas vezes referia-se ao réu, outras vezes reportava-se aos juízes. Ainda que descrente de que se faria justiça naquele processo, apelou à consciência e ao senso de justiça dos seus juízes, para que decidissem sem ressentimento e pelo bem da democracia.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Camila. Histórico mostra que pedidos de impeachment podem dar força para pressão de Maia, **Gazeta do Povo**, República, 04 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/república/impeachment-bolsonaro-pedidos-futuro-rodrigo-maia-camara/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

- _____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- _____. Senado Federal como Órgão Judiciário (1992). Autos do processo de impeachment contra o Presidente da República. Volume IV. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518943/Autos_impeachment_V4.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- _____. Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110028.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal (2016a). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378. Inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310056239&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- _____. Senado Federal como Órgão Judiciário (2016b). Processo de impeachment da senhora Presidenta da República Dilma Vana Rousseff. Volume 73. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7750018&ts=1553279816469&disposition=inline>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BROSSARD, Pulo. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. **Depois do impeachment**. Correio Brasiliense, 06 jan. 1993, Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/PauloBrossard/ArtigosJornais/306350.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

FONSECA-SILVA, Maria da Conceição. Materialidades Discursivas: A fronteira ausente (*Matérialités Discursives: La frontiere absente*). **Estudos da Língua(gem)**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 91-98, nov. 2009. ISSN 1982-0534. Disponível em: <<http://www.estudosdalinguagem.org/index.php/estudosdalinguagem/article/view/13/19>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FONSECA-SILVA, Maria da Conceição. **Poder-saber-ética nos discursos do cuidado de si e da sexualidade**. Vitória da Conquista: Edições UESB, 2007.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Globo, 2013

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORLANDI, Eni Pucinelli. Michel Pêcheux e a Análise de Discurso (*Michel Pêcheux et l'Analyse de Discours*). **Estudos da Língua(gem)**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 9-14, nov. 2009. ISSN 1982-0534. Disponível em: <<http://www.estudosdalinguagem.org/index.php/estudosdalinguagem/article/view/4>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. **Análise de Discurso: princípios e procedimentos**. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

_____. Notas ao leitor. In: PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. 5. ed. Campinas: Pontes Editores, 2008.

PÊCHEUX, Michel. Papel da memória. In: ACHARD, Pierre; DAVALLON, Jean; DURAND, Jean-Louis. **Papel da memória**. 2. ed. Campinas: Pontes, 2007.

RICOEUR, Paul. **O justo: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **O presidencialismo no Brasil.**
Brasília: Edições Câmara, 2018.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional.** 3. ed.
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E INCLUSÃO: DESAFIOS À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Anália Barbosa

Caio Silva de Sousa

INTRODUÇÃO

A promoção da justiça social a determinados públicos que experimentam desigualdades depende de muitos fatores. Um dos primeiros é o compromisso coletivo da prática da igualdade e de uma cultura que valoriza os direitos humanos. É preciso também marcos legislativos para reforçar tais premissas, além de políticas públicas e ações governamentais condizentes com a materialização dos direitos alicerçados no plano jurídico.

Durante muito tempo, o modo como a sociedade buscava coletivamente responder às necessidades das pessoas com deficiência não se dava pela via da promoção dos direitos, mas pela lógica da caridade e da filantropia (DHANDA, 2008). É recente o movimento em direção à promoção dos direitos da liberdade para as pessoas com deficiência e promoção da igualdade entre esse público.

Dentre os temas mais desafiadores para garantia da justiça e da igualdade entre as pessoas com e sem deficiência está a inclusão no mundo do trabalho. A inclusão e a permanência no trabalho são um direito humano básico que deve ser garantido também às pessoas com deficiência, como preceitua o artigo 27 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 2006 (BRASIL, 2009).

Nas alíneas “d” e “e”, por exemplo, do supracitado artigo, fica estabelecido que os Estados Partes devem “possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado” e também “promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no trabalho, bem como assistência na procura, obtenção, manutenção e retorno ao emprego” (BRASIL, 2009).

Esses são alguns exemplos recentes do tratamento do acesso ao trabalho como um direito humano básico das pessoas com deficiência.

Saindo de um discurso como tragédia pessoal ou como desajuste biológico e de saúde, apenas recentemente a deficiência passou a ser compreendida como uma das muitas possibilidades da condição humana com dignidade (BARNES et al., 2002). No entanto, apesar dessa compreensão ser utilizada por muitos países democráticos, eles ainda se deparam com obstáculos à efetivação de uma vida com dignidade para todas as pessoas.

As pessoas com deficiência reiteradamente encontram barreiras sociais, estruturais e jurídicas arraigadas que as impedem de participar como iguais na vida em sociedade. É nesse sentido que os preceitos estabelecidos no artigo 27 da Convenção ganham novas dimensões para o direito ao trabalho das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

No caso brasileiro, embora seja reconhecida a idéia da cidadania regulada (SANTOS, 1979) antes dos anos 1980, – isto é, o exercício da cidadania no Brasil até o final dos anos 1980 se dava em um modelo bastante restritivo de direitos, que conferia a ideia de cidadãos apenas a trabalhadores formais devido às proteções sociais estarem resumidas a direitos trabalhistas – as pessoas com deficiência praticamente não tinham direitos garantidos; muito menos aqueles ligados ao mundo do trabalho.

Apenas com a Carta Magna de 1988, as pessoas com deficiência passaram a ter direitos assinalados no arcabouço jurídico (FIGUEIRA, 2009). Em 1991, na sequência de regulamentações das novidades da Constituição de 1988, tem-se aprovada a Lei Federal nº 8.213/1991, que passa a prever a reserva de vagas para as pessoas com deficiência como uma obrigatoriedade nas empresas privadas acima de cem funcionários, e a Lei

Federal nº 8.212/91, que passa a garantir reservas de vagas para candidatos com deficiência em concursos públicos (BRASIL, 1991).

As iniciativas se converteram em uma das mais importantes ações afirmativas que busca promover a equiparação de oportunidades às pessoas com deficiência no mundo do trabalho.

Inspirada pelos princípios da Convenção e em sintonia com as diretrizes apontadas nela para a garantia dos direitos humanos das pessoas com deficiência, em 2016, entra em vigor no Brasil a Lei Federal nº 13.146/15, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

Depois de mais de doze anos de tramitação no Congresso Nacional, a sanção e entrada em vigor da LBI vem, no diálogo com a Convenção, avançar na promoção da autonomia das pessoas com deficiência. O capítulo VI da LBI é todo dedicado ao trabalho, além de ter ações e novidades sobre o trabalho em outros artigos, como é o caso do artigo 94 sobre o auxílio-inclusão (BRASIL, 2015). Entre as principais novidades estão o artigo 34, no qual fica garantido que

[...] a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015a, art. 34),

e também o art. 35, que disciplina ser

[...] finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho (BRASIL, 2015a, art. 35).

Mesmo diante desses avanços, a inclusão de pessoas com deficiência no emprego formal no país ainda esbarra em desafios concretos.

1. METODOLOGIA

Trata-se de um estudo teórico e de análise de política pública, com ênfase na análise de conteúdo, em que foram analisadas leis, políticas, pro-

gramas e ações governamentais do Brasil para garantir o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

Foram analisados: 1. o Decreto Federal nº 8.725/16, que instituiu a Rede Intersetorial de Reabilitação Integral voltada para reunir esforços, objetivos e competências das políticas públicas brasileiras com o objetivo de promover a inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho (BRASIL, 2016) e 2. a LBI, que trouxe importantes novidades para o direito ao trabalho das pessoas com deficiência no Brasil.

A Convenção possui diversos artigos e princípios que apontam para a lógica de atenção integral das pessoas com deficiência pela via da universalização dos direitos a esse público. Essa característica central da Convenção, inspirada pelas ideias do modelo social da deficiência, foi o ponto de partida para analisar o cenário atual.

2. DISCUSSÕES

2.1 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU

A Convenção tem o peso não só de ser a primeira convenção de direitos humanos do novo milênio. Mas ela inaugura uma nova perspectiva sobre os direitos humanos em, pelo menos, dois sentidos. Em primeiro lugar, para atender às demandas das pessoas com deficiência, os direitos civis, individuais, econômicos, sociais e culturais têm de ser efetivados concomitantemente para uma proteção integral da dignidade das pessoas com deficiência (DHANDA, 2008).

Além disso, a Convenção pode ser lida como um documento que dialoga com o debate sobre justiça distributiva (BARBOSA, 2013). Também é inspirada pelas demandas dos movimentos sociais e avança ao conferir centralidade às necessidades singulares das pessoas com deficiência, tentando se basear em princípios de justiça que abarquem essa perspectiva (BARBOSA, 2013).

Segundo Amita Dhanda (2008), a perspectiva tradicional de compreender os direitos civis e liberdade (direitos negativos, que exigem a não intervenção de Estados e governos) e os direitos sociais e econômicos (direitos positivos, que exigem atuação dos Estados e governos para sua

efetivação) não cabe mais para o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Isto é, a efetivação de um tipo de direito depende da efetivação de outro tipo. Por exemplo, para a garantia da liberdade de expressão (tradicionalmente um direito de liberdade e negativo), é preciso um conjunto de ações do poder público (direitos positivos) para garantir acessibilidade e tecnologias que permitam a manifestação da opinião das pessoas que, por suas variabilidades nas capacidades sensoriais, têm mais dificuldades de se comunicar.

A Convenção acaba por introduzir uma nova perspectiva sobre o debate dos direitos humanos e como as sociedades devem dispor de mecanismos para fazer valer as garantias previstas para a efetivação conjunta de todos os tipos de direitos. Era comum no debate sobre distribuição, sobretudo no âmbito da filosofia do direito, a discussão sobre as necessidades humanas apoiarem-se em uma expectativa sobre o sujeito típico e ignorarem as necessidades das pessoas com deficiência, o que não acomodava as possibilidades de demandas singulares.

É possível afirmar que um conjunto de direitos ligados aos direitos de liberdade, por exemplo, não será materializado se outro conjunto de direitos econômicos e sociais também não for garantido ao mesmo tempo. É um desafio, mas uma inovação na perspectiva da universalidade dos direitos (DHANDA, 2008).

Certamente é desafiador para a cultura política e jurídica dos países, mas, por outro lado, cria a possibilidade de ampliar a cobertura dos direitos quando aproxima as exigências de uma lógica universalizante das garantias. No Brasil, essa característica da Convenção ganha ainda mais força, uma vez que um contexto histórico e político particular da aprovação da Constituição Federal de 1988 inaugurou tanto uma perspectiva inovadora para os direitos sociais e econômicos quanto também para os direitos civis e políticos, sem que as políticas públicas estivessem na mesma sintonia (SARMENTO, 2008).

É nessa estrutura basilar e principiológica da Convenção que o direito ao trabalho deve ser compreendido, na relação intrínseca com a efetivação também de políticas públicas com o mesmo objetivo. A Convenção passou a vincular ações que os Estados Partes devem executar para materializar os direitos nela afiançados.

Sobre o direito ao trabalho no artigo 27 da Convenção, há pelo menos três situações em que é exemplificativo da característica universalizável das proteções e garantias. Em primeiro lugar, na alínea “a” ficam explicitadas que os Estados Partes devem tomar providências para proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive, nas diversas fases do itinerário no trabalho, do recrutamento às condições insalubres no ambiente de emprego.

Na alínea “c”, fica garantido que os Estados Partes devem assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas e, por fim, a alínea “j” disciplina que os Estados Partes devam assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no trabalho.

Estes são alguns exemplos em que não é possível falar de direitos civis e políticos (negativos, como o de associação ou o de viver livre de discriminação) sem ter, ao mesmo tempo, garantidos direitos sociais e econômicos como remuneração, capacitação ou aqueles garantidos por meio de políticas e ações governamentais como a promoção da acessibilidade.

2.2 REDE INTERSETORIAL DE REABILITAÇÃO INTEGRAL NO BRASIL

Como iniciativas baseadas na intersetorialidade para executar ações de promoção do acesso ao trabalho, tem-se a recente criada Rede Intersetorial de Reabilitação Integral no Brasil (BRASIL, 2016). Publicado em abril de 2016, o Decreto Federal nº 8.725 reorganiza a atenção das políticas públicas de seguridade social (previdência, saúde e assistência social), além das de educação, trabalho e emprego e direitos humanos, para promover a inclusão das pessoas com deficiência no trabalho no Brasil (BRASIL, 2016). O decreto define reabilitação integral como:

[...] o conjunto de serviços e ações integradas de políticas públicas que combinem atenção e assistência integrais à saúde, à reabilitação profissional e à reinserção social, para o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidade e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que

contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, de modo a propiciar a participação do indivíduo nos ambientes profissional, social, cultural e familiar (BRASIL, 2016, art.1º, parágrafo único).

O Decreto reúne esforços por meio da criação de um comitê gestor interministerial, no nível do governo federal, que coordenará as ações. O comitê gestor da Rede Intersetorial de Reabilitação Integral será composto por um representante titular e um suplente, de cada um dos seguintes órgãos e entidades da administração pública federal: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Ministério da Educação; Ministério do Desenvolvimento Social; Ministério do Trabalho e Previdência Social; Ministério da Saúde; e Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. A Rede Intersetorial tem ações estruturantes e ações imediatas.

Dentre as ações estruturantes, estão a ampliação da Rede para o desenvolvimento de ações que combinem atenção e assistência integrais à saúde, à reabilitação profissional e à reinserção, além da realização de estudos e diagnóstico destinados ao desenvolvimento, ao monitoramento e ao gerenciamento da reabilitação integral. Dentre as ações imediatas da Rede, estão o estabelecimento de parcerias, acordos de cooperação técnica, convênios e outros instrumentos congêneres com órgãos e entidades públicas e privadas e organizações da sociedade civil.

Além do fortalecimento e a articulação das políticas de educação e profissionalização do cidadão e a integração das ações de inspeção do trabalho com aquelas destinadas à reabilitação profissional, à inserção ou à reinserção profissional das pessoas com deficiência e à promoção e à assistência à saúde do trabalhador (BRASIL, 2016). Além disso, no artigo 10, ficou estabelecida a constituição de um comitê local para a Rede Intersetorial. O comitê local tem os objetivos de:

estimular a adesão de serviços locais visando à implementação da Rede; promover a articulação dos serviços de modo a assegurar a execução de ações integradas que combinem atenção e assistência integrais à saúde, à reabilitação profissional e à reinserção social; elaborar plano de trabalho, com metas, indicadores e recursos ne-

cessários para sua operacionalização em âmbito local; acompanhar, avaliar e monitorar a implementação local das ações e dos serviços que compõem a Rede; e emitir relatórios periódicos com informações sobre as ações e os resultados obtidos em âmbito local e encaminhá-los ao Comitê Gestor (BRASIL, 2016a).

A Rede Intersetorial de Reabilitação Integral é um grande passo para a soma de esforços e objetivos de políticas setoriais que têm objetivos importantes, mas que estavam isoladas, para atuar na promoção dos direitos das pessoas com deficiência com vistas, principalmente a promover o direito ao trabalho. Desde a Constituição Federal de 1988, a reabilitação como serviço de saúde e enquanto reabilitação profissional haviam se separado nas leis orgânicas da saúde e na 8.213/91 (BRASIL, 1991).

Somente com a LBI em 2015, com novos princípios assinalados no artigo 14, a reabilitação passou a ter condições de ser vista com um processo articulado entre as diversas políticas para atender de forma integral às necessidades das pessoas com deficiência.

As políticas sociais brasileiras encontram-se em fase avançada de maturidade e alcance delas para os públicos a que se destinam. No entanto, uma guinada importante a ser feita era a integração de esforços e atuação na perspectiva da intersectorialidade para que, juntos, os objetivos e alcance das ações pudessem ser potencializados.

Os princípios que estruturam a Rede Intersetorial têm estreito diálogo com a perspectiva da Convenção, principalmente no que diz respeito à atenção integral e à lógica de atuação na perspectiva da universalização dos direitos. Os desafios da intermediação de mão de obra, suporte para o itinerário de inclusão laboral, a transição da proteção de benefícios assistenciais para ampliação da proteção previdenciária das pessoas com deficiência e a preparação das famílias e empregadores para a perspectiva inclusiva baseada nos direitos são alguns dos temas que podem ser enfrentados e potencializados pela Rede Intersetorial.

2.3 DESAFIOS ATUAIS

Ao desejarem ter uma participação ativa na sociedade, as pessoas querem ingressar no mercado de trabalho. Isso ocorre porque nos dias atuais

acontece a personificação das práticas profissionais, que acabam por definir os papéis sociais que serão desempenhados.

Apesar disso, é preciso observar que, por muito tempo e ainda hoje, numa sociedade capitalista, quem não tem força de trabalho está excluído porque não entra na lógica do mercado no que se refere à produtividade. Assim, pode-se perceber que, atualmente, a busca pelo lugar no mercado de trabalho faz com que as pessoas queiram se capacitar para aprimorar seus conhecimentos.

No entanto, ao tentar ingressar nesse mercado de trabalho, as pessoas com deficiência se deparam com as exigências do mundo globalizado, como o “enxugamento dos postos de trabalho, desemprego e aumento do trabalho informal” (FRANÇA, 2008, p. 115)

Como aspectos dificultadores para inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é possível identificar a falta do acesso a educação e a qualificação profissional. Trata-se de um aspecto cuja presença facilita e a ausência dificulta em muito a inclusão da pessoa com deficiência, não somente no mercado de trabalho, de acordo com Beaupré (1997), mas na sociedade como um todo.

Outro aspecto importante é o despreparo das próprias organizações. Este aspecto inclui a falta de estrutura física para prover acessibilidade a pessoa com deficiência, mas inclui também a falta de conhecimento sobre deficiência nos diferentes espaços. Ribas (2003) explica que este desconhecimento alimenta preconceitos e estigmas, além de dificultar a realização de um processo de inclusão. Ainda, este despreparo dificulta o reconhecimento das vagas nos possíveis postos de trabalho.

A forma como o poder público vê a questão da deficiência, ora com foco inclusivo, ora com foco integrativo, ora com foco assistencialista também é um aspecto que dificulta a inclusão da pessoa com deficiência. Ao passo que constrói algumas leis e políticas públicas avançadas, como se vê ao longo desse estudo, não rever algumas leis retrógradas e ultrapassadas, gerando muitas vezes situações confusas e contraditórias, implica diretamente na prática, conforme afirma Fortunato (1997).

Como é notória a dificuldade encontrada pelas pessoas com deficiência para ingressarem no mercado de trabalho, a Convenção Internacional e as demais normas do direito brasileiro, estabelece a proteção ao traba-

lhador com deficiência junto ao mercado de trabalho, protegendo contra atos de discriminação.

As discriminações se manifestam através da diferença entre raça, sexo, crença, idade, religiosidade e do simples fato de uma pessoa possuir alguma deficiência. Desta forma, é necessária a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário a fim de fazer cumprir o que está previsto na legislação vigente, uma vez que a política nacional tem o dever de coibir, punir atos discriminatórios, e o dever de incluir as pessoas com deficiência, levando sempre em consideração sua acessibilidade e proporcionando qualificação profissional e melhor qualidade de vida.

Portanto, a participação da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é de suma importância, além de, incluir e respeitar direitos, garantir a oportunidade de trabalho às pessoas com deficiência, respeitando princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Segundo Bell, Para Hegel, de quem se extraiu esta distinção básica, a sociedade civil constituía uma reunião de interesses especiais, buscando cada qual atingir seus próprios objetivos, enquanto o Estado representava o ‘interesse geral’, ao governar em benefício de todos. (BELL, 1977, p. 99)

Nesse contexto, fica clara a necessidade do Estado para o desenvolvimento social, tendo em vista que:

“[...] o que era decisivo não era apenas a política, mas também a estrutura social. A política é uma arena onde entram em choque as divisões sociais de uma sociedade. A política não tem autonomia; é um reflexo das forças de organização social” (BELL, 1977, p. 101).

As pessoas com deficiência buscam se qualificar e capacitar para tornar possível a sua inserção no mercado de trabalho, principalmente por meio da Lei de Cotas (Lei 8.213/91), que busca garantir a inclusão dessas pessoas no campo profissional, através da reserva de vagas em empresas que possuam mais de cem funcionários, com o desígnio de reduzir a exclusão social das pessoas com deficiência e objetivando reduzir desigualdades e vulnerabilidades sociais.

Desta forma, diante dos desafios apontados, destaca-se que a presente convenção Internacional resulta na proteção dos Direitos das pessoa com deficiência no âmbito internacional, que institui maneiras de aprimorar os preceitos que garantem a dignidade, em proteção dos direitos das pessoas com deficiência, levando em consideração à autonomia e independência individuais, a liberdade, a diversidade, entre outros fazendo com que as pessoas com deficiência possam ter uma vida mais justa e igualitária em relação as demais mesmo diante de um cenário desigual que perpassa todas as relações perpetradas na atual sociedade.

É importante destacar também que o preconceito, acrescido do desconhecimento e do medo de como lidar com as pessoas com deficiência, faz com que a sociedade busque a proteção da consciência às avessas, legitimando assim a discriminação, construindo um mundo à quem, com a negação da pessoa com deficiência e a barreira de segregação/exclusão, possibilitando a não-convivência, deixando essas pessoas como diferentes, à margem.

Nesse sentido, a insensibilidade de um lado e o paternalismo do outro fecham o ciclo da inconsciência, ocultando a realidade e criando um outro universo onde a discriminação encontra justificativa. Pela insensibilidade distancia-se a pessoa com deficiência, negando-a. A cidadania é ferida em seu princípio de igualdade e a sociedade reafirma a discriminação na inconsciência desta situação. Pelo paternalismo aceita-se o objeto, camuflando-o em diferença, em falta, fraqueza a ser superprotegida.

São essas as principais questões que formam a inconsciência sobre a questão da pessoa com deficiência. Elas fazem com que a sociedade não perceba a inconsciência e não a conheça como forma acabada da discriminação dirigida ao deficiente. A banalização da inconsciência torna possível a convivência com a questão mesmo quando ela se transforma em um problema de dimensões sociais profundas, porque ele está colocado à parte e a sociedade dele não participa, dele não toma nem mesmo conhecimento.

3. Ensaio das Considerações Finais

Ao longo do estudo ficou demonstrada a importância e a necessidade de participação do Estado na criação de institutos jurídicos que visam garantir a participação da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e também a sua inclusão social.

Assim a excusa imputada às pessoas com deficiência, de algum modo, pode ser diluída quando se existe estímulo inclusivo mediante políticas de ação afirmativas que acabam por corroborarem no encontro das múltiplas potencialidades da pessoa com deficiência com o mercado de trabalho.

Contudo, apesar dos avanços identificados vale destacar que enquanto a legislação avança, o que falta são políticas sociais voltadas à implementação e concretização dos direitos dessas pessoas, uma vez que o Brasil, segundo o IBGE, possui um grande número de pessoas com deficiência em contrapartida a uma das menores taxas de participação dessas pessoas no mercado de trabalho.

A criação de leis e fiscalização para o cumprimento de cotas para pessoas com deficiência no trabalho, ações com as famílias e empresas para a sensibilização sobre a capacidade das pessoas com deficiência, além do acesso a educação, qualificação profissional e combate a pobreza da pessoa com deficiência estão entre os principais desafios a serem enfrentados pelo Brasil.

A mudança de atitude que a conscientização permite provocar deve basicamente passar pela mobilização social, que possibilita a participação da sociedade, e pela disseminação de conhecimentos, que gera a circulação de informação. Porque a conscientização não bastará para o encaminhamento da questão da deficiência mas essa solução deve passar por uma democracia onde haja participação e engajamento.

Como soluções possíveis, que se complementam e se formam somente em seu conjunto, tem-se a mobilização da sociedade para que assuma o papel que lhe cabe, de sujeito do processo de superação dos bloqueios e barreiras que hoje se impõem a pessoa com deficiência. A chamada à participação da sociedade para que as diversas esferas sociais se integrem em um mesmo esforço, conciliando expectativas, necessidades e potencialidades distintas.

Pode-se ainda obter a circulação das informações através da divulgação de conhecimentos e a participação coordenada das diversas esferas públicas para que o processo de conscientização tenha a participação também do Estado.

Viabilizar soluções para um problema social só pode ter resultados profundos e duradouros se houver a participação da sociedade e do Estado. Essa integração de esforços pode acontecer através de um programa dirigido de conscientização que modifique a posição da sociedade

Por fim, destaca-se que outra perspectiva importante de ser adotada perpassa pelo viés da intersetorialidade das políticas públicas que reúna os esforços das ações existentes ao potencializar os objetivos e alcances das medidas.

Logo, percebe-se ao longo do trabalho que a implementação dos princípios e direitos da Convenção do Direito da Pessoa com Deficiência da ONU é o grande desafio posto ao Brasil, assim como os demais países signatários, contudo, ao mesmo tempo, tem sido ela a grande inspiradora de mudanças profundas da realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, L. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Justiça: novos contornos das necessidades humanas para a proteção social dos países signatários. 2013. 170 f. Tese (Doutorado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- BARNES, C.; BARTON, L.; OLIVER, M. Disability studies today. Cambridge: Polity Press, 2002
- BEAUPRÉ, P. O desafio da integração escolar: ênfase na aprendizagem acadêmica. In MANTOAN, M. T. E. A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. P. 162-166. São Paulo: Mennon, SENAC, 1997.
- BELL, Daniel. O Advento da sociedade pós industrial: uma tentativa de previsão social. São Paulo: Cultrix, 1977.
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 04 de agosto. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder

Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm
Acesso em: 04 agosto. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 04 de agosto. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.725, de 27 de abril de 2016. Institui a Rede Inter-setorial de Reabilitação Profissional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 abr. 2016. Disponível em: . Acesso em: Acesso em: 04 de agosto. 2019.

DHANDA, A. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 42-59, 2008.

FORTUNATO. Educação e Deficiência. MANTOAN, M. T. E. A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. P. 134-136. São Paulo: Mennon, SENAC, 1997.

FIGUEIRA, E. Caminhando em silêncio: uma introdução à trajetória da pessoa com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2009.

RIBAS, J.B.C. O que são deficientes. São Paulo: Brasiliense, 2003.

SANTOS, W. G. Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campos, 1979.

SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. (Coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 533-586.

RESUMOS

PROCESSO DE EMERGÊNCIA ÉTNICA E ESTRATÉGIAS DE REAFIRMAÇÃO IDENTITÁRIA: SENTIDOS E SIGNIFICADOS DOS JOGOS INDÍGENAS PATAXÓ NO SUL DA BAHIA (2000-2019), LUTA POR DIREITOS (TERRITÓRIO E CIDADANIA).

Fábio Souza Vilas Boas

Este é um projeto de pesquisa se destina a estudar as manifestações esportivas tradicionais indígenas, mais especificamente os Jogos Indígenas Pataxó (JIP), realizados desde o ano 2000, no estado da Bahia, realizados como estratégia para combater as consequências do processo de esquecimento social a que foi submetido os Pataxó, devido ao processo de colonização e consequente perda de seus direitos sociais, culturais e territoriais. Objetiva-se analisar os sentidos e significados sociais dos JIP, desde a sua criação até os dias atuais, a partir da relação entre processo de reafirmação étnica e luta por direitos (território e cidadania). Nessa perspectiva, ressalta-se que existem diferentes modos de dar sentidos e significados a uma manifestação, que luta pela garantia de reivindicações por seus direitos, não apenas socialmente, mas também do ponto de vista representacional. Tem-se por finalidade dar voz aos Pataxó, a fim de desconstruir estereóti-

pos historicamente construídos devido ao processo de esquecimento social e documentar essa manifestação etnodesportiva no intuito de caracterizá-la como um patrimônio cultural imaterial. Para isso, escolheu-se a linha decolonial de abordagem epistemológica, a fim de superar o pensamento moderno ocidental, “abissal”. A pesquisa terá a sociopoética de Jacques Gauthier como aporte teórico. A coleta de dados se dará através da pesquisa documental em bibliotecas, livros e artigos e, em especial, através da pesquisa de campo qualitativa e descritiva. A análise das entrevistas ocorrerá através da dinâmica das representações sociais dos sujeitos e conteúdo de Bardin (2000). A partir dessas análises, pretende-se comprovar as hipóteses de que os Pataxó vêm transformando os JIP de manifestação esportiva em uma manifestação cultural tradicional, e de que diferentes aspectos morais, emocionais, políticos, culturais e históricos podem influenciar os significados desses jogos. A identidade dos JIP, assim como a identidade étnica, é uma construção atualizada, no cotidiano das relações entre povos indígenas e não indígenas, criando redes de solidariedade, reciprocidade que contribuem para a afirmação de sua identidade, resistência e luta por seus direitos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2000.

BATISTA, Maria Geovanda. “Nos rizomas da alegria vamos todos hã-miya”: As múltiplas relações entre o brincar o corpo e o território no imaginário sociocultural Pataxó. Québec; Salvador: Université du Québec au Chicoutimi-Canadá; Universidade do Estado da Bahia-Brasil, 2003.

GAUTHIER, J.; FLEURI, R. M.; GRANDO, B. S. (Orgs.). *Uma pesquisa sociopoética: o índio, o negro e o branco no imaginário de pesquisadores da área de educação*. Florianópolis: UFSC; NUP; CED, 2001.

OLIVEIRA, João Pacheco de. O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. De las dualidades a las ecologias. Série Cuaderno de Trabajo, n. 18, p.13-32, 2012.

WALSH, Catherine. Pedagógico decolonial: práticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Quito, Equador: Abya-Yala editora, 2012. (Serie Pensamiento Decolonial). p.400-441.

A ILEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO DADO PELO PARTICIPANTE DE PESQUISA ECONOMICAMENTE VULNERÁVEL DIANTE DA POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO

Itanaina Lemos Rechmann

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde n.º 466/2012 admite a remuneração ao participante de pesquisa na fase I ou de bioequivalência, sendo, contudo, essa remuneração um retrocesso aos parâmetros protetivos, em nítido desprestígio à dignidade da pessoa humana. Relatos históricos da existência de cobaias humanas, por si só, revelam a vulnerabilidade a quem podem estar sujeitos os participantes das pesquisas científicas. Não obstante a vedação constitucional à comercialização do corpo humano, vê-se, com esta remuneração, a possibilidade de pessoas sujeitarem-se a práticas indevidas no contexto de experimentação científica, sobretudo quando a referida remuneração consiste em indevida indução para o recrutamento de voluntários economicamente vulneráveis cujo consentimento livre esclarecido, dessa forma, restará comprometido e, via de consequência, a própria realização e seguimento da pesquisa científica da qual participa.

INTRODUÇÃO E OBJETIVO

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde n.º 466/2012, no item II.10, admite que os participantes de pesquisa sejam remunerados

na fase I ou de bioequivalência, não se confundindo esta remuneração com a indenização por danos ou ressarcimento de despesas com transporte e alimentação previstos, respectivamente, nos itens II.7 e II.21 da citada Resolução.

Na fase I, o medicamento é testado pela primeira vez em seres humanos em geral saudáveis, a fim de que possam ser analisadas as vias de administração e fixadas as doses, em nível de segurança, bem como sejam evidenciados os efeitos colaterais, inclusive quando da interação com outras drogas (SILVA; CAPELLO, 2016, p. 90).

Portanto, nesta fase, na qual o participante de pesquisa não tem benefício terapêutico imediato, além de estar sujeito à toxicidade do fármaco, o participante de pesquisa poderá, a partir da remuneração, assumir, de forma indevida, riscos para a sua vida, saúde e integridade física, de modo que essa remuneração prevista na Resolução CNS n.º 466/2012 consiste em retrocesso à proteção do participante de pesquisa (ALBUQUERQUE; BARBOZA, 2016, p. 34).

Esse retrocesso pode ser evidenciado a partir da análise comparativa com a Resolução anterior (Resolução CNS n.º 196/1996), a qual proibia expressamente a ocorrência de remuneração ao então sujeito da pesquisa, à luz da voluntariedade da participação, da solidariedade em virtude da ação beneficente e da constatação acerca da existência de pessoas suscetíveis à oferta do dinheiro, independentemente do valor, por não deterem de condições cognitivas e técnicas para avaliarem os riscos da pesquisa clínica para si próprios (ALBUQUERQUE; BARBOZA, 2016, p. 31).

Observando-se a premissa internacionalmente estabelecida de não indução à participação em ensaios clínicos, o pesquisador deve, dentre outras práticas, se abster de realizar incentivos que se mostrem inadequados ou recompensas excessivas como o oferecimento de dinheiro, não devendo, portanto, persuadi-lo para assumir riscos indevidos ou influenciar diretamente a expressão livre de sua vontade, o que, por óbvio, invalidará seu consentimento (CARREÑO-DUEÑAS, 2016, p. 240)

Assim, a remuneração demonstra ser incompatível com o consentimento informado, pois fulmina a voluntariedade do participante de pesquisa, interferindo substancialmente em sua capacidade de primar pela segurança à sua vida, saúde e integridade física diante dos possíveis riscos

e danos a que estará sujeito por força da participação (GOLDIM, 2013, p. 9; ALBUQUERQUE; BARBOZA, 2016, p. 31).

Diante disso, o principal objetivo deste trabalho é verificar a incompatibilidade da remuneração na fase I ou de bioequivalência com o consentimento livre e esclarecido do participante de pesquisa economicamente vulnerável, à luz da gratuidade da pesquisa clínica em seres humanos e da vedação constitucional à comercialização do corpo humano, considerando, ainda, a ausência de benefício terapêutico imediato.

METODOLOGIA

Método dialético empregado em pesquisa de natureza aplicada, considerando o contexto socioeconômico de participantes de pesquisas científicas e a necessidade de harmonização entre o fomento ao progresso científico, a autonomia privada do participante de pesquisa e a proteção à dignidade da pessoa humana.

Diante da obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido (tese) para viabilizar a participação na pesquisa em seres humanos, a remuneração (antítese) será interpretada com indevida indução que acentua a vulnerabilidade desse participante, maculando o seu consentimento (síntese), conforme revisão de literatura pertinente e a partir da análise das normativas emanadas do Conselho Nacional de Saúde.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A condição financeira do participante de pesquisa influencia na tomada de decisão em participar ou não da pesquisa ou, ainda, de sujeitar-se a práticas indevidas, violadoras de sua dignidade. Ainda, a ausência de parâmetros para a fixação do respectivo valor da remuneração e de critérios que permitam identificar um pagamento como indução indevida ou não, conforme a situação socioeconômica de cada participante de pesquisa, causa insegurança.

A ausência de benefício terapêutico próprio e a motivação exclusivamente financeira fazem com que a remuneração represente indevida indução para o recrutamento de voluntários economicamente vulneráveis, sendo, pois, essa remuneração “fator de coerção econômica”.

A remuneração admitida pela Resolução CNS n.º 466/2012 na fase I ou de bioequivalência caracteriza-se como contraprestação pela participação na pesquisa científica, contrariando o imperativo de gratuidade da participação e constituindo, às vezes, principal ou exclusiva motivação para a participação, comprometendo o exercício da voluntariedade e, pois, do consentimento livre e esclarecido pelo participante da pesquisa, sob pena de viabilizar-se mercantilização do corpo humano, o que é incompatível com os ditames éticos e legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pesquisador deve se abster de realizar incentivos que se mostrem inadequados ou recompensas excessivas como o oferecimento de dinheiro, não devendo, portanto, persuadir o participante a assumir riscos indevidos.

Assim, a remuneração em comento caracteriza-se como contraprestação pela participação na pesquisa científica, contrariando o imperativo de gratuidade da participação e, ao constituir exclusiva motivação para a participação de pessoa economicamente vulnerável, compromete o exercício da voluntariedade e, pois, do consentimento livre e esclarecido.

Sendo, pois, essa remuneração “fator de coerção econômica”, o exercício da voluntariedade ao consentir com a realização da pesquisa restará comprometido, na medida em que o participante de pesquisa, que se encontrar em situação econômica vulnerável, não bem avaliará os riscos cuja pesquisa clínica poderá acarretar-lhe, razão pela qual entende-se como incompatível a remuneração prevista na Resolução CNS n.º 466/2012 com o consentimento livre e esclarecido do participante de pesquisa economicamente vulnerável.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; BARBOZA, Heloisa Helena. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. *Rev. bioét.* (Impr.). 2016; 24(1):29-36.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://conse>

lho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em: set. 2019.

CARREÑO-DUEÑAS, José Alexander. Consentimiento informado en investigación clínica: um proceso dinámico. *pers.bioét.* 2016; 20(2): pp. 232-243. DOI: 10.5294/pebi.2016.20.2.8

GOLDIM, José Roberto. A participação em projetos de pesquisa em saúde: remuneração, ressarcimento ou gratuidade [Editorial]. *Revista Gaúcha de Enfermagem.* 2013; 34(2):8-9.

SILVA, Roberto Baptista Dias da; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. *Revista de Bioética y Derecho.* 2016; 37: 85-101.

SUBVENÇÕES GOVERNAMENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DAS DETERMINAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2017.

Renata Da Cruz Dias

O principal objetivo deste resumo é discutir acerca do tema das subvenções governamentais, sob a égide da Lei Complementar (LC) nº 160/2017. A saber, as determinações apresentadas no bojo desta LC demonstram a necessidade de reflexão por parte dos contribuintes sobre as tratativas tributárias a serem consideradas, futuramente, quando da fruição do benefício fiscal. Ademais, avaliar-se-á também se os termos indicados no dispositivo legal são capazes de determinar objetivamente estas tratativas ou se, ilações precisarão ser efetuadas em conjunto com demais dispositivos. Para atingir este objetivo, fez-se uso de autores que discursam sobre a temática, revistas com artigos e publicações direcionados ao tema, jurisprudências, além do uso de meios eletrônicos para obter as informações necessárias ao bom desenvolvimento e enriquecimento do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Subvenções Governamentais; Lei Complementar nº 160/2017; Tratamento Tributário.

1. INTRODUÇÃO

Os incentivos fiscais concedidos pelas entidades governamentais são tratados como subvenções. Acerca de sua definição, CARVALHOSA (1997), os estabelece como “ajudas ou auxílios pecuniários, concedidos

pelo Estado, em favor de instituições que prestam serviços ou realizam obras de interesse público.”

Examinando a legislação, COELHO et all (2009) alude que, acerca dos conceitos das subvenções, estas podem ser classificadas enquanto subvenções para custeio e/ou para investimentos, sendo subvenções correntes, para custeio ou operação, quando se destinam a compensar despesas operacionais e de manutenção e subvenções para investimentos, quando referentes a incentivos do governo a setores econômicos ou regiões em cujo desenvolvimento haja interesse especial.

Diante deste contexto, cumpre dizer que o tratamento das subvenções governamentais concedidas às empresas, por parte do Fisco Estadual, sempre foi alvo de grandes polêmicas no âmbito tributário, mas especificamente no tocante ao IRPJ/CSLL e ao PIS/COFINS.

Isto porque, muito embora a legislação tenha se esforçado para tecer comentários acerca do assunto, a grandiosidade do tema pedia um maior aprofundamento que não fora abarcado pela doutrina e nos pareceres publicados desde a década de 70. Nesta condição, os contribuintes beneficiados pelos incentivos concedidos pelos Estados se utilizavam da limitada legislação (Parecer Normativo nº 112/78) que versava do assunto e aplicavam o tratamento que melhor entendiam se ater à sua realidade.

Com isto, inúmeras jurisprudências foram sendo proferidas pelas Autoridades Administrativas, as quais muitas vezes, ao invés de auxiliar o contribuinte na boa interpretação do tema, mais complicavam e criavam regras de exceção.

Com tantas classificações e entendimentos díspares, tratando as subvenções ora como investimentos ora como custeio, percebeu-se que era preciso de um tratamento mais efetivo e claro sobre o assunto, isto é, notou-se a necessidade de determinar claramente qual o impacto tributário deveria ser aplicado sobre os valores dos benefícios percebidos pelos contribuintes.

Assim, no intuito de elucidar estes vários entendimentos existentes, o Congresso Nacional, derrubou o veto presidencial aos artigos 9º e 10º da Lei Complementar nº 160/17, determinando de maneira categórica o tratamento de subvenção para investimento a todos os benefícios fiscais de ICMS concedidos pelas Unidades Federativas às empresas. Contextualizando, a determinação que impulsionou toda a esta discussão, pode

ser observada *ipsis litteris* nos parágrafos 4º e 5º, artigo 9º da aludida Lei Complementar.

Frise-se que esta disposição se aplica, inclusive, aos incentivos instituídos em desacordo com a Constituição Federal, desde que atendidos os determinados requisitos previstos em Lei.

Diante desta publicação, discute-se acerca do tratamento tributário a ser considerado pelos contribuintes a partir de então. Isto porque, ainda que tenha se tentado esclarecer entendimentos obscuros, necessário se faz ainda entender alguns meandros que envolvem esta discussão. Como prioridade, este estudo buscará saber: (i) qual deve ser o tratamento tributário (IRPJ/CSLL e PIS/COFINS) a ser dado pelo contribuinte, haja vista que a lei passou a, mandatoriamente, caracterizá-lo enquanto subvenção para investimento?

E, para operacionalizar este objetivo, efetuaremos uma análise de autores consagrados, revistas e jurisprudências que tragam posicionamentos direcionados ao tema, bem como o uso de meios eletrônicos para obter as informações necessárias ao desenvolvimento e enriquecimento do trabalho.

Ao final, apresentaremos as impressões obtidas, as quais nos mostrarão a importância desta temática e as conclusões diante do observado, além de considerações críticas acerca dos aspectos que permearam o estudo.

2. METODOLOGIA

O trabalho realizado para a consecução deste resumo tem cunho bibliográfico, sendo efetuado através da leitura de artigos científicos, revistas, livros e legislação específica sobre o tema das subvenções governamentais, no intuito de permitir o aprofundamento sobre a matéria em questão. No tocante a forma, pode-se caracterizar esta pesquisa enquanto exploratória e descritiva. Isto porque, não teve como objetivo principal esgotar o tema, mas tão somente interpretar e registrar os dados no intuito de produzir mais conhecimento acerca do assunto.

Acerca deste modelo, BEUREN (2006) e GIL (1999, p.43) entendem que através de um estudo exploratório, pode-se conhecer com maior profundidade o assunto, de modo a torná-lo mais claro ou construir questões importantes para a condução de uma pesquisa, inclusive posteriormente.

3. ANÁLISE E COMENTÁRIOS DO CONTEÚDO

Delimitado o tema, tem-se o tratamento tributário das subvenções como principal pauta a ser avaliada. Nesta esteira, considerando que a RFB, quando autuava os contribuintes sobre este assunto, se pautava no entendimento de que os incentivos fiscais relacionados ao ICMS deveriam ser classificados como subvenção para custeio e, nesta condição, sujeitavam-se a tributação do IRPJ/CSLL e do PIS/COFINS, questiona-se se nesta nova perspectiva, as autuações contra empresas que não tributaram o benefício fiscal, à primeira vista, não deveriam ser canceladas.

Longe de esgotar as discussões sobre o tema, temos também uma avaliação para empresas que efetivamente não davam aos incentivos percebidos a tratativa de investimento e neste prisma, efetuavam a tributação determinada em lei (art. 198 da IN nº 1700/17).

Em ambos os casos, poder-se-ia dizer que haveria um ganho vinculado, visto que a determinação de investimento traz consigo a prerrogativa de não tributação. Todavia, é importante deixar claro que esta determinação não é apenas sob o ponto de vista fiscal.

É mais do que isso.

A determinação categórica da legislação importa dizer que os incentivos estaduais devem ser considerados enquanto subvenção para investimento em essência, suprimindo com isto, a prerrogativa do contribuinte dar outro tratamento que não aquele já em lei estipulado. Ainda que isto não esteja expresso na LC, este entendimento pode ser extraído da inteligência do Parecer nº 112/78, já mencionado neste resumo, quando preleciona que:

II - SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO são as que apresentam as seguintes características:

- a) a intenção do subvencionador de destinatárias para investimento;
- b) a efetiva e específica aplicação da subvenção, pelo beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado; e
- c) o beneficiário da subvenção ser a pessoa jurídica titular do empreendimento econômico.

Note-se que este normativo é claro ao especificar as características de uma subvenção para investimento. Desta feita, pode-se inferir

que não serão mais aceitos tratamentos distintos destes acima mencionados.

Avançando neste entendimento, poder-se-ia também dizer que um tratamento efetuado ao revés destas considerações, estaria em desconformidade aos dispositivos legalmente estabelecidos, deixando qualquer empresa sujeita as penalidades legalmente cabíveis. (Artigo 523 do Decreto nº 9.580/18).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, nota-se que, muito embora este entendimento não esteja delineado pela legislação tampouco expresso em qualquer posicionamento atualmente efetuado pelo Fisco, é de extrema importância a atenção por parte dos contribuintes, uma vez que a incipiência do tema ainda não permite maiores comentários sobre os comportamentos futuros desta determinação.

Logo, qualquer entendimento acerca deste assunto poderá ser arguido pelo legislador, fazendo com que as empresas devam se posicionar de forma conservadora, antevendo possíveis questionamentos que venham a pôr o seu incentivo em risco.

De todo modo, o fato é que esta nova regra trará grandes impactos para as empresas, tanto para aquelas que já consideram o incentivo enquanto investimento quanto para aquelas que não assim o classificam.

Portanto, os tratamentos fiscais dados deverão ser detalhadamente revisados e observados em cada caso concreto, visando assim, afastar indagações e/ou inferências sobre o tema por parte das Autoridades Administrativas.

5. REFERÊNCIAS

BEUREN, Ilse Maria. Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm>. Acesso em 26 jul. 2019.

_____. Lei Complementar nº 160, de 7 de Agosto de 2017. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp160.htm>. Acesso em 12 ago. 2019.

_____. Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017. Disponível em:< <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268>>. Acesso em 31 jul. 2019.

_____. Parecer Normativo CST nº 112 de 29/12/1978. Disponível em:< http://www.normasbrasil.com.br/norma/parecer-normativo-112-1978_92493.html>. Acesso em 13 ago. 2019.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 603.

COÊLHO, SACHA CALMON NAVARRO, et al. Subvenções para investimentos à luz das Leis 11.638/2007 e 11.941/2009. Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S.A., vol. II. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009, p. 530-575.

GIL, A.C. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 1999

LA CONSTRUCCIÓN DE CARÁCTER POPULAR Y EL RETO POLÍTICO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS SOCIALES: UN CASO DE ESTUDIO DEL PROYECTO "OGA'I" EN PARAGUAY Y EL PROGRAMA DE VIVIENDAS SOCIALES BRASILEÑO "MINHA CASA, MINHA VIDA"

Diogo Luiz Chagas Santos

El observatorio Oga'i es una iniciativa española en Paraguay, que trabaja como una Organización No Gubernamental vinculada a la oficina de cooperación de la Universidad de Sevilla aliada a la Facultad de Arquitectura y Arte de la Universidad de Asunción, donde se evalúa el impacto ambiental producido por el proyecto Oga'i en las comunidades Guaraníes.

Oga'i es un proyecto de la Secretaría Nacional de la Vivienda y el Hábitat (SENAVITAT), que es parte del Ministerio de Urbanismo, Vivienda y Hábitat de Paraguay, lo cual tiene como objetivo la construcción de viviendas de interés social en áreas no urbanas que no poseen las mínimas condiciones adecuadas. Así, el proyecto tiene la intención de ofrecer acceso a viviendas y servicios básicos adecuados, conforme el ítem once de los diecisiete objetivos del desarrollo sostenible de la Agenda 2030, de las Naciones Unidas.

Sin embargo, la reflexión es sobre la manera como son construidas las viviendas de carácter social, en la mayoría de las veces ignorándose las importantes conquistas de la arquitectura vernácula de los pueblos antiguos.

En Brasil, algunos programas de carácter social fueron implementados en diversas regiones del país. Entre todos, lo que más forneció viviendas a la población de baja renta fue el programa Minha Casa, minha vida.

Como un importante punto de partida, la idea del planteamiento de estos proyectos es adecuada, puesto que la intención era la de acabar con las viviendas insalubres en el país y poder ofrecer viviendas a un precio justo donde la clase más baja de la población pudiese pagar por su vivienda propia. La idea era atacar el mismo problema del proyecto Oga'i, el objetivo once de la agenda 2030, de acceso a vivienda y servicios básicos adecuados.

Sin embargo, el proyecto implementado en Brasil fue marcada por la ascensión y financiación de empresas, como una manera de incentivar su crecimiento económico. En las construcciones, no había tratamiento de aguas residuales ni saneamiento básico, entre otros problemas estructurales y proyectuales. La situación se empeoraba a medida que el tiempo pasaba, ya que los materiales empleados no eran los más adecuados para algunas provincias, teniendo en cuenta la extensión del país, donde hay clima caliente y seco en el norte y templado húmedo en el sur.

Pocas o ninguna empresa eran capaces de pensar en el medio ambiente, ni en los recursos del planeta, tampoco en el bienestar y en el confort humano, solamente se pensaba en su desarrollo económico y esos programas fueron excusas para corrupción y desvío de dinero, pues que los proyectos también movilizaban una gran parcela de recursos públicos, además del carácter asistencialista demasadamente explotado en los gobiernos populistas.

Por lo tanto, comparando este caso con el proyecto Oga'i de Paraguay surge una pregunta en común que hace reflexionar sobre el tema: ¿No es importante mantener la tradición del lugar para construcción de hogares? Es decir, ¿No es importante llevar en consideración todo el aporte que los pueblos antiguos dejaran de herencia con la arquitectura vernácula?

Desde el principio, la humanidad ha construido refugios a fin de lograr protección y/o confort frente a las temperaturas (altas o bajas), a la necesidad de almacenamiento de energía solar, de generación de sombra,

de fomento de la ventilación en el hogar, de protección a fuertes vientos, lluvias, nevadas o inundaciones.

La arquitectura vernácula nace como forma de responder a la necesidad de hábitat de los pueblos antiguos y es la forma de construir más auténtica de una región, constituida a través de la tradición regional y es resultado de la relación hombre-entorno.

Así, la relación entre habitabilidad y entorno deben de ser pensadas a partir de la arquitectura popular de los ancestrales de cada región del planeta. El hábitat puede ser interpretado como el lugar donde el hombre manifiesta su ser y es imprescindible que esté de acuerdo con el medio.

Claro que las intervenciones del Gobierno de un país deben trabajar para lograr los objetivos del desarrollo sostenible, y el ítem mencionado es sin duda uno de los más importantes de ellos, pero requieren voluntad y real interés de las entidades involucradas para lograr hacer hábitats para personas y no simplemente la construcción de espacios que no tienen conexiones, ni significados y tampoco responden a las necesidades climáticas de la región donde están inseridos.

Leyendo a respeto del proyecto español en Paraguay, se puede observar que el observatorio del proyecto Oga'i garantiza la gestión participativa, integrada y sostenible de los asentamientos urbanos instalados, lo que ya representa una gran conquista. Puede que no sea completamente eficaz, pero esta iniciativa contribuye para el bienestar humano y la promoción de una arquitectura digna para todos.

Por lo tanto, es un ejemplo a ser seguido por otros países, incluyendo Brasil, vecino de Paraguay, cuyo proyecto de viviendas de carácter social empleado en los años anteriores está se degradando y siendo dejado por los propietarios, ya que no posee materiales de calidad y no se identifica con la cultura de grande parte de los lugares donde fue implementado.

Fuentes y Bibliografía:

Agencia de información del Estado de Paraguay. (24 de febrero de 2016). Senavitat entregará 300 viviendas de interés social en Caaguazú. Enlace: <https://www.ip.gov.py/ip/senavitat-entregara-300-viviendas-de-interes-social-en-caaguazu/>. Consultado en: 15 de agosto de 2019.

Ministerio de Urbanismo, Vivienda y Hábitat de Paraguay. 21 de junio de 2019. El MUVH registra más de 9000 casas en construcción hasta mediados de junio. Enlace: <https://www.muvh.gov.py/el-muvh-registra-mas-de-9000-casas-en-construccion-hasta-mediados-de-junio/>. Consultado en: 15 de agosto de 2019.

Ministerio de Urbanismo, Vivienda y Hábitat de Paraguay. 8 de mayo de 2017. Ministra de la Vivienda recibe a investigadores españoles sobre proyecto Ogaí. Enlace: <https://www.muvh.gov.py/ministra-de-la-vivienda-recibe-a-investigadores-espanoles-sobre-proyecto-ogai/>. Consultado en: 16 de agosto de 2019.

8 de marzo de 2016. Observatorio Proyecto Oga`i. Disponible en el siguiente enlace: <https://outarquias.wordpress.com/2016/03/08/observatorio-proyecto-ogai/>. Consultado en: 17 de agosto de 2019.

TESTAMENTO VITAL E A INFLUÊNCIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA COMPLEXA

Leticia Dos Santos Filha

O presente trabalho teve por finalidade, por meio de análise bibliográfica e documental discutir sobre o testamento vital a influência das relações familiares na doação de órgão post mortem à luz da Bioética Complexa. Inicialmente, conceituou-se testamento vital, que é uma forma de diretiva antecipada de vontade, os conceitos e tipos de autonomia e a doação de órgãos e seus requisitos. Depois discutiu-se acerca da segurança jurídica do testamento vital e seus requisitos, sobre a importância dos diálogos nas relações familiares, luto, tabus acerca da morte. E também foi apresentado o objeto de estudo da Bioética complexa

Introdução

Apesar de culturalmente, no Brasil, não ser comum a discussão acerca do fim da vida e/ou até mesmo sobre a morte, nos dias atuais, com o desenvolvimento de várias doenças, que são consideradas moléstias do século, uma pequena parcela da sociedade começou a discutir sobre o tema.

E é nesse cenário que as Diretivas Antecipadas de Vontade possuem sua relevância exposta, tendo como foco neste trabalho, o testamento vital, que trata-se da possibilidade de decidir como será o fim da vida. É um

instituto que ainda não possui legislação que o regulamente, mas que é eficaz e válido.

Apesar de ser eficaz em vários aspectos como na recusa de tratamento, não reanimação ou a opção por cuidados paliativos, quando se trata de doação de órgãos, se a família possuir opinião diversa da deixada no testamento vital, prevalece a da família.

A família é conceituada popularmente como base e porto seguro, entretanto, existe um vácuo nas relações familiares, chamado diálogo ou falta dele. Se é difícil conversar sobre morte, imagine conversar sobre morte com os familiares?!

Quando há o diálogo, ainda existe uma outra situação que pode ser uma causa impeditiva da vontade deixada ser atendida, que é o fato do familiar não compreender e não concordar com a decisão do outro. Mesmo existindo semelhanças entre pessoas, ninguém pensa da mesma forma que a outra.

Eis o motivo da relevância e importância dessa pesquisa, a discussão acerca da autonomia do paciente e a sua vontade deixada e, muitas vezes, registrada, em testamento vital, documento válido e eficaz. E a decisão diversa tomada pelos familiares, desrespeitando a vontade do ente querido.

Inicialmente, fez-se necessário conceituar e adentrar nos requisitos e particularidades da autonomia, testamento vital e Bioética complexa. Depois discutiu-se acerca de segurança jurídica e foi realizado um passeio sociológico sobre as relações familiares e os diálogos existentes (ou não) sobre a morte.

Metodologia

Para realizar este trabalho, optou-se por pesquisa exploratória de cunho bibliográfico descritivo, com abordagem qualitativa e método indutivo.

Através da pesquisa qualitativa é possível incorporar a questão do significado e da intencionalidade como intrínsecos aos atos, às relações e às estruturas sociais. “Além de permitir desvelar processos sociais ainda pouco conhecidos referentes a grupos particulares, propicia a construção de novas abordagens, revisão e criação de novos conceitos e categorias durante a investigação” (MINAYO, 2013, p.24).

Procurou-se respostas a dilemas éticos, frente a autonomia da vontade de quem realiza o testamento vital e deseja efetuar a doação de seus órgãos e a decisão contrária de seus familiares.

Resultado e discussão

As Diretivas Antecipadas de vontade são instruções escritas que o paciente prepara para ajudar a guiar seu cuidado médico. São aplicadas a situações específicas relacionadas a terminalidade da vida, como uma doença terminal ou um dano irreversível. As Diretivas Antecipadas produzem efeito quando o médico determina que o paciente não é mais capaz de decidir acerca de seus cuidados médicos. (THOMPSON, 2015)

Com as doenças conhecidas como males do século em evidência, as diretivas antecipadas estão cada vez mais em pauta, o testamento vital é uma diretiva antecipada. É um documento escrito por uma pessoa capaz, em pleno exercício de suas capacidades mentais, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos que deseja ser submetido quando estiver impossibilitado de manifestar sua vontade. Trata-se de decisões sobre o fim da vida (DADALTO, 2010).

O Testamento Vital pauta-se no princípio da autonomia, esta possui raízes filosóficas em Stuart Mill ao propor que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”. A pessoa autônoma é capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas (BIZATTO, 2003).

A bioética é uma reflexão complexa, pois inclui os múltiplos aspectos envolvidos no seu objeto de atenção; é interdisciplinar, devido à possibilidade de contar com conhecimentos oriundos de diferentes áreas do saber; e é compartilhada, por utilizar as diferentes interfaces para realizar diálogos mutuamente enriquecedores. A Bioética Complexa é uma proposta de abordagem, na qual a ética se insere na realidade, e ainda assim, não apenas a ela se aplica, utiliza como referenciais, os princípios, os direitos, as virtudes e alteridade (GOLDIN, 2009).

Destaca-se, por fim, a importância das relações entre as pessoas, da afetividade e alteridade. O existente que dá sentido aos entes no mundo

se assentava numa impessoalidade que somente poderia ser superada em um ser para o outro, como momento ético de respeito à alteridade. Sair da totalidade do ser em si mesmo e se abrir a exterioridade, ao outro, com destino ao infinito e à transcendência do outro. (LÉVINAS, 2000).

Conclusões

Apesar de ainda não existir legislação que regulamente o testamento vital, trata-se de um documento jurídico válido e eficaz, pois utiliza das disposições encontradas na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código Civil e nas portarias e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Entretanto, quando o ente morre deixando testamento vital autorizando a doação de órgãos, muitas vezes anexado no próprio prontuário médico, a família intervém de tal forma que a doação não é realizada. De que maneira a influência da decisão familiar põe em risco a eficácia da decisão deixada via testamento vital?

Ao deixar um testamento vital dá a entender que a pessoa não deseja que tomem aquela decisão em seu lugar, então utiliza-se de um instituto que possa cumprir e resguardar a sua vontade e até mesmo evitar o peso de transferir essa decisão a outrem.

No momento do luto, há confusão de sentimentos, uma pessoa em situação de vulnerabilidade por ter perdido alguém por quem tinha apreço, pode ter dificuldade em decidir, em pensar no que a pessoa realmente queria, é difícil separar a sua experiência da experiência do outro.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou demonstrar conceitos essenciais para o entendimento do testamento vital, bem como a importância da autonomia, a análise cultural do tabu do não diálogo acerca da morte, por ter a fama de caracterizar maldição ou desejo de antecipação do evento morte, também conhecido popularmente como agouro.

São nessas situações que a Bioética complexa adentra, pois ela apresenta um trabalho interdisciplinar que permite analisar a situação real de inúmeros pontos de vistas, utilizando os princípios, os direitos, as virtudes e a alteridade, tendo como resultado diálogos e reflexões enriquecedoras para sanar os dilemas.

É preciso pensar em medidas para garantir maior efetividade do testamento vital e também para popularizar o instituto, pois apenas uma pequena parcela da população tem conhecimento e acesso ao testamento vital, por diversos motivos, seja por questões sociais, econômicas ou outras razões.

Bibliografia

- BIZATTO, JI. Eutanásia e responsabilidade médica. São Paulo: Editora de Direito, 2003.
- DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- GOLDIM, JR. Bioética: origens e complexidade. Revista HCPA. 2006;
- LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Edições 70, Lisboa, 2000
- MILL, Stuart. Ensaio sobre a liberdade. São Paulo: Editora Escala, 2007.
- MINAYO, M.C.S. O Desafio do Conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. 13 ed. São Paulo: Hucitec, 2013. 407 p.
- Thompson AE. Directivas antecipadas. JAMA 2015; 313 (8): 868. doi: 10.1001 / jama.2015.133

ESCRAVOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA

Christiane Rabelo Britto

“A ditadura perfeita terá as aparências da democracia, uma prisão sem muros na qual os prisioneiros não sonharão sequer com a fuga. Um sistema de escravatura onde, graças ao consumo e ao divertimento, os escravos terão amor à sua escravidão.”

Aldous Huxley

Essa pesquisa visa demonstrar a condição de milhares de pessoas na situação atual da escravidão. Assim, demonstrar-se-á que o homem está inserido em uma modernidade, onde as relações humanas são minadas, resultando na transformação dos seres humanos em mercadorias, o que contribui para a objetificação individual e a violação dos direitos fundamentais.

A exploração do homem como objeto remonta os primórdios da humanidade. No Brasil, desde o descobrimento, essa exploração teve como fundamento atender os interesses dos que detêm o poder econômico, ocasionando um sistema de desequilíbrio social.

E é baseado nessa fundamentação da opressão do homem pelo capital que se tentará estabelecer uma conexão entre a modernidade líquida, em que todos os indivíduos estão inseridos, e a servidão moderna, para que se possa iniciar um caminho para o despertar do ser humano e o seu direcionamento para uma vida mais humana e decente.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizar-se-á o método teórico-bibliográfico, por intermédio da análise de normatizações internacionais e nacionais, livros, artigos, entre outros, em meio impresso ou digital, a fim de responder ao seguinte questionamento: a servidão moderna seria uma nova modalidade de escravidão contemporânea?

Há uma modernidade líquida, na atualidade, em que as relações trabalhistas se desgastam gradualmente, provocando o descumprimento das normas trabalhistas. Os indivíduos integram um mundo onde a objetificação e a descartabilidade das pessoas predominam. A exploração do homem tem apenas a finalidade de obtenção de lucro, o que afeta negativamente os direitos fundamentais do indivíduo. (BAUMAN, 2014).

Apesar de a escravidão ter sido abolida nos primórdios, o trabalho escravo constitui uma realidade que hoje persiste de maneira velada. A Declaração dos Direitos Humanos prevê que a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas, corroborando com o entendimento de que a restrição da liberdade do trabalhador representa a principal caracterização do trabalho escravo contemporâneo.

O Brasil ratificou duas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A de número 29 de 1930, denominada Convenção sobre Trabalho Forçado que trata da erradicação do trabalho forçado ou obrigatório e a de número 105 de 1957, nominada Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, a qual coíbe o trabalho forçado ou obrigatório como forma de coerção ou de educação política, utilização de disciplina, punição ou de discriminação.

Ademais, no ordenamento jurídico pátrio, tem-se o art. 5º, incisos III e XLVII da Constituição Federal/88 que veda o tratamento desumano ou degradante e estabelece a proibição de trabalhos forçados.

O Código Penal Brasileiro reprime o crime de redução da pessoa à condição análoga à de escravo no art. 149, alterado pela Lei n. 10.803/2003. Assim, esse dispositivo criminaliza as práticas de trabalhos forçados, o cerceamento da liberdade por isolamento geográfico ou dívida, o trabalho com jornadas exaustivas e condições degradantes, por considerá-las maneiras de reduzir o indivíduo à escravidão.

Essa situação afasta a efetividade da dignidade da pessoa humana, a qual assegura ao ser humano elementos mínimos de integração isonômica no seio social, garantindo-lhes direitos fundamentais indissociáveis do seu

status natural, a exemplo do direito à vida, à integridade física, à liberdade, à livre iniciativa, à saúde, ao exercício de um livre ofício em condições dignas, enfim, direitos esses personalíssimos, logo, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis.

Por essa razão, a prática deste fenômeno representa uma das principais formas de exclusão social, tendo em vista que os trabalhadores são rotineiramente agredidos desde o tolhimento dos seus direitos até em relação à sua moral e integridade física. Tem-se que o fator primordial dessa exclusão é a visualização do ser humano como objeto, como também o não reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e garantias que lhes são inerentes.

É imprescindível a implementação de políticas públicas sociais que promovam a alfabetização e a qualificação profissional, visando à inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho, a fim de que possam resgatar a sua cidadania.

A modernidade líquida constitui um termo de autoria do filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2001), utilizado para definir o mundo globalizado. Apresenta como principais características a volatilidade e a liquidez, responsáveis pelo estabelecimento da desordem nas esferas social, econômica e cultural.

Nessa modernidade, o indivíduo passa a ser identificado e definido pelo estilo de vida, especialmente, no que se refere ao que consome e ao modo como obtém os produtos necessários à satisfação das suas necessidades. Acrescente-se, ainda, o movimento das pessoas que habitam esse mundo, levando em consideração a velocidade dessa movimentação em relação ao tempo e ao espaço, decorrente do desenvolvimento tecnológico, o que torna possível visitar vários ambientes em questão de segundos. (BAUMAN, 2001).

No aspecto econômico, tem-se que, em virtude da própria evolução tecnológica e do estabelecimento da quarta revolução industrial, o mundo do trabalho tem experimentado dissabores em relação à precarização tanto das relações laborais, quanto das normas protetivas dos trabalhadores. Esses cidadãos perdem, progressivamente, a segurança do emprego e experienciam uma queda vertiginosa dos seus salários.

Identifica-se a caracterização da modernidade líquida em três termos: fluidez, movimento e imprevisibilidade. Essa imprevisibilidade é o pilar

da instalação do sentimento de angústia nos indivíduos que buscam a todo custo manter o seu trabalho para garantir a sua subsistência. Para isso, submetem-se a quaisquer condições de trabalho, o que contribui para a perpetuação da exploração laborativa.

Vislumbra-se a possibilidade de se estabelecer uma conexão com a servidão moderna, identificada por Jean-François Brient, oriunda do momento paradoxal vivenciado pelo ser humano, quando se submete, voluntariamente, a uma espécie de escravidão velada, fruto da sua própria alienação, por estar constantemente na luta para permanecer no trabalho que o escraviza e que é parte do sistema responsável por drenar sua energia produtiva.

Trata-se de uma escravidão que não apresenta resistência porque a estratégia de recrutamento é a alienação. Por essa razão, o autor define o escravo moderno como sendo todos os trabalhadores que compõem o sistema capitalista sem perceber que integra uma engrenagem complexa que lucra às custas do seu esforço físico, do seu intelecto e, ao mesmo tempo, motiva-o a participar e contribuir com o funcionamento da lógica do consumo que alimenta esse sistema. Estabelece-se, assim, o incessante processo alienado e alienante de trabalhar para consumir.

O trabalho escravo contemporâneo é constatado sempre que o trabalhador for exposto a condições degradantes de trabalho e de vida, com a impossibilidade de desvinculação desta realidade.

Nesse contexto, passamos a identificar a possibilidade da inserção de uma nova modalidade de escravidão contemporânea, a servidão moderna, que é a decorrente da alienação provocada pelo próprio sistema capitalista.

É uma situação preocupante, tendo em vista que os próprios trabalhadores não conseguem se enxergar como integrantes dessa nova modalidade de cerceamento de liberdade. Ademais, para atenderem as suas necessidades vitais e superficiais, submetem-se a qualquer tipo e condições de trabalho.

Como reflexões, tem-se os seguintes questionamentos: Há a possibilidade de identificar o autor da conduta para fins de responsabilização? Como enfrentar essa nova modalidade de escravidão moderna que avilta a saúde do trabalhador?

REFERENCES

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 de março de 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. Cegueira Moral: A perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Dentzien, Plínio (trad.). Rio: Jorge Zahar Ed., 2001.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em, 30 de maio de 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Convenção 29 - Convenção concernente à Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada pela Conferência em sua Décima Quarta Sessão - Genebra, 28 de junho de 1930 (com as modificações da Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.htm>. Acesso em 20 de abril de 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Convenção 105 – Convenção concernente à abolição do trabalho forçado, promulgado pelo Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm>. Acesso em 20 de abril de 2017.

CRIME DE ECOCÍDIO E O ROMPIMENTO DE BARRAGENS: A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS POR CRIME CONTRA A HUMANIDADE

Rafaela Alves Gusmao

O objetivo do estudo vigente é expor a notável responsabilidade penal que empresas mineradoras, como a Vale, Samarco, BHP Billiton, entre outras, possuem, relativa ao crime de Ecocídio no que concerne ao rompimento de barragens. Dessa forma, parte-se da análise de dados disponibilizados pelos órgãos responsáveis pela política de segurança e fiscalização das mineradoras, como a Agência Nacional de Mineração (ANM) e a Agência Nacional de Águas(ANA). Ademais, a pesquisa expõe os desastres decorrentes do rompimento de barragens nas cidades de Brumadinho e de Mariana, em Minas Gerais, e trata sobre o Estatuto de Roma, Tratado que debate a possibilidade de considerar o crime de Ecocídio como subespécie de crimes contra humanidade, conseqüentemente, inserindo o delito no que tange ao rompimento de barragens. Conclui-se que a irresponsabilidade da atividade mineradora ligada à falta de fiscalização do Estado geram danos irreparáveis tanto para o meio ambiente quanto para milhares de pessoas, e que tal crime pode ser considerado atentado contra a humanidade de forma a elevar o tema em um âmbito internacional.

INTRODUÇÃO

No Brasil, os acidentes e desastres ambientais relacionados à atividade mineradora, evidentemente, adquiriram maior repercussão com o rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco, na cidade de Mariana (MG), sendo considerado um dos maiores acidentes de barragens no mundo, de acordo com o infográfico disponibilizado pelo jornal de notícias “O Globo”.

Embora as mineradoras, segundo a Lei No9605/98 (Lei de Crimes Ambientais), possam ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, o impacto gerado pela irresponsabilidade enquadra-se no crime de Ecocídio e, conseqüentemente, é possível considerar tal crime como um atentado a humanidade na medida em que o Brasil é signatário do Estatuto de Roma, sendo que este busca tipificar o Ecocídio como um dos crimes contra a humanidade. Conseqüentemente, a responsabilidade penal das empresas multinacionais adquirem relevância internacional, devendo ser encarado o problema de forma mais séria não deixando passar em branco e levando à novas ocorrências como o atual acidente em 2019 ocorrido na cidade de Brumadinho.

METODOLOGIA DA PESQUISA

Este estudo busca demonstrar, através de dados, contextualização e análises de variados documentos, e utilizando, principalmente, de uma hermenêutica baseada no contexto histórico e sociológico, a importância de tipificar o Ecocídio em um dos Tratados mais importantes criados, o Estatuto de Roma.

O objetivo é levar as discussões sobre o crime a um patamar internacional, de forma a atribuí-lo maior importância e delegar maior responsabilidade penal a grandes organizações e empresas multinacionais, como mineradoras, por crimes como os que envolvam o rompimento de barragens.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Segundo a Lei de Crimes Ambientais (Lei no 9605) àqueles que praticam crimes contra a flora; poluem o ambiente de forma nociva à saúde

humana, a morte de animais ou da vegetação; praticam crime contra a administração ambiental como a falsificação de licenciamento ambiental, entre outros, seja pessoa física ou jurídica, sofrerão “sanções penais e administrativas”. Dessa forma, as mineradoras tais como a Vale e a BHP Billiton e seus respectivos componentes, responsáveis pelos maiores desastres ambientais envolvendo rompimento de barragens no mundo, são responsabilizados, respondendo, sobretudo, no âmbito administrativo.

Em novembro de 2015, o rompimento da barragem de Fundão, localizada na cidade de Mariana, Estado de Minas Gerais, e controlada pela mineradora Samarco, ocasionou a morte 19 pessoas, e provocou um enorme desastre ambiental de forma que os rejeitos atingiram o Rio Gualaxo e, segundo dados disponibilizados pela Agência Nacional de Águas (ANA), poderiam atingir a bacia do Rio Doce.

A maior medida aplicada de forma a responsabilizar a atividade mineradora da Samarco, e de suas controladoras como a Vale, foram a aplicação de multas ambientais as quais contabilizaram em 250 milhões, cada qual possuindo o valor de 50 milhões- máximo previsto pela lei de crimes ambientais. Todavia, o valor é extremamente inferior tendo em vista a margem de lucros obtidos pela mineradora com a importação, totalizando lucro líquido de R\$2,7 bilhões em 2013, segundo o relatório da administração e demonstrações financeiras da Samarco. Dessa forma, aponta-se a necessidade de reajuste do valor das multas ambientais, não mais limitando-o, como defende o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Após os acidentes envolvendo o rompimento de barragens em Mariana (MG) e no início de 2019 em Brumadinho (MG), a Câmara aprovou, em junho de 2019, o projeto de lei que tipifica o crime de Ecocídio no Brasil, possibilitando o enquadramento dos desastres ocasionados pela liberação de rejeitos no meio ambiente nos requisitos objetivo e subjetivos do tipo penal em questão.

Embora seja de suma importância tipificar o Ecocídio como crime, que pode ser definido como extinção ou danos em larga escala aos ecossistemas presentes em determinados territórios, a dimensão que o delito apresenta deve ser tratada e discutida em âmbito internacional por se tratar de um crime extremamente gravoso que necessita de maior repercussão social.

Em julho de 1988, foi adotado o Estatuto de Roma, Tratado internacional do qual o Brasil tornou-se signatário com o decreto 4.388, aprovado em setembro de 2002. Em seu sétimo artigo, o Estatuto tipifica os “crimes contra a humanidade” definindo-os como atos “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”.

É possível traçar um paralelo entre os atos citados nas alíneas do artigo “a deportação ou transferência forçada de uma população”; “os que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”, que tipificam o crime contra a humanidade, e o crime de Ecocídio, e conseqüentemente, inserindo o rompimento de barragens.

O rompimento de barragens e a conseqüente liberação de rejeitos, geram milhares de impactos, como resultado, milhares de vidas são perdidas, entre elas a dos ecossistemas, a biodiversidade de animais e da vegetação e, sobretudo, as vidas humanas. Em decorrência da grande quantidade de rejeitos liberados, as cidades e regiões próximas às barragens encontram-se inóspitas ocasionando o deslocamento forçada das comunidades que migram internamente ou até mesmo externamente para outras localidades em decorrência da impossibilidade de habitação.

Tendo em vista a conduta e conseqüências geradas pelo crime de Ecocídio no que concerne ao rompimento de barragens e considerando os objetivos do Estatuto de Roma, é evidente que o Ecocídio é um crime que pode ser considerado subespécie dos crimes contra à humanidade e, portanto, trata-se de um crime que poderia até mesmo ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional.

CONCLUSÃO

Em virtude da análise realizada, pode-se concluir que as grandes empresas mineradoras possuem tamanha responsabilidade pelos largos desastres ambientais ocasionados á todo um ecossistema decorrentes da liberação de rejeitos vinculado ao rompimento de barragens. Todavia, as conseqüências atribuídas às multinacionais pelo crime, sobretudo, o de Ecocídio, restringem-se a multas ambientais cujos valores não correspondem a metade dos gastos necessários para a indenização das vítimas e restituição do meio

ambiente. Dessa forma, faz-se necessário tratar o tema Ecocídio no que tange ao rompimento de barragens no cenário internacional.

Traçando um paralelo entre os requisitos objetivos e subjetivos que tipificam o crime de Ecocídio e analisando os tipos penais que descrevem as condutas consideradas crimes contra a humanidade, é possível inferir que o crime de Ecocídio indubitavelmente poderia ser inserido no sétimo artigo do Estatuto de Roma, os “crimes contra a humanidade”, na medida em que as consequências geradas ao meio ambiente, mas sobretudo, à saúde, bem-estar e à vida das pessoas que são afetadas diretamente ao perderem suas casas, suas famílias e seu sustento e indiretamente por perderem o ecossistema em que viviam.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

APÓS DESASTRES, grandes mineradoras revelam dados sobre barragens e planos de ação. Globo notícias, Minas Gerais, 07. jun. 2019, Disponível em: <https://g1.globo.com/Economia/noticia/2019/06/07/apos-desastres-grandes-mineradoras-revelam-dados-sobre-barragens-e-planos-de-acao.ghtml>

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Sala de situações. Apresenta informações sobre o Rio Doce após desastre de Mariana. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/sala-de-situacao/rio-doce/rio-doce-saiba-mais>

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. Barragens. Apresenta informações sobre barragens e suas respectivas legislação, classificação e obras. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens>

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: 20 jul. 2019.

BOWKER, Lindsay Newland; CHAMBERS, David M. The Risk, Public Liability, & Economics of Tailings Storage Facility Failures. Center For Science In Public Participation, Montana, 21 jul. 2015, Disponível em: https://earthworks.org/cms/assets/uploads/archive/files/pubs-others/BowkerChambers-RiskPublicLiability_EconomicsOfTailingsStorageFacility%20Failures-23Jul15.pdf

CÂMARA aprova projeto que tipifica o crime de ‘ecocídio’. Veja, São Paulo, 26 jun. 2019, Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/camara-aprova-projeto-que-tipifica-o-crime-de-ecocidio/>

INFOGRÁFICO: os maiores acidentes com barragens no mundo. O Globo, Minas Gerais, 26 jan. 2019, Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/infografico-os-maiores-acidentes-com-barragens-no-mundo-23404340>

SAMARCO. Relatório Samarco. Relatório da administração e demonstrações financeiras. Disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2013-Relatorio-da-Administra-o-e-Demonstra-es-Financeiras.pdf>

A REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NEGRA NOS LIVROS DIDÁTICOS

Mylena Araujo Da Silva

Este artigo investiga a presença de imagens representativas da mulher negra nos livros didáticos, analisa a forma em que são apresentadas e relaciona a importância e o impacto do movimento feminista negro no espaço escolar. Como procedimento metodológico, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e como objeto de análise da pesquisa analisou-se fotografias de 2 livros distribuídos ao alunado de uma escola pública do município de Castanhal-PA no intuito de inferir sobre a forma que a população feminina negra é concebida e transmitida no âmbito de ensino. Um livro é ‘Oficina de História’, autores Flávio de Campos, Júlio Pimentel Pinto e Regina Claro, editora LeYa, São Paulo, 2016; o outro é a obra é ‘Percurso da Arte’ dos autores Beá Meira, Rafael Presto e Silvia Soter, volume único, editora Scipione, São Paulo, 2016. Os resultados deste estudo apontam para uma baixa representatividade imagética da população feminina negra nos livros e, quando presente, evidencia o ponto de vista histórico escravista e inferior, causando uma reverberação social negativa decorrente dessa invisibilidade. A pesquisa foi pautada no entendimento que a escola é um dos principais palcos de aprendizado que uma pessoa tem no decorrer de sua vida onde ocorre a disseminação de uma gama de ensinamentos e práticas sociais. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica em conjunto com a leitura das imagens presentes em um livro didático a seguir especificado a partir da Análise do Discurso. Como referencial teórico fez-se uso da obra *O Negro no mundo dos brancos*, 2013, do autor Florestan Fernandes. Obra esta que faz uma abordagem abrangente sobre

o preconceito e a questão racial da sociedade brasileira. A argumentação parte da análise das imagens dos livros referidos como objeto de pesquisa para verificar a existência ou não de representatividade significativa da população negra e a forma como está sendo reproduzida. Por fim, será discutida a criação das identidades através dos recursos visuais, com a finalidade de evidenciar que o preconceito racial existente na escola pode estar sendo perpetuado pelos materiais didáticos através das imagens ali existentes. A Lei 10.639/2003 será debatida no bojo do trabalho por ser uma das medidas tomadas pelo Poder Público com o esse objetivo de valorizar a cultura e história afro. Esse diploma legal foi promulgado com vistas a estabelecer diretrizes para a educação nacional, inserindo no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade do assunto ou matéria 'História e Cultura Afro-Brasileira' e estabelece como conteúdo programático nas disciplinas. Nesse sentido, questiona-se se o conteúdo desses livros e materiais contempla a necessidade apontada pela lei, pois seria altamente precipitado alegar que a Lei 10.639/03 é totalmente eficaz em seu propósito e, por isso, todos os livros editados após sua promulgação estão de acordo com suas disposições. Neste ponto, é observado a quase ausência de conteúdos que abordem criticamente a contribuição da mulher negra à sociedade brasileira. A história de luta da classe feminina negra também deve ser relevada a ponto de levar o debate sobre o preconceito de forma conjunta com a história do patriarcado e machismo. As diferenças, e a discriminação racial começa quando os negros não recebem o devido enfoque nos livros didáticos, o continente Africano, por exemplo, há poucos anos foi incluído nos livros didáticos, e isso somente se deu devido à lei 10.639/2003 que torna obrigatório o ensino de História e Cultura Afro-Brasileira nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, e mais, a lei deve ser aplicada a todas as disciplinas, não apenas a de história. A deficiência de conteúdo africano no livro didático acaba por complicar o lado do professor que terá que se desdobrar para conseguir os recursos que englobem o assunto já que não poderá fazer do livro didático.

Como resultado do estudo, observou-se que algumas imagens estão em consonância com propostas de abordagem de destaque da história das mulheres negras. Alguns textos explicativos permitem compreender que durante o processo de escravidão, as mulheres ofereceram resistência. Por

outro lado, viu-se representações estereotipadas e reduzidas sobre este grupo social, imagens que ressaltam a posição de vítimas, subalternas ou com fortes aspectos relacionados à sexualidade. Dessa forma, conclui-se que a demonstração dos livros usados pelos alunos tem um conteúdo que demonstra os povos que compõe a sociedade brasileira por uma visão estereotipada e de forma incompleta. Não há uma proporção de uma educação que revele a multicultural e a multiétnica que atravessa a constituição do Brasil. Os livros didáticos continuam de um modo geral, representando a população negra como minoria na sociedade brasileira, imersa na perspectiva do universalismo abstrato a partir dos valores eurocêntricos e com a homogeneização de sua situação na sociedade atual, propagando, dessa forma, a construção de novas ideologias (AMOSSY, 2015, p.163) disso, é constante a abordagem sobre o negro como escravizado, no passado e a partir de uma perspectiva de que a participação dos negros na construção da sociedade brasileira se resume a pequenas contribuições.

BIBLIOGRAFIA

- AMOSSY, Ruth (Org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2011.
- FERNANDES, Florestan. *El negro en el mundo de los blancos*. 1a ed. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017.

**PERSPECTIVAS DE DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

Anny Feitosa, Bruna Franceschini,
Rogerio Borba da Silva e
Rose Dayanne de Brito

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019