

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant’Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Vice-Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^ª. Dr^ª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^ª. Dr^ª. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^ª. Dr^ª. Jete Jane Fiorati

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
UNESP**

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 24, n.39.	420 p.	2020.
-------------------------------------	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--|--|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | Jete Jane Fiorati (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | João Paulo Capelotti (ISHS) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Cleide Calgareo (Universidade de Caxias do Sul) | Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Eduardo Pordeus (UFCCG) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Ricardo Prestes Pazello (UFRPR) |
| Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesco) |
| Esther Pomares Cintas (Universidad Jaén) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda) | Vânia B. Rey Paz (UFISM) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV) | Victor Hugo de Almeida (Unesp) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |

Equipe Editorial

- Ana Clara Tristão (Unesp)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca)
André Luis Pereira Spimieli (Unesp)
Eduarda Camargo Sansão Unesp)
Gabriel Moura Aguiar (Unesp)
Giulia Tavares Murta (Unesp)
Laura Rizzo (Unesp)
Paula Santiago Soares (Unesp)
Thales Braghini Leão (Unesp)
Tiago Fernando Guedes de Carvalho (Unesp)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp)
Victor Luiz Pereira de Andrade (Unesp)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2020, 24-39
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito da UNESP Franca conta com cursos de mestrado e doutorado com alto padrão de excelência, estando comprometido com a realização de contribuições de ponta à ciência jurídica, além de seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional. A Revista propicia o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao conteúdo de seus avanços científicos, concluídos ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, mantendo-se no estrato Qualis Periódico B1.

Neste número 39, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/UNESP/Franca. Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 5 (cinco) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 7 (sete) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA; e 1 (uma) resenha”.

As contribuições internacionais foram significativas: 1 - UM REGIME DE PROTEÇÃO SOCIAL A SERVIÇO DA TRANSIÇÃO CLIMÁTICA: CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO ECOFEMINISTA, de Pascalle Vielle (Bélgica); 2- A PROSTITUIÇÃO, REFÉM PERMANENTE DO DISCURSO DO TRÁFICO DE PESSOAS, de Esther Pomares Cintas (Espanha); 3 - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO FUNCIONAL SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS, de Pedro Guilherme Borato (Espanha); e 4 - POLÍTICAS

PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS BASADOS EN EVIDENCIA: UNA PROPUESTA PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES COMPLEJOS POR VÍA JUDICIAL, de Luis Esteban Caro Zottola (Argentina).

Nossos agradecimentos a todos os colaboradores da REJ Unesp, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Editor-Chefe e Membro do Conselho do Programa de
Pós-graduação em Direito da UNESP - Câmpus de Franca

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SEARA TRABALHISTA

Magno Luiz Barbosa.....13

IDEALIDADES E REALIDADES DA AÇÃO POPULAR (PETIÇÃO N. 3.388/RR) NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Wagner Vinicius de Oliveira.....29

GÊNERO E REPRESENTATIVIDADE: UMA ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NOS ANOS 2018-2019

Karina Gularte Peres

Valmôr Scott Jr.....59

ASCESE, CAPITAL E RELAÇÕES DE TRABALHO NO SÉCULO XXI: IMAGENS, VERTIGENS E PERSPECTIVAS NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

Cláudio Ribeiro Lopes.....77

DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DE DESASTRES (LABOR)AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE BRUMADINHO, MARIANA E DA PANDEMIA COVID-19 A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

Luiza Macedo Pedroso

Victor Hugo de Almeida.....93

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS

UM REGIME DE PROTEÇÃO SOCIAL A SERVIÇO DA TRANSIÇÃO CLIMÁTICA: CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO ECOFEMINISTA

Pascale Vielle 115

A PROSTITUIÇÃO, REFÉM PERMANENTE DO DISCURSO DO TRÁFICO DE PESSOAS

Esther Pomares Cintas 141

REFUGIADAS NO BRASIL: PROTAGONISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACOLHIMENTO

Ana Paula Bagaiolo Moraes

Maíra Furquim Lunardello 169

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO FUNCIONAL SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

Pedro Guilherme Borato 195

NECESSIDADE DO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A EDUCAÇÃO: INTERDISCIPLINARIDADE NO FOMENTO À CIDADANIA

Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende

Mário Lúcio Quintão Soares 229

LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

ACESSIBILIDADE E CIDADANIA: A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Danilo Henrique Nunes

Carlos Eduardo Montes Netto

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira 249

AINDA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CONFLITO NÃO RESOLVIDO ENTRE O STF E A CORTE IDH

Adriana Timoteo dos Santos

Vinicius Mendes da Silva.....279

POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS BASADOS EN EVIDENCIA: UNA PROPUESTA PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES COMPLEJOS POR VÍA JUDICIAL

Luis Esteban Caro Zottola305

ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA? UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA ADPF N.º 123 E NA ADI N.º 4.277

Gabriele Zini de Oliveira

Isadora Ferreira Neves321

INTERSEXUALIDADE: RECONHECIMENTO DO TERCEIRO SEXO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Valéria Silva Galdino Cardin

Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos343

HERMENÊUTICA PENAL E DIREITOS HUMANOS: A HOMOTRANSFOBIA COMO FORMA CONTEMPORÂNEA DE RACISMO

Thales Braghini Leão

Paulo César Corrêa Borges367

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 90, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NOS CUMPRIMENTOS INDIVIDUAIS DE SENTENÇAS COLETIVAS

Fabio Paulo Reis de Santana

Camila Perissini Bruzzese.....397

**RESENHADA OBRA: “A GUERRA DAS PATENTES: O CONFLITO
BRASIL X EUA SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL” DE
MARIA HELENA TACHINARDI**

Victor Luiz Pereira de Andrade

Luciana Lopes Canavez413

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SEARA TRABALHISTA

CHANGES IN BRAZILIAN LABOUR LEGISLATION AN THE NEED TO PRESERVE HUMAN DIGNITY IN LABOUR FIELD

Magno Luiz Barbosa*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aplicado no Direito do Trabalho. 3. Revolução Industrial e Revolução Tecnológica. 4. Pontos polêmicos da Reforma Trabalhista e da Lei de Liberdade Econômica. 5. As alterações na legislação trabalhista e a realidade do trabalhador no Brasil. 6. Conclusões Referências.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo uma abordagem das alterações na legislação trabalhista brasileira, por meio da reforma trabalhista e da lei de liberdade e seus impactos na vida do trabalhador, com vistas à necessidade de se preservar sua dignidade no âmbito laboral. Afinal, embora algumas alterações e adequações sejam necessárias na seara trabalhista, a principal preocupação do Estado deve ser sempre manter a ordem social, o que somente é possível com garantias básicas ao trabalhador, que se resumem em direito a descanso, previdência social, remuneração digna, saúde, lazer e moradia. Destarte, qualquer mudança, por mais necessária que seja, deve vir pautada em razoabilidade e bom senso, ou seja, sem afetar bruscamente direitos essenciais do indivíduo, pois ainda que a empregabilidade e a competitividade sejam imprescindíveis para o desenvolvimento econômico do país, essa busca não pode ocorrer a qualquer custo, tendo em vista que mais adiante o preço poderá ser muito alto no contexto social.

Palavras-chave: reforma trabalhista. empregabilidade. competitividade. dignidade da pessoa humana. dignidade do trabalhador.

ABSTRACT: *This paper aims to discuss the brazilian labour legislation changes, made by the labour law reform and the freedom law considering their impacts in the workers' life which intend to preserve dignity in labor environment. After all, although some changes and adjustments are necessary in labour field, the State's main worry should always be to keep the social order, only*

*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2012); Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca (2005) - UNIFRAN; Especialista em Direito Civil (1999) e Direito Processual Civil (1998) pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU; graduado em Direito no ano de 1997. Autor dos Livros Manual Prático do Protesto Extrajudicial; AIDS, o Direito e Algumas Reflexões sobre seu Impacto nas Relações de Emprego; Manual do Trabalho Doméstico; Redução da Duração do Trabalho, Aspectos Sociais, Jurídicos, Econômicos e Possibilidades de Empregabilidade sob Perspectivas Contemporâneas; Organizador do Livro Temas Contemporâneos de Direito Empresarial do Trabalho. Sócio do Escritório Barbosa e Araújo Advogados Associados. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

Artigo recebido em 20/11/2019 e aceito em 04/11/2020.

Como citar: BARBOSA, Magno Luiz. As alterações na legislação trabalhista brasileira e a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana na seara trabalhista. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 13-28. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

possible through basics guarantees for the workers, such as the right to rest, social security rights, payment with dignity, health care, leisure and housing. Thus, any change must be reasonable and based on a good sense, no matter how important it could be. It means that it shouldn't affect essential subjective rights deeply, even if employment and competitiveness are essential for the country economic development, such search cannot be at any cost once it could be very damaging for future social context.

Keywords: *labour reform. employment. competitiveness. human dignity. worker dignity.*

INTRODUÇÃO

O presente tema tem como escopo analisar as alterações recentes na legislação trabalhista brasileira, essencialmente por meio da reforma trabalhista e da lei de liberdade econômica, sob a premissa da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana no âmbito laboral em tempos de altos índices de desemprego.

As alterações na legislação trabalhista brasileira se pautam em um discurso de necessidade de renovação/atualização das leis que norteiam o Direito do Trabalho, a fim de desonerar o empregador de alguma forma, visando principalmente ao aumento do emprego e à competitividade no mercado econômico mundial.

Discussões sobre mudanças nas leis trabalhistas atravessam décadas, sendo que pequenas alterações já vêm ocorrendo há muito tempo, é como se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) fosse uma senhora caminhando para sua oitava década, já tendo passado por inúmeras pequenas cirurgias corretivas e agora sofreu uma grande intervenção cirúrgica, que em tese seria para mantê-la viva, mas que ninguém sabe ao certo qual será o resultado final.

Deve-se destacar que alguns pontos alterados na legislação trabalhista brasileira eram realmente necessários, até mesmo para atualização de temas já modificados anteriormente pela própria Constituição Federal de 1988, como por exemplo, o tema prescrição (art. 11 da CLT), o percentual da remuneração da hora extra sobre a hora normal (parágrafo 1º do art. 59 da CLT), e vários outros, cujas alterações também serviram para adequação à realidade hodierna do Brasil.

Entretanto, alguns dos pontos alterados vieram com o discurso de as mudanças serem necessárias para aumentar a empregabilidade e competitividade no mercado global, contudo, são alterações que podem afetar diretamente a dignidade do trabalhador, isso em virtude da falta de estrutura no país para receber algumas novas formas de emprego e até mesmo por falta de evolução cultural para tanto.

Algumas modalidades de trabalho que passaram a integrar expressamente o texto celetista e a legislação correlata podem desvirtuar o que se construiu ao longo do tempo em prol da classe trabalhadora e que foi essencial para manter a paz social, como o trabalho intermitente, o autônomo exclusivo, a terceirização e até mesmo o teletrabalho, conforme será abordado mais adiante.

O capitalismo tem naturalmente momentos de crise, nos quais a sociedade precisa se movimentar e se adequar a fim de evitar o colapso, o caos social e, conseqüentemente, manter um equilíbrio social, econômico e político, caso contrário, a sociedade pode “explodir”, trazendo resultados nefastos para os indivíduos.

Diante disso, este estudo visa alcançar fundamentos para demonstrar que apesar da necessidade de alterações na legislação trabalhista, isto não pode ocorrer em detrimento aos direitos da dignidade do trabalhador.

É imprescindível salientar que não há a pretensão de se esgotar o tema neste estudo. Espera-se apenas que esta reflexão possa colaborar, se não para o entendimento mais amplo do tema, pelo menos para o aprofundamento do debate sobre este assunto de grande polêmica jurídica, social e política no Brasil.

No presente estudo será utilizado o método dedutivo, partindo da análise geral da dignidade do trabalhador no capítulo primeiro, passando a análise Revolução Industrial e Revolução Tecnológica, que serão abordadas no capítulo segundo, até um levantamento dos pontos polêmicos da Reforma Trabalhista e da Lei de Liberdade Econômica, no capítulo terceiro, sendo que no último capítulo serão apresentadas as alterações na legislação trabalhista e a realidade do trabalhador no Brasil, a legislação trabalhista atual a fim de chegar a uma conclusão específica sobre o tema abordado.

1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICADO NO DIREITO DO TRABALHO

Um dos mais importantes princípios insculpidos na Carta Magna de 1988 é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no inciso III do art. 1º, cujo Estado tem papel fundamental em sua preservação.

Para Nery Junior:

Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de

interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. (NERY JUNIOR, 2009, p. 151).

No mesmo sentido, Vieira discorre que:

[...] o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados. (VIEIRA, 2006, p. 67).

Percebe-se que, naturalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana pode e deve ser aplicado na seara trabalhista, pois sendo um direito fundamental do indivíduo, deve estar presente em todas as relações jurídicas, inclusive no âmbito da relação de emprego, servindo principalmente para garantir que não sejam afrontadas sua integridade e dignidade, preservando condições de labor saudáveis e dignas.

2 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Ao se tratar de qualquer tema de direito do trabalho, é muito comum se reportar às revoluções industriais, a primeira ocorrida a partir da segunda metade do século XVIII, com o advento das máquinas a vapor, que indubitavelmente foi um momento de grandes transformações na seara trabalhista, a começar pela própria forma de produção, que passa da manufatura para a maquinofatura. Contudo, a segunda revolução industrial, que ocorreu entre meados do século XIX e meados do século XX, é marcada pela produção de diversos inventos que passaram a ser comercializados, como o automóvel, telefone, televisor, rádio, etc.

O ponto central desta segunda revolução industrial foram suas consequências, pois houve um alto índice de desemprego entre os trabalhadores, o que resultou na exploração quanto a duração do trabalho, visto que as jornadas eram extenuantes; quanto ao gênero, pois mulheres trabalhavam sem qualquer garantia referente à sua força física ou a sua condição de gestante ou lactante; quanto à idade, tendo em vista que crianças eram colocadas no trabalho a partir da mais tenra idade; quanto à remuneração, pois os trabalhadora tinham baixíssimos

salários; e de um modo geral exerciam seu labor em condições insalubres, perigosas e penosas.

O fato é que, neste momento, foram desencadeados vários movimentos dos trabalhadores e da sociedade em geral, visando à melhoria das condições laborais e o respeito à dignidade humana.

Há que se ressaltar que neste momento ganhou muita força o Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, publicado pela primeira vez em 1848, o que levou o Estado e a classe empregadora, detentora do capital, a rever a forma de tratamento dos trabalhadores, haja vista o risco do caos total, em virtude da exploração exagerada da classe operária. (MARX; ENGELS, 2010).

Importante ressaltar que a gravidade da situação na época levou até mesmo a igreja católica a se manifestar quanto aos problemas vividos na seara trabalhista, publicando um de seus mais importantes documentos, a Encíclica *Rerum Novarum*, Carta Pontifícia de autoria do Papa Leão XIII (VATICANO, 1891).

Diante deste cenário, começaram a surgir os direitos trabalhistas por meio da intervenção do Estado, que percebeu a necessidade de criar leis de proteção ao trabalhador, a fim de garantir a ordem social e, conseqüentemente, restaurar a dignidade mínima ao trabalhador.

A história remonta que ocorreram ainda a terceira revolução industrial, que coincide com o processo de “reconstrução” das economias intensificado no pós Segunda Guerra Mundial e a quarta revolução industrial, a qual está em pleno vigor, cuja principal característica é o aprofundamento das tecnologias da era digital e sua capacidade de promover condições de descartar em larga escala o trabalho humano na produção de bens, serviços e conhecimentos. Esta última é chamada de “revolução tecnológica”, pois embora todas estas revoluções tenham em comum o fato de empregarem descobertas tecnológicas, indubitavelmente a atual é a que mais tem se mostrado capaz de produzir por meio da tecnologia bens e serviços em larga escala e transformar, assim, o funcionamento da economia.

Observa-se que uma das conseqüências verificadas nas revoluções industriais é o fim de postos de trabalho ou até mesmo de determinados trabalhos, visto que máquinas passam a produzir bens e executar serviços que outrora eram realizados pelos trabalhadores.

De acordo com dados do Fórum Econômico Mundial, até 2020, haverá uma queda de mais de 7.1 milhões de empregos devidos a mudanças no mercado e, por outro lado, novos empregos irão surgir,

porém em número bem reduzido, principalmente nas áreas relacionadas à Computação (FOURSALES, 2018).

É considerado normal que nos momentos de transformações, ocorram turbulências e incertezas, cabendo ao Estado a iniciativa privada e a própria sociedade em geral buscar caminhos para readequação frente às mudanças trazidas com as revoluções.

Atualmente, o Brasil vem passando por uma enorme crise econômica e social, com altíssimos índices de desemprego, diminuição no consumo e uma descrença dos trabalhadores em relação às perspectivas de melhora, o que, inclusive, culminou no surgimento de uma nova faixa populacional denominada de “desalentada”, definida como aquela que está fora do mercado de trabalho por falta de experiência, idade, jovem ou idosa, ou não encontra ocupação na localidade onde mora. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de pessoas desalentadas alcançou o patamar de 4,9 milhões no primeiro trimestre de 2019, que é um recorde da série histórica do instituto (IBGE, 2019).

Nestes momentos de crise, normalmente faz-se necessário que ocorram mudanças nas mais variadas searas, política, econômica, social e jurídica. É comum que o Estado intervenha aprovando pacotes econômicos, buscando fortalecer de alguma forma as políticas sociais, seja com liberação de valores do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), com a promoção do pagamento da décima terceira parcela do programa bolsa família, bem como atua também alterando a legislação onde entende ser capaz de trazer mudanças substanciais, como na seara trabalhista e previdenciária.

O Estado Democrático de Direito tem o papel fundamental de buscar o equilíbrio socioeconômico e assim manter ordem social, garantindo aos seus cidadãos a segurança nas relações, o que possibilitará uma sociedade vivendo em harmonia, com observância aos direitos e deveres de cada indivíduo.

Portanto, o fato é que as revoluções, em regra irão culminar em transformações que de alguma forma afetarão sobremaneira a sociedade, sejam estas revoluções por iniciativa dos detentores dos meios de produção, por meio das inovações trazidas com o advento das máquinas e da tecnologia, ou por iniciativa da massa trabalhadora, que muitas vezes precisa se movimentar para garantir a manutenção de sua dignidade e dos direitos da cidadania.

3 PONTOS POLÊMICOS DA REFORMA TRABALHISTA E DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

O mundo globalizado tem acirrado cada vez mais a competitividade entre as nações, o que de alguma forma acaba impactando nas decisões do Estado em relação à sua intervenção nas relações laborais, sendo que atualmente se percebe um movimento contrário ao ocorrido em revoluções industriais anteriores já mencionadas.

Enquanto em momentos pretéritos o Estado interviu para proteger a dignidade do trabalhador e garantir que o caos não se instalasse na sociedade por meio das revoltas dos trabalhadores, hodiernamente em alguns países, como o Brasil, que atualmente tem uma gestão política mais voltada ao liberalismo, observa-se o desmantelamento de direitos que outrora foram garantidos aos trabalhadores, com fundamento no discurso da intervenção mínima do Estado, da empregabilidade e da competitividade.

Portanto, aqui serão abordados alguns pontos da reforma trabalhista e da lei da liberdade econômica que seguem nesta linha, que muitos chamam de flexibilização do Direito do Trabalho e outros denominam de desregulamentação do direito laboral.

Süssekind cuida de distinguir flexibilização e desregulamentação nos seguintes termos:

[...] a desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. (SÜSSEKIND, 2003, p. 52)

Uma mudança importante que surgiu em 2017 na seara trabalhista foi o advento oficial da terceirização, inicialmente por meio da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, a qual alterou a Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, ampliando a possibilidade da terceirização, definindo de forma expressa as figuras da empresa prestadora de serviços a terceiros e o contratante, pessoa física ou jurídica.

Não obstante, muito rapidamente a referida Lei nº 6.019/1974 sofreu novas alterações, trazidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017

(BRASIL, 2017), conhecida como lei da reforma trabalhista, que cuidou de não deixar dúvidas quanto à possibilidade de terceirização, inclusive nas atividades fins da empresa contratante, conforme se verifica na atual redação do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (BRASIL, 1974).

Portanto, a terceirização, que outrora foi considerada ilícita, hodiernamente é lícita e uma realidade no Brasil, mudando completamente o cenário juslaboral, visto que as relações de emprego que tradicionalmente contavam com dois sujeitos diretos (empregado e empregador), hoje tem um terceiro, que ocupa este lugar de empregador, fornecendo esta mão de obra ao contratante, que sem a terceirização seria o empregador.

O fato é que esta alteração não ocorre por motivos simples. Trata-se de um campo fértil para o debate. Perguntar qual seria o motivo de se terceirizar a mão de obra, abre margem para inúmeras respostas, que vão divergir quando advindas de cada parte da relação laboral. Quando advindas dos representantes dos empregadores, em suma, irão dizer que a terceirização contribui para o país se tornar mais competitivo em tempos de globalização e, por outro lado, já os representantes dos trabalhadores concluem que pela precarização das relações de emprego.

Outra alteração considerável trazida pela reforma trabalhista foi o advento do teletrabalho, que em 2011 surgiu de forma incipiente em nossa legislação laboral, por meio de uma alteração no art. 6º da CLT, que trouxe no *caput* o termo trabalho “[...] realizado a distância” e acrescentou o parágrafo único dispondo que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (BRASIL, 1943).

Contudo, foi com a reforma de 2017 que o tema foi oficialmente inserido na CLT por meio dos artigos 75-A ao 75-E, trazendo a possibilidade do trabalho a distância, cuja prestação dos serviços seja preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

A ideia do trabalho a distância não é, de forma alguma, uma situação nova em nossa legislação, muito pelo contrário, inclusive isso se observa pela própria previsão celetista do trabalho em domicílio desde 1943. No teletrabalho, o que se tem de inovador, é justamente o trabalho a distância com utilização de tecnologia de informação e de comunicação.

Um dos pontos de grande relevância em relação ao teletrabalho é o fato de o teletrabalhador não estar sujeito à jornada legal de trabalho prevista no capítulo II da CLT, conforme expresso no art. 62, inciso III (BRASIL, 1943; BRASIL, 2017).

Essa disposição, de certa forma, justifica-se pelas características do trabalho realizado pelo teletrabalhador, ou seja, são trabalhadores do segmento de tecnologia, que em regra nos países mais desenvolvidos e liberais como, por exemplo, os Estados Unidos da América, a jornada é mais flexível, cabendo ao trabalhador se adequar ao seu melhor horário de criação ou produção, o que culturalmente não se vê no Brasil, onde, de um modo geral, o trabalhador segue uma jornada de trabalho rígida e regular.

O teletrabalho se mostra com vantagens e desvantagens, podendo se destacar os efeitos negativos, como, por exemplo, a própria questão das jornadas de trabalho que tendem a se prolongar além dos horários tradicionais, levando o trabalhador a poucos momentos de desconexão. Outro ponto negativo é a perda de identidade e a dificuldade de uma estabilidade na construção da carreira, bem como a individualização do trabalhador, o que pode contribuir para o enfraquecimento das organizações coletivas.

Em termos de vantagens, destaca-se, principalmente, o uso de tecnologia, agilidade na realização dos trabalhos, a possibilidade de conciliação entre a vida profissional e pessoal, a flexibilidade no trabalho, que pode influenciar no desenvolvimento da sociedade, no aumento da produtividade e, quando realizado no domicílio do trabalhador, também há que se considerar as questões referentes à mobilidade urbana, que atualmente está extremamente comprometida nos grandes centros.

Um dos pontos mais polêmicos da reforma trabalhista é, sem dúvida, o trabalho intermitente, cujo conceito está previsto no parágrafo 3º do art. 443 da CLT, como sendo o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

Há argumentos no sentido de que este tipo de trabalho pode ser um paliativo para quem se encontra desempregado, pois nasce a possibilidade de trabalho formal, ainda que em curtos períodos, garantindo ao trabalhador intermitente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

O fato é que neste tipo de trabalho o obreiro fica totalmente refém das necessidades do empregador e do capital. Diante disso, será levado a buscar outros contratos de trabalho deste tipo, visando alcançar uma renda diária digna, a qual muitas vezes sequer será alcançada, pois atualmente no Brasil o valor da hora de trabalho do obreiro que recebe salário mínimo é de R\$ 4,53 (quatro reais e cinquenta e três centavos).

A título de exemplo, caso um trabalhador exerça sua atividade laboral para determinado empregador durante três dias na semana por um período diário de quatro horas, receberá deste empregador mensalmente a importância de R\$ 217,44 (duzentos e dezessete reais e quarenta e quatro centavos).

Destarte, para obter uma renda mensal de R\$ 869,76 (oitocentos e sessenta e nove reais e setenta e seis centavos), precisará de quatro relações de emprego intermitente como esta mencionada no exemplo acima.

Neste sentido é que a reforma trabalhista impõe risco à dignidade do trabalhador e aos direitos da cidadania deste indivíduo, pois se corre o risco de trabalhadores laborando por migalhas, tentando alcançar uma renda mensal mínima que possa lhe garantir seu sustento e de sua família, preservando-lhe a dignidade.

Não obstante, surgiu também a possibilidade de contratação do chamado “trabalhador autônomo exclusivo”, que defensores da reforma trabalhista sustentam que esta figura veio para trazer segurança jurídica na contratação de autônomos, retirando o risco de estes trabalhadores serem reconhecidos como empregados do tomador dos serviços (REBELLO, 2017), contudo, outra parte da doutrina trabalhista defende que o advento desta figura foi simplesmente uma forma de fraudar o vínculo empregatício, possibilitando com que o tomador dos serviços pudesse utilizar de forma regular da chamada “pejotização”, refutada na justiça do trabalho (SANTOS, 2019, p. 39).

O ponto crucial deste tipo de contratação é a possibilidade do autônomo ser exclusivo, o que, indubitavelmente, é um respaldo para

a utilização da “pejotização”, ferindo frontalmente as regras básicas do direito do trabalho. A Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, foi editada visando corrigir essas inconsistências, retirando a possibilidade de “exclusividade” neste tipo de contratação, entretanto, a referida MP teve seu prazo de vigência encerrado no dia 23 de abril de 2018, em virtude de não ter sido convertida em lei.

Ainda neste pacote de alterações na legislação trabalhista, em 20 de setembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.874, também conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”, cujo próprio nome sugere alterações com o viés liberalista já mencionado anteriormente.

Dentre as mudanças ocorridas na seara trabalhista pelo advento da Lei nº 13.874/2019, destaca-se a alteração quanto à obrigatoriedade do controle de ponto para estabelecimentos com mais de 20 (vinte) empregados, exigência que anteriormente era aplicada a estabelecimentos com mais de 10 (dez) empregados (BRASIL, 2019).

Assim, em estabelecimentos com mais de 20 (vinte) empregados haverá anotação do horário de entrada e saída, bem como horas extras, sendo permitida a pré-assinalação do período de repouso.

Para trabalhos executados fora do estabelecimento do empregador, o meio de marcação deverá estar em poder do empregado, passando a ser permitida a marcação de ponto por exceção, desde que através de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

É sabido que não havendo a obrigatoriedade no controle de jornada, o ônus de provar a realização de horas extras é do empregado, que precisa constituir seu direito, nos termos do art. 818, inciso I, da CLT.

Sendo assim, obviamente trata-se de norma que favorece ao empregador, pois torna mais difícil ao trabalhador construir o conjunto probatório, que dependerá precipuamente de testemunhas e documentos que possam comprovar jornadas extraordinárias.

Conforme mencionado anteriormente, não se objetiva de forma alguma negar a necessidade de alteração e/ou adequações na legislação trabalhista brasileira, porém o que jamais pode ocorrer são alterações que desmantelam o Direito do Trabalho, colocando em risco a dignidade do trabalhador e jogando por terra direitos que foram construídos em uma base sólida, visando prioritariamente à ordem social.

4 AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A REALIDADE DO TRABALHADOR NO BRASIL

Verifica-se que as alterações na legislação trabalhista seguiram a linha do viés político liberalista, buscando, de certa forma, diminuir a intervenção do Estado nas relações laborais, nos moldes de países como os Estados Unidos da América.

O fato é que são situações totalmente distintas. Os Estados Unidos da América utilizam o sistema *common law*, no qual o país não se favorece a aplicação de leis gerais codificadas e temáticas, mas se vale de leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte do direito.

Demais disso, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a União tem competência privativa para legislar sobre o Direito do Trabalho, nos EUA tanto o governo federal como os estados federados podem editar normas sobre relações de trabalho, o que facilita a criação de normas mais direcionadas a cada realidade regional, principalmente se tratando de países com dimensões continentais.

Outra questão relevante que diferencia o judiciário trabalhista brasileiro do americano é o fato de que nos EUA a ação trabalhista típica é uma *class action*, isto é, uma ação coletiva na qual o trabalhador, ao ajuizá-la, pode representar todos os demais empregados e ex-empregados que estão ou estavam em idêntica situação de fato e de direito, semelhante ao que no Brasil denominamos de “substituição processual”, porém totalmente ampliada.

Destarte, em uma única ação litigam de fato centenas ou milhares de trabalhadores, o que resulta em demandas que alcançam valores exorbitantes, que acabam exercendo a função pedagógica, fazendo com que o empregador evite reiterar condutas consideradas ilegais sob a ótica do judiciário.

Portanto, observa-se que não há ainda a menor possibilidade de se adotar no Brasil o liberalismo nas relações laborais, desmantelando direitos trabalhistas construídos ao longo do tempo, pois além das diferenças apontadas, há também a questão cultural da classe trabalhadora brasileira, que infelizmente ainda carece de evoluir sensivelmente nas searas educacional e cultural, a fim de alcançar os mecanismos necessários para lutar por seus direitos, sem a proteção estatal.

Não há dúvidas de que alterações legislativas precisam ocorrer de tempos em tempos se adequando às mudanças da sociedade em todas

as searas, inclusive na trabalhista. Neste sentido, é importante lembrar-se da lição de Cahali.

Mas o direito, como ciência humana que jamais se completa, é cambiante por excelência, identificando-se nas suas transformações periódicas o seu maior encanto, ainda que a risco da segurança e estabilidade na prestação jurisdicional; é a ânsia incontida dos julgadores na busca da melhor realização do valor ideal do justo. (CAHALI, 1998, p. 667)

Contudo, as alterações devem vir paulatinamente, na medida em que as gerações possam se adequar, evitando o sofrimento exagerado da classe trabalhadora, pois, conforme já mencionado, o próprio capitalismo deve desenvolver-se moderadamente e não de forma agressiva visando apenas ao lucro, caso contrário há o risco do colapso social, haja vista que a mesma sociedade que está suscetível ao sofrimento pode a qualquer momento “explodir”.

A história nos mostra que a forma mais eficaz de estabelecer a paz social é justamente mantendo o equilíbrio na sociedade, cujo Estado tem papel fundamental, intervindo onde e quando necessário, como nas questões trabalhistas, inclusive.

Nesta esteira é que se faz imprescindível observar os movimentos políticos, os quais devem ocorrer sempre visando resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, principalmente a dignidade.

Assim, trabalhador sem trabalho ou com trabalhos precários, que não lhe garantam o mínimo para sua subsistência e de sua família, podem ser o pavio para a “explosão social”, pois nenhum povo suporta por muito tempo a miséria e a indignidade.

Diante dessas questões é que se deve olhar a realidade do trabalhador brasileiro frente às bruscas alterações ocorridas na legislação trabalhista pátria, afinal, observa-se que até o momento não foram alcançados resultados efetivamente positivos em relação à empregabilidade em virtude da reforma trabalhista.¹

Destarte, resta reforçar que o mais importante é se manter firme no propósito de preservar a dignidade do trabalhador, garantindo-lhe proteção jurídica e boas condições de trabalho.

¹ De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a **taxa de desocupação fechou o trimestre de julho-agosto-setembro 2017, em 12,4%, o que significa uma população desocupada de 13,0 milhões de pessoas, enquanto no trimestre julho-agosto-setembro/2019, taxa de desocupação ficou em 11,8%, ou seja, uma população desocupada 12,5 milhões de pessoas.** (IBGE, 2019).

CONCLUSÕES

Considerando que mesmo sendo necessárias algumas alterações e adequações na legislação trabalhista existente no Brasil, o que se percebe é que houve uma desregulamentação dos direitos trabalhistas que foram conquistados ao longo da história, por motivos muito claros, quais sejam, a necessidade de garantir proteção ao trabalhador diante da classe detentora do capital e, principalmente, alcançar a paz social, tendo em vista que a insatisfação do trabalhador aliada aos altos índices de desemprego podem ser fatais e resultar no colapso social.

Diante disso, a presente abordagem abre margem para um pensamento sensato, visando entender as necessidades do empregador, principalmente o pequeno empregador, que indubitavelmente sofre os efeitos dos altos encargos e tributos que inviabilizam a geração de empregos, mas também, olhando o desprovimento que norteiam os trabalhadores, que por vezes sequer conseguem manter seu sustento básico e de sua família.

O Direito do trabalho tem se mostrado como um dos meios mais eficazes para se manter a paz social, visto sua função central de trazer a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica e, com isso, fazer cumprir sua função civilizatória e democrática no capitalismo ocidental.

Diante disso, é importante lembrar sempre que, mesmo com a competitividade mundial dos mercados econômicos e a necessidade de aumentar a empregabilidade, não se pode eliminar direitos básicos do trabalhador, para simplesmente gerar empregos precários a qualquer custo, como no exemplo do trabalho intermitente.

Portanto, o capitalismo não pode avançar de forma desmedida, visando apenas ao consumo e ao lucro, sob o risco de sucumbir em função da inobservância de garantias básicas como a dignidade do trabalhador e os direitos da cidadania, pois uma sociedade que não observa estes direitos está em risco iminente do colapso e, conseqüentemente, do caos, conforme já experimentado em outros momentos da história mundial.

Destarte, indubitavelmente há que se conviver com a evolução tecnológica e reconhecer seus benefícios, como o avanço em áreas fundamentais, por exemplo, na medicina e na indústria alimentícia, mas também há seus malefícios, como o fim de postos de trabalho. Diante disso, o que não se pode é deixar de olhar com responsabilidade

para olhar o indivíduo, que é a peça central da sociedade e o que realmente importa na jornada da vida.

Estas discussões ainda servirão de palco para muitos debates, que certamente irão contribuir para enriquecer o conhecimento jurídico e alcançar os objetivos almejados pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.254, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOURSALES. **As previsões do Fórum Econômico Mundial sobre o futuro do trabalho**. Curitiba, 12 jan. 2018. Disponível em: <https://www.foursales.com.br/2018/01/12/as-previsoes-do-forum-economico-mundial-sobre-o-futuro-do-trabalho/>. Acesso em: 23 out. 2019.

IBGE. **PNAD Contínua**: taxa de desocupação é de 12,3% e taxa de subutilização é 25,0% no trimestre encerrado em maio de 2019. Rio de Janeiro, 28 jun. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24908-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-25-0-no-trimestre-encerrado-em-maio-de-2019>. Acesso em: 24 out. 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) Direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

REBELLO, Kelly Auxiliadora Pinto. **A criação da figura do autônomo exclusivo**. Disponível em: <https://gclaw.com.br/blog/autonomo-exclusivo/>. Acesso em: 25 out. 2019.

SANTOS, A. D. Pejotização e fraude nas relações de emprego: análise dos efeitos trabalhistas e fiscais-tributários - (o caso dos salões de beleza). **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano VIII, v. 8, n. 80, jul. 2019. Disponível em: <https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/349/course/section/14150/Revista%20Elet%C3%B4nica%20%28JUL%202019%20-%20n%C2%BA%2080%20-%20Pejotiza%C3%A7%C3%A3o%29.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VATICANO. **Carta Encíclica “Rerum Novarum” do sumo Pontífice Papa Leão XIII**. Vaticano, 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 22 out. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

IDEALIDADES E REALIDADES DA AÇÃO POPULAR (PETIÇÃO N. 3.388/RR) NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

IDEALITY AND REALITY OF POPULAR ACTION (PETITION N. 3.388/RR) IN THE SPHERE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Wagner Vinicius de Oliveira*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Aspectos constitucionais, generalidades e idealidades sobre a ação popular. 2.1 Aspectos constitucionais. 2.2 Generalidades. 2.3 Idealidades. 3 Práticas na ação popular (Petição n. 3.388/RR) no Supremo Tribunal Federal: alguma coisa está fora do lugar. 4 Análises sobre as atuações judicial e social. 5 Entre realidades e idealidades: um saldo parcial. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo central desse artigo será investigar as práticas da ação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, alguma coisa está fora do lugar, pois esse Tribunal não possui competência originária para processar e julgar ação popular, com base na Constituição da República de 1988 ou em leis infraconstitucionais. A exceção será quando o conflito versar sobre a União e o Estado-membro. Com base no caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (Petição n. 3.388/RR) questiona-se a suposta autossuficiência da decisão apresentada pelas Ministras e pelos Ministros do STF em sede de ação popular. Procura-se demonstrar a hipótese que uma das causas para esse tipo de comportamento judicial está na expansão global do Judiciário e suas variações e o aumento das participações sociais busca reduzir esse tipo de postura. A principal contribuição desse artigo consiste na identificação, na análise e na defesa de que as manifestações sociais extraprocessuais impactam diretamente na atuação institucional das Ministras e dos Ministros do STF. Para tanto, utiliza-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica. Os resultados confirmam parcialmente a resposta examinada. Por fim, conclui-se que o conjunto das participações sociais no âmbito do STF ultrapassa os mecanismos tradicionais sem, contudo, solucionar integralmente o problema.

Palavras-chave: ação popular. comportamento judicial. controle social difuso. participação social. terra indígena Raposa Serra do Sol.

ABSTRACT: *The central goal of this article will be to investigate the practices of popular action within of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF, in Portuguese). However, something is out of place, as this Court has no original competence to prosecute and judge the*

* Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG).

Artigo recebido em 28/07/2020 e aceito em 22/03/2021.

Como citar: OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Idealidades e realidades da Ação Popular (petição n. 3.388/RR) o âmbito do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 29-58. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

popular action based on the Constitution of the Republic of 1988 or on the ordinary laws. The exception will be when the conflict concerns the Union and the Member State. Based on the case of the demarcation of the Raposa Serra do Sol indigenous land (Petition n. 3.388/RR) the alleged self-sufficiency of the decisions presented by the judges of the STF in the context of popular action is questioned. The hypothesis seeks to demonstrate that one of the causes for this type of judicial behavior lies in the global expansion of the Judiciary and its variations and the increase in social participation seeks to reduce this type of attitude. The principal contribution of this article consists in identifying, analyzing and defending that the extra-procedural social manifestations directly influence in the institutional performance of the STF judges. For this, the inductive method and bibliographic research are used. The results partially confirm the answer presented. Finally, it is concluded that the set of social participations in the scope of the STF goes beyond the traditional mechanisms without, however, completely solving the problem.

Keywords: *popular action. judicial behavior. diffuse social control. social participation. Raposa Serra do Sol indigenous land.*

INTRODUÇÃO

Esse artigo inicia pela constatação de que no atual estágio do Estado democrático de direito é necessário que o povo participe, por meio de representantes ou diretamente, das diversas instâncias decisórias sobre a coisa pública. Para fins de delimitação do campo investigativo propõe-se a prestação da tutela jurisdicional da ação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Os aspectos que serão abordados buscam, ainda que consciente das limitações em razão do tempo e do espaço, recompor os elementos que possibilitem compreender a trajetória da ação popular (Petição n. 3.388/RR) terra indígena Raposa Serra do Sol no STF.

Antes, porém, cabe mencionar que existe algo que está fora do lugar. Pois, nenhum tribunal, em geral, nem o STF, em particular, possui competência originária para processar e julgar a ação popular, ao menos expressamente positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) ou na Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular.

Ao STF, compete em grau de recurso extraordinário (art. 102, III, CRFB/88), decidir sobre violações ao texto constitucional, não apenas das ações populares, mas de todas as ações judiciais que preencham os requisitos para a interposição deste recurso. Existem, contudo, duas previsões no art. 102, I, CRFB/88, que admitem interpretações: na alínea “f”, quando o conflito versar “entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”; na alínea “n”, quando a “ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam

impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados” (BRASIL, 1988). Essa primeira hipótese será analisada mais à frente.

Optou-se pela ação popular em virtude de ser apresentada como um dos instrumentos que o ordenamento jurídico brasileiro possui para viabilizar a participação social diretamente pelos titulares da soberania, ou seja, as manifestações do povo nos assuntos de inegável relevância social. Ademais, as participações sociais compõem os debates nacionais e estrangeiros sobre as vertentes do constitucionalismo popular, popular mediado, democrático, dentre outros exemplos possíveis.

Também é um fator para a compreensão de um fenômeno identificado a quase três décadas, ou seja, a expansão global do Judiciário, que também será aprofundada à diante. Nesse quadrante, a proposta do artigo é investigar a suposta autossuficiência da decisão judicial apresentada pelas Ministras e pelos Ministros do STF em sede de ação popular.

A resposta provisória testada busca demonstrar que uma das causas para esse tipo de comportamento judicial está na mencionada expansão judicial, no entanto, o aumento das participações sociais nesse ambiente potencialmente reduz esse tipo de postura. Logo, a principal contribuição desse artigo reside na identificação, na análise e na defesa de que as manifestações sociais extraprocessuais impactam diretamente na atuação institucional das Ministras e dos Ministros do STF.

Não compõem os objetivos centrais ou específicos investigar semanticamente os vocábulos idealidade e realidade. Acolhe-se como significado para os substantivos as representações teórico-normativas e fático-empírica das questões levadas à apreciação mediante ação popular, respectivamente. Isso, contudo, não representa um significado completo e definitivo dos termos.

Esse artigo possui implicações sociais na medida em que contribui para verificar parcela do comportamento das Ministras e dos Ministros do STF, por um lado, e das formas de participação social, por outro lado. Num primeiro momento, será adequada a identificação das práticas e dos atores sociais, no entanto, se revela insuficiente para a compreensão do fenômeno identificado.

Para tanto, utiliza-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica com suporte em materiais especializados: tese de doutorado, dissertações de mestrado, livros e artigos de periódicos disponíveis em meio físico ou eletrônico para uma compreensão atualizada sobre temas que contribuem para a investigação proposta. Além disso, consulta-se os enunciados

normativos constitucionais pretéritos e atual, a lei de ação popular (Lei n. 4.717/1965) e os julgados correlatos à petição n. 3.388/RR para comparar essa decisão com o referencial teórico da “democracia de alta intensidade” (SANTOS, 2007).

Nesse processo, notou-se que parcela significativa dos materiais pesquisados foram construídos sob a égide de uma “metodologia” exegética, restritos aos comentários da legislação positiva; com prevalência descritiva-enunciativa em detrimento das análises em relação à ação popular. Quanto a isso, assume-se uma posição crítica. Aliás, parcela expressiva dos estudos realizados no campo jurídico carecem de estudos empíricos, alguns materiais pesquisados, ressalvadas as exceções, limitam-se a reunir ementas de julgados endereçando elogios aos órgãos julgadores.

Esse artigo pretende colaborar para diminuir essa lacuna. Para a comprovação da hipótese serão analisados o inteiro teor de três acórdãos do STF, quais sejam: (i) a questão de ordem na petição n. 3.674/DF - 2006; (ii) a petição n. 3.388/RR - 2009; (iii) os embargos de declaração na petição n. 3.388/RR - 2013. A definição desse conjunto busca compreender: (i) a definição da competência do STF para processar e julgar a ação popular; (ii) as práticas empregadas no tratamento da ação popular, tanto por parte das Ministras e dos Ministros do STF, quanto da sociedade civil em geral; (iii) as práticas correlatas ao item anterior.

Os dois últimos acórdãos estão relacionados ao caso de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, cuja justificativa apresentada para o estudo desses julgados consiste na decisão judicial que ratificou a constitucionalidade do ato administrativo demarcatório, transitada em julgado apenas em setembro de 2018.

Segundo a revisão de literatura realizada, identificou-se a ausência de articulação entre a ação popular (ALVES; MARTINS, 2011; DENOBI; TONON, 2002; SLAIBI FILHO, 2003; CALDAS, 2007; GÓMEZ, 2017; LOPES, 2013; SABADIN, 2012; SLAIBI FILHO, 2003; WEDY, 2007) e o caso da terra indígena Raposa Serra do Sol (AB’SÁBER, 2007; ASSIS; DAN, 2020; BRAGA; SILVA, 2011; BURCKHART; MELO, 2020; CALVI et. al. 2018; GARÓFALO; PINHO; SANTOS, 2011; OLIVEIRA, 2010; SILVA, 2018; SILVA, 2012). Assim, outra contribuição desse artigo reside em investigar essa relação.

Realizadas as delimitações iniciais, passa-se a estruturação das ideias que serão apresentadas nesse artigo constituído em sete partes sequenciais. Excetuadas essa introdução, a conclusão e as referências,

a primeira parte, será subdividida em três itens, onde serão analisados os aspectos constitucionais pretéritos e atuais, as generalidades e as idealidades sobre a ação popular de acordo com as disposições teóricas e normativas brasileiras.

Na sequência, examinam-se as práticas judiciais e sociais identificadas na ação popular (Petição n. 3.388/RR), que versou sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no âmbito do STF. Ato contínuo, na terceira parte, serão realizadas as análises sobre as atuações sociais e judicial, com vistas a identificar e descrever as manifestações processuais e extraprocessuais, bem como os possíveis impactos na ação popular analisada. Em seguida, na quarta parte, será elaborada uma espécie de balanço ou saldo parcial entre as realidades e as idealidades constatadas.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, GENERALIDADES E IDEALIDADES SOBRE A AÇÃO POPULAR

Nessa primeira seção, investiga-se três pontos específicos, a saber: a) o tratamento constitucional conferido a ação popular levando em consideração os textos constitucionais pretéritos (1934, 1937, 1946 e 1967) e a Constituição da República de 1988; b) as generalidades demarcadas pela Lei n. 4.717/65 para a compreensão sobre o tema abordado; c) os aspectos idealizados acerca da ação popular que, em larga medida, são frutos do estudo do direito encerrado nas leis positivas.

1.1 Aspectos constitucionais

Existem autores que ao retratarem a ação popular, iniciam suas considerações desde Roma antiga, fazem referência ao art. 157 da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, chegando até a lei estadual da Bahia, n. 1.384, de 24 de maio de 1920, lei de organização dos municípios da Bahia (LOPES, 2013, p. 32-33; SABADIN, 2012, p. 80-81). Esse artigo utilizará outra estratégia para retratar a trajetória da ação popular.

Apesar de a exposição obedecer certa ordem cronológica, em razão da sucessão temporal dos textos constitucionais, não se sustenta uma linearidade histórica nesse assunto. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, foi o primeiro texto constitucional a prever a ação popular. Elencada no segundo capítulo - dos direitos e das garantias individuais, art. 113, item 38 - ingressa no ordenamento jurídico brasileiro como uma ação judicial restrita aos “atos lesivos do patrimônio

da União, dos Estados ou dos Municípios”, assegurando a legitimidade ativa para “qualquer cidadão” requerer em juízo a anulação de tais condutas (BRASIL, 1934).

Por motivos evidentes, com o advento do Estado Novo (1937-1946), a ação popular foi retirada da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, conhecida como “constituição polaca”, caracterizada pela feição autoritária. Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 - segundo capítulo, art. 141, § 38 - houve a retomada da ação popular com ampliação do seu âmbito de atuação para questionar judicialmente os “atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista” (BRASIL, 1946).

Foi quando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 - quarto capítulo, art. 150, § 31 - atribuiu a ação popular a fórmula genérica para “anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (BRASIL, 1967). Da mesma forma que as constituições pretéritas, ressalvada a constituição de 1937, consideravam a ação popular uma das “garantias individuais”, bem com conferiam a “qualquer cidadão” a legitimidade ativa, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também o fez.

Além disso, a inseriu no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, precisamente no art. 5º, LXXIII, ampliando de modo substantivo a abrangência da ação popular para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (BRASIL, 1988). Cabe acrescentar que na parte final do citado dispositivo a Constituição da República de 1988 estimula à participação social no controle da gestão da coisa pública a imunidade em relação às custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé processual.

Existe outro ponto que merece destaque. Com base na localização topográfica dos dispositivos constitucionais supramencionados (arts. 113, 141, 150 e 5º), percebe-se a ordem de precedência que os direitos e as garantias fundamentais tiveram no tratamento dispensado pelas constituições passadas e na constituição vigente. A par disso, nos próximos itens serão considerados os aspectos gerais e ideais da ação popular.

1.2 Generalidades

Sob a égide da constituição de 1946, o ocupante da Presidência da República, o Marechal Castello Branco, em 29 de junho de 1965, sancionou a Lei n. 4.717, que regula a ação popular. Até 1977, a referida lei sofreu duas alterações legislativas,² atualmente na Câmara dos Deputados Federais tramita uma terceira proposta.³ Conforme se sabe a ação popular tutela pelo menos quatro bens jurídicos ou interesses difusos distintos, a saber: (i) o patrimônio público, (ii) a moralidade administrativa, (iii) o meio ambiente e (iv) o patrimônio histórico e cultural (LOPES, 2013; OLIVEIRA, 2010).

Em primeiro lugar, cabe pontuar que esse instrumento coletivo se apresenta como possibilidade jurídica para a correção dos atos administrativos eivados de vício insanáveis. Os objetivos centrais consistem no controle da legalidade e da moralidade administrativa, isto é, o juízo de adequação do ato administrativo com as disposições do ordenamento jurídico aplicável à espécie e da probidade (honestidade) na gestão da coisa pública.

Vale dizer, representa um meio processual idôneo contra lesão e ameaça a direitos, em face de ato de particulares ou de agentes públicos, desde que atendidos seus pressupostos, quais sejam: (i) a condição de cidadão; (ii) a ilegalidade ou a imoralidade administrativa do ato impugnado; (iii) a lesividade da conduta. Realiza-se algumas especificações quanto aos pressupostos apresentados.

Primeiro, a condição do autor popular ou cidadão (nato, naturalizado ou quase-nacionalidade [português equiparado⁴]), em que pese posicionamentos em sentido contrário, tem-se que a comprovação da capacidade eleitoral ativa, atestada pela apresentação da cópia do título eleitoral ou documento equivalente (art. 1º, § 3º, Lei n. 4.717/65), implica continuidade no processo de participação popular nas decisões democráticas, seja pelo exercício direto do sufrágio, seja pela propositura de ação popular, entre outros exemplos possíveis.

² Realizadas pela Lei n. 6.014, de 27/12/1973, adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona, e pela Lei n. 6.513, de 20/12/1977, altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências.

³ A movimentação mais recente do Projeto de Lei n. 265/2007, registrada em 14/03/2007, foi o envio à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2007).

⁴ Nos termos do art. 17, item 01, do Decreto n. 3.927/2001 - que promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa - o exercício dos direitos políticos do português equiparado requer no mínimo três anos de residência habitual e requerimento à autoridade eleitoral.

A articulação dos elementos ilegalidade e imoralidade administrativa envolve a violação das regras ou dos princípios jurídicos da atividade administrativa, mas “também todo e qualquer ato específico, individual e concreto, da Administração Pública, ainda que não seja manifestação de vontade, e sim, meramente, ato material” (SLAIBI FILHO, 2003, p. 107). Todavia, alguns dos pressupostos apresentados são criticáveis por serem considerados “pseudos condições especiais da ação popular, quais sejam a lesividade e ilegalidade do ato impugnado” (CALDAS, 2014, p. 295).

Sem dúvida, o pedido principal, enquanto consequência da causa de pedir, poderá envolver a anulação do ato administrativo impugnado e a eventual condenação dos agentes responsáveis pelas perdas e danos. Em linhas gerais compete ao juízo de primeiro grau da comarca (estadual) ou da seção judiciária (federal) processar e julgar a ação popular, ou seja, via de regra, o STF não possui competência originária para processar e julgar ação popular.

Uma vez que não há qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional que atribua expressamente a competência originária para qualquer tribunal (tribunais estaduais ou federais, tribunais superiores ou ao STF). Conforme já se disse, existem algumas exceções, uma das quais fundamentou o conhecimento e julgamento da ação popular, petição n. 3.388/RR, que versou sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, que será analisada na próxima seção.

1.3 Idealidades

Para dialogar num plano mais abstrato com as representações teórico-normativas que envolvem o tema e formar a relação que será examinada nas próximas seções fala-se sobre o aspecto idealizado atribuído a ação popular. Algumas considerações são abrangentes ao ponto de não representarem uma exclusividade da ação popular, mas, de toda sorte, serão aqui apresentadas. A primeira delas diz respeito ao “juriscentrismo” (POST; SIEGEL, 2003, tradução nossa)⁵, isto é, a ideia de centralidade ou de exclusividade do Judiciário para “resolver” as questões controversas e relevantes nas atuais sociedades.

Essa vertente desconsidera, às vezes, por completo, o papel desempenhado por outros atores políticos e sociais na construção de possíveis respostas, temporárias e suscetíveis de revisão para as questões

⁵ No original: “juricentric” (POST; SIEGEL, 2003).

constitucionais. Tais práticas evidenciam um conteúdo bastante idealizado em relação a atuação do Judiciário, em geral, e do STF, em particular. Talvez por isso, credita-se, injustificadamente, atributos ao Judiciário como uma atuação pautada sempre pela técnica-jurídica, ou seja, isenta de atuações estratégicas e comportamentos voltados para táticas políticas. Ignorando solenemente que essas condições podem estar presentes, muitas das vezes camufladas nas decisões judiciais.

Contíguo a isso, tem-se a ideia de “juridificação”, como uma segunda consideração a ser apresentada. Este neologismo se refere ao “entendimento de que o judiciário, diante do contexto social, deve substituir o Executivo e o Legislativo na função de transformação social” (BORGES; CÂMARA; CORRÊA, 2017, p. 177), isso explica, em larga medida, o “agigantamento do Judiciário” (FIGUEIRA; VELOSO, 2017, p. 202), enquanto reflexo de um fenômeno identificado há quase três décadas chamado de expansão global do Judiciário.

Retoma-se a ideia inicial. As relações estabelecidas com base em pressupostos não verificáveis importam idealidades para a ação popular, por intermédio de hipérboles conferidas a essa espécie de ação coletiva de cunho mais democrático do ordenamento jurídico brasileiro. Criam as condições necessárias para imaginar estar “diante de uma garantia constitucional que pode tornar mais efetiva a participação democrática na esfera pública” (ALVES; MARTINS, 2011, p. 16).

Em que pese a “força normativa” da constituição, segundo Konrad Hesse, não parece crível que as disposições normativas do texto positivo são capazes de autorregular sua aplicação, menos ainda, de operar as alterações no mundo dos fatos desvinculada das instituições sociais, judiciais e políticas. Por outro lado, também é possível sustentar uma crise na participação popular nos Estados democráticos, cujas razões indicam que o parlamento não mais se apresenta como o centro do poder real, sobretudo pela existência de uma classe política restrita e cada vez menos representativa, na qual a participação é distorcida ou manipulada (BOBBIO, 2004, p. 64).

Justamente nesse ponto desenvolve-se, ao mesmo tempo em que se afunila o foco de análise, ou seja, nas próximas páginas insiste-se na proposta da existência de variadas formas de participações sociais, que no conjunto atuam concomitante as instituições estatais e num projeto de longo prazo poderão ser capazes de atuarem como uma espécie de controle social difuso.

2 PRÁTICAS NA AÇÃO POPULAR (PETIÇÃO N. 3.388/RR) NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUMA COISA ESTÁ FORA DO LUGAR

As atuações das Ministras e dos Ministros do STF sobre a ação popular vão além da elaboração dos enunciados de súmula da jurisprudência predominante. Fala-se acerca das súmulas n. 101 e 365, aprovadas em sessão plenária do STF em 13/12/1963, que versam sobre a insubstitutividade da ação popular pelo mandado de segurança e sobre a incapacidade de pessoa jurídica figurar no polo ativo dessa ação judicial, respectivamente.

Nessa seção, serão analisados o inteiro teor de três acórdãos mencionados na introdução, quais sejam: (i) a questão de ordem na petição n. 3.674/DF (2006), relator Sepúlveda Pertence; (ii) a petição n. 3.388/RR (2009), relator Ayres Britto; (iii) os embargos de declaração na petição n. 3.388/RR (2013) relator Roberto Barroso.

Para o encadeamento das ideias, opta-se pela análise descritiva mais como uma estratégia para a concatenação e para a exposição dos dados jurisprudenciais obtidos do que para aprofundar os debates propriamente ditos, tarefa a ser realizada nas próximas seções. Assim, a competência do STF para processar e julgar ação popular foi firmada em 2006 no julgamento da questão de ordem na petição n. 3.674/DF, que versou sobre uma ação popular proposta em face do Conselho Nacional do Ministério Público perante o STF, a qual não teve seu pedido conhecido.

Nessa decisão judicial, as Ministras e os Ministros do STF reiteraram que a competência originária deste tribunal, para esta espécie de ação quando o conflito versar “entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta” (art. 102, I, “f”, CRFB/88). Diante dessa hipótese, foi possível o ajuizamento da petição n. 3.388/RR, ação popular conhecida como caso Raposa Serra do Sol, que tramitou originariamente perante o STF porque foi reconhecido o conflito federativo entre a União e o Estado de Roraima.

Subjaz um conflito social que possui raízes que remontam à década de 1970, quando as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários passaram a ser invadidas pelas fazendas, pela rizicultura (plantação de arroz), pela pecuária e pelos garimpos ilegais.⁶ A presença dos invasores

⁶ Braga e Silva (2011, p. 125-126) afirmam que os indígenas também praticam o garimpo manual de ouro e de diamantes e a criação de gado, mas ainda mantêm fortes valores e laços com a terra.

em busca de solos agricultáveis nas terras indígenas alimenta as violações dos direitos dos povos originários constitucionalmente assegurado.

Diante disso, a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol potencialmente teria o condão de diminuir as violências na etnoregião⁷ (BRAGA; SILVA, 2011, p. 133). Se a demarcação é um ponto incontroverso, sua modalidade é objeto de controvérsias: por um lado, governantes estaduais e produtores rurais defendem uma demarcação descontínua da reserva indígena e alegam a importância econômica para Roraima (AB’SÁBER, 2009, p. 171), por outro lado, formou-se uma coalizão favorável à demarcação contínua defendida por agentes locais, nacionais e internacionais (SILVA, 2012, p. 165-166). Assim, essa ação popular também buscava a pacificação social desse conflito.

Da íntegra do acórdão da petição n. 3.388/RR, que totaliza 653 (seiscentas e cinquenta e três páginas), serão extraídos alguns dados sobre a ação popular ajuizada em 03/05/2005, por Augusto Affonso Botelho Neto (a época Senador da República, representando o Estado de Roraima pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT), em face da União, perante o STF. Essa ação judicial contou com a participação direta de 24 (vinte e quatro) assistentes processuais, dentre os quais 16 (dezesesseis) atuaram no polo ativo e 08 (oito) figuraram no polo passivo da lide (§ 5º, art. 6º, Lei n. 4.717/65). Os assistentes processuais passivos foram compostos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e por mais 07 (sete) comunidades indígenas.

Na inicial, o autor popular impugnava o modelo contínuo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol adotado pela Portaria n. 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005. Requereu a declaração de nulidade da sobredita Portaria sob a alegação de vícios formais que remontam ao processo administrativo de demarcação da terra indígena (art. 2º, “b”, Lei n. 4.717/65), a parcialidade do laudo antropológico, os aspectos comerciais, econômicos e sociais (violação à livre iniciativa), o comprometimento da segurança e da soberania nacionais.

Em contestação, a União defendeu a legalidade e a constitucionalidade do ato demarcatório questionado. Aduz a inexistência de lesão ao patrimônio público, pois, delimitou área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais, bem como a ausência de comprovação dos vícios apontados na inicial (BRASIL, 2009, p. 248).

⁷ Diante das críticas apresentadas ao termo “região” (GARÓFALO; PINHO; SANTOS, 2011), acolhe-se a sugestão acima apresentada.

O parecer emitido pela Procuradoria Geral da República (PGR) opina pela improcedência do pedido formulado. Questão peculiar diz respeito ao Estado de Roraima, que requereu seu ingresso no feito, na condição de autor, alegando dentre outras matérias a “impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial” (BRASIL, 2009, p. 251). Restou decidido que o Estado de Roraima não possui legitimidade para integrar o polo ativo da lide, apenas na qualidade de “assistente litisconsorcial, recebendo o processo na fase em que se encontra, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos” (BRASIL, 2009, p. 253).

Quanto ao objeto da ação popular, a Portaria n. 534 de 13 de abril de 2005, do Ministério da Justiça, que fixou a área da terra indígena Raposa Serra do Sol em 1.743.089 (um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove) hectares, abrange os municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, com declaração de posse permanente que favorece as etnias indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana.

Envolve, aproximadamente, 7,5% (sete e meio por cento) do território do estado de Roraima, situada na região Norte da unidade da Federação, sendo área de tríplice fronteira entre o Brasil, a Venezuela e a República Cooperativista da Guiana (BRASIL, 2009, p. 256-257). Existe ainda uma dupla afetação na área questionada: ecológica e indígena, isto porque coincidem as terras indígenas (Raposa Serra do Sol) e a Unidade de Conservação (Parque Nacional do Monte Roraima).

Por certo, se trata de uma complexa decisão, sem precedentes no Judiciário brasileiro, que, após dois pedidos de vista dos Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio ficou decidido, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o pedido contendo dezenove salvaguardas ou pressupostos institucionais. Noutras palavras, a maior parte das Ministras e dos Ministros do STF decidiram pela manutenção do ato administrativo impugnado, desde que atendidas as condições estabelecidas no acórdão.

No voto do Ministro Menezes Direito encontram-se descritas as “linhas mestras” que balizaram não apenas o caso concreto decidido, mas ostentam a pretensão de traçar regras gerais e abstratas “do regime jurídico das terras indígenas no Brasil” (BRASIL, 2009, p. 483). Devido a extensão e generalidade das “salvaguardas institucionais”, também em virtude dos objetivos perseguidos por esse artigo, descabe transcrevê-las ou examiná-las exaustivamente, de outra sorte, algumas delas serão objeto

de colocações pontuais na próxima seção que se dedica à análise dos fundamentos dessa decisão judicial.

3 ANÁLISES SOBRE AS ATUAÇÕES JUDICIAL E SOCIAL

Conforme já registrado na parte introdutória, esse artigo não se presta ao exame minucioso de uma situação em particular (estudo de caso), também não realiza um confronto analítico entre os votos das Ministras e dos Ministros do STF, tarefa pouco eficaz para os fins pretendidos. Em outra direção, busca-se tecer considerações críticas acerca dos fundamentos da decisão judicial prolatada (atuação judicial) e das participações sociais processuais e extraprocessuais (atuação popular). Nessa ordem, serão apresentados os principais argumentos.

De partida, registra-se que entre o ajuizamento e o trânsito em julgado da ação popular transcorreram precisamente 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias. No entanto, este dado precisa ser contextualizado em relação à complexidade da matéria debatida, dos interesses em disputa, do número de agentes envolvidos, entre outros fatores que precisam ser levados em consideração. Mesmo assim, o lapso temporal percorrido pela via judicial revela-se excessivo e sugere a contraposição com a garantia fundamental da “razoável duração do processo” (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar o acerto da decisão judicial que ratificou a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, de maneira contínua, reconheceu o usufruto aos indígenas nas terras da União, bem como a vedação de ingresso e de permanência nas terras indígenas para a “prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa” (BRASIL, 2009, p. 880).

Indiscutivelmente a área disputada pertence à União, segundo dispõe o art. 20, XI, CRFB/88 e, por força do § 6º, art. 231, da mesma Constituição, não produzem efeito jurídico “os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras” tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ressalvadas a indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé. Cabe acrescentar que essa decisão corrobora a política que assegura à posse da terra aos indígenas, inaugurada com a promulgação da citada constituição de 1934, contudo adota como marco temporal a promulgação da Constituição de 1988.⁸

⁸ Essa salvaguarda é questionada por Silva (2018, p. 14), que a considera um “cavalo de Troia”; por Burckhart e Melo (2020, p. 122), que consideram uma interpretação

Atente-se para o fato de não configurar ingerência da União no Estado de Roraima, conforme se sabe, anterior a promulgação da Constituição da República de 1988, art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, era considerado um território federal da União.

Por certo, a demarcação de terras indígenas, de competência privativa da União devido à abrangência do interesse nacional, visa promover e ampliar direitos fundamentais dos povos originários que se encontram positivados no próprio Texto Constitucional de 1988. Nesse sentido, conforme destaca o Ministro Eros Grau, a “disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios [*sic*] consubstancia algo juridicamente impossível; pois quando dizemos disputa aludimos a uma oposição entre direitos e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum” (BRASIL, 2009, p. 513).

Questões que ganham densidade são as chamadas “salvaguardas institucionais”, cujo propósito, num primeiro momento, consiste na operacionalização da própria decisão judicial prolatada. Tem-se, portanto, uma preocupação de ordem pragmática correspondente a eficácia da decisão, expressões bastante utilizadas e pouco fundamentada na experiência prática dos tribunais brasileiros.

A raiz desta linha argumentativa consiste em demonstrar que para o direito, em geral, e para o direito constitucional, em particular, tão importante quanto aquilo que se decide é a maneira pela qual se decide. Por isso, interessa nessa seção discutir as razões pelas quais o Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, sustenta tratar-se de uma decisão que “certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do [*sic*] dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance” (BRASIL, 2009, p. 415-416).

O voto do Ministro Menezes Direito, suscitou uma dúvida no relator do processo, Ministro Ayres Britto, que formulou o seguinte pedido de explicação:

[...] não caracteriza uma decisão *extra petita*, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido. O que foi pedido na ação popular? A nulidade de todo o processo de demarcação e, sobretudo, a descaracterização do formato demarcatório que, nos termos do decreto do Presidente da República, foi um formato contínuo, e o

restritiva aos direitos territoriais de povos indígenas; por Assis e Dan (2020), entre outros.

autor popular propõe que o formato seja descontínuo (BRASIL, 2009, p. 421).

A tentativa de resposta oferecida caracteriza-se pela pessoalidade, pela vagueza e, sobretudo, pela utilização do argumento de autoridade, que não são passíveis de revisitação intersubjetiva, pois, soberanamente limitou-se a afirmar que “vossa excelência sabe que não me descuido com relação a ser *extra petita* ou *infra petita*. Certamente não me descuido” (BRASIL, 2009, p. 422).

Cumpra acrescentar as considerações críticas extraídas do voto do Ministro Joaquim Barbosa, o qual julgou o pedido da ação popular totalmente improcedente e se posicionou de modo contrário a todas as “salvaguardas institucionais”, para se fazer justiça ao seu entendimento, afirma textualmente que:

Não estamos seguindo o devido processo legal. Nós estamos examinando uma ação que foi proposta com um objetivo, com o pedido específico claro. Nós estamos prestando a jurisdição dando outro resultado que ninguém sabe de onde surgiu. Não foi debatido em nenhum momento. [...] Por que não ouvir as partes interessadas? Elas têm algo a dizer. Isso se chama *due process of law* (BRASIL, 2009, p. 756-757).

No mesmo sentido, constata-se um argumento expresso no acórdão dos embargos de declaração da petição n. 3.388/RR, levantado pelo Ministério Público, ao afirmar que “não cabe ao STF, a partir de *obiter dictum* lançado em voto proferido em sede de processo subjetivo, traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide” (BRASIL, 2013, p. 39). Situação inversa se verifica quando comparada com a posição assumida pela maioria das Ministras e dos Ministros do STF de que “não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à área demarcada” (BRASIL, 2013, p. 41).

Os posicionamentos divergentes entre as Ministras e os Ministros do STF identificados quando do julgamento em 2009 também reverberaram no julgamento em 2013. Haja vista que ao apreciar os embargos declaratórios o Ministro Marco Aurélio consigna em seu voto, mais uma vez, que foram “muito criativos. Quem sabe talvez o Congresso não o fosse, isso na estipulação do que deve ser observado em termos do

gênero terras indígenas, não apenas quanto à Raposa Serra do Sol [...]” (BRASIL, 2013, p. 75).

Em consequência, acolhe os embargos, atribuindo-lhes “eficácia modificativa substancial”,

[...] para afastar, portanto, as salvaguardas, que, para mim, são normas abstratas autônomas, ao todo, dezenove salvaguardas - chegou-se ao ponto de disciplinar questão tributária, questão de usufruto, questão de atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, questões não colocadas, como disse, no processo [...] (BRASIL, 2013, p. 76).

Posicionamento bastante semelhante é encontrado no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que também acolhe os embargos com efeitos infringentes,

[...] por entender que, realmente, o Tribunal extrapolou, o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador. Por essas razões, eu acolho parcialmente os embargos para expungir da decisão as dezenove condicionantes que foram acrescentadas (BRASIL, 2013, p. 88).

As explicações apresentadas pelo Ministro Roberto Barroso, uma vez mais, são de ordem pragmática de que uma situação concreta diferenciada exige igualmente uma “decisão atípica”, por isso, o “Tribunal foi ousado”, segundo admite, se a decisão fosse prolatada de maneira mais contida, “se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte - a execução do julgado não teria sido concretizada”. Refuta, no entanto, que estas práticas judiciais sejam adotadas “como um padrão, não creio que seja o melhor e, portanto, não acho que o Tribunal deva fazer isso rotineiramente” (BRASIL, 2013, p. 89).

É chegada a hora de identificar e de descrever as manifestações sociais processuais e extraprocessuais. No que se refere as participações sociais, vê-se que a própria ação popular, descrita na seção anterior, traz em si a gênese da participação social na administração da coisa pública (art. 5º, LXXIII, CRFB/88, art. 1º, *caput*, Lei n. 4.717/65), contribuindo para sustentar a hipótese de efetividade deste instrumento jurídico para a democratização do Judiciário.

Ainda nessa proposição, elaborar a ideia de que diante de um tema demasiadamente complexo e com repercussões jurídicas e sociais a

intervenção dos *amici curiae* ou a realização de audiências públicas seria quase obrigatória, já que estes mecanismos tradicionais de participações sociais colaboram para que as decisões judiciais tenham aumentada sua “legitimidade democrática”. Porém, dentro de uma análise mais acurada talvez não seja possível confirmar, por completo, nenhuma das duas respostas sugeridas. Isso não quer significar que as ações coletivas, dentre as quais se insere a ação popular, assim como os *amici* ou as audiências públicas não sejam instrumentos que colaborem com a tarefa contínua de materialização e de institucionalização da soberania popular.

São formas necessárias, porém, insuficientes para conferirem por si só legitimidade democrática as decisões judiciais, mesmo porque, não há como aferi-la levando-se em consideração aspectos isolados. É preciso muito mais que isso. Propõe-se ultrapassar os mecanismos formais e tradicionais de participação social no Judiciário. Por isso, as análises e as críticas recairão sobre a atuação popular e judicial; em primeiro lugar, será examinado o sujeito ativo da ação popular.

Conforme anotado acima, o autor popular, na época do ajuizamento da ação, era membro do Senado Federal. Isso, contudo, não desnatura a ação popular, mesmo porque, não há qualquer vedação legal para que parlamentares ou agentes políticos, servidores públicos, dentre outros, figurem nesse tipo de ação na qualidade de sujeitos ativos ou se habilitem como litisconsortes ou assistentes (arts. 1º e 6º, § 5º, Lei n. 4.717/65, respectivamente).

Igualmente não há como desconsiderar as críticas realizadas na parte final do item 1.3 *Idealidades*, na primeira seção deste artigo. Por certo, uma ação popular não se torna ilegítima apenas em virtude das características pessoais de seu autor, ao contrário, determinadas atuações sociais, mesmo que dotadas de parcialidade (interesse), são capazes de torná-la mais legítimas, a exemplo de quando partem da reivindicação de membros de associações de moradores e moradoras de bairro, de comunidades quilombolas, de sindicatos de determinadas classes profissionais, entre outros.

Essa afirmação também pode ser confirmada quando observados os assistentes processuais que atuaram no feito. A desproporção ocorre não apenas ao se considerar o quantitativo numérico, mas também das pessoas que se posicionaram nos polos da lide; de um lado, a FUNAI e sete comunidades indígenas, diretamente interessadas na manutenção dos limites definidos para a terra indígena Raposa Serra do Sol; de outro lado, tem-se dezesseis assistentes, possivelmente fazendeiras e fazendeiros igualmente interessados em assegurar a “validade” de escrituras públicas

ou de títulos de legitimação de posse de propriedade imóvel oriunda de esbulho de bem da União.

Quanto as atuações extraprocessuais, com vistas a fundamentar o ponto de vista de que a participação social - no ambiente da ação popular, mas não apenas neste - se perfaz num movimento difuso de controle social, serão elencadas 05 (cinco) formas de atuação identificadas nesse julgado, quais sejam: (i) a divulgação de notícias; (ii) a distribuição de parecer e de memorial; (iii) os debates políticos; (iv) a verificação *in loco*; (v) os encontros no gabinete.

Em 10/12/2008, o Ministro Marco Aurélio, relatou em seu voto que “hoje, um grande jornal, um jornal de circulação nacional, a Folha de S. Paulo, noticia que refletirá em 227 áreas demarcadas ou a serem demarcadas” (BRASIL, 2009, p. 419). No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, sustenta que “existem, como noticiam os meios de comunicação, tensões que precisam ser resolvidas o mais brevemente possível” (BRASIL, 2009, p. 427).

Já o Ministro Eros Grau, além de citar expressamente um texto jornalístico, “vou me valer do que dizem Boris Fausto e Carlos Fausto em texto publicado n’*O Estado de São Paulo*, edição de 28 de abril de 2008, pág. A2:” (BRASIL, 2009, p. 514), inclusive ratifica o posicionamento dos autores mencionados: “transformar as áreas indígenas em ‘ilhas’ é mesmo, como observam Boris Fausto e Carlos Fausto, um velho projeto conservador. Mas não vejo como possa isso ser feito pela mão do Poder Judiciário” (BRASIL, 2009, p. 515).

Outro ponto acrescentado pelo citado Ministro é o recebimento de “parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete” (BRASIL, 2009, p. 513). Noutra oportunidade, 18/03/2009, menciona uma série de recursos extraprocessuais para fundamentar seu voto divergente e, assim julgar procedente o pedido inicial.

A exemplo do “artigo publicado, no jornal Folha de São Paulo, sob o título ‘11 Cidades de São Paulo’” (BRASIL, 2009, p. 607), na edição de 21/12/2008; da “reportagem veiculada no sítio eletrônico do Jornal ‘Folha de São Paulo’, em 27 de janeiro de 2009” (BRASIL, 2009, p. 644-645); do “artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo de 8 de dezembro de 2008”, pelo “professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Denis Lerrer Rosenfield” (BRASIL, 2009, p. 655-656); da publicação em sítio eletrônico de “palestra no Clube Militar, proferida pelo

Comandante da Amazônia, General Augusto Heleno, conforme publicado no sítio eletrônico G1 - Globo Notícias” (BRASIL, 2009, p. 658-660).

Também foi registrado no voto do citado Ministro a “entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo” (BRASIL, 2009, p. 608), concedida pelo Deputado Aldo Rebelo (PC do B); a debate realizado “em uma universidade, nos Estados Unidos” (BRASIL, 2009, p. 612-613) pelo Senador da República, Cristovam Buarque (PT), bem como a distribuição de memorial e parecer apresentados pelo Ministro do STF, aposentado, Maurício Corrêa (BRASIL, 2009, p. 569 e 632).

Já o Ministro Gilmar Mendes, além do “artigo publicado na Folha de São Paulo, de 08 de maio de 2002” (BRASIL, 2009, p. 765-766) e da distribuição de “memorial complementar conjunto distribuído à Presidência desta Corte pela AGU e pela FUNAI, neste ano de 2009” (BRASIL, 2009, p. 800), menciona a “verificação *in loco*”.⁹ Descreve, ainda, a realização de audiências públicas realizadas na Assembleia Legislativa do Estado de Roraima e na Maloca Ingarikó, está última em 07/02/2004 (BRASIL, 2009, p. 809).

Movimentos análogos foram identificados no acórdão dos embargos de declaração petição n. 3.388/RR, quando o Ministro Marco Aurélio, outra vez, se refere a notícia publicada em “revista de grande circulação, após o afastamento dos cidadãos em geral, apontou - refiro-me à Veja, não me lembro o número - como a reserva da miséria” (BRASIL, 2013, p. 75).

Por fim, o relato do Ministro Joaquim Barbosa alega ter recebido “por mais de uma vez, os representantes dos dois lados nesse conflito, e, em razão disso, estou informado de que, talvez, algumas dessas condicionantes sejam até do agrado dos representantes das comunidades indígenas” (BRASIL, 2013, p. 91). No mesmo sentido, Braga e Silva (2011, p. 137) afirmam que a maioria das organizações do terceiro setor que atuam na terra indígena se sentem muito à vontade com a decisão tomada pelo STF. Para sistematizar as informações apresentadas, elabora-se o quadro 01 infra:

Quadro 01 - Formas de participações extraprocessuais na petição n. 3.388/RR

N.	Ministro(a)	Atores sociais	Formas de atuação
01	Marco Aurélio	Jornal de circulação nacional	Divulgação de notícias
	Ricardo Lewandowski	Meios de comunicação	

⁹ O Ministro Gilmar Mendes afirma que esteve nas terras indígenas acompanhado do Ministro Carlos Britto e da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2009, p. 761 e 826).

02	Eros Grau	Professor universitário - Moreira Alves ¹⁰	Distribuição de parecer
	Marco Aurélio	Ministro aposentado do STF - Maurício Corrêa	Distribuição de memorial
03	Marco Aurélio	Senador da República - Cristovam Buarque	Debates políticos
04	Gilmar Mendes	Comunidades indígenas	Verificação <i>in loco</i>
05	Joaquim Barbosa	Representantes das partes	Encontros no gabinete

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Identificadas as práticas e os atores sociais cumpre nesse momento final realizar uma espécie de balanço ou saldo parcial de acordo com as considerações teóricas e empíricas realizadas. Na próxima seção serão entrecruzados os dados obtidos com alguns artigos científicos, momento no qual coloca em xeque os resultados alcançados.

4 ENTRE REALIDADES E IDEALIDADES: UM SALDO PARCIAL

De todos esses textos constitucionais e legislativos, artigos científicos, tese de doutorado, dissertações de mestrado, julgados, votos, opiniões divergentes, dentre outros materiais consultados, afinal de contas, o que sobra de tudo isso? Nessa seção derradeira, fala-se sobre as possibilidades de controle social difuso da atividade jurisdicional, em geral, e do STF, em particular. Uma designação preliminar para controle social difuso aponta para as práticas sociais, não necessariamente ligadas a ação dos movimentos sociais, à opinião pública, aos grupos de pressão etc., mas desempenhada pela sociedade civil de maneira difusa com vistas a influenciar ou direcionar as decisões prolatadas pelas Ministras e pelos Ministros do STF.

Cria-se, portanto, um espaço para demarcar um movimento inicialmente chamado de “democracia de alta intensidade” (SANTOS, 2007, p. 83-126), cujo saldo parcial entre os aspectos positivos e negativos fornecem as condições para um relativo controle social difuso, ao que tudo indica, reverberam as vozes indígenas dentro e fora dos tribunais.

¹⁰ Ao que tudo indica, trata-se de um ex-integrante do Tribunal, José Carlos Moreira Alves, que foi Ministro do STF de 1975 até 2003.

Há, no entanto, vários significados possíveis para as participações sociais, compostos por diversos atores sociais que ocupam lugares de atuação intraprocessual e extraprocessual. Para determinar o balaço das considerações normativas, teóricas e empíricas até agora apresentadas serão examinadas as posturas assumidas pelos atores judiciais e sociais dentro dos limites traçados por esse artigo.

Aquilo que está em disputa reside no inafastável direito à participação social, manifestado num duplo sentido dentro do Estado democrático de direito: (i) traduzido pelo dever estatal de consulta e oitiva do maior número possível de pessoas interessadas e, também, (ii) expresso na possibilidade efetiva de se fazer ouvir dentro e fora dos tribunais.

Nesse viés, sem desconsiderar os riscos e as dificuldades envolvidos na determinação da “vontade popular” ou ainda, nessa linha de pensamento, na indefinição das responsáveis e dos responsáveis por expressar os anseios sociais, contrários e contraditórios entre si, no ambiente judicial, mas principalmente a maneira potencialmente adequada para desempenhar essa tarefa, passa-se a apresentar o saldo entre as realidades e as idealidades da ação popular.

Decerto, não há como responder de forma cabal essa questão, pois várias são as respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro - todas ou quase todas, de modo insatisfatório - no caso da ação popular a primeira resposta construída é que todas as cidadãs e todos os cidadão brasileiros natos ou naturalizados e os portugueses equiparados, no pleno exercício dos seus direitos políticos, são responsáveis por levar a opinião popular até o Judiciário.

Quanto a indagação acerca da maneira pela qual essa tarefa poderá ser desempenhada viu-se que elas ocorrem dentro e fora dos autos do processo, no entanto, é com base nos registros processuais que foi possível identificar as cinco formas distintas de atuação extraprocessual (vide quadro 01 - Formas de participações extraprocessuais na petição n. 3.388/RR). Decerto, as citações expressas nos votos das Ministras e dos Ministros do STF não são nem o único, nem o modo mais eficaz para mensurar os impactos das participações sociais.

Os significados de administração proba ou de moralidade administrativa são configurados, reconfigurados e transfigurados dependendo do arranjo que a ação popular consiga mobilizar no caso concreto. Por isso, as marchas e contramarchas da experiência constitucional brasileira revelam que o “povo” se encontra relativamente apartado não

apenas do Judiciário, mas também das formas de pressão extraprocessual. Isso implica repensar a distribuição ou a redistribuição das oportunidades nas sociedades ditas democráticas.

Um ponto para reflexão contido no voto do Ministro Roberto Barroso para o julgamento dos embargos de declaração, reside no chamado “constitucionalismo fraternal”, segundo explica, baseia-se num novo tipo de igualdade; “a igualdade civil-moral de minorias [*sic*], tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas” (BRASIL, 2013, p. 09-10).

Dentre outros fatores, há de se questionar o uso performativo das citações nos votos das Ministras e dos Ministros do STF, que não permitem aferir, com precisão, o grau de influência e impacto produzidos pelas participações identificadas nos julgados analisados. Junto a isso, considerar que as evidências encontradas podem não ser suficientes para atribuir o significado de um controle social difuso provocado pelas participações sociais intraprocessuais e extraprocessuais.

Nesse sentido, as conclusões alcançadas com esse artigo, apesar de fornecerem uma compreensão aprofundada sobre o tema das participações sociais na ação popular no âmbito do STF, não podem ser generalizadas ou absolutizadas. Pois, o Judiciário não pode atribuir mais do que ele e o direito têm a oferecer para a sociedade. Entretanto, parece adequado indagar “que tipo de constrangimento pode influenciar o processo decisório dos tribunais na vida real?” (MELLO, 2018, p. 690). Por certo, teorias normativas ou da adjudicação - isto é, como as juízas e os juízes devem decidir - fornecem respostas insuficientes e muitas das vezes desconectadas da experiência prática do Judiciário.

Um dos fatores que explica, em parte, o comportamento dos atores judiciais no caso de demarcação da terra indígena Raposa do Sol, foi a relação com a opinião pública. Ou melhor, “sob o olhar atento da imprensa e da opinião pública” (MELLO, 2018, p. 692), algumas Ministras e alguns Ministros do STF preocupavam e até mesmo buscavam se orientar como rendem as manchetes de jornal, ainda mais quando se enfrenta uma questão polêmica e paradigmática que está sendo apreciada pela primeira vez e, que divide a comunidade (MELLO, 2018, p. 694).

Cabe destacar o “comportamento estratégico externo [que] tem por objeto a interação entre as cortes e/ou entre os seus membros e instituições e agentes que lhes são externos, dentre os quais: o Poder

Executivo, o Poder Legislativo e a opinião pública” (MELLO, 2018, p. 701-702). Noutros termos, uma conduta judicial, comissiva ou omissiva, guiada para o atendimento de determinados fins, que impele as Ministras e os Ministros do STF, “ao proferirem seus votos procuram maximizar benefícios, influenciar o Direito e fazê-lo avançar de forma convergente com as suas preferências” (MELLO, 2018, p. 713). Porém, da mesma forma que a questão da opinião pública, há de se ponderar que “um juiz constitucional não decide sozinho. Depende dos demais colegas para fazer prevalecer o seu entendimento. Depende dos demais Poderes para ter as suas decisões cumpridas. Depende do apoio popular para manter a sua autoridade” (MELLO, 2018, p. 713).

Essas afirmações são parcialmente confirmadas na medida em que existem algumas matérias que são decididas de forma unipessoal e irrecorrível pela relatora ou pelo relator do processo, a exemplo da admissão ou não dos *amici curiae*, entre outros exemplos possíveis. Implica considerar necessária a interação entre a sociedade civil e o Judiciário e, com isso, alguma espécie de controle social (ainda que relativo ou eventual) no exercício da função jurisdicional. Em certo sentido, as formas de interação e de controle social se apresentam problemáticas porque “a polarização de grupo é frequentemente a fonte de problemas deliberativos” (SUNSTEIN, 2001, p. 09, tradução nossa).¹¹

Mas, também, pode representar o início do processo de democratização do Judiciário brasileiro e assim, “assegurar que o poder governamental não esteja disponível apenas para determinados segmentos da sociedade e promova a deliberação entre pessoas que, de outra forma, gostariam de conversar apenas com pessoas que pensam de maneira semelhante” (SUNSTEIN, 2001, p. 09, tradução nossa).¹² Apesar disso, quanto de fidelidade aos “anseios populares” possuem tais manifestações? Ou ainda quanto essas atuações sociais e judiciais são fiéis aos projetos constitucionais traçados em outubro de 1988? Talvez por isso, a própria noção de realidade dependa de uma boa dose de idealidade.

É particularmente problemático quantificar (mensurar em termos matemáticos) o quanto de popular repousa sobre as participações dentro e fora da circunscrição jurídico-processual. No entanto, parece ser possível realizar duas afirmações: primeiro, a existência de uma efetiva participação

¹¹ No original: “Group polarization is often the source of deliberative trouble.” (SUNSTEIN, 2001, p. 09).

¹² No original: “[e]specially important for a diverse democracy to create institutions to ensure that governmental power is not available only to segments of society, and to promote deliberation among people who would otherwise like to talk only to like-minded people.” (SUNSTEIN, 2001, p. 09).

extraprocessual e, segundo, o provável esvaziamento das instâncias populares nestes mecanismos de pressão social.

Grosso modo, o “povo” não se encontra inserido nos órgãos privados de comunicação, portanto, relativamente apartados dos debates jurídicos, políticos e acadêmicos identificados na petição n. 3.388/RR. Por outras palavras, existem dificuldades de acesso popular tanto nos meios institucionalizados de “justiça”, quanto nos mecanismos informais de controle social.

No entanto, entre as idealidades e as realidades sobre a ação popular, nesse momento derradeiro busca-se fomentar propostas, não apenas para satisfazer as condições materiais mínimas e necessárias para o desenvolvimento humano, mas uma “redistribuição social” pautada na “simetria entre uma sociedade civil forte e um Estado democraticamente forte” (SANTOS, 2007, p. 86).

Antes, deve-se compreender que participar exige dispor e fruir das condições de sobrevivência garantidas, do mínimo de liberdade e de acesso à informação, sob pena de restar uma cidadania bloqueada (SANTOS, 2007, p. 92). Sem dúvida, afirma-se que não possa ser realizado “de outra forma senão por meio de uma pressão de baixo para cima” (SANTOS, 2007, p. 97).

Nesse momento final, interessa apresentar um desdobramento social e um desdobramento judicial referente a essa decisão judicial. Uma das primeiras consequências após a retirada dos invasores da terra indígena foi identificada em abril de 2010, quando os indígenas realizaram um evento para comemorar um ano da conclusão do processo demarcatório em área contínua, selado pela decisão do STF no início de 2009 (SILVA, 2012, p. 18).

Todavia, parte dos rizicultores se instalaram no Leste do Marajó, estado do Pará, onde expandiram o agronegócio para as proximidades dos territórios quilombolas historicamente situados na região. Com isso, “mudanças significativas ocorreram nas dinâmicas territoriais do arquipélago, surgindo novos problemas de cunho socioambientais” (CALVI et. al., 2018, p. 135), porém trata-se de um evento exógeno ao conteúdo da decisão judicial.

Sobre às consequências jurídicas, especificamente quanto a “salvaguarda institucional” que determinou a proibição da ampliação da área já demarcada, tem orientado algumas decisões judiciais da Segunda Turma do STF. Noutras palavras, a decisão da ação popular ao estabelecer

a primazia dos interesses da União sobre os direitos indígenas, além de desestimular o direito da comunidade à consulta prévia, fundamentou a anulação de portarias declaratórias de demarcação da Terra Indígena Porquinhos/MA (RMS n. 29.542, relatora Cármen Lúcia), da Terra Indígena Limão Verde/MS (Ag. Reg. ARE n, 803.462, relator Teori Zavascki) e da Terra Indígena Guyraroká/MS (RMS n. 29.087, relator Gilmar Mendes) (ASSIS; DAN, 2020).

Sustenta-se que na ação popular as condicionantes estipuladas no acórdão serviram para “fundamentar” uma excepcional hipótese de execução de ofício (ausente o requerimento das partes interessadas, nesse sentido), sem qualquer previsão constitucional ou legal, assim sob o argumento de “efetividade da decisão judicial” flexibilizam-se direitos e garantias fundamentais. Definitivamente, alguma coisa está fora do lugar, mas qual seria então o lugar “correto”? Isso é tarefa para reflexões futuras.

CONCLUSÃO

Esse artigo contou com o objetivo de investigar as práticas da ação popular no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Iniciou com a ideia das participações sociais para além da propositura e dos andamentos processuais, fundamentada sobretudo nas atuações extraprocessual como um movimento provável de controle social difuso. A hipótese submetida ao processo de testagem procurou demonstrar que o aumento das participações sociais busca reduzir a postura expansiva do STF, ao final restou parcialmente comprovada resposta provisória apresentada.

Portanto, a conclusão geral alcançada indica para o fato de que o conjunto das participações sociais no âmbito do STF ultrapassa os mecanismos tradicionais sem, contudo, solucionar integralmente o problema. Num exame retrospectivo, viu-se os arranjos constitucionais que a ação popular recebeu a partir da constituição de 1934, chegando até a atual Constituição da República de 1988, que apresenta a concepção mais abrangente para esse tipo de ação judicial.

Em geral, os textos constitucionais a inseriram no capítulo dos direitos e das garantias fundamentais, conferindo legitimidade ativa para qualquer cidadã ou cidadão brasileiro ou equiparado com interesse na tutela judicial da coisa pública. Contudo, a abrangência ou a restrição do objeto de proteção por intermédio da ação popular varia conforme as decisões políticas e jurídicas manifestadas nas constituições brasileiras.

No segundo momento, algumas dessas ideias foram colocadas em movimento no caso concreto Raposa Serra do Sol. A prestação da tutela jurisdicional apresentada pela maioria das Ministras e dos Ministros do STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação popular, ajuizada em maio de 2005 e transitada em julgado em setembro de 2018. Em pouco mais de treze anos estabeleceu-se o reconhecimento da validade da demarcação realizada pela Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça e pelo Decreto Presidencial do mesmo ano. Além do reconhecimento da área demarcada de forma contínua a maioria das Ministras e dos Ministros criaram dezenove “salvaguardas institucionais” ou regras gerais e abstratas tendentes a disciplinarem as futuras demarcações de terras indígenas no Brasil.

No terceiro momento, foi possível identificar as formas de atuação judicial e social no ambiente de testagem. Assim, viu-se uma atuação mais ativa do “STF” no sentido de validar a opção de demarcação contínua da terra indígena, além da técnica processual e das disposições previstas na Lei n. 4.717/65 operou-se a imposição de quase duas dezenas de pressupostos ou condicionantes que não foram objeto de pedido ou de defesa por qualquer das partes.

Ademais, também foi possível constatar a atuação social intraprocessual e extraprocessual. Naquela, a propositura da ação popular e os vinte e quatro assistentes processuais admitidos; quanto a atuação extraprocessual, foram identificadas pelo menos cinco formas de atuação, quais sejam: (i) a divulgação de notícias; (ii) a distribuição de parecer e de memorial; (iii) os debates políticos; (iv) a verificação *in loco*; (v) e os encontros no gabinete.

Em derradeiro, na quarta seção, debateu-se o quanto de social repousa sobre essas participações fora da circunscrição jurídico-processual. Parece ser possível realizar duas afirmações: (i) a existência de uma efetiva participação extraprocessual e (ii) o possível esvaziamento das instâncias populares nesses mecanismos de pressão social. Isto porque, grosso modo, o “povo” não se encontra inserido nos aparelhos privados de comunicação, relativamente apartados dos debates políticos, jurídicos e acadêmicos identificados na petição n. 3.388/RR.

Logo, ocorrem dificuldades de acesso tanto aos meios institucionalizados de “justiça”, quanto aos mecanismos de controle social. Com isso, no decorrer das análises desse artigo admite-se ter incorrido numa certa dose de idealidade, no entanto, entre as idealidades e

as realidades da ação popular no âmbito do STF, definitivamente, alguma coisa está fora do lugar.

REFERÊNCIAS

ALVES, F. G.; MARTINS, L. Ação popular como garantia constitucional do processo de proteção e defesa do consumidor face à publicidade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 04, n. 01, p. 01-24, 2011.

AB'SÁBER, A. A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol: prévias para seu entendimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 23, n. 65, p. 165-172, jan. 2009.

ASSIS, F. B. S. DAN, V. L. C. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 02, p. 264-286, jul./dez. 2020. Seção Especial.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, A. W.; CÂMARA, F. A. P.; CORRÊA, A. L. M. A Suprema Corte Norte-Americana e a genealogia decisional a partir do perfil dos julgadores: uma análise fundada na obra *Born to Rebel* de Frank Sulloway. In: ABRÃO, Larissa Guimarães Martins; ALMEIDA, Emerson Gervásio de; CARDOSO, Patrícia Alves (org.). **Interdisciplinaridade no campo das ciências sociais aplicadas**: o universo jurídico e suas interlocuções. Ituiutaba: Barlavento, 2017, p. 158-185.

BRAGA, Y. C.; SILVA, L. C. J. Terra indígena Raposa Serra do Sol: as estratégias das Ongs. indígenas no Setentrião brasileiro. **Revista de Administração de Roraima**, Boa Vista, v. 01, ed. 01, p. 121-144, jul./dez. 2011.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei de n. 265, de 2007**, altera as Leis n. 4.717, de 29 de junho de 1965, 7.347, de 24 de julho de 1985 e 8.429, de 02 junho de 1992, de modo a deixar expressa a responsabilidade de quem ajuíza ação civil pública, popular e de improbidade temerárias, com má-fé, manifesta intenção de promoção pessoal ou visando perseguição política, tendo em vista a relevância da discussão da referida proposição. Brasília, 01 mar. 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília: **Diário Oficial da União**, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na petição n. 3.388/RR. Relator Roberto Barroso Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na petição n. 3.674/DF. Relator Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 out. 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR. Relator Ayres Britto. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BURCKHART, T. R.; MELO, M. P. O caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do procedimentalismo democrático de Habermas e Nino. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 19, n. 01, p. 119-137, jan./jun. 2020.

CALDAS, R. C. S. G. Direito de ação popular: requisitos especiais, eficiência, eficácia, efetividade e controle social. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 06, n. 03, p. 288-297, out./dez. 2014.

CALVI, M. F.; CRUZ, B. E. V.; GOMES, D. L.; REIS, C. C.. Expansão do agronegócio e conflitos socioambientais na Amazônia Marajoara. **Revista NERA**, Presidente Prudente, ano 21, n. 42, p. 135-161, mar. 2018. Dossiê Amazônia.

DENOBI, P.; TONON, T. Ação popular. **Semina: Ciências Humanas e Sociais**, Londrina, v. 23, p. 15-36, set. 2002.

FIGUEIRA, H. L. M.; VELOSO, C. S. A. Uma análise sobre o protagonismo do poder judiciário na democracia representativa brasileira. *In*: BÓTELHO, Catarina Santos. (coord.). **O direito actual e as novas fronteiras jurídicas no limiar de uma nova era**. Porto: Universidade Católica, 2017, p. 197- 208.

GARÓFALO, G. L.; PINHO, T. F.; SANTOS, J. C. V. Nos caminhos da Raposa Serra do Sol (Roraima): a região, formas de contemplação, usos e apropriações. **Revista Geográfica de América Central**, Heredia, vol. 02, p. 01-18, jul./dez. 2011.

GÓMEZ, R. S. Revisiting popular action. **De Paul Journal for Social Justice**, Chicago, v. 10, n. 02, , p. 01-11, mai. 2017.

LOPES, A. L. **Ação popular como instrumento do cidadão para prevenção e reparação do dano ambiental**. Orientador: Sébastien Kiwonghi Bizawu. 2013. 118 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2013.

MELLO, P. P. C. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 08, n. 02, p. 688-718, 2018.

OLIVEIRA, A. J. **O direito ambiental e a participação da sociedade por meio da ação popular ambiental**. 2010. 251 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2010.

POST, R. C.; SIEGEL, R. B. Protecting the Constitution from the people: juricentric on section five power. **Indiana Law Journal**, Bloomington, v. 78, 2003, p. 01-45.

SABADIN, A. P. C. A ação popular como instrumento de defesa dos direitos difusos. **Cadernos Jurídicos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal**, São Paulo, n. 03, p. 77-96, maio 2012.

SANTOS, B. S. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SILVA, C. T. A homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, vol. 33, n. 98, p. 01-20, 2018.

SILVA, M. I. C. **Raposa Serra do Sol: agentes políticos, conflitos e interesses**. Orientador: Shiguenoli Miyamoto. 2012. 214 f. Tese (Doutorado em ciência política). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

SLAIBI FILHO, N. Ação popular. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 22, p. 105-118, 2003.

SUNSTEIN, C. R. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press, 2001.

WEDY, G. J. T. **Ação popular**. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 04, p. 77-117, 2007.

GÊNERO E REPRESENTATIVIDADE: UMA ANÁLISE DAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NOS ANOS 2018-2019¹

GENDER AND REPRESENTATIVITY: AN ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE PROPOSITIONS OF THE CHAMBER OF MEMBERS IN THE YEARS 2018-2019

Karina Gularte Peres*

Valmôr Scott Jr.**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Diferentes modelos de democracia. 3 Direitos políticos das mulheres: marcos e apontamentos. 4 Encaminhamentos metodológicos. 5 Resultados e discussão. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo se debruça sobre as proposições legislativas de autoria de deputadas federais nos anos de 2018 e 2019, a fim de identificar que temas predominam em tais propostas, atentando-se para a eventual relação entre o assunto tratado e a condição de mulher. O trabalho consiste, portanto, em pesquisa de cunho qualitativo, tendo como método, a análise documental

¹ O trabalho já foi apresentado no Seminário da UFPEL

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (2019-2021) e Assistente em Administração na mesma instituição desde 2015. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2013-2018) e em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Católica de Pelotas (2004-2009). Interrompeu graduação em Letras - Inglês pela Universidade Federal de Pelotas (2003-2007) e pós-graduação em Linguagens Verbais e Visuais e suas Tecnologias pelo Instituto Federal Sul-Riograndense (2011-2012).

** Professor Adjunto, na faculdade de Direito, da Universidade Federal de Pelotas/UFPEL. Pesquisador e Orientador em temáticas que relacionam: Direito, Educação e Vulnerabilidade, tanto na graduação quanto na Pós-Graduação em Direito (Mestrado) - PPGD/UFPEL, na Linha de Pesquisa 2 - Direito e Vulnerabilidade Social. Algumas informações acadêmicas e de produção: Doutorado em Educação/UFSM; Mestrado em Educação/UFSM; Especialização em Direito/UFSM; Licenciatura - PEG/UFSM; Graduação em Direito/UNICRUZ; Membro pesquisador no NUPEDIV - Núcleo de Pesquisas em Direitos Sociais e Vulnerabilidade; autor dos livros: Acessibilidade na Educação superior: desdobramentos jurídicos e; Afetividade na formação docente: entre o Direito e a Educação; Membro do Conselho Editorial da Editora Caxias. Autor de capítulos e artigos científicos em revistas indexadas na área do Direito e da Educação; Parecerista em periódico; Parecerista em comissão científica de eventos; Apresentador de comunicação oral em eventos internacionais (Ex.: Coimbra-Portugal) e nacionais, com anais; prefácio, entre outras atividades.

Artigo recebido em 11/09/2020 e aceito em 24/02/2021.

Como citar: PERES, Karina Gularte; SCOTT JR., Valmôr. Gênero e representatividade: uma análise das proposições legislativas da Câmara dos Deputados. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 59-76. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

aplicada nas proposições selecionadas no recorte temporal informado. A matéria recorrente nas proposições das parlamentares é saúde e, as demandas diretamente relacionadas a mulheres, embora sejam frequentes, não predominam. Tal resultado decorre do fato de que as mulheres não constituem um grupo unido em função de uma ideologia, então sua presença no espaço político ocorre de maneira transversal. Esse aspecto foi considerado positivo, no sentido de demonstrar que a atuação de parlamentares não está restrita a assuntos relativos ao grupo que representam. Por fim, avalia-se que a baixa representatividade política possa ser revertida se for possível ressignificar o papel da mulher, sugerindo que seja um objetivo a ser alcançado por meio da educação, dada sua importância na constituição do indivíduo. Depreende-se que os efeitos seriam positivos para todos, pois a proporcionalidade entre a população representada e o poder decisório é salutar – senão inerente – às democracias representativas.

Palavras-chave: gênero. representatividade. proposições. deputadas¹.

ABSTRACT: *The present study focuses on the legislative proposals authored by federal deputies in 2018 and 2019, in order to identify which themes predominate in such proposals, paying attention to the possible relationship between the subject treated and the condition of women. The work, therefore, consists of qualitative research, using as a method, the document analysis applied to the selected proposals in the informed time frame. The recurring subject in the parliamentarians' proposals is health and, the demands directly related to women, although frequent, do not predominate. This result stems from the fact that women are not a united group due to an ideology, so their presence in the political space occurs in a transversal way. This aspect was considered positive, in the sense of showing that the performance of parliamentarians is not restricted to matters related to the group they represent. Finally, it is estimated that the low political representativeness can be reversed if it is possible to reframe the role of women, suggesting that it is an objective to be achieved through education, given its importance in the constitution of the individual. It appears that the effects would be positive for all, since the proportionality between the represented population and the decision-making power is salutary - if not inherent - to representative democracies.*

Keywords: *gender. representativeness. propositions. members.*

INTRODUÇÃO

A democracia se configura pela participação do povo nas decisões de caráter público de certo Estado. Povo, por sua vez, é um dos elementos materiais do Estado. É conceituado como o conjunto de pessoas, conectadas entre si por vínculos diversos, que exercem e a quem se destina o poder político vigente em tal Estado (CARVALHO, 2008, p. 101). Na grande parte dos Estados contemporâneos, esse poder político é exercido por pessoas eleitas pelo povo para representá-lo nas decisões de caráter público.

É possível aplicar as definições acima aos atuais Estados ditos democráticos. Hoje em dia, mesmo que geralmente nem todos que se sujeitam ao poder político possam participar de seu exercício, pois não atenderão simultaneamente os critérios para a cidadania, esses critérios demonstram que tanto a cidadania ativa quanto a cidadania passiva são potencialmente disponíveis a qualquer pessoa. Adotando como exemplo o Brasil, percebe-se no capítulo IV da Constituição Federal de 1988 que as

restrições à cidadania ativa não são absolutas, podendo ser eventualmente alcançadas, portanto.

Entretanto, levou algum tempo para que fosse assim. Um dos grupos normalmente excluídos da participação na coisa pública era o das mulheres. Atualmente, o exercício da cidadania política – tanto ativa quanto passiva – independem do sexo do eleitor ou eleitora, já que os critérios para obrigatoriedade não consideram esse aspecto. No entanto, embora as mulheres elejam tanto quanto os homens, pouco figuram como candidatas e, logo, pouco são eleitas, quando comparadas a eles (LOPES, 2019).

A sub-representatividade das mulheres na política faz com que o poder no país sequer se aproxime de refletir a proporção verificada na população, o que não parece ideal em uma democracia representativa. Um efeito prático dessa configuração pode ser a ausência de voz ou interesse para discutir e atender as demandas pertinentes a esse grupo. Nesse sentido, Dantas (apud LOPES, 2016, p. 107) defende que o representante tende a ser mais sensível à demanda de certo grupo em virtude de compartilhar experiências com o mesmo.

Perante esse quadro, o presente trabalho propõe analisar as proposições legislativas das mulheres atuantes no parlamento brasileiro, precisamente na Câmara dos Deputados. Para tanto, inicia-se com uma breve apresentação das democracias direta, indireta e semidireta. Em seguida, são apresentados alguns dos momentos cruciais para a conquista dos direitos políticos pelas mulheres. Por fim, procede-se a uma pesquisa documental qualitativa, que se utiliza da análise de conteúdo, (BARDIN, 2011) para verificar os temas e abordagens recorrentes nas proposições apresentadas pelas deputadas federais nos anos de 2018 e 2019.

1 DIFERENTES MODELOS DE DEMOCRACIA

Antes do voto, a imagem tendente a compor a referência de democracia era da assembleia grega, em que todos opinavam diretamente e tomavam por si as decisões, sem intermediários. Talvez seja mesmo a forma aparentemente mais justa de determinar os rumos da coisa pública quando se tem uma população e território diminutos. Porém, deve ser unânime que isso é impraticável em um país de quase 150 milhões de eleitores², como o Brasil (TSE, 2019).

Esse tipo de intervenção, sem intermediários, é associado à democracia direta. No contexto das assembleias, o debate imediato entre

² O número exato é 146.022.639 eleitores (TSE, 2019).

os cidadãos era viável porque ocorria em sociedades pouco populosas e em que apenas alguns tinham direito a voto, sendo que esses se dedicavam quase integralmente à tarefa da cidadania (AZAMBUJA, 1984, p. 222-223). Nesse sentido, pode-se dizer que sua democracia nem era tão direta assim.

Opondo-se à democracia direta, encontra-se a democracia indireta, também chamada representativa. Por meio dela, elegem-se representantes para tomar as decisões em nome do povo, que manteria sua soberania devido à prerrogativa de escolher aqueles a quem atribuem o poder decisório. Além de ser possível a nações populosas, também guarda um caráter de agilidade, na medida em que as decisões dependem de menos manifestações de vontade para serem efetivadas.

Democracia indireta ou representativa é aquela em que os cidadãos elegem determinadas pessoas, para os representarem e tomarem decisões em seu nome, por meio do exercício de mandatos eletivos. Tem como vantagem, em tese, propiciar agilidade na tomada de decisões, já que as questões serão submetidas ao debate e ao exame de menor número de pessoas, e, ainda assim assegurar a legitimidade, já que apesar de as decisões não serem diretamente feitas pelo povo, serão por pessoas escolhidas por ele (MACHADO, 2018, p. 14).

Reconhece-se que, ao menos em teoria, no Brasil não se tem uma democracia representativa ou indireta, mas uma democracia mista ou semidireta, por força dos instrumentos de participação popular previstos no art. 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Além do voto, que conduz à representação política, as formas diretas pelas quais a população pode exercer a cidadania são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular³.

Por meio do plebiscito, o Poder Legislativo consulta a população acerca de ato legislativo vindouro, o qual só será efetivamente praticado se a resposta ao plebiscito for positiva. O referendo, por sua vez, sujeita ato legislativo já praticado à apreciação do povo, que pode ratificá-lo ou não. Por fim, a iniciativa popular permite que a população se organize e apresente projeto de lei à Câmara dos Deputados (LENZA, 2011, p. 1016).

Além de ter o cidadão como protagonista em seus processos, essas formas têm, em comum, o fato de dependerem, igualmente, de ação do poder legislativo. O art. 49, da Constituição Federal preconiza que convocar plebiscito e autorizar referendo são de competência exclusiva do Congresso Nacional, que o faz por meio de decreto legislativo.

³ Lenza (2011, p. 1016) aponta ainda outras formas de participação popular que se encontram esparsas pela Constituição Federal.

Quanto à iniciativa popular, por sua própria natureza de projeto de lei, se submete à apreciação e voto da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1988; BRASIL, 1998).

Partindo do fato de que os votos de toda a população têm a mesma validade, é justo supor que exista um equilíbrio, ainda que mínimo, entre as características dessa população eleitora e as características dos políticos que ela elege. Há o entendimento de que corpos decisórios que fossem estatisticamente representativos – ou seja, uma amostra da população a quem suas decisões afetam – seriam capazes de fragmentar as temáticas e pô-las sob o controle dos próprios destinatários da decisão, significa mencionar, aqueles que serão efetivamente acometidos por suas consequências.

Apesar desses argumentos, alguns grupos não se sentem tão bem representados, já que detêm características pouco verificadas entre os políticos em exercício. Esse é o caso das mulheres, que até algum tempo atrás sequer eram autorizadas a votar, sendo risível a hipótese de serem eleitas. Alguns pontos de destaque na trajetória feminina pela aquisição de direitos políticos são apresentados no próximo capítulo.

2 DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES: ANÁLISE NACIONAL E INTERNACIONAL DOS ASPECTOS HISTÓRICOS

Todos os eventos em prol da conquista dos direitos políticos das mulheres tiveram indiscutível importância. Alguns acontecimentos, contudo, destacaram-se na trajetória mundial da luta das mulheres por direitos políticos.

Um ponto emblemático da luta pelo direito de votar das mulheres foi a Convenção dos Direitos da Mulher, mais popularmente chamada de convenção de Seneca Falls, ocorrida em 1848 nessa localidade, nos Estados Unidos. Tal convenção debateu as limitações impostas às mulheres e gerou a Declaração de Seneca Falls, também chamada Declaração de Sentimentos, de que consta uma lista de restrições de direitos de que as mulheres – com razão – se queixavam (DuBois, 1998, p. 86).

No entanto, as décadas seguintes foram interrompidas pela Guerra de Secessão⁴, que ocorreu entre 1861 e 1865. A guerra destacou a igualdade de direitos como princípio constitucional, o que era promissor para as mulheres, inclusive quanto ao sufrágio (DUBOIS, 1998, p. 89).

⁴ Guerra de Secessão é o nome comumente atribuído ao evento em países de língua portuguesa e outras línguas europeias, embora nos Estados Unidos seja pouco utilizada a expressão *War of Secession*, predominando lá a terminologia *Guerra Civil (Civil War)*.

No entanto, a conquista do voto só ocorreu plenamente no território estadunidense em 1920, embora já fosse permitido às mulheres serem eleitas desde 1788 (IPU, [200-]).

Nesse ínterim, as mulheres neozelandesas quase tiveram garantido seu direito de votar por três vezes, nos anos de 1878, 1879 e 1887, em que por pouco não foram aprovadas leis que permitiam o sufrágio feminino, pelo menos às mulheres que pagassem imposto. Um nome importante dessa luta na Nova Zelândia é o de Kate Sheppard, responsável pelas petições que, mais tarde, levariam o Parlamento do país a conceder o direito de votar a cidadãos de ambos os sexos. Tais petições foram encaminhadas em 1891, 1892 e 1893, com um número cada vez maior de assinaturas, aproximando-se de 9.000, 20.000 e 32.000, respectivamente. A luta pelo sufrágio feminino obteve êxito em 1893, tornando-se a Nova Zelândia o primeiro país a estender às mulheres o direito de votar (Atkinson; McIntyre, 2018).

A oposição à campanha pelo voto feminino na Nova Zelândia tinha a ver com interesses particulares: empresários da indústria de bebidas temiam que as mulheres, por meio de influência ou pressão, prejudicassem seus negócios; e políticos então no poder – mesmo que tivessem uma posição favorável ao sufrágio feminino – se preocupavam com a possibilidade de os votos delas irem para seus oponentes, fragilizando sua atual posição e arriscando a manutenção da mesma (Atkinson; McIntyre, 2018). Talvez tenham sido motivos similares que postergaram o direito das mulheres serem eleitas no país, o qual só se tornou acessível em 1919 (IPU, [200-])

Antes mesmo de ser conquistado o direito ao voto para as mulheres em Portugal, Carolina Beatriz Ângelo consegue votar para a Assembleia Constituinte, em 1911. Isso acontece porque a lei então definia como eleitor quem fosse maior de 21 anos, alfabetizado e chefe de família. Por ser viúva, Ângelo atendia a todos os requisitos. Dois anos mais tarde, em 1913, o texto da lei é alterado incluindo o sexo masculino como critério para ser eleitor (TARRAFA, 2016, p. 59-61).

Apenas em 1931, as portuguesas passam a ter acesso às urnas, mas apenas as chefes de família: viúvas, divorciadas ou judicialmente separadas, que tivessem bens. Em 1933, foram incluídas nesse grupo as solteiras maiores ou emancipadas que se sustentassem (TARRAFA, 2016, p. 61-62). A legislação seguiu sofrendo alterações que gradualmente ampliavam o acesso das mulheres às urnas, no entanto, as restrições ao voto feminino apenas são totalmente retiradas em 1974 (FERREIRA, 1998, p. 1).

Percebe-se que permeou o caminho dessas mulheres à sua conquista ao voto, o seu papel na família. “Focando na esfera pública, e particularmente na cidadania, as sufragistas demandavam para as mulheres uma espécie de poder e uma conexão com a ordem social que não se baseasse na família como instituição e na sua subordinação dentro dela” (DuBois, 1998, p. 31)⁵.

Antes de Portugal, destacou-se também o Reino Unido na luta das mulheres que buscavam seu direito de votar. O esforço das mulheres nesse país tornou o famoso o termo *suffragettes*, referindo as pessoas que buscavam o direito do voto para elas. Essa palavra, porém, era usada de forma pejorativa, opondo-se a *suffragists*:

Esses dois grupos eram as “suffragists”, que militavam usando métodos pacíficos como o lobby, e as “suffragettes”, que estavam determinadas a alcançar o direito de votar para as mulheres por quaisquer meios. Sua campanha às vezes incluía atos ilegais e violentos, que atraíam muita publicidade (REINO UNIDO, 2014)⁶.

As *suffragettes* surgem por entender que os meios pacíficos das *suffragists* falharam. A forma de trabalho das *suffragettes* “se torna compreensível quando contraposta a 40 anos aparentemente improdutivos de trabalho das *suffragists* vitorianas” (VAN WINGERDEN, 1999, p. 23)⁷. Nesse sentido, ocorre a morte de Emily Wilding Dawson, que se atirou na frente do cavalo do rei, durante manifestação, em 1913 (REINO UNIDO, 2014).

O direito ao voto das mulheres nas eleições para o parlamento do Reino Unido, bem como à sua candidatura, foi obtido em 1918, logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Entende-se que a participação das mulheres na guerra foi crucial para que isso ocorresse. Mas nessa data, o direito ao voto era condicional para as mulheres: só era concedido a pessoas com mais de 30 anos, para eleições nacionais, restrição que não se impunha aos homens. Por isso, o movimento só considerou consolidada

⁵ No original: “By focusing on the public sphere, and particularly on citizenship, suffragists demanded for women a kind of power and a connection with the social order not based on the institution of the family and their subordination within it”.

⁶ No original: “These two groups were the ‘suffragists’ who campaigned using peaceful methods such as lobbying, and the ‘suffragettes’ who were determined to win the right to vote for women by any means. Their militant campaigning sometimes included unlawful and violent acts which attracted much publicity.” Foram mantidos os termos originais na citação traduzida devido a seu papel semântico.

⁷ No original: “The militancy of the suffragettes, for example, becomes understandable when set against the 40 seemingly unproductive years of work by the Victorian suffragists”.

sua conquista em 1928, quando as mulheres e homens passaram a ter direitos políticos iguais (REINO UNIDO, 2014).

Quanto ao Brasil, é possível incluir o sufrágio feminino como um dos ideais progressistas que surgem no final do século XIX, representados principalmente pela abolição da escravatura e pela proclamação da República, acontecimentos que viriam a ser oficializados em 1888 e 1889, respectivamente. Com efeito, Nazario (1923, p. 35-46) registra que na fase de elaboração da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o Congresso Nacional Constituinte chegou a discutir a possibilidade de estender o direito ao voto às mulheres. A ideia de atribuir às mulheres também a cidadania passiva, não obstante ter sido mencionada, não foi considerada como uma real possibilidade.

E depois, a conceder-se á mulher o direito de voto, deve-se-lhe tambem dar o direito de elegibilidade. Imagine-se agora o que seria este Congresso, que já por vezes se torna de um tumultuar comparavel às vagas oceanicas, si aqui entrasse tambem o elemento feminino, e achando-nos nós em proporção igual, imagine-se tambem a physionomia curiosa que apresentaria este Congresso. (Risos. Muito bem! Muito bem!) (NAZARIO, 1923, p. 42).

A Constituição de 1891 restou silente quanto à participação política da mulher. Mais tarde, Leolinda de Figueiredo Daltro requereu seu alistamento eleitoral, alegando que a Constituição de 1891 era omissa quanto ao tópico, mas seu pedido é negado. Objetivando reunir e mobilizar as mulheres para a luta pelo sufrágio, ela funda o Partido Republicano Feminino, em 1910 (SCHUMACHER; BRAZIL, 2001, p. 449).

Em 1927, o Estado do Rio Grande do Norte passa a autorizar o alistamento eleitoral de mulheres. Isso não apenas levou massivamente as mulheres a providenciarem seu título de eleitor, mas também culminou na candidatura de Alzira Soriano para prefeita da cidade de Lages. A campanha e a decorrente eleição da candidata demonstraram que a relutância ao sufrágio feminino não tinha fundamento apenas nos argumentos relativos à manutenção da família e à capacidade intelectual da mulher – que já eram inadmissíveis – mas também em uma questão cultural, que definia não apenas o papel social da mulher, mas também do homem.

A campanha transcorreu com conflitos, como se previra. Os adversários não pouparam ofensas pessoais a Alzira. Alguns apregoavam, às claras e sem rodeios, que mulher pública é prostituta; outros procuravam seus familiares para dizer que

não ficava bem uma senhora de família entrar para a política. A despeito da oposição cerrada e das ofensas pessoais, a candidatura de Alzira foi um enorme sucesso: obteve 60% dos votos válidos do município. **O adversário, sentindo-se humilhado por perder para uma mulher, deixou a cidade e até o estado** (SCHUMAHER; BRAZIL, 2001, p. 49, grifo nosso).

A reforma eleitoral que culminou no Código Eleitoral de 1932, além de estabelecer o voto proporcional e o voto secreto, finalmente autorizou as mulheres a votarem e a serem eleitas (NICOLAU, 2012, p. 53). A partir desse momento, seus direitos políticos passam a se sujeitar às mesmas condições aplicáveis aos homens.

O exercício dos direitos políticos, apesar ter passado a ser igualmente garantido a homens e mulheres, não se revela igualitário na prática, precisamente quanto à ocupação dos cargos eletivos. Buscando equilibrar esse quadro, o art. 10, § 3º da Lei 9.504/1997 – a Lei das Eleições – estabelece que cada sexo deve corresponder a no mínimo 30% e no máximo 70% das candidaturas de cada partido. Cinco eleições já se passaram desde que se passou a fazer tal exigência⁸, mas apenas em 2018 tal percentual foi satisfeito (SENADO FEDERAL, 2019).

Apesar disso, em 2019 foi apresentado o Projeto de Lei do Senado 1.256/2019, que propunha revogar o dispositivo acima referido. A justificativa apresentada pelo Senador Ângelo Coronel traz que a dificuldade em preencher a cota exigida propicia fraudes eleitorais, pois os partidos apresentam candidaturas femininas irreais que acabam por servir para desviar recursos do fundo partidário. A proposição foi classificada como retrocesso e rejeitada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019a).

A baixa participação das mulheres no campo eleitoral decorre de um conjunto complexo de razões. Uma delas é o papel social atribuído à mulher ainda hoje, muito mais associado à família, por exemplo, que a um cargo de poder. Nesse sentido, Santos (apud LOPES, 2016, p. 105) defende que a identificação entre eleitor e representante é muito importante para as mulheres, pois interfere na forma como percebem a si mesmas.

Os dados da atual legislatura demonstram que a Câmara dos Deputados conta com 77 mulheres e 436 homens (Câmara dos Deputados, [2019b]), o que indica uma ocupação feminina de apenas 15%, embora

⁸ A alteração de redação que passa a exigir o preenchimento das vagas para candidaturas – e não apenas sua reserva, como o texto dispunha anteriormente – ocorreu em 2009, por força da Lei 12.034/2009.

o índice de mulheres candidatas ao cargo fosse de 32% (LOPES, 2019). No Senado Federal, a situação é praticamente a mesma: 13 mulheres representam 16% do total de senadores (SENADO FEDERAL, 2019a) diferindo no que tange à quantidade de candidatas, que alcançou 17% no pleito mais recente⁹ (lopes, 2019). Vale destacar que, considerada a população que cumpre o requisito de elegibilidade relativo à idade¹⁰, a proporção de mulheres alcança 52% (IBGE, 2018).

Por duas vezes, apresentou-se Proposta de Emenda à Constituição (PEC) objetivando estabelecer um mínimo de cadeiras a serem ocupadas por mulheres. A PEC 23/2015, que já foi arquivada, sugeria a paridade de gêneros na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e Câmaras Municipais, estabelecendo a distribuição igualitária das vagas. Já a PEC 134/2015 propõe percentuais mínimos menores e progressivos para cada gênero e se aplica às mesmas casas legislativas, mas não registra novas ações legislativas desde 2017, embora se encontre atualmente sob a situação *pronta para pauta em plenário* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019a).

A ideia das propostas, sobretudo da primeira, vai ao encontro a garantia da representatividade equivalente à proporção identificada na população total. Por outro lado, Lopes (2016) entende que a finalidade das ações afirmativas nesse sentido deve ser propiciar o acesso igualitário à atividade política, sendo suficientes, portanto, as medidas relativas ao percentual mínimo de candidaturas e à distribuição de recursos do fundo partidário.

3 ENCAMINHAMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo, de cunho qualitativo, utiliza como método, a análise documental em proposições legislativas de deputadas federais. Num primeiro momento foi realizada uma leitura flutuante, tendo como locus de busca, o site da Câmara dos Deputados. Numa observação preliminar das proposições (BARDIN, 2011, p. 126), foram pesquisados os termos mulher, gênero e cidadania; utilizou-se a pesquisa avançada disponível na seção *Atividade legislativa*, em que foram selecionados os tipos de proposições mais propensas a resultarem em disposições com

⁹ Vale esclarecer que a proximidade entre a taxa de ocupação atual e a taxa de candidaturas em 2018 não significa que a quase totalidade das candidatas tiveram êxito, já que o Senado Federal elege alternadamente um e dois senadores.

¹⁰ Em função do objeto de pesquisa deste trabalho, foi considerada a idade de 21 anos, mínima exigida para eleição como deputado federal (BRASIL, 1988).

força normativa geral¹¹, quais sejam Projeto de Lei (PL), Projeto de Lei Complementar (PLP) e Proposta de Emenda à Constituição (PEC), e após, analisadas apenas as de autoria de deputadas.

Os termos ora buscados foram definidos com base na hipótese, segundo a qual predominariam temas relacionados a demandas ligadas à condição de mulher. Efetivamente, sob essa metodologia, surgiram vários resultados relacionados a discriminação de gênero e combate à violência contra a mulher, o que permitiu julgar que, conforme observação preliminar, tais assuntos prevaleciam.

Posteriormente, já com mais afinidade com o sistema de busca, julgou-se preferencial realizar a pesquisa adotando os seguintes passos: na seção Deputados/Quem são, selecionar sexo feminino e 55ª legislatura (2015-2019); na página de cada deputada, selecionar Proposições de autoria do deputado¹² e os anos de 2018 e 2019; entre os resultados, selecionar os tipos de proposta PL, PLP e PEC, além de Indicação (INC) e Anteprojeto (APJ); por fim, classificar as propostas obtidas por categorias e identificar quais delas efetivamente atendem à hipótese inicialmente formulada.

A inclusão de outros tipos de proposição, neste momento, se deu porque a INC e o APJ, embora o façam indiretamente, podem vir a gerar as mesmas normas objetivadas pelo PL, PLP e PEC. A definição dos tipos de proposta demonstra isso:

Anteprojeto

Esboço, proposta ou versão preliminar de um texto ainda não apresentado formalmente como proposição à Casa Legislativa.

[...]

Indicação [CD]

Espécie de proposição pela qual o parlamentar sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva. Pode ser utilizada ainda para sugerir a manifestação de uma ou mais comissões, visando à elaboração de projeto sobre matéria de iniciativa da Câmara.

[...]

¹¹ Por *força normativa geral*, busca-se transmitir a ideia de norma que a que todos se submetem. Isso porque muitos tipos de proposta utilizados pela Câmara dos Deputados têm fins distintos desse, como é o caso de impulsionar processo já em andamento (*Emendas, Substitutivo*) ou de realizar atos internos (*Mensagem, Requerimento*), por exemplo (LIMA, 2018).

¹² A expressão *Proposições de autoria do deputado* aparece na página de deputadas federais cujo mandato já acabou; na página das deputadas federais em exercício, a expressão utilizada é *Propostas legislativas de sua autoria*.

Projeto de Lei (PL)

Proposição destinada a dispor sobre matéria de competência normativa da União e pertinente às atribuições do Congresso Nacional, sujeitando-se, após aprovada, à sanção ou ao veto presidencial.

[...]

Projeto de Lei Complementar (PLP)

Proposição destinada à elaboração de Lei Complementar.

[...]

Proposta de Emenda à Constituição (PEC)

Proposição legislativa destinada a alterar a Constituição Federal. (LIMA, 2018, p. 53).

A Câmara dos Deputados oferece uma lista de temas pré-determinados, segundo os quais classifica as propostas legislativas. Embora se tenha utilizado tais temas como categorias, verificou-se que nem todas as propostas estão vinculadas a algum dos temas, por motivo desconhecido. Perante tal situação, foi realizada a atribuição de tema a essas propostas “órfãs” no decorrer da pesquisa, utilizando-se como base a lista previamente estabelecida pela Câmara dos Deputados. Em outro sentido, eventualmente foi encontrado mais de um tema é associado à mesma proposta. Nesses casos, para fins de tabulação, manteve-se apenas um dos temas indicados, eleito de acordo com o texto ementado.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Dito isso, passa-se então à apresentação dos dados obtidos. Na primeira etapa da busca, em que foram selecionadas as deputadas que estiveram em exercício na 55ª legislatura, foram encontrados 65 nomes, de um total de 623 parlamentares. Ressalta-se que o número ultrapassa os 513 deputados federais em função das suplências, das alternâncias no cargo. Essa quantidade de deputadas federais representa 10% do total de políticos que estiveram em exercício na 55ª legislatura.

Dessas 65 mulheres, 44 foram autoras de alguma proposta – dentre os tipos selecionados – apresentadas em 2018 e em 2019. O total de propostas apresentadas por elas foi igual a 290, dentre as quais não há nenhum APJ e há 78 INCs, 196 PLs, onze PLPs e cinco PECs.

Algumas matérias se repetiam em diferentes proposições (por exemplo, uma Indicação e um Projeto de Lei propondo a mesma medida). Para fins de análise, manteve-se apenas uma delas. O mesmo foi feito em

relação a proposições com autoria conjunta, em que houvesse mais de uma deputada federal. Feitos tais ajustes, restaram 272 proposições a analisar.

Os temas que a Câmara dos Deputados utiliza para classificar as proposições são Agropecuária; Cidades e transportes; Ciência, tecnologia e comunicações; Consumidor; Direitos humanos; Economia; Educação, cultura e esportes; Meio ambiente e energia; Política e administração pública; Relações exteriores; Saúde; Segurança e Trabalho, Previdência e Assistência. Dos 272 registros, 95 não estavam previamente classificados, de forma que a atribuição do tema foi realizada durante o levantamento.

Saúde foi o tema que mais recorrente, com 50 proposições na área. A seguir, registra-se Política e administração pública, com 42 ocorrências. Direitos humanos e Educação, cultura e esportes classificam 36 propostas, cada um deles; imediatamente seguidos por Trabalho, previdência e assistência, com 35 registros. Segurança, Cidades e transportes e Economia qualificam 24, 18 e 13 propostas, respectivamente. De forma menos expressiva, seguem as categorias Meio ambiente e energia, com sete ocorrências; Ciência, tecnologia e comunicações, referente a cinco propostas; Agropecuária, qualificando três proposições; Relações Exteriores, relativo a duas Indicações (INC); e Consumidor, com apenas um registro.

Daqueles 272 documentos, identificaram-se quais guardavam relação com a condição de mulher, das suas autoras, chegando-se ao resultado de 36 proposições, excluídas as repetidas, conforme já explicado. Ainda, foi feita uma subclassificação, que verificou 13 propostas diretamente relacionadas à violência contra a mulher, e duas que mencionavam expressamente a relação com igualdade de gênero.

Desconsiderando a subclassificação realizada e partindo do resultado total de 36 proposições, identificou-se que predominam os temas Saúde e Direitos humanos, com 13 e 10 ocorrências, respectivamente. Em seguida, aparecem Educação, cultura e esportes, em seis propostas; Trabalho, previdência e assistência, com quatro ocorrências; Política e administração pública, com dois registros; e Segurança, classificando apenas uma das propostas. Os demais temas não apareceram neste grupo.

Diversamente do esperado, conforme já foi dito, as propostas correspondentes a demandas femininas não constituíram número muito significativo, dentre todas as encontradas. Em certo sentido, tal resultado é positivo, pois demonstra que a atuação das congressistas não é restrita. Em pesquisa realizada por Miguel e Feitosa (2009, p. 216-217) analisaram

o discurso parlamentar de homens e mulheres e concluíram que se reservavam às deputadas as temáticas relacionadas à área social, o que pode corresponder a uma limitação historicamente conferida.

Verificou-se a prioridade dada à *soft politics* em todas as dimensões da ação política feminina analisadas neste artigo e a transição para o debate de *hard politics* à medida que elas ganham visibilidade e prestígio. [...] Ficou patente que a mera presença de mulheres no Parlamento, por mais necessária que seja, não representa capacidade igual de influência na formulação de políticas e na produção das representações do mundo social. A associação entre as mulheres e os temas de menor prestígio no campo político contribui para mantê-las em situação periférica e cobra, daquelas que ainda assim são capazes de ascender, o ônus de romper com as expectativas sobre seu comportamento (Miguel; Feitosa, 2009, p. 216-217).¹³

Outro apontamento que vem ao encontro daquele resultado é feito por Miguel (2007, p. 5), que explica que a ocupação das mulheres se dá de maneira transversal, porque, enquanto grupo, as mulheres não constituem uma identidade de caráter ideológico ou religioso, por exemplo. Isso significa que suas forças estão dispersas em várias pautas, sob diferentes enfoques, provavelmente correspondentes ao partido que representam. O que as mulheres têm em comum entre si é a histórica discriminação (LOPES, 2016 p. 106), a trajetória de consecutivas derrotas e conquistas até o espaço que ocupam, ainda timidamente, hoje.

Nesse sentido, é válido retomar o pensamento de Santos (apud LOPES, 2016, p. 105), segundo o qual a questão identitária se sobrepõe às políticas públicas que objetivam ampliar a representatividade (obviamente, sem menosprezá-las). O fato de mulheres verem outras mulheres em cargos historicamente ocupados por homens atribui novo sentido, tanto à condição de mulher quanto ao cargo e sua função correlata.

CONCLUSÃO

O caminho que as mulheres precisaram (e precisam) percorrer para atingir sua cidadania – não apenas no sentido político do termo – demonstra que os obstáculos são quase integralmente relacionados a uma imagem atribuída ao sexo feminino. Por muito tempo, essa definição de

¹³ Por *hard politics* os autores se referem ao núcleo do processo político, principalmente ao exercício do poder de Estado e à gestão da economia. *Soft politics*, é a expressão utilizada para referir assuntos mais voltados para o social (MIGUEL; FEITOSA, 2009, p. 207).

mulher não admitia questionamentos. Da mesma maneira que se percebe a presença da mulher na política atual, ou seja, transversalmente, a essência do papel atribuído à mulher atingia sua atuação em diversos campos: família, educação, trabalho etc.

Entende-se que a forma de mudar esse cenário é exatamente ressignificar esses papéis. Uma das ferramentas para isso é o fortalecimento da representatividade, que, por sua vez, vai permitir que uma população historicamente marginalizada em relação à coisa pública se identifique com e como agente político.

Também é interessante atentar que, embora seja inevitavelmente associado a um grupo, tal agente tem a prerrogativa de tratar de qualquer matéria de interesse público, não se restringindo às demandas e interesses específicos da coletividade que representa. Isso também se aplica a outros grupos ditos minoritários, embora não necessariamente o sejam, no sentido numérico.

Os motivos que justificaram a exclusão da mulher da esfera pública e decisória, por muito tempo, atualmente têm sido discutidos e desmistificados. No entanto, visto que se lida com certezas subjacentes, reconhece-se que tais debates e novas conclusões nem sempre têm força para se projetar para a sociedade, amplamente considerada. Estrutural é aquilo que constitui a sociedade, por meio do indivíduo, que assimila e internaliza essas informações como lhes são dadas. É nesse sentido que se defende que essas discussões precisam fazer parte da educação das pessoas, continuamente.

Reconhece-se que a escola vive um momento de apreensão, pois práticas pedagógicas e temas para discussão estão constantemente passíveis de incompreensão e questionamento. Isso evidentemente dificulta o exercício de refletir sobre o dado e eventualmente refutar verdades arraigadas. Contudo, é uma instituição crucial – junto com a família – para o que se discute aqui, por estar presente desde os primeiros momentos em que o educando se reconhece como alguém. Constituir-se como alguém que se sente igualmente capaz de ser, pensar e fazer o que está disponível aos outros é fundamental para ocupar espaços ora negados, até que a hegemonia que neles se verifica não seja mais naturalizada.

REFERÊNCIAS

Atkinson, N.; McIntyre, R. **Women and the vote. New Zealand History**. [S. l.], 20 dez. 2018. Disponível em: <http://www.nzhistory.net.nz/politics/womens-suffrage>. Acesso em: 23 jul. 2019.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1984.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm#art3. Acesso em: 19 jul. 2019.

SCHUMAHER, S.; BRAZIL, E. V. (org.). **Dicionário Mulheres do Brasil**: de 1500 até a atualidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Propostas Legislativas**. 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Papel e Estrutura da Câmara**. [2019b]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/papel-e-estrutura/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DUBOIS, E. C. **Woman Suffrage and Women's Rights**. New York: New York University Press, 1998.

MIGUEL, L. F.; FEITOSA, F. O gênero do discurso parlamentar: mulheres e homens na tribuna da câmara dos deputados. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 201-221, mar. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 03 ago. 2019.

FERREIRA, V. **As mulheres em Portugal: situação e paradoxos**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1998. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/11011>. Acesso em: 24 jul. 2019.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeções da População**. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso em: 23 jul. 2019.

IPU – INTER-PARLIAMENT UNION. Women's Suffrage. **A World Chronology of the Recognition of Women's Rights to Vote and to Stand for Election**. [200-]. Disponível em: <http://www.ipu.org/wmn-e/suffrage.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, J. A. O. **Glossário de termos legislativos**. Brasília: Grupo de Trabalho Permanente de Integração da Câmara dos Deputados com o Senado Federal, Subgrupo Glossário Legislativo, 2018.

LOPES, E. Mulheres na política: um panorama a partir dos dados do TSE. In: **1º Simpósio Internacional “A importância da Mulher na Construção de um Parlamento Democrático”**, 2019, Brasília, DataSenado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/ApresentaoMulheresnaPolitica.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

LOPES, K. B. **A igualdade substancial entre os sexos: estudo sobre a participação das mulheres brasileiras na política**. 2016. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

Machado, R. C. R. **Direito eleitoral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MIGUEL, A. R. **En defensa de las cuotas electorales**. Aequalitas, n. 20, 2007, p. 60-68. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2479856>. Acesso em: 29 jul. 2019.

NICOLAU, J. **Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

REINO UNIDO. **Women and the vote**. UK Parliament. 2014. Disponível em: <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote>. Acesso em 22 jul. 2019.

SENADO FEDERAL. **Homens chegam a ter até seis vezes mais chances de vitória que mulheres nas eleições**. DataSenado: Brasília, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/materias/mais-mulheres-na-politica-retrato-da-sub-representacao-feminina-no-poder-1>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SENADO FEDERAL. **Senadores em exercício**. [2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio/-/e/por-sexo>. Acesso em: 23 jul. 2019.

TARRAFA, C. C. **A mulher, a política e os *media***. Dissertação (Mestrado em Estudos Europeus). Universidade de Coimbra, 2015.

TSE – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Estatísticas do eleitorado. [2019]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/eleitorado>. Acesso em: 25 jul. 2019.

ASCENSE, CAPITAL E RELAÇÕES DE TRABALHO NO SÉCULO XXI: IMAGENS, VERTIGENS E PERSPECTIVAS NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

ASCETICISM, CAPITAL AND LABOR RELATIONS IN THE 21ST CENTURY: IMAGES, VERTICES AND PERSPECTIVES AT THE SHOW'S SOCIETY

Cláudio Ribeiro Lopes*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O tipo ideal ascético. 3 Capitalismo e Globalização: a ascese atualizando-se. 4 Uma nova ascese (?) 5 Conclusões. Referências.

RESUMO: Neste artigo apresentam-se pontos de contato que buscam delinear como a ascese descrita por Weber não apenas atuou nos séculos antecedentes a fim de possibilitar o surgimento de um novo modelo de regime produtivo (e de trabalho, portanto), mas, como ela, ainda em pleno Século XXI tem se revelado como um forte instrumento de suporte desse modelo, atualizando-se para permitir um renovar do desencantamento do mundo e uma perspectiva de transcendência histórica e socioeconômica que suporta as relações sociais de trabalho no novo milênio. A pesquisa se justifica a partir da ideia conceitual de que as relações sociais laborais guardam efetivo comprometimento com o modelo de regime de produção proposto, expropriação e exploração da mão-de-obra desde o incremento do modelo capitalista e suas modernas versões. Empregou-se o método dedutivo que proporcionou como resultados identificar que a ascese weberiana não apenas sobreviveu ao longo do tempo, como, atualizou-se para incrementar as novas revoluções produtivas nos séculos XX e XXI.

Palavras-chave: relações sociais de trabalho. ascese. capitalismo. globalização. revoluções industriais.

ABSTRACT: *In this article contact points are presented that seek to outline how the asceticism described by Weber not only acted in the previous centuries in order to enable the emergence of a new model of productive regime (and work, therefore), but, like it, still in the middle of the 21st century, has revealed itself as a strong instrument to support this model, updating itself to allow a renewal of the disenchantment of the world and a perspective of historical and socioeconomic transcendence that supports the social relations of work in the new millennium. The research is justified based on the conceptual idea that social labor relations maintain an effective commitment to the proposed production regime model, expropriation and exploitation of labor since the increase of the capitalist model and its modern versions. The deductive method was used, which provided*

* Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF (2014), Mestre em Direito pela UEM (2007), graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP (1990). Autor da obra “Delinquência ambiental: os limites do Direito Penal”, publicada em 2014.

Artigo recebido em 20/02/2020 e aceito em 08/01/2021.

Como citar: LOPES, Cláudio Ribeiro. Ascese, capital e relações de trabalho no século XXI: imagens, vertigens e perspectivas na sociedade do espetáculo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 77-92. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

the results to identify that the Weberian asceticism not only survived over time, but was updated to increase the new productive revolutions in the 20th and 21st centuries.

Keywords: *social work relations. ascese. capitalism. globalization. industrial revolutions.*

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é correlacionar o tipo ideal de ascese, descrito por Max Weber, com os conceitos de vocação, chamado, desencantamento do mundo e propor de que forma ela se atualizou no sentido de dirigir e assegurar um modelo de produção ainda sustentado no Ocidente, que se alastra pelo mundo e que parece ganhar novos rumos a partir do incremento do fenômeno Globalização, em especial nesse primeiro quarto do Século XXI que tem sido impactado pela chamada quarta revolução industrial.

Nessa perspectiva se apontam desde o modelo produtivo capitalista, as formas como se deu o seu incremento, segundo Weber descreve e sua atualização para fins de assegurar a manutenção capitalista do regime de produção e exploração de mão-de-obra o sentido de assegurar que a Globalização e as últimas revoluções industriais atuassem de forma a solidificar o modelo de produção.

1 O TIPO IDEAL ASCÉTICO

É preciso apontar o que se pode entender por ascese enquanto um tipo ideal: trata-se, na descrição weberiana, de um modo de vida, um conjunto de ações e omissões que traduz a conduta humana não meramente individual, antes, coletiva e que se espalhou a partir do Século XVI, na América e por toda a Europa, com especial ênfase na Inglaterra, vivenciada, principalmente, pelas seitas protestantes herdeiras da Reforma (puritanos, metodistas, batistas, calvinistas etc.) e que adotaram uma postura condizente com o desapego do prazer, com o afastamento de todo e qualquer sinal, sacramento ou mácula que acenasse para a possibilidade da salvação mediante intervenções mágicas.

Nesse sentido, segundo o referido autor, ganha força a expressão “desencantamento do mundo”, experimentada pela religião enquanto “[...] um longo processo histórico-cultural que envolve ideias, instituições e interesses” (SCHLUCHTER, 2014, p. 33), capaz de criar um movimento sólido de racionalização religiosa que atinge seu auge

com o protestantismo ascético (SCHLUCHTER, p. 38) e que culmina por eliminar, completamente, toda forma de magia ou superstição.

Nessa perspectiva, não se identifica um comportamento recluso, mas, algo para além disso, que extrapola a concepção monástica, impondo-se como uma conduta regulada de vida pelos próprios ascetas, intramundana, no sentido de ser algo vivenciado no e para o mundo e capaz de notabilizá-los em meio à sociedade enquanto grupo.

Assim, a visibilidade do ascetismo religioso era evidente e explícita, hábil a transformar-se na força motriz de um modo de vida muito específico e, paradoxalmente, com uma capacidade de abrangência coletiva, capaz de conduzi-los durante todo o processo de vivência no mundo com vistas à salvação, esta última, procrastinada para tempos vindouros. Nesse sentido, a certeza da salvação, pela fé, necessitava de algo muito concreto para se firmar. Não há, nesse contexto ascético-religioso, nenhum santo, profeta, mago, líder espiritual, ou seja, um ser carismático que possa oferecer a redenção; parte-se da ideia paulina de que a salvação deve ser desenvolvida, com temor e tremor.

Nessa trilha do contexto religioso calvinista, principalmente, a salvação da alma humana não vem das obras; opera-se mediante a fé. E, numa perspectiva mais ortodoxa, que acolhe a doutrina da predestinação, nada há que o ser humano possa fazer para tornar-se merecedor desse prêmio absoluto-final procrastinado ao longo de toda a vida. Logo, todo o processo ético-religioso que conduz a uma vida absorta pela frugalidade, resulta de uma necessidade do comportamento ascético atuar como agente revelador da eleição para a salvação, nunca de uma tentativa de se redimir.

Daí não se falar mais em magia na religião que dera origem à ascese, antes, em racionalização da mesma, levando-a a uma condição capaz de gerar uma ética própria que nega e renega como maldição qualquer tentativa de retorno ao mundo da magia como feitiço, ignomínia perante Deus, por se referir “a vontade de subordinar os deuses, o oposto do proposto pela religião eticizada” (PIERUCCI, 2013, p. 74).

Os insondáveis mistérios de Deus, assim, para o “protestante” (esta expressão tinha uma conotação bastante declaratória da real condição daqueles convertidos) não representavam sentido algum; eram, na verdade, a pedra-de-toque que impulsionava o ascetismo religioso, vez que, tendo Deus, já, eleito desde os fundamentos do Mundo e separado os salvos dos não-salvos, incumbia àqueles que efetivamente aguardassem a plenitude da salvação demonstrar, diuturnamente, com sua vida o espírito que os

governava (eis, aqui, a essência da ascese religiosa: a salvação deve ser aguardada, entretanto, vivida diariamente como exercício prático da fé, uma fé operativa – com obras que se destinam a demonstrar a condição de eleito por Deus e não de alguém que tenta se redimir).

Não por outro motivo é possível se estabelecer relações intrínsecas entre as éticas religiosas puritana, calvinista e de outras seitas, como os pietistas, metodistas, anabatistas, batistas, quackers (WEBER, 2010, p. 78) e os modelos que regerão os povos que receberam suas influências, com especial ênfase no Ocidente.

Já que não há nada sobrenatural que ao ser humano incumba (daí a expressão desmagificação – ou, desencantamento – do mundo), não se crendo numa forma mitigada de ética religiosa que possibilite a redenção, ou seja, segundo Weber, “[...] nenhuma crença nos efeitos de forças de salvação mágicas ou sacramentais [...]” (WEBER, 2010, p. 58), deixa de ter primazia a busca por um sentido e passa a ocupar lugar de destaque a ideia de uma conduta de vida disciplinada, regrada, coalizante, dotada de pragmatismo, que não é imposta, mas, que surge da própria condição existencial – e com ela se confunde – dos protestantes: a ascese religiosa intramundana – “[...] a ideia da necessidade de se provar a fé de cada um, na atividade secular” (WEBER, 2010, p. 66), fundada numa fé que “[...] tinha de ser provada por seus resultados objetivos, a fim de proporcionar uma base segura para a *certitudo salutis*” (WEBER, 2010, p. 62), dando “[...] ao cristianismo em geral uma tendência para o ativismo” (SCHLUCHTER, 2011, p. 249) e que se opõe à mística, cuja essência está na fuga do mundo (WEBER, 2013, p. 509).

Essa ascese, cujo processo de formação destaca ter se dado ao longo de “[...] um grande processo histórico-religioso da eliminação da magia do mundo [...]” (WEBER, 2010, p. 58) para firmar-se, atualizou-se, dando origem à ascese laica, sem que a religiosa desaparecesse.

Aquilo que originariamente fora concebido como uma necessidade de operar para apresentar-se como um sacerdócio pleno de todos os santos (santos como separados do e para o mundo), isto é, aquela conduta de vida pragmatizada, que afastava todo gozo, desperdício, principalmente de tempo e que era visto como “[...] o primeiro e o principal de todos os pecados” (WEBER, 2010, p. 86) extrapola o âmbito religioso, penetrando e preenchendo a vida social como um todo, passando a ser visualizada, mesmo e principalmente, no modo de vida de pessoas não religiosas,

ganhando ares de um comportamento amplamente vivenciado na sociedade ocidental.

Não se deve olvidar que, ao lado da ascese religiosa, propulsora do processo de desencantamento do mundo, há o estabelecer da Ciência moderna, também como um longo processo histórico-cultural, concomitantemente, à solidificação do desencantamento do mundo pela religião.

Nessa outra perspectiva, o conhecimento empírico-racional, típico do desenvolvimento do processo de desencantamento do mundo pela Ciência inaugura a apoteose da perda de sentido do ser e estar no Mundo, segundo Schluchter, isto é, o domínio da intelectualização e da racionalização (WEBER, 2013, p. 407).

Apenas para fins de delimitação do objeto deste ensaio, dá-se maior atenção ao processo de desencantamento do mundo pela religião, sem olvidar a relevância não menor da Ciência e sua invulgar contribuição para o surgimento da ascese laica. Despida de sua armadura religiosa – a procrastinação dos prazeres mundanos com vistas a demonstrar sua eleição e vocação celestiais – mas, voltada para gerar e sustentar todo um modelo de produção focado na acumulação primitiva do capital e na formação de mão de obra condizente com as exigências desse modelo, a ascese laica também se desenvolveu num processo que ocupou alguns séculos da História.

Dentro desse processo que, para Weber combina “[...] a restrição do consumo com essa liberação da procura de riqueza” (2010, p. 94), a economia (leia-se poupança) dos ascéticos vai possibilitar o surgimento de uma força motriz vinculada à ideia do *self-made-man*, quer como detentor de capital, pois “as restrições impostas ao uso da riqueza adquirida só poderiam levar a seu uso produtivo como investimento de capital” (WEBER, 2010, p. 94) quer como trabalhador liberal ou operário, já que, “o poder da ascese religiosa [...] colocava à sua disposição trabalhadores sóbrios, conscientes e incomparavelmente esforçados, que se aferravam ao trabalho como uma finalidade de vida desejada por Deus” (WEBER, 2010, p. 97).

Recorde-se que Weber pretendia, por meio da descoberta da ascese, estabelecer as afinidades eletivas entre a ética protestante e o espírito do capitalismo (LÖWY, 2014, p. 26), sem dar relevo ou relação de primazia à própria ética em relação ao espírito do capitalismo e vice-versa.

O capitalista geria seus negócios diligentemente; dele não se esperava outra coisa, pois, estava na essência desse comportamento ascético

a disciplina, a cautela, o zelo, que eram muito estimulados socialmente; já, ao operário, ou ao trabalhador liberal, não vinculado a um patrão, mas, imerso no contexto da produção, uma vida discreta, de procrastinação dos prazeres com ênfase na sua vocação para a disciplina, no ganho metódico de valor pela realização bem sucedida do seu mister e na capacidade de adaptar-se às novas formas de produção industrial representavam o norte coletivamente seguido.

E, nesse sentido, pode-se afirmar que o ascetismo foi fundamental para notar que “[...] o modo de produção capitalista não estava se conduzindo em direção à luta de classes aberta e irresistível entre capital e trabalho” (GIDDENS, 1998, p. 83), daí se extraindo que muito embora Weber e Marx não tinham, necessariamente, posições totalmente discordantes, todavia, não as tinham em comum.

Todavia, as semelhanças entre posicionamentos de ambos são passíveis de ser evidenciadas na forma como os autores desenvolvem seus raciocínios acerca da interpretação do capitalismo enquanto um processo avassalador que cunhou boa parte dos regimes de produção e circulação de bens, riquezas e relações sociais da humanidade até alcançar a modernidade.

2 CAPITALISMO E GLOBALIZAÇÃO: A ASCESE ATUALIZANDO-SE

O processo de acumulação primitiva de capital, racionalmente orientado pela poupança, fruto das ascèses religiosa e laica possibilitou o surgimento, em maior ou menor escala em vários países, de um modelo (regime) de produção único no Ocidente. O chamado capitalismo moderno tem como tributário de seu surgimento e expansão a operacionalidade da ascese não apenas em possibilitar a poupança necessária aos investimentos, como, também, a forja de uma estrutura laboral – cadeia produtiva, dentro e fora das indústrias – voltada para assegurar o sucesso da implantação e subsistência do modelo.

Nesse sentido, as exigências relacionadas à disciplina e ao controle rotinizado do tempo, à própria criação dos maquinários e ferramentas destinados à mecanização industrial, projetos, plantas de fábrica, culminaram no que se chamou, muitos anos mais tarde, de modelo *fordista-taylorista*, atualizado e reengendrado pelos japoneses no século passado para o modelo *toyotista*.

Seria pouco imaginável o *just-in-time*¹, o *kaizen*² das indústrias modernas sem essa disciplina, sem esse *leitmotivo* que bebeu das águas da ascese, esta mesma, atualizada durante seu processo de despregamento da religião para a laicidade e que precisa encontrar novas formas de atualização para continuar assegurando a subsistência do modelo.

Para melhor explicar isso mister atentar para o fato de que não se teria condições concretas para criar e operar todo um sistema produtivo que trabalha com *lay-out*'s específicos do maquinário e seus operadores, com medições e previsões dos níveis de fadiga (ferramental, humana e robótica, por último, na atualidade) e com as possibilidades e oportunidades efetivamente esperadas e calculadas com a maior exatidão possível para reposição dos estoques de insumos e mão-de-obra (aqui adota-se o conceito de que também a mão de obra é fixada pelo capitalismo como insumo e se torna parte da rotina, da calculabilidade) e o incentivo à adoção de processos que possam representar economia de tempo, metricidade, sem a introjeição da ascese que se portou como o grande tom do espírito capitalista.

Apenas diante das condições de concretização geradas pela ascese laica, isto é, um modelo comportamental coletivo, impregnado na sociedade, como um todo, que privilegia a economia de esforços, a exata racionalização e rotinização do tempo (incluindo, até mesmo, aqueles períodos dedicados a descanso dos agentes – industriais, industriários e trabalhadores liberais, devido às previsões de fadiga que a racionalização contábil detectava) é que se pode visualizar o surgimento e o desenvolvimento do capital industrial nos moldes ocidentais.

Entretanto, para que o modelo capitalista subsistisse, necessário se fez sua acomodação no tempo e espaço. Não se pode esquecer que o Século XX foi, quiçá, um dos mais turbulentos da História, com o *crack* da Bolsa de New York, em 1929 e as experiências de duas Grandes Guerras Mundiais no intervalo de menos de três décadas. Na verdade, haveria de se falar em acomodações, no plural, vez que, após essas experiências nevrálgicas, surgem os fenômenos mais intensos para por à prova o capitalismo, no final do Século XX – a Globalização e as modernas revoluções industriais.

Evidencia-se, aqui, que a Globalização não existe de per si e se encontra isolada no Mundo. Com efeito, embora ela não seja a causa, tem

¹ *Just-in-time*: modelo industrial em que se procura minimizar ao máximo o estoque por meio de políticas e procedimentos racionalmente orientados e baseados em estatísticas de consumo e projeções de crescimento ou decréscimo do mercado.

² *Kaizen*: processo originariamente empregado pelos japoneses e destinado a possibilitar que uma mesma ação possa sempre ser revista e melhorada em qualquer nível.

parte na pós-modernidade; é importante que este posicionamento reste claro, a fim de que não se confundas a ideia de que o pós-modernismo é uma revolução mais ampla, cultural, econômica e socialmente, do que se possa destacar com a restrição apenas ao fenômeno da Globalização. Obviamente, se poderia até afirmar que a Globalização não é causa, mas, efeito da pós-modernidade.

Nessa perspectiva, qualquer tentativa séria de se entender a Globalização deve partir, necessariamente, do estudo da pós-modernidade. E este fenômeno, conceitualmente falando, reporta a uma determinada forma de progresso que “abalou estruturas sociais cristalizadas e varreu rotinas e referências estabelecidas” (FRIDMAN, 2000, p. 10).

O abalo citado diz respeito às dificuldades de se visualizar – e, portanto, de se conduzir – dentro desse espectro pós-moderno, em que a Globalização talvez seja apenas o fenômeno mais visível (embora não necessariamente o mais palpável) dentro das estruturas sociais vertiginosamente apresentáveis. Esse fenômeno foi agravado pelas novas revoluções industriais.

As sociedades contemporâneas iniciaram uma luta pela compreensão – e, quiçá, pelo domínio – dos fenômenos pós-modernos, incluindo a Globalização, com vistas a tentar acompanhar seu trânsito, como a uma busca pela compreensão do que esteja, efetivamente, ocorrendo na atualidade. Vertigens, portanto, guardam estreita relação com a pós-modernidade e, dentro desse contexto, com a Globalização:

Afinal, o que de fato está ocorrendo, como alerta o poeta a um certo Mr. Jones? Enormes mudanças no dinamismo institucional e nas bases de reprodução do sistema, atingindo as esferas da economia, da cultura, da política e da subjetividade. Se não delineaia uma nova ordem, esse conjunto de fenômenos provoca alterações de tal magnitude que solicitam considerações e teorias compatíveis com esse transtorno das formas da vida social. (FRIDMAN, 2000, p. 15)

Talvez um dos principais efeitos da Globalização seja sobre a certeza; a certeza de que nada será como antes – daí, acertadamente, se verberar sobre vertigens. Há novas dimensões de tempo, graças ao incremento da rede mundial de computadores – de espaço, vez que, a Globalização faz com que os mercados se comportem tendo por paradigma outros contextos que envolvem até mesmo, a quebra das noções de Estado e soberania – de cultura, pois, o fenômeno possibilitou a disseminação e a troca incontrolável de hábitos diversos e costumes por todo o Mundo – de

comunicações, pois, com o acesso ao e-mail, redes de teleconferências, banalização do uso de aparelhos celulares e novas tecnologias de TI, uma nova forma de se enxergar o tempo foi inaugurada. Fruto dessas exigências de atualização tem-se as duas últimas revoluções industriais.

Nessa perspectiva o capitalismo precisou se atualizar e, conseqüentemente, diria, a ascese que suporta o espírito do capitalismo, também, inexoravelmente. Como visto alhures, a ascese laica se desprende da religiosa em algum momento (na verdade, houve um processo de despregamento entre os Séculos XVII e XIX), tendo se fortalecido a partir da fixação coletiva de uma ideia elementar: a procrastinação do gozo e de qualquer obstáculo que pudesse atravancar a poupança e a rotina de frugalidades, comedida, disciplinada, voltada ao labor, das pessoas.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a própria ascese laica se atualizou durante o lento processo de despregamento da religiosa. Sendo assim, seria natural esperar que a ascese viesse a atualizar-se em virtude da necessidade de sua adaptação diante da pós-modernidade e dos efeitos da Globalização. Viu-se que a rotinização, a calculabilidade, o metodismo (não no sentido religioso do termo, mas, mirando à sua tecnicidade) forjaram, a partir da ascese laica, as vias de instrumentação do capitalismo ocidental.

A rotinização do tempo, em sua forma mais plena, envolvendo não apenas o tempo útil de labor, como, também, os períodos de descanso (como exemplo, a semana inglesa), férias, feriados, possibilitou o desenvolvimento de uma teoria contábil aplicada ao desenrolar da vida humana (podemos citar, aqui, as previsões sobre vida útil média das pessoas, desenvolvidas por quase todos os países no Mundo, com efeitos sobre idades-limite para aposentadorias).

Assim, dentro da lógica ascética do regime de produção capitalista ocidental, principalmente, empresários, industriais, operários de quaisquer escalões e trabalhadores liberais tinham condições bastante elementares para programar suas vidas³, desde a educação formal para ingresso no mercado de trabalho, tempo útil de vida laboral, aposentadoria, novos projetos etc. (SENNETT, 2006, p. 29). Previsibilidade se tornou uma questão de ordem nesse contexto.

Entretanto, a nova lógica imposta pelo novo capitalismo, pós-incremento da Globalização evidencia uma “energia instável”, como relata Sennett (2003, p. 24), apresentando vários efeitos não condizentes

³ Entende-se que a dita “instabilidade” que muitos apregoam sobre a essência do capitalismo seja, na verdade, parte da lógica rotinizada do regime de produção capitalista ocidental; nesse sentido, teríamos uma instabilidade calculada e gerida pelo próprio sistema.

com a lógica do comportamento ascético e o espírito do capitalismo: o fim do emprego vitalício, carreiras que se iniciam de uma forma, mas, surpreendentemente, derivam inúmeras vezes durante seu percurso, sem uma possibilidade de previsão sobre como e se irão terminar, a incerteza sobre a existência ou a duração dos programas estatais de previdência, a busca por resultados em curto prazo, a prática de uma política de total ausência de lealdade dentro e fora das instituições, enfim, a lógica antes calcada na regularidade (calculabilidade) está deixando de existir (SENNETT, 2006, p. 30-31).

Daí ter se tornado extremamente necessário que a própria ascese se atualizasse, pois, se em sua concepção original a ideia de procrastinação do gozo como modo de vida, do império da gratificação sempre procrastinada, com a quebra da estrutura burocrática doméstica (empresarial-militarizada) que regeu as relações pessoais e comerciais nos Séculos XIX e XX, principalmente, o novo modelo capitalista ocidental está a exigir uma nova ascese – e, igualmente, um novo “espírito” para si.

O universo organizacional, segundo Sennett, se tornou flexível (2003, p. 49), imprevisível e, muita vez, paradoxalmente, pouco ou nada coerente. Obviamente, essas qualidades contemporâneas revelam-se bastante incompatíveis com a arquitetura de vida engendrada pela ascese durante os séculos predecessores. Não se trata, apenas, de virar uma página, mas, de uma profunda e radical conversão (para usar um termo da Reforma Protestante) do e no sistema; daí, Sennet afirmar que a nova página não está em branco (2006, p. 49).

Há, sim, um novo capitalismo, possuído por um “espírito” diverso e que traz consigo uma própria ascese, que merece estudos e investigação, sim, tendo como ponto de partida a aplicação da teoria dos tipos-ideais de Weber. Observa-se uma inversão da lógica de acumulação de capital contínua com previsão de lucros em longo prazo; evidencia o novo capitalismo uma lógica própria, coerente e consistente com o imediatismo, a busca pelo retorno rápido e, de certa forma, com a tônica que parece inverter toda a lógica da ascese laica, não aceitando a procrastinação do gozo.

3 UMA NOVA ASCESE (?)

Afirma-se que o novo modelo capitalista exige um novo “espírito” e uma nova ascese. Como se poderá atender a esses reclamos

sem desnaturar o conceito original, cunhado por Weber, a partir dos seus estudos sobre os efeitos sociais das religiões e economia?

Um ponto nodal para deslinde desse problema pode ser encontrado em separar pontos de destaque que se evidenciam no novo modelo: fluidez, imediatismo, poucos níveis hierárquicos estruturais, imprevisibilidade das relações sociais, laborais, de previdência, meritocracia fundada muito mais na aparência do que no conteúdo dos projetos.

Chamar-se-á a essa nova forma, atualizada, de ascese resiliente. Não num sentido teológico ou religioso, mas, buscando dar-lhe uma conotação secular a partir do calvinismo. Veja-se: a grande pedra-de-toque da ascese pode ser resumida pela expressão procrastinação. É a capacidade inicial do protestante de retardar todo o gozo, benefício, recompensa que lhe era de direito para um futuro sempre distante que cunhou a ascese, pela qual se impunha um modo de vida absolutamente modesto, frugal, livre de vícios, de prazeres, o abandono dos sentidos. Isso revelava o eleito, o salvo – de uma salvação que, no fundo, ninguém poderia certificar, exceto o próprio Deus. Assim, a doutrina da predestinação era vivida e suportada e conferia base substancial da conduta ética protestante na vida cotidiana.

Quer-se trazer essa experiência dos protestantes, de efeitos muito intensos sobre a ascese religiosa e que, mais tarde, veio a cunhar a ascese laica para afirmar que a possibilidade de se operar, subsistir, vencer nesse mundo globalizado reside, justamente, na procrastinação.

Não a mesma procrastinação que Weber visualizou nas ascèses estudadas, mas, uma capacidade especialmente desenvolvida para conviver num ambiente hostil, de imprevisibilidades; um mundo totalmente fundado na ideação sobre o incerto, a fugacidade das relações, a fluidez dos sentidos, compromissos e projetos; um mundo cujos horizontes são tão infinitos que aparenta não apresentar nenhum horizonte possível.

O que se vai procrastinar, no novo capitalismo, não é o gozo, mas, o fracasso, ou, melhor dizendo, procrastina-se a sensação de perda pelo desenvolvimento de uma capacidade invulgar de resistência ao insucesso. Insucesso cada dia mais próximo, palpável, habitual e constante na e da existência humana.

A nova ascese (ou, a atualização daquela que deu suporte ao “espírito” do capitalismo durante séculos) deve-se evidenciar numa conduta de vida coletiva que exige das pessoas enfrentarem o dia-a-dia, com todas as suas conquistas e derrotas, gozando ao máximo, sem pudores, imediata e intensamente, seus sucessos (daí uma diferença ante as ascèses religiosa e

laica) e empunhando o escudo da resistência para denotar uma capacidade invulgar de assimilar os fracassos inevitáveis e sempre mais frequentes que os efeitos da pós-modernidade – e da Globalização – oferecem.

A capacidade de resistir e prorrogar as consequências e os efeitos dos fracassos, o imediatismo e a necessidade de não apenas gozar o hoje, mas, sobretudo, gozar pública, ampla e ostensivamente, expondo como que uma projeção de sentidos que faz do sujeito objeto de si próprio, espetacularizando não somente os raros sucessos, como, também, os parcos sujeitos deles, leva a criar um modelo não-inato forjado a partir dessa resiliência.

Note-se que essa nova ascese conserva muito dos traços da ascese laica. Mas, numa comparação por contraste, evidencia-se sua principal diferença que reside no fato de se trabalhar com a ideia de que não se posterga o gozo, absolutamente, mas, a sensação de perda, que marca os derrotados, originária dos fracassos, constantes, inevitáveis, sistêmicos e crescentes para o novo capitalismo e que são exponencialmente agravados pela condição de risco inerente aos processos fragmentários⁴ impostos pela Globalização.

O que se vê, por Sennett, é a democratização dos riscos, pois “a disposição de arriscar, porém, não mais deve ser domínio apenas de capitalistas de risco ou indivíduos extremamente aventureiros (SENNETT, 2012, p. 90).

Exige-se “[...] uma força de trabalho que se adapte às inovações frequentes e não encare o trabalho do ponto de vista da estabilidade das carreiras ou dos laços contínuos e duradouros com tarefas e companheiros” (FRIDMAN, 2000, p. 16).

Cria-se um novo modelo de proletário: trata-se de um ser que seja capaz de negar o paradoxo de sua própria condição existencial fundada na falibilidade humana para aceitar, de bom grado, outro paradoxo: uma vida absolutamente intensa imediatista se projetos perspectivas ou previsões de longo prazo e que cobra um preço bastante elevado pela exigência do gozo espetacularizado e de sucessos medíocres elevados ao status de grandes conquistas, ao mesmo tempo em que os fracassos rotineiros deve ser assimilados.

Como não se enxerga, mais, uma estrutura piramidal que ofereça algum conforto (e, de certa forma, previsibilidade nas relações), mas,

⁴ Condições e efeitos que a Globalização é capaz de gerar e que conduzem as relações sociais para extremos ainda mais marcantes: volatilidade do capital, dificuldades das economias dos países acompanharem seus efeitos, exigências de adaptação impossíveis de serem cumpridas, relativização de direitos, exclusão social etc..

antes, criam-se estruturas pouco ou nada sólidas, baseadas muito mais nas imagens gestadas e vendidas do que, efetivamente, no conteúdo que lhes dá suporte e, tendo em vista a ideia motriz no novo capitalismo de que o importante é captar lucro, independentemente, da real solidez das empresas nos mercados, nota-se, aí, uma certa espetacularização do capitalismo ocidental (DEBORD, 1997, p. 16-17).

Essa espetacularização tende a referir imagens nem sempre condizentes com a realidade de vida; imagens que podem se traduzir em vertigens as quais se apresentam como um paradigma social que envolve os atores sociais numa membrana ecotoplasmática de engodo cujo objetivo maior é assegurar um dever-ser que não é ser; um ser enquanto nada é; um nada que busca revelar tudo; um tudo que não passa de pura vertigem.

Nessa perspectiva, não somente o espetáculo se dirige e é dirigido pelo capital, como, também, faz exigir que as pessoas em geral se comportem de forma espetacularizada, isto é, vendendo uma imagem de vencedoras, ainda que a concretude da vida lhes ofereça e imponha muito mais fracassos do que sucessos. Vê-se, aqui, claramente, a “falsificação do mundo através da mídia e a substituição das vivências diretas dos homens pela condição de espectador, pelo consumo passivo de imagens” (FRIDMAN, 2000, p. 24).

Nesse sentido, o sucesso reside em esconder os fracassos por meio da criação de imagens que atraiam a atenção para o mito muito mais do que para a realidade de vida. A mitificação se enraíza na prática permanente e habitual da espetacularização ascética. E, essas imagens, certamente, só podem ser atingidas com a prática constante, duradoura, diuturna, de um modo de vida introjetado e capaz de lançar ao longe a sensação de perda, de derrota; eis, aí, a resiliência pragmática enquanto ascese afirmada no início do tópico.

Daí, porque, o gozo pelas conquistas mais comezinhas, corriqueiras e mais, o gozo público, publicizado, espetacularizado, ganha destaque, pois, é ele que oferecerá à sociedade a imagem que se pretende ver “vendida”, o “selo do eleito”, ou, a “certeza de salvação”, numa má-comparação com a ascese original: o vencedor, aquele cujo nome está sobre todos, cuja vida representa o modelo ideal de sucesso e que faz desses raros momentos a mágica de eternizá-los em imagens e frases de efeito.

Talvez isso explique o porquê de muitas empresas modernas terem inserido em seus processos seletivos pesquisas em redes sociais dos candidatos a emprego, bem como, a sugestão dos gurus do RH para que as

peças inseridas em seus currículos e propostas de emprego participações em projetos sociais, redes de solidariedade, voluntariado etc., além de se criar uma nova frente de empregabilidade: expertos na construção e reconstrução da imagem pessoal e de carreiras profissionais.

Isso tudo “vende” a imagem de pessoas e instituições; num certo sentido, espetaculariza-as, criando “[...] uma relação social entre pessoas, mediada por imagens” (DEBORD, 1997, p. 14). Imagens forjadas a partir de contextos nem sempre reais, nem sempre factíveis e muita vez distorcidas pelo apelo à vida de espetáculos em detrimento do espetáculo da vida.

CONCLUSÕES

De todo o articulado é possível destacar que a ascese ocupa um lugar muito relevante na tentativa bem sucedida de Weber em explicar o surgimento do capitalismo moderno, calcado na acumulação primitiva de capital, fruto de um modo de vida principiado de forma religiosa e que, em algum momento, as partir de um longo processo, atualizou-se para ganhar as cores da laicidade, ou seja, um tipo ideal ascético, capaz de atualizar-se. Nessa perspectiva a pós-modernidade trouxe consigo um novo momento na História, no qual a Globalização comparece como um dos seus fenômenos (não o único) e hábil a exigir uma atualização da ascese para a subsistência do modelo capitalista, inclusive e principalmente; essa atualização pós-moderna da ascese oferece uma inversão parcial se comparada por contraste com as ascèses anteriores (religiosa e laica), uma vez que seu mote também é revelado pela expressão “procrastinação”, mas, com uma profunda alteração no que pertine ao gozo.

A nova ascese exige a fruição imediata dos prazeres e prêmios alcançados pelo sucesso efêmero (muita vez), não se admitindo a prorrogação disso; o que se procrastinará é, antes, a sensação de perda, originária dos inevitáveis e sempre mais constantes fracassos. Todo o modelo vende-se a si próprio sob a roupagem imagética de um sucesso que, aparentemente, nunca finda e que se impõe como um espetáculo a que todos podem ter acesso.

Diante da necessidade de que a nova ascese, aqui denominada ascese resiliente, seja o instrumento hábil a assegurar o fundamento do “espírito” do novo capitalismo, pós-moderno, entra em cena a espetacularização das relações sociais, centrada no uso – e abuso – de imagens, pelas quais se pretende “vender” o *status* social de sucesso que seria a *certitudo salutis* da nova ascese no que respeita à comprovação

social do êxito na trama contemporânea do novo capitalismo. Essa dita espetacularização da vida social torna vertigens em imagens e vice-versa criando um paradoxo existencial singular para os atores sociais que são forçados à adaptação a um mundo em que o que é não é e o que foi parece não ter sido; daí a conseqüente práxis que exige o gozo sempre imediato, fluído e espetacularizado de todos os mínimos e efêmeros sucessos nas mais diversas áreas da vida relacional, principiando pelo trabalho e a sempre constante necessidade de assimilar, aplacar, conviver e ocultar seus fracassos; esses, sempre muito mais constantes e duradouros que os sucessos.

REFERÊNCIAS

DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FRIDMAN, L. C. **Vertigens pós-modernas: configurações institucionais contemporâneas**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

GIDDENS, A. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução: Cibele SalibaRizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

LÖWY, M. **A jaula de aço: Max Weber e o marxismo weberiano**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

PIERUCCI, A. F. **O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber**. 3. ed. São Paulo: USP, Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FFLCH-USP/Editora 34, 2013.

SCHLUCHTER, W. **O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber**. Tradução e apresentação: Carlos Eduardo Sell. Rio de Janeiro: UFRJ, 2014.

SCHLUCHTER, W. **Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2011.

SENNETT, R. **A corrosão do caráter**. Tradução: M. Santarrita. 1. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2012.

SENNETT, R. **A cultura do novo capitalismo**. Tradução: C. Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução: M. I. Q. F. Szmrecsányi; T. J. M. K. Szmrecsányi. 2. ed. revista. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

WEBER, M. Ciência como vocação. *In*: BOTELHO, A. (org). **Sociologia essencial**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013, p. 392-431.

WEBER, M. Reflexão intermediária: teoria dos níveis e direções da rejeição religiosa do mundo. *In*: BOTELHO, A. (org). **Sociologia essencial**. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013, p. 506-552.

DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DE DESASTRES (LABOR) AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE BRUMADINHO, MARIANA E DA PANDEMIA COVID-19 A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE ARISING FROM (LABOR) AMBIENTAL DISASTERS: AN ANALYSIS OF THE CASES OF BRUMADINHO, MARIANA AND THE COVID-19 PANDEMIC BASED ON THE BRAZILIAN LABOR REFORM

Luiza Macedo Pedroso*

Victor Hugo de Almeida **

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dano extrapatrimonial após a reforma trabalhista brasileira. 3 Os casos de rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho: desastres naturais com repercussões no contexto laboral. 4 Danos extrapatrimoniais no contexto do trabalho decorrentes de desastres naturais. 5 Dano extrapatrimonial pós reforma trabalhista e pandemia COVID-19: impactos do desastre natural pandêmico no contexto do trabalho. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O Brasil é um dos países com maior número de registros de acidentes do trabalho no mundo, em razão da inobservância das normas de saúde e segurança no trabalho, das quais o equilíbrio labor-ambiental é dependente. Tais acidentes podem ensejar ações trabalhistas pleiteando indenizações por danos morais, cujo instituto sofreu alterações com a reforma trabalhista brasileira (Lei nº 13.467/2017). Desastres ambientais, como o ocorrido na cidade de Brumadinho, em razão do rompimento da barragem da empresa Samarco Mineração S/A, podem ceifar centenas

* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP (FCHS/UNESP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca/SP (FCHS/UNESP). Bolsista de Mestrado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

** Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FDUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Docente de Direito do Trabalho (Graduação e Pós-Graduação) da UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP). Líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico RETRAB: (Re)pensando o Trabalho”, da FCHS/UNESP.

Artigo recebido em 14/12/2020 e aceito em 09/03/2021.

Como citar: PEDROSO, Luiza Macedo; ALMEIDA, Victor Hugo. Dano extrapatrimonial decorrente de desastres (labor) ambientais: uma análise dos casos de Brumadinho, Mariana e da pandemia COVID-19 a partir da reforma trabalhista brasileira. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 93-111. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

de vidas de trabalhadores, empregados e terceirizados, suscitando a responsabilidade da empresa empregadora em relação ao desastre, inclusive quanto aos danos extrapatrimoniais suportados pelas vítimas. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar os impactos da reforma trabalhista brasileira quanto à reparação de danos extrapatrimoniais no contexto laboral, adotando-se, como marco contextual, desastres naturais, visando à elucidação desses impactos. Para tanto, adotam-se, como métodos de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados e o método de caso; e, como método de abordagem, o dedutivo. A partir da análise realizada, é possível observar serem as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, em relação aos danos extrapatrimoniais, ferindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios reparatórios da proporcionalidade e da razoabilidade, podendo, ainda, impactar na reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da pandemia COVID-19. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Palavras-chave: reforma trabalhista. danos morais. desastres naturais.

ABSTRACT: *Brazil is one of the countries with the highest number of occupational accidents in the world, due to non-compliance with health and safety rules at work, on which the labor-environmental balance is dependent. Such accidents may give rise to labor claims seeking indemnity for pain and suffering, whose institute has undergone changes with the Brazilian labor reform (Law nº 13.467/2017). Environmental disasters, such as the one in the city of Brumadinho, due to the rupture of the dam of the company Samarco Mineração S/A, can claim hundreds of lives of workers, employees and outsourced workers, raising the responsibility of the employing company in relation to the disaster, including how much off-balance sheet damages suffered by the victims. Thus, the present work aims to analyze the impacts of the Brazilian labor reform regarding the repair of off-balance damages in the work context, adopting, as a contextual framework, natural disasters, aiming at the elucidation of these impacts. Therefore, as a method of procedure, a survey using the technique of bibliographic research in published materials and the case method are adopted; and, as a method of approach, the deductive. From the analysis carried out, it is possible to observe that the changes promoted by Law nº 13.467/2017, in relation to off-balance sheet damages, directly damaging the principle of human dignity, as well as the reparatory principles of proportionality and reasonableness, which may also have an impact on the repair of off-balance sheet damages arising from the COVID-19 pandemic. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001.*

Keywords: labor reform. moral damages. natural disasters.

INTRODUÇÃO

Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais integram a realidade diária do contexto trabalhista brasileiro, posto que, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentre 200 países, o Brasil é o quinto com o maior número de acidentes do trabalho, e o quarto país em número de óbitos decorrentes de acidentes do trabalho (FIOCRUZ, 2019).

De acordo com o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, todos os anos a Previdência Social registra cerca de 700 mil casos de acidentes do trabalho, sendo que, entre os anos de 2012 e

2018, foram registradas cerca de 17 mil mortes em decorrência desses acidentes. (SMARTLAB, [2019])

Nesses casos, os trabalhadores vitimados e seus familiares não fazem jus apenas à reparação dos danos materiais suportados, mas também dos danos morais decorrentes de sequelas e traumas psicológicos desencadeados pelo acidente do trabalho. Com relação a essa modalidade de dano, a Lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista brasileira, promoveu significativas alterações quanto à reparação por danos extrapatrimoniais, cujo gênero abarca o dano moral (espécie de dano extrapatrimonial).

Assim sendo, o objetivo do presente artigo é analisar os impactos positivos e/ou negativos da reforma trabalhista brasileira quanto à reparação de danos extrapatrimoniais no contexto laboral, adotando-se, como marco contextual, desastres naturais, visando à elucidação desses impactos. Para tanto, adotam-se, como métodos de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados e o método de caso, a partir da análise dos casos dos rompimentos das barragens nos municípios de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais (MG), bem como da atual pandemia COVID-19, entendida como um desastre natural de natureza biológica; e, como método de abordagem, o dedutivo.

Quanto à estrutura, o primeiro tópico examina as alterações impingidas ao instituto do dano extrapatrimonial pela Lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista brasileira; o segundo tópico apresenta os elementos fáticos de dois casos de desastres naturais com repercussões no contexto laboral, quais sejam, os casos de Mariana e Brumadinho, bem como assevera a fundamentalidade da garantia do equilíbrio labor-ambiental; o terceiro tópico, por sua vez, analisa os impactos das mudanças promovidas pela Lei nº 13.467/2017 em face dos danos extrapatrimoniais, nomeadamente, nos casos de Mariana e Brumadinho; e, por fim, o quarto tópico examina a pandemia COVID-19, como desastre natural de caráter biológico, e seus impactos no contexto do trabalho no tocante à reparação de eventuais danos extrapatrimoniais decorrentes do cenário pandêmico.

A importância da presente discussão recai na atualidade da reforma trabalhista brasileira e de um dos maiores desastres ambientais ocorridos no Brasil, bem como na necessidade de melhor se compreender os impactos das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 no tocante à reparação por danos extrapatrimoniais, ao criar um microsistema particular na esfera trabalhista a despeito das regras postas pelo Direito Civil.

1 O DANO EXTRAPATRIMONIAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

A Lei nº 13.467/2017, com o suposto objetivo de “suprir” omissões quanto à temática no arcabouço juslaboral, introduziu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o Título II-A, denominado “Dano extrapatrimonial”, versado em sete artigos (artigos 223-A a 223-G) acerca da reparação de danos extrapatrimoniais no contexto do trabalho.

Assim, ao adotar a nomenclatura “danos extrapatrimoniais”, o legislador pretendeu abarcar todas as suas espécies, como, por exemplo, dano moral, dano existencial e dano estético, já que “[...] abrange todos os danos que não têm expressão econômica, mas são passíveis de reparação.” (OLIVEIRA, 2019, p. 19).

Todavia, considera-se imprópria a posituação de regras em relação a danos extrapatrimoniais no arcabouço juslaboral, primeiro, porque a expressão “danos morais”, preterida por “danos extrapatrimoniais”, já se encontrava consolidada na doutrina e na jurisprudência, provocando, assim, mais confusão do que esclarecimento, podendo, ainda, legitimar “[...] a pretensão de criar um dano moral mitigado na esfera trabalhista.” (OLIVEIRA, 2019, p. 19); segundo, por se tratar de instituto civil, suficientemente regulamentado naquela seara jurídica; e terceiro, porque a CLT, em seu art. 8º, já permitia a aplicação subsidiária do regramento civil acerca do instituto em questão nas pretensões jurisdicionais trabalhistas; desde então, “[...] o trabalhador lesado busca na Constituição da República de 1988, no direito civil e em outros ramos do direito as bases para fundamentar os pedidos de indenização por danos morais em decorrência do contrato de trabalho.” (OLIVEIRA, 2019, p. 18)

Até mesmo a Constituição Federal de 1988 (CF), mais contemporânea do que a CLT, adotou a denominação “dano moral” para designar a reparação indenizatória por danos não patrimoniais, conforme se extrai do seu art. 5º, incisos V e X; art. 6º, incisos VI e VII; e art. 114, inciso VI. Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 2002 adota a denominação “dano moral” em seus artigos 186 e 292, inciso V.

Observa-se pelo conceito de dano extrapatrimonial, trazido pelo art. 223-B e inserido pela Lei nº 13.467/2017 a CLT, que “[...] o legislador em 2017 optou por utilizar a expressão mais ampla do ‘dano extrapatrimonial’ como gênero para abrigar todas as espécies de danos não patrimoniais e, dentre eles, foram nominados o dano moral e o

dano existencial” (OLIVEIRA, 2019, p. 23), sendo, ainda, objetos de indenização os danos à personalidade do indivíduo, conforme prescreve o art. 223-C ao estabelecer que também são tutelados a “[...] honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.” (BRASIL, 2017)

No entanto, ao editar a Lei nº 13.467/2017, o legislador reformista impôs posicionamento diverso daquele até então firmado, por meio da inserção do art. 223-G e seus parágrafos a CLT, adotando métrica de tarifação dos danos morais, ou seja, impondo valores “tabelados” aos sentimentos e sofrimentos humanos, norteados por requisitos objetivamente prescritos nos incisos do *caput* do art. 223-G. Assim, impôs ao magistrado promover uma “gradação” da ofensa (leve, média, grave ou gravíssima), cujo parâmetro deve considerar o último salário contratual do ofendido, ou seja, ofensa leve, até três salários; ofensa média, até cinco salários; ofensa grave, até vinte salários; ou ofensa gravíssima, até cinquenta salários. Essa tarifação segundo a gravidade da ofensa pode ser considerada inócua e criar ainda mais dificuldades, pois:

Não existe como definir em caráter objetivo o que seria uma ofensa moral de natureza “leve” e uma ofensa de natureza “média”, e, rigorosamente falando, tampouco a norma procura as fixar, sabendo que isso seria inócuo. Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser sopesados pelo magistrado, cada um com sua respectiva influência na formação do convencimento do magistrado a respeito dos agravantes, atenuantes e gravidade do caso, parece indene de dúvidas que a fixação do valor (e, por conseguinte, da gravidade da lesão), deveria ser deixada ao razoável arbítrio judicial, não auxiliando em nada a tarifação segundo a suposta natureza da lesão exceto para estabelecer um limite total que o magistrado deve observar, e criar uma discussão deveras inócua e vazia de conteúdo a respeito do fato da ofensa ser leve ou média. (BARBA FILHO, 2019, p. 93)

Assim, tal sistema de tarifação da reparação indenizatória por danos extrapatrimoniais gerou diversas controvérsias, “[...] como se a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física de um ser humano - para ficar apenas nos bens expressamente tutelados pela norma – variasse de acordo com o seu contracheque.” (BARBA FILHO, 2019, p. 94). Não bastasse, de acordo com José Affonso Dallegrave Neto (2014, p. 185, apud BARBA FILHO, 2017), “[...] a legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e

assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente.”

Outro problema diz respeito à regra contida no parágrafo terceiro do art. 223-G da CLT, cujo dispositivo prescreve que: “Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização” (BRASIL, 2017). Assim, para a elevação do valor da indenização por danos extrapatrimoniais até o dobro, não basta ser o ofensor reincidente na mesma prática danosa e em igual contexto laboral, devendo a repetição envolver as mesmas partes, o que, por si só, é cruel e de difícil ocorrência concreta, além dessa limitação retirar o caráter preventivo e pedagógico da sanção.

Todavia, essa tentativa de tarifação dos danos morais não é um fenômeno novo, sendo a promulgação da Lei nº 5.250/1967, a Lei da Imprensa, a primeira delas, dando ensejo à edição da Súmula nº 281¹, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/09, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Portanto, “[...] qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X.” (BARBA FILHO, 2019, p. 95-96).

Assim, é possível que o STF declare a inconstitucionalidade do art. 223-G da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017. Todavia, enquanto isso não ocorrer, podem surgir injustiças decorrentes da aplicação de tais dispositivos, a depender do caso concreto.

2 OS CASOS DE ROMPIMENTO DAS BARRAGENS EM MARIANA E BRUMADINHO: DESASTRES NATURAIS COM REPERCUSSÕES NO CONTEXTO LABORAL

Para a presente abordagem, optou-se pela análise da repercussão trabalhista dos casos de Mariana e Brumadinho, cidades do interior de Minas Gerais, no tocante aos danos extrapatrimoniais suportados pelos trabalhadores e por suas famílias, por serem os maiores desastres ambientais da atualidade da história do Brasil, que mostrou ao mundo a realidade brasileira “[...] frente ao meio ambiente e como interesses econômicos podem enterrar na lama as pessoas que trabalham para os diretamente interessados em maiores lucros.” (MACIEL, 2019, p. 99)

¹ “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista pela Lei da Imprensa.” (BRASIL, 2004)

São casos de rompimento de barragens da empresa mineradora Samarco Mineração S/A, atualmente controlada pela empresa Vale S/A, nas cidades de Mariana e Brumadinho, provocados pela negligência humana, desencadeando impactos ambientais, sociais e econômicos.

O desastre em Mariana ocorreu em 5 de novembro de 2015, com o rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco Mineração S/A, registrando 19 vítimas fatais; é considerado o maior desastre ambiental da história do Brasil, uma vez que vazaram 43,7 milhões de metros cúbicos dos 56,6 milhões de metros cúbicos de lama de rejeito abrigados pela barragem, deixando um rastro de destruição, atingindo desde o distrito de Bento Rodrigues até o Rio Doce, incluindo seus afluentes. Tal vazamento afetou, inclusive, habitantes do estado do Espírito Santo. (G1, 2019)

O desastre deixou milhares de pessoas desabrigadas, sem alimento, água, energia elétrica e, inclusive, sem emprego. Além disso, os impactos desencadeados pelo rompimento da barragem de Fundão foram sentidos não apenas os trabalhadores da Samarco Mineração S/A, mas também por trabalhadores de outras empresas ou instituições que foram completamente devastadas pelo vazamento, portanto, sem condições de desenvolver a própria atividade econômica sem a qual perece a manutenção dos empregos.

Apesar das alegações de que a lama de rejeito que atingiu o Rio Doce não era tóxica, foram retirados das águas do rio onze toneladas de peixes mortos e, mesmo após cinco anos da ocorrência do evento, os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo ainda sentem os impactos não só ambientais, mas também econômicos decorrentes do desastre (ÉPOCA, 2015).

Mesmo após promessas que desastres como o de Mariana jamais voltariam a ocorrer, pouco mais de três anos depois, outra barragem da empresa Samarco Mineração S/A rompeu-se, dessa vez a do Córrego do Feijão, na cidade de Brumadinho, também no estado de Minas Gerais. O rompimento da barragem em Brumadinho ocorreu em 25 de janeiro de 2019, registrando 316 casos de desaparecimentos e mortes, (PARANAIBA; RICCI, 2019).

O rompimento da barragem de Brumadinho é considerado o maior acidente do trabalho da história do Brasil, razão pela qual terá relevante destaque no presente estudo. Isso porque, dentre os casos de desaparecimento e morte, 128 eram trabalhadores da Vale S/A, diretos ou terceirizados (PARANAIBA; RICCI, 2019), “[...] ultrapassando o

desabamento de um pavilhão de exposições no Gameleira (na cidade de Belo Horizonte), também no estado de Minas Gerais, em 1971, e deixou 75 mortos.” (GOMES, 2019)

A quantidade de lama de rejeito vazada com o rompimento da barragem foi quase quatro vezes inferior a de Mariana. Todavia, as perdas humanas foram superiores, principalmente em razão da disposição dos edifícios da empresa. Logo que a barragem se rompeu, 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos atingiram, primeiramente, as instalações da mineradora e o refeitório, logo abaixo da barragem, soterrando e matando todos os que estavam naquele local. (GOMES, 2019)

Além dos impactos ambientais, sociais e econômicos causados pelo desastre, verificou-se o descaso dos empregadores e a falta de investimento na área da saúde e segurança dos trabalhadores, evidenciados diante da falta de fiscalização das condições estruturais da barragem e pelo local em que o refeitório foi construído, ou seja, logo abaixo da barragem. Desta feita, a negligência patronal decorre da inobservância dos comandos constitucionais prescritos nos artigos 225, 200, inciso VIII, e 7º, inciso XXII, os quais determinam a todos o dever de defender e preservar o equilíbrio labor-ambiental, bem como ao empregador o dever de reduzir os riscos inerentes ao trabalho.

Atualmente, em uma lista com 200 países, o Brasil ocupa a quarta posição no *ranking* mundial de mortes provocadas por acidentes do trabalho, segundo a OIT, atrás apenas da China, da Índia e da Indonésia (FIOCRUZ, 2019). Segundo dados da Previdência Social, são registrados todos os anos cerca de 700 mil casos de acidentes de trabalho (BITTENCOURT, 2019). E, conforme o Observatório Digital de Segurança e Saúde do Trabalho, no Brasil ocorre um acidente de trabalho a cada 48 segundos; e uma morte em razão de acidente do trabalho a cada 3 horas e 38 minutos (ANAMAT, 2018; SMARTLAB, [2019]).

Mesmo diante deste panorama, a Lei nº 13.467/2017 subjugou ainda mais os trabalhadores, aumentando o ritmo de trabalho do brasileiro, tornando-o, assim, mais frágil e suscetível a acidentes (GOMES, 2019), uma vez que a reforma trabalhista modificou dispositivos referentes à duração do trabalho, autorizando, por exemplo, a diminuição do intervalo intrajornada, a ampliação das possibilidades de adoção do regime de jornada “12x36”, a exclusão das horas *in itinere*, entre outras alterações prejudiciais à capacidade de o empregado descansar e se recuperar, física

e mentalmente, tornando-o mais suscetível a acidentes do trabalho e a doenças ocupacionais e psicossociais.

Ainda, destaca-se ser a reparação do dano extrapatrimonial direito dos trabalhadores que sofrem acidentes do trabalho, ou de suas famílias, em casos de morte. Além de possuir caráter reparatório, tal medida também ostenta finalidade preventiva, ao estimular empregadores, temerosos de desembolsarem vultosos valores para reparações indenizatórias, a adotarem medidas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, de modo a garantir um meio ambiente de trabalho sadio e seguro, ou seja, equilibrado, nos termos dos artigos 225 e 200, inciso VIII, ambos da Constituição Federal de 1988.

No entanto, a reforma trabalhista, por meio da inserção de regras para o arbitramento indenizatório, pode mitigar ou frustrar esses efeitos, sobretudo o pedagógico, impondo injustiças em desfavor das vítimas de casos como o de Mariana e Brumadinho, conforme se demonstra a seguir.

3 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO CONTEXTO DO TRABALHO DECORRENTES DE DESASTRES NATURAIS

Entende-se por desastres naturais eventos físicos ameaçadores, concentrados no tempo e no espaço, causando impactos em detrimento humano e ambiental, tanto no momento de sua ocorrência como em longo prazo. São eventos naturais que impingem danos ao espaço físico, social, moral, psicológico, econômico e cultural, ocasionando graves e profundas alterações em face da sociedade, do meio ambiente humano e da infraestrutura atingida. (OLIVEIRA, 2018a)

A Organização das Nações Unidas (ONU) criou, em 2002, a Estratégia Internacional de Redução de Desastres (EIRD), órgão responsável por orientar os países, entendendo que:

[...] ocorre um desastre quando há a interrupção no funcionamento de uma comunidade ou sociedade que ocasiona grande quantidade de mortes bem como perdas e impactos materiais, econômicos e ambientais que excedam a capacidade da comunidade ou da sociedade afetada em lidar com a situação usando seus próprios recursos. (OLIVEIRA, 2018a, p. 60)

Neste sentido, os dois casos, o de Mariana e o de Brumadinho, podem ser considerados desastres naturais. No entanto, diferenciam-se quanto às regras no tocante à reparação por danos extrapatrimoniais. Isso

porque o caso do rompimento de barragem em Mariana ocorreu em 2015, antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017; e o rompimento de barragem em Brumadinho ocorreu em 2019, ou seja, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, cujo regramento introduziu a métrica da tarificação da reparação de danos extrapatrimoniais a CLT.

Assim, caso as vítimas do desastre ocorrido em Mariana tenham ajuizado ação indenizatória por danos morais antes de 11 de novembro de 2017, a esses casos não se aplicará a tarificação prevista no art. 223-G da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, estando o julgador livre para arbitrar o montante que entender razoável, proporcional e justo. E tanto para as vítimas de Mariana que ajuizaram ação após 11 de novembro de 2017, desde que observado o prazo prescricional, como para as vítimas ou familiares (no caso de óbito da vítima) do rompimento de barragem em Brumadinho, aplicam-se as regras previstas no art. 223-G, ou seja, as regras de tarificação da reparação de dano extrapatrimonial.

Não bastasse, tratamentos diferentes também terão as vítimas (ou familiares, no caso de óbito) que mantinham relação de emprego para com a Samarco Mineração S/A, em comparação às vítimas (ou familiares, no caso de óbito) que não possuíam tal vínculo empregatício.

Além da falta de investimentos em saúde e segurança no trabalho como medida para manter ou aumentar seus lucros, a Samarco Mineração S/A também pode se beneficiar com a regra reparatória no tocante a danos extrapatrimoniais imposta pela reforma trabalhista brasileira, desenvolvida “[...] sem ouvir quem o direito do trabalho realmente conhece, como esse direito pudesse ser alterado por um Congresso Nacional, em poucos meses, sem maiores estudos, como se de nada valesse nossa legislação trabalhista, atualizadas durante mais de setenta e cinco anos.” (MACIEL, 2019, p. 99)

Quanto aos titulares do direito à reparação indenizatória, a Lei nº 13.467/2017 promoveu uma alteração significativa em detrimentos dos trabalhadores e de suas famílias vitimados por esses desastres. Segundo o art. 223-B da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017 a CLT, são titulares exclusivos do direito à reparação a pessoa física ou jurídica alvo da ação ou omissão que ofendeu sua esfera moral ou existencial.

Assim, esse posicionamento confronta entendimento jurisprudencial e doutrinário já consolidado há tempos: a ideia de indenização em razão do “dano em ricochete” (também denominado “dano reflexo”), segundo a qual terceiros que sofreram algum tipo de dano em função da

lesão sofrida pelo trabalhador na relação de trabalho teriam legitimidade de pleitear indenização por danos morais. Esse era o entendimento majoritário, inclusive, do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. LEGITIMIDADE ATIVA. DANO MORAL EM RICOCHETE. GENITORA E IRMÃOS DO EMPREGADO FALECIDO. ACIDENTE DE TRABALHO. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta aos artigos 17 do CPC e 5º, V, da Constituição Federal. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. LEGITIMIDADE ATIVA. DANO MORAL EM RICOCHETE. GENITORA E IRMÃOS DO EMPREGADO FALECIDO. ACIDENTE DE TRABALHO. A genitora e os irmãos do empregado falecido, vítima de acidente de trabalho, são partes legítimas para figurar no polo ativo da ação que tem por fim postular o pagamento de reparação por danos morais reflexos, também denominados “por ricochete”. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. RR 1140-68.2013.5.06.0019. 7ª Turma. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Publicação: DEJT 13/06/2019).

Caso se considere estritamente a letra do art. 223-B, os familiares dos trabalhadores falecidos em razão do rompimento das barragens não poderiam pleitear indenização por danos extrapatrimoniais. Em razão da atualidade da alteração, os tribunais ainda não consolidaram entendimento sobre o assunto, contudo, espera-se que tal dispositivo reformista não seja aplicado da forma redigida, ou seja, mantendo-se o entendimento da possibilidade de aplicação do “dano em ricochete”.

Todavia, a alteração mais polêmica diz respeito à “tarifação” dos danos extrapatrimoniais no contexto laboral, tomando-se como parâmetro multiplicador o último salário contratual do empregado. À guisa de exemplo, cita-se a seguinte hipótese:

[...] duas pessoas vítimas do rompimento da barragem da Vale, em que uma delas fosse empregada da empresa e outra um morador da cidade de Brumadinho [...]. Pela lógica discriminatória imposta pela reforma trabalhista, a família do trabalhador teria um limite de pedido de indenização por dano

moral fixada pelo salário, enquanto a família do morador do município teria outros valores muito superiores (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, 2019).

Portanto, tal discriminação ocorreria porque, aos moradores de Brumadinho, aplica-se a responsabilidade objetiva disposta no Código Civil (art. 186), “[...] cuja fixação da indenização por danos extrapatrimoniais não estaria sujeita ao critério da tarifação, abolido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal” (ALMEIDA, 2017, p. 430). No entanto, à reparação dos danos causados aos trabalhadores, nos termos do art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, aplica-se a responsabilidade civil na modalidade subjetiva, impondo, portanto, a verificação da existência da culpa do ofensor, no caso, do empregador, estando, ainda, o julgador adstrito aos critérios de tarifação instituídos pelo parágrafo 1º, do art. 223-G, da Lei nº 13.467/2017, com base no salário do trabalhador vitimado. (ALMEIDA, 2017)

Além disso, ainda a título de exemplo, considerando-se dois trabalhadores da Vale S/A em cargos diferentes da Vale, vítimas do rompimento da barragem, nota-se claramente uma discriminação pelo tratamento diferenciado imposto pela regra de tarifação prescrita no art. 223-G da Lei nº 13.467/2017. Ou seja, um médico e um operário, ambos vítimas de danos extrapatrimoniais em razão do mesmo fato (o rompimento de barragem), terão tratamento desigual quanto à fixação do *quantum* reparatório, diga-se de passagem, discriminatório, porque o métrica da tarifação prevista naquele dispositivo fixa como parâmetro o último salário contratual do ofendido. Assim, conforme Fernandes (2019, p. 89):

Ainda à luz da Constituição, tampouco há como prosperar a tentativa de limitar quantitativamente os valores de indenizações por danos morais, muito menos atrelá-los ao padrão salarial dos ofendidos, sob pena de nova discriminação odiosa e injustificada, a impedir a reparação irrestrita dos danos morais e a tratar de forma desigual a dignidade humana em decorrência de critério relacionado exclusivamente à renda e ao patrimônio das vítimas.

Dessa maneira, é possível questionar a constitucionalidade do art. 223-G inserido pela Lei nº 13.467/2017 a CLT, por ofensa ao art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos IV; art. 5º, *caput* e incisos V e X; e art. 7º, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988. Segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, a tarifação ofende o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), uma vez que admite que a esfera personalíssima

do trabalhador “[...] possa ser violada sem a reparação ampla e integral.” Ainda, “[...] os limites e valores estabelecidos na regra reformista são módicos e insuficientes, em claro desrespeito ao artigo 5º, incisos V e X, da Constituição, representando tratamento discriminatório ao trabalhador.” (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, 2019).

Não bastasse, a Lei nº 13.467/2017, ao restringir o *quantum* indenizatório pela dor do trabalhador e de seus familiares, também promove a violação dos artigos 3º, inciso IV, e 5º, *caput*, da CF/88, uma vez que “O fato de a pessoa humana estar envolvida em relação laboral não torna sua dor menor do que a dos demais membros da sociedade.” (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, 2019). Assim, a inconstitucionalidade da tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais resta nos seguintes aspectos:

[...] (a) a esfera moral é conteúdo do valor constitucional supremo da dignidade da pessoa humana; (b) por se tratar de um conteúdo do valor dignidade da pessoa humana, a esfera moral não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sob a pena de atentar contra o Princípio da Reparação Integral; (c) cabe ao Estado, incluindo a Justiça do Trabalho, a respectiva tutela na ocorrência de danos extrapatrimoniais nas relações laborais; (d) aplicam-se todas as normas existentes no ordenamento jurídico, visando à máxima efetividade constitucional ao Princípio da Dignidade Humana; (e) a adoção do critério de tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais (art. 223-G, parágrafo 1º, da Lei nº 13.467/2017) resultaria em tratamento discriminatório às pessoas inseridas nas relações laborais, violando o Princípio da Isonomia; e (f) a adoção do critério de tarifação da indenização por danos extrapatrimoniais implica em violação às seguintes normas constitucionais: art. 1º, inciso III; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos V, X e XXXV; e art. 7º, *caput*. (ALMEIDA, 2017, p. 433)

A partir desta análise, é possível observar serem as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, em relação aos danos extrapatrimoniais, extremamente prejudiciais aos trabalhadores, ferindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os princípios reparatórios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4 DANO EXTRAPATRIMONIAL PÓS REFORMA TRABALHISTA E PANDEMIA COVID-19: IMPACTOS DO DESASTRE NATURAL PANDEMICO NO CONTEXTO DO TRABALHO

Diante deste contexto de desastres naturais, é relevante destacar o atual cenário da pandemia COVID-19, que, de acordo com a concepção supramencionada, pode ser considerado um desastre natural de caráter biológico, sendo importante, portanto, analisar seus impactos no Direito do Trabalho.

O primeiro caso de COVID-19 foi registrado na China, em dezembro de 2019, como uma doença infecciosa casada pelo vírus SARS-CoV-2. Desde então, após mais de um ano deste primeiro registro, já foram confirmados mais de 115 milhões de casos em todo o mundo e mais de 2,5 milhões de mortes². (COVID-19, 2020)

Considerando a rápida expansão da infecção, o elevado número de mortes, os danos sociais, econômicos, políticos e culturais, a pandemia COVID-19 pode ser considerada um desastre natural em nível mundial (AZEREDO; PEREIRA, 2020) de natureza biológica.

De acordo com a EIRD, epidemias podem ser consideradas desastres naturais de natureza biológica (OLIVEIRA, 2018a). Neste sentido, se epidemias, que são surtos de doenças em diversas regiões simultaneamente, são consideradas desastres naturais, uma pandemia, que é a disseminação de uma doença em nível mundial (e, portanto, é um cenário pior do que uma epidemia), também deverá ser considerada um desastre natural.

Além disso, destaca-se que o caput do art. 20, da Lei nº 8.213/1991, estabelece que doenças profissionais (inciso I) e doenças do trabalho (inciso II) são equiparadas a acidentes de trabalho (OLIVEIRA, 2018b).

Neste sentido, apesar de não ser propriamente uma doença ocupacional, a COVID-19 pode ser enquadrada como tal, a depender do caso concreto, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após a provocação da Corte por sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Em razão da falta de posicionamento do Governo Federal, parte da doutrina tem se posicionado a favor da utilização análoga do artigo 20, parágrafo 1º, alínea “d”, da Lei nº 8.213/1991, que estabelece não ser considerada como doença ocupacional do trabalho: “[...] d) a

² Dados coletados do mapa interativa criado pela Universidade Johns Hopkins, dos Estados Unidos, que atualiza o número de casos e mortes diariamente, utilizando dados fornecidos pela OMS.

doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.” (BRASIL, 1991)

Portanto, caso ocorra o enquadramento da COVID-19 como doença ocupacional, em razão do acentuado risco de contaminação decorrente da natureza da atividade e da ausência de adoção das medidas necessárias e suficientes para evitar a contaminação de acordo com as autoridades sanitárias, o trabalhador poderá pleitear indenização por danos extrapatrimoniais, caso sejam constatadas ofensas à moral, honra, intimidade, vida privada, entre outras.

Portanto, neste caso, a indenização por danos extrapatrimoniais em decorrência da contaminação pelo SARS-CoV-2 no contexto laboral também segue a tarifação do artigo 223-G, parágrafo 1º, da CLT, violando, mais uma vez, diversos direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme supramencionado nos casos de rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho. Enquadra-se nessa perspectiva a fixação de diferentes montantes indenizatórios em razão da diferença de salários das vítimas, ainda que a doença seja contraída em um mesmo local e contexto, gerando, assim, danos extrapatrimoniais idênticos ou, até mesmo, culminando em óbito desses trabalhadores, cuja situação poderia importar em dano moral em ricochete aos familiares das vítimas, caso o art. 223-B, incluído na CLT pela reforma trabalhista brasileira, não houvesse banido tal hipótese do universo juslaboral pátrio.

CONCLUSÃO

Os rompimentos das barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho, este considerado o maior acidente do trabalho da história do Brasil, ambos no estado de Minas Gerais, evidenciaram a perversa realidade do contexto trabalhista brasileiro, marcada pela falta de investimentos e ações patronais no tocante à saúde e à segurança dos trabalhadores, bem como ao equilíbrio (labor)ambiental. Tal descaso impõe ao Brasil o quarto lugar no *ranking* mundial de acidentes do trabalho, de acordo com a OIT.

Afora esses problemas fáticos, a Lei nº 13.467/2017, que implementou a reforma trabalhista brasileira, além de precarizar ainda mais as condições de trabalho, impôs também diversas medidas flexibilizatórias dos direitos dos trabalhadores, incluindo a tarifação da reparação do dano extrapatrimonial.

Em um contexto de desastre ambiental, como o caso do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, neste com centenas de pessoas mortas e desaparecidas, incluindo empregados da empresa Vale S/A, evidenciam-se ainda mais as problemáticas causadas pela alteração discutida, sobretudo em razão à não isonomia de tratamento reparatório entre empregados em cargos diferentes da mesma organização, bem como entre empregados da Vale S/A e cidadãos daqueles municípios sem vínculo de emprego com a empresa. Assim, em outras palavras, no primeiro caso, o mesmo fato poderá gerar indenizações em valores distintos, tendo em vista a fixação, como parâmetro indenizatório, do último salário contratual do trabalhador; e, no segundo caso, a reparação de danos extrapatrimoniais na seara trabalhista terá limites não existentes no Direito Civil, criando-se, diante disso, uma ideia de que o Direito do Trabalho é um direito de “segunda categoria”.

Neste mesmo sentido, no contexto da pandemia COVID-19, também considerada um desastre natural de natureza biológica, é possível que as alterações promovidas pela reforma trabalhista brasileira impactem negativamente no arbitramento das indenizações em razão de eventual dano extrapatrimonial causado pela infecção pelo vírus SARS-CoV-2.

Ademais, evidencia-se, como outra inconsistências, uma evidente discriminação quanto ao ativismo do Poder Judiciário e sua capacidade interpretativa, uma vez que o art. 223-G, parágrafo 1º, da CLT impõe critérios para mensuração do dano moral, bem como a imposição de faixas do *quantum* indenizatório em função do grau da natureza da lesão.

Assim sendo, verifica-se que as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017, em relação aos danos extrapatrimoniais, são extremamente prejudiciais aos trabalhadores, violando frontalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, restando, então, aos tribunais dirimirem tais impropriedades da lei reformista quanto à matéria examinada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. H. Análise crítica e enfrentamento da tarifação da indenização decorrente de dano extrapatrimonial pós-reforma trabalhista brasileira. In: MIESSA, E.; CORREIA, H. (Org). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 425-436.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO (ANAMAT). **Brasil é o quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho**. São Paulo, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/porta1/2018/04/19/brasil-e-quarto-lugar-no-ranking-mundial-de-acidentes-de-trabalho/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

AZEREDO, L. F. S.; PEREIRA, T. D. Colapso do capital e a pandemia como desastre ambiental. **PerCursos**, Florianópolis, v. 21, n. 46, p. 136-161, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/17617/12291>. Acesso em: 07 dez. 2020.

BARBA FILHO, R. D. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. Dano Extrapatrimonial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 76, p. 92-98, mar. 2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BARBA FILHO, R. D. Reforma trabalhista erra na tarifação da indenização por dano extrapatrimonial. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 01 outubro 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-01/roberto-dala-lei-erra-tarifacao-indenizacao-dano-extrapatrimonial#:~:text=Jos%C3%A9%20Affonso%20Dallegrave%20Neto%20destacava,indiscriminadamente.%22%5B1%5D>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BITTENCOURT, F. Brasil ocupa quarta posição no ranking de acidentes de trabalho. **UOL**, São Paulo, 12 maio 2019. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/empregos/noticias/2058823-brasil-ocupa-quarta-posicao-no-ranking-de-acidentes-de-trabalho>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de junho de 1991. Lei Orgânica da Assistência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Casa Civil, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Secretaria-Geral, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. Brasília, DF, 13 mai. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

COVID-19. Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 03 mar. 2020.

ÉPOCA. Lama de barragem já causou a morte de 11 toneladas de peixes. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2015/11/lama-de-barragem-ja-causou-a-morte-de-11-toneladas-de-peixes.html>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FERNANDES, J. R. L. A Lei nº 13.467/2017 e os danos morais trabalhistas. Dano Extrapatrimonial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 76, p. 76-91, mar. 2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FIOCRUZ. Brasil é um dos países com maior número de mortes e acidentes de trabalho no mundo. Será o trabalhador brasileiro superprotegido? Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.cesteh.ensp.fiocruz.br/noticias/brasil-e-um-dos-paises-com-maior-numero-de-mortes-e-acidentes-de-trabalho-no-mundo-sera-o>. Acesso em: 30 nov. 2020.

G1. Há 3 anos, rompimento de barragem de Mariana causou maior desastre ambiental do país e matou 19 pessoas. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GOMES, A. Rompimento em Brumadinho foi o maior acidente de trabalho do país. **Brasil de Fato**, Belo Horizonte, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/24/rompimento-em-brumadinho-foi-o-maior-acidente-de-trabalho-do-pais/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MACIEL, J. A. C. Dano moral e os empregados que faleceram em Brumadinho: resultado de uma lei mal elaborada. Dano Extrapatrimonial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 76, p. 99-102, mar. 2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042>. Acesso em: 30 nov. 2020.

OLIVEIRA, M. G. S. **Os desastres naturais no Brasil: direito, políticas públicas e sociedade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018a.

OLIVEIRA, S. G.. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional: de acordo com a reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018b.

OLIVEIRA, S. G. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 76, p. 17-52, mar. 2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042>. Acesso em: 03 dez. 2020.

PARANAIBA, G.; RICCI, L. Dos 316 desaparecidos e mortos em Brumadinho, 128 são funcionários da Vale. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 8 fev. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/02/08/interna_gerais,1028883/dos-316-desaparecidos-e-mortos-128-sao-funcionarios-da-vale.shtml. Acesso em: 30 nov. 2020.

SMARTLAB. **Promoção do Meio Ambiente do Trabalho Guiada por Dados. Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho**, [s.l.], [2019]. Disponível em: <https://observatoriosst.mpt.mp.br/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Juiz considera inconstitucional tabelamento da indenização por danos morais e materiais da reforma trabalhista**. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-juiz-considera-inconstitucional-tabelamento-da-indenizacao-por-danos-morais-e-materiais-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LINHA II CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

UM REGIME DE PROTEÇÃO SOCIAL A SERVIÇO DA TRANSIÇÃO CLIMÁTICA: CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO ECOFEMINISTA

SOCIAL PROTECTION SYSTEMS FOR CLIMATE TRANSITION: ECOFEMINISM'S CONTRIBUTION

Pascale Vielle *

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Pertinência do pensamento ecofeminista para pensar o mundo de amanhã. 2.1 Pensar a proteção social de amanhã com as categorias epistêmicas de hoje? 2.2 O ecofeminismo a serviço da transformação do quadro epistêmico. 3 Reconfigurar os sistemas de proteção social. 3.1 Reformular o problema: o diagnóstico ecofeminista da crise. 3.2 Princípios ecofeministas para mudança da proteção social. Referências.

RESUMO: Os sistemas de proteção social se desenvolveram, em um contexto de industrialização, em suporte a um modelo econômico produtivista que, por sua vez, os reforça. A transição ecológica impõe um reexame das bases e dos princípios de funcionamento de tais sistemas. O movimento ecofeminista propõe histórias e formas de narrativas que renovam a leitura das origens e dos fundamentos do produtivismo. Tais histórias permitem realocar, em um repertório diferente, proposições para uma transição ecológica que reabilite a continuidade entre natureza e cultura, o respeito a um planeta com recursos limitados, os conhecimentos, o trabalho, os modos cognitivos e os valores considerados “femininos”, bem como os territórios e as populações do Sul global. Elas conduzem a visualizar a elaboração dos sistemas de proteção social pensados sob o modelo de “comuns” e fundados sobre a ética do cuidado, que respondem aos novos riscos ambientais (calor extremo, fome, epidemias), e sustentam uma transição ecológica que limite o impacto humano sobre o planeta.

Palavras-chave: ecofeminismo; seguridade social; proteção social; transição ecológica; “comuns”; ética de cuidado.

ABSTRACT: *Social protection systems have developed in a context of industrialization, in support of a productivist economic model, which, in turn, reinforces them. The ecologic transition imposes a reexamination of basis and functioning principles of such systems. The eco-feminist movement*

¹ * Professora da Universidade Católica de Louvain (UCLouvain), na Bélgica. Nota da autora: Registro meus agradecimentos ao Instituto de Estudos Avançados de Nantes por ter me permitido, nos anos de 2018 e 2019, explorar essa nova linha de pesquisa, que será, pelo que pressinto, objeto de meu trabalho nos próximos anos. Agradeço também a todas as pessoas que iluminaram esse caminho que eu deveria ter seguido mais cedo.

Traduzido por Daniel Damásio Borges, professor associado de Direito Internacional Público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP) e Maria Luiza Rocha Silva, mestranda em Direito pela mesma instituição.

Artigo recebido em 22/03/2021 e aceito em 26/04/2021.

Como citar: VIELLE, Pascale. Um regime de proteção social a serviço da transição climática: contribuição do pensamento ecofeminista. Tradução de Daniel Damásio Borges e Maria Luiza Rocha Silva. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 115-139. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

proposes stories and narrative forms that renew the reading of the origins and foundations of productivism. These stories allow the outline of a different set of proposals for an ecological transition that rehabilitates the continuity between nature and culture, respect for a planet with limited resources, “feminine” considered knowledge, work, cognitive modes and values, as well as the territories and populations of the global South. They lead to an examination of the elaboration of social security systems under the “commons” model, based on the ethic of care, which responds to new environmental risks (extreme heat, hunger, epidemics), and support an ecological transition that limits human impact on the planet.

Keywords: *ecofeminism; social security; social protection; ecologic transition; commons; ethics of care.*

INTRODUÇÃO

Vista do solo, Marina di Acate é uma cidadezinha tranquila de 11 mil habitantes, adormecida à beira mar até a chegada do verão, quando os visitantes, de férias, reanimam suas casas desertas. Contudo, entre os dois lados da estrada que sai de Ragusa, principal cidade da província, até a costa, ocorre uma separação muito mais cruel. Por todo lado as estufas cobrem a paisagem, protegidas por cercas altas. Durante dez dos doze meses, de setembro a junho, os trabalhadores rurais – majoritariamente romenos, tunisinos e albaneses – ali produzem tomates, além de uma parte das frutas e legumes que chegam às mesas dos italianos e dos europeus. Em um silêncio quebrado apenas pelo sacudir das lonas ao vento, os abusos dos empregadores se multiplicaram: salários inferiores à metade do mínimo estabelecido pelos sindicatos, contratos de trabalho irregulares, normas de segurança inexistentes ou precárias, habitações indignas e diversos casos de exploração sexual das trabalhadoras, especialmente das romenas. (DEBARRE, 2019, tradução nossa)

Esse é um exemplo bastante curioso. Havia uma série de denúncias feitas por trabalhadoras que adoeceram nas fábricas em que trabalhavam com amianto. No Estado espanhol, todos os julgamentos foram ganhos em primeira instância, exceto um: as mulheres que adoeceram porque lavavam as roupas de seus maridos. O marido voltava para casa com as roupas cheias de pó de amianto, as mulheres as sacudiam, inalavam todo o pó e adoeciam também. Esse caso foi perdido porque não havia relação clara de trabalho entre as mulheres e os maridos. Na segunda instância, a causa foi ganha e a responsabilidade da empresa também foi reconhecida, pois a empresa deveria ter fornecido serviço de lavanderia que se ocupasse dessa limpeza, ao invés de fazer aquilo que as

empresas sempre fazem: delegar esse trabalho, a parte final do ciclo produtivo, aos lares, com total desinteresse por aquilo que é necessário para que o trabalhador se regenere e retorne no dia seguinte ao trabalho nas mesmas condições. (BATALLA CUETO, 2019, tradução nossa)

Diante da impossibilidade de refletir a proteção social de amanhã na conjuntura do mundo de ontem, é necessário recorrer a novas fontes de inspiração, e é pertinente evocar o pensamento ecofeminista¹ (Primeira Parte). O ecofeminismo postula, desde o começo dos anos 1970, que a degradação da Terra e a persistência do patriarcado reforçam lógicas comuns e são consubstanciais ao produtivismo, incitando reexame dos fundamentos da proteção social como era concebida no século XX, e a reconfigurar os grandes traços de uma proteção social que seja compatível com a transição climática (Segunda Parte).

Para compreender o pensamento ecofeminista, o artigo, que constitui a primeira fase de uma pesquisa mais ambiciosa, se apoia principalmente sobre a revisão da literatura.

1 PERTINÊNCIA DO PENSAMENTO ECOFEMINISTA PARA PENSAR O MUNDO DE AMANHÃ

1.1 Pensar a proteção social de amanhã com as categorias epistêmicas de hoje?

A transição ecológica – e, especialmente, a climática – parece clamar pela resolução de uma equação impossível: a reconciliação dos imperativos de redução das desigualdades sociais, de um lado, e a transformação profunda do sistema capitalista, que colocaria em perigo a existência da seguridade social, ferramenta essencial da redistribuição, do outro.

De fato, ao admitir que as desigualdades sociais participam do agravamento da crise ambiental e ecológica que, por sua vez, aumenta as desigualdades (LAURENT; POCHE, 2015), o sucesso da transição climática dependeria estritamente de nossa capacidade, ao longo das próximas décadas, de assegurar a redistribuição de riquezas. Alguns raros

¹ O termo ecofeministas designa tanto o conjunto dos movimentos ecológicos femininos – acepção utilizada nesse artigo –, quanto a corrente que se desenvolveu nos anos 1980 na Califórnia, retratada na antologia de textos *Reclaim*, de Hache (HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016).

autores precursores, como Laurent Eloi e Philippe Pochet, certamente já começaram a demonstrar que a seguridade social constitui um instrumento privilegiado para essa finalidade, e tentam representar as dimensões e parâmetros de um sistema de proteção social compatível com a transição climática: funções, financiamentos, riscos a cobrir, etc. (LAURENT, 2014).

Contudo, as abordagens neoinstitucionalistas colocam em evidência a interdependência estrita da configuração de sistemas de proteção social e do regime capitalista no qual se inserem. Ao caracterizar os sistemas capitalistas como *welfare capitalism*, e ao reconstituir sua história, Esping-Andersen (1990) postula que não é possível compreender a existência da seguridade social nos países desenvolvidos – vista como a criação de fundos mútuos em grande escala, para indenizar eventualidades sociais por meio de retribuição pecuniária ou em serviços –, sem atrelá-la ao sistema capitalista moderno.

Ora, para diversos especialistas em clima, o projeto “crescimento verde”, sedutor à primeira vista, nada mais faria do que retardar as mudanças climáticas, de modo que a exigência de transição climática e ecológica conduz ao questionamento de nosso modo de produção e do sistema capitalista combinado ao crescimento (ARNSPERGER *in* BOURG; PAPAUX, 2015), apesar de a possibilidade de perpetuação de um sistema capitalista sem crescimento (JACKSON, 2010) dividir os economistas (HARRIBEY, 2011)². Duas pistas possíveis, determinantes para a existência e a fisionomia da proteção social, surgem então para assegurar a transição: ou a saída do capitalismo, ou o capitalismo sem crescimento.

Alguns autores defendem a ideia que uma forma de concretizar a transição consistiria na substituição da

l'absurde production de marchandises pour le profit par la production pour les besoins réels, déterminés dans le respect des limites terrestres et démocratiquement, ce qui implique à la fois une décentralisation maximale et une planification internationale. Or, une société qui produit pour les besoins réels, cela s'appelle le socialisme. (...) la prise en compte

² Ver, da mesma autora: HARRIBEY, Jean-Marie. Les théories de la décroissance : enjeux et limites. **Cahiers français**, Développement et environnement, Paris, França, n. 337, mar./abr. 2007, e HARRIBEY, Jean-Marie. Un capitalisme sans croissance économique est-il possible ? **Alternatives économiques**, blog, 2011. Disponível em: <https://blogs.alternatives-economiques.fr/harribey/2011/02/22/un-capitalisme-sans-croissance-economique-est-il-possible>; acesso em jul. 2020.

de la destruction écologique justifie qu'on lui adjoigne le préfixe « éco ». (JEAN-MARC B., 2019)^{3 4}

Calculadosobreumplanejamento e uma redistribuição generalizados, esse regime não permitiria pensar a proteção social da mesma forma que em um sistema capitalista, tornando, assim, questionável sua necessidade.

Quanto à segunda abordagem, Harribey - seguido por diversos autores, notadamente heterodoxos (RAMAUX, 2019), já em 2011 sugeria que “Tim Jackson veut une prospérité sans croissance, mais on peut se demander si cette vision ne dissimule pas le risque d’une croissance des tensions sociales à travers le monde sans prospérité partagée”⁵ (HARRIBEY, 2011). Essa conclusão – que parece confirmar, por exemplo, a emergência de movimentos sociais tais como os Coletes Amarelos – dá a entender que seria dado como uma evidência que os mecanismos de redistribuição e a proteção social estão ameaçados pela perspectiva de um capitalismo sem crescimento.

Em um contexto de transição, e mesmo que sua função pareça fundamental, cabe colocar a questão da configuração e, eventualmente, até mesmo da sobrevivência da proteção social no quadro de um capitalismo sem crescimento. Mas esse raciocínio, aparentemente coerente e impiedoso, na verdade não é mais que o reflexo de nossa inabilidade de representar o mundo de amanhã, as necessidades que deverão ser atendidas, as funções sociais que precisarão ser asseguradas e, portanto, nossa impotência em definir um novo “contrato social e ambiental” congruente e propenso a responder ao desafio climático. Assim, na Bélgica, emblematicamente corporativista, relevantes atores sociais definiram, ao final de um longo processo de diálogo, um “pacto social e ambiental”. O resultado, ainda que interessante, mostra que a socialdemocracia tropeça sobre seus próprios limites quando se trata de articular razão social e razão ambiental no regime econômico acordado após a Segunda Guerra Mundial: diante de um diagnóstico lúcido de crise sistemática e multidimensional, seus autores

³ “[...] Absurda produção de mercadorias para o lucro pela produção de necessidades reais, determinadas respeitando os limites terrestres e democraticamente, o que implicaria, ao mesmo tempo, uma descentralização máxima e uma planificação internacional. Ora, uma sociedade que produz em razão de necessidades reais seria socialista. [...] a conscientização da destruição ecológica justifica a adição do prefixo “eco””. (JEAN-MARC B., 2019, tradução nossa).

⁴ Ver também: COSTANZA, Robert, et al. **Vivement 2050**: programme pour une économie soutenable et désirable. Paris, França: Les petits matins, 2013.

⁵ “Tim Jackson deseja uma prosperidade sem crescimento, mas cabe questionar se essa visão não dissimula o risco do aumento das tensões sociais no mundo sem prosperidade compartilhada” (HARRIBEY, 2011, tradução nossa)

não nos incitam a rever o sistema em profundidade, e nem a questionar o postulado do crescimento (PACTE SOCIAL & ECOLOGIQUE, 2020).

Hall definiu a mudança de paradigma político da seguinte maneira:

[...] policy makers customarily work within a framework of ideas and standard that specifies not only the goals of policy and the kind of instruments that can be used to attain them, but also the very nature of the problems they are meant to be addressing. Like a Gestalt, this framework is embedded in the very terminology through which policymakers communicate about their work, and it is influential precisely because so much of it is taken for granted and unamenable to scrutiny as a whole. I am going to call this interpretive framework policy paradigm. (HALL, 1993)⁶

Em suma, presos na armadilha do paradigma da socialdemocracia capitalista, temos dificuldades para ter a noção da importância do paradigma político necessário para a transição climática. A questão que permanece, então, é a seguinte: a serviço das “grandes transformações” requeridas, e no aguardo da “Grande Noite” preconizada por Tanuro, nesse “meio-termo” evocado por Cassiers (CASSIERS; MARÉCHAL; MÉDA, 2017), a proteção social poderia constituir um adjuvante pertinente para as políticas de transição e/ou de resiliência? E se for o caso, em qual configuração, determinada por qual conjunto de ideias, valores e postulados fundamentais, completamente nova e adaptada à exigência global de transição?

1.2 O ecofeminismo a serviço da transformação do quadro epistêmico

Responder às perguntas precedentes demanda a revitalização da reflexão, por exemplo, por meio do recurso às fontes que pensaram, desde logo, na articulação de preocupações que o paradigma a ser deixado dissociou ou negligenciou: as interdependências da economia e da ecologia, dos seres humanos e da natureza, e o cerne das comunidades humanas. É nessa perspectiva que um mergulho na leitura ecofeminista do mundo

⁶ “Os formuladores de políticas públicas normalmente trabalham com um espectro de ideias e padrões que especificam não apenas os objetivos das políticas e os tipos de instrumentos que podem ser usados para alcançá-los, mas também a própria natureza dos problemas que devem abordar. Como a *Gestalt*, esse espectro está embutido na terminologia por meio da qual os formuladores comunicam sobre seu trabalho, e é influente justamente porque muito dele é tido como certo e impossível de ser examinado como um todo. Chamarei esse espectro de paradigma interpretativo das políticas” (HALL, 1993, tradução nossa).

pode sugerir uma grade de leitura heurística da crise e endereçar questões pertinentes à proteção social.

No fundo, o ecofeminismo é, ao mesmo tempo, filosofia, mística, ética, estética e movimento político nascido da conjunção da ecologia e do feminismo que “trouve son unité dans le lien intuitif identifié entre l’instrumentalisation et la volonté de maîtrise de la nature et la domination masculine sur la femme ou le féminin” (LUYCKX *in* BOURG; PAPAUX, 2015).⁷ Esse liame é indissociável da exploração dos países do Sul, e essa tripla exploração é consubstancial ao nascimento e ao desenvolvimento do produtivismo. Larrère enfatiza que o movimento coloca em questão tanto as correntes feministas tradicionais – reivindicando a natureza, em conflito aparente com as feministas que lutam contra o essencialismo, e não reivindicando direitos para as mulheres, mas direitos para todos – quanto os movimentos ecológicos – pela reinserção do feminino que impregna sua abordagem cognitiva e sua narrativa, sua forma de luta, etc. (LARRÈRE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016). Ele permite escapar de duas armadilhas dos movimentos ecológicos, que

ne prône ni une utopie scientiste, qui conduit à l’artificialisation du vivant ainsi qu’à la mainmise des hommes sur la nature et le pouvoir politique, ni une utopie restauratrice, qui naturalise les relations sociales et sacralise la nature (GANDON, 2009).⁸

Os especialistas do movimento ecológico encontram dificuldades frequentes para distinguir essa corrente da *deep ecology* (NAESS, 1999)⁹. De fato, o dicionário do pensamento ecológico define esse movimento como “une nébuleuse intellectuelle où se mêlent indistinctement des éléments de spiritualité et de religion, des données d’analyse scientifique et des propositions métaphysiques, faisant largement usage du mythe, de la narration et de la poésie” (AFEISSA *in* BOURG; PAPAUX, 2015)¹⁰. Afeissa mostra que as duas

⁷ “Encontra sua união na ligação intuitiva identificada entre a instrumentalização e a vontade de controlar a natureza e a dominação masculina sobre as mulheres ou sobre o feminino” (LUYCKX *in* BOURG; PAPAUX, 2015, tradução nossa).

⁸ “Não defendem nem uma utopia científica, que conduziria à artificialização dos seres vivos e à tomada da natureza e do poder político pelos homens, nem a uma utopia restauradora, que naturalizaria as relações sociais e sacralize a natureza” (GANDON, 2009, tradução nossa).

⁹ A corrente da *deep ecology* foi iniciada por um artigo de Arne Naess em 1973 - NAESS, Arne. The Shallow and the Deep Long Range Ecology Movement, *Inquiry*, 1973/16, p. 95-100.

¹⁰ “Uma nebulosa intelectual onde se mesclam indistintamente os elementos de espiritualidade e de religião, dados de análise científica e proposições metafísicas,

correntes não cessam de se influenciar e se enriquecer mutuamente. As ecofeministas atribuem à *deep ecology* o mérito de ter identificado como fundamental o problema da descontinuidade metafísica entre os seres humanos e a natureza, e de ter criticado, a partir disso, a maneira como os ambientalistas apresentam questões éticas. No entanto, mais radicais, elas consideram que convém compreender o problema da descontinuidade natureza/humanidade inserido em um conjunto de interconexões consistentes em pares conceituais disjuntivos e exclusivos (universal versus particular, abstrato versus concreto, racional versus emocional, humano versus natural, masculino versus feminino, etc.), caracterizados por uma hierarquização dos valores entre os dois polos (PLUMWOOD *apud* AFEISSA, 2017). Esse sistema constitui um “quadro conceitual de opressão” (WARREN, 2009 *apud* AFEISSA, 2017), um conjunto de crenças, valores, atitudes e hipóteses teóricas articuladas por uma lógica de dominação – ou seja, uma estrutura de argumentação que torna compreensível a opressão e a legítima. É o que permite a Luyckx afirmar que:

la critique de l’anthropocentrisme moderne caractéristique de l’écologie profonde se transforme, du point de vue de l’écoféminisme, en critique de l’androcentrisme : l’anthropos de l’anthropocentrisme moderne n’est pas un humain abstrait, mais plutôt la généralisation d’un cas particulier – l’homme blanc, occidental – et d’une même structure de domination qui prévaut vis-à-vis de l’altérité sexuelle, raciale, culturelle ou naturelle (LUYCKX, *in* BOURG; PAPAUX, 2015).¹¹

As ecofeministas têm como objetivo desconstruir esse “quadro conceitual de opressão” para superar os sistemas de dominação que impregnam nossa cultura. Mas na contestação desse paradigma, sua luta não consiste em reivindicar valores “masculinos”. Pelo contrário, ela visa à reapropriação, à reinvenção e à valorização (*reclaim*¹²) (LARRÈRE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016) da versão feminina desses valores, assumindo a conexão da terra e do feminino, e

fazendo amplo uso de mitos, narrações e poesia” (AFEISSA *in* BOURG; PAPAUX, 2015, tradução nossa).

¹¹ “A crítica do antropocentrismo moderno característico da ecologia profunda se transforma, do ponto de vista do ecofeminismo, em crítica do androcentrismo: o “anthropos” do antropocentrismo moderno não é um humano abstrato, mas a generalização de um caso particular – o homem branco ocidental – e de uma mesma estrutura de dominação que prevalece diante da alteridade sexual, racial, cultural ou natural” (LUYCKX, *in* BOURG; PAPAUX, 2015, tradução nossa).

¹² Título da coleção de Emilie Hache.

propondo a reabilitação do conjunto de valores “inferiores” do quadro conceitual de opressão, para construir um novo modelo de sociedade. É nesse ponto que o movimento se distingue de outras formas de feminismo (notadamente daquele de Beauvoir) (GANDON, 2009) e poderia mesmo ser qualificado como “essencialista”, enquanto o traço diferenciador fundamental em relação a essa corrente do feminismo reside no fato que o ecofeminismo não se ampara no discurso da “complementariedade” entre homens – associados ao “masculino” – e as mulheres – associadas ao “feminino” -, mas visa, ao contrário, a uma reapropriação por todos os seres humanos dos valores e das ligações “femininas” à terra, dos quais foram privados pelo quadro conceitual da opressão do produtivismo. Encontra-se, assim, a ideia de transformar profundamente aquele que se poderia nomear, conforme a definição de Hall, “paradigma político”.

A literatura em que o presente artigo se baseia converge em nuançar a importância dos dissensos no seio do movimento, colocadas em destaque por alguns comentários científicos. As divergências não são, muitas vezes, mais do que aparentes, e representam, na verdade, uma variedade de pontos de vista ligados, por vezes, às dimensões do quadro conceitual que são questionadas (religiosa, política, filosófica, estética, etc.), e outras vezes à diversidade de experiências dos autores, como a de uma ameríndia autóctone que defende sua terra da extração de gás de xisto, de uma indiana que combate o desmatamento, de uma botânica sensibilizada durante seus passeios pelos malefícios dos pesticidas, ou ainda de uma intelectual formada em uma das maiores escolas francesas. Essas perspectivas orientam o diagnóstico da crise, e enfatizam uma abordagem materialista ou mais espiritual, ou ainda a representação da ligação entre mulheres e natureza.

Como a *deep ecology*, o ecofeminismo constitui, todavia, uma corrente de difícil identificação conforme os critérios científicos costumeiros. Se se abstrai a literatura secundária, que tenta definir e sintetizar o ecofeminismo (e em que esse texto se insere), chega-se a um *corpus* que se desenvolveu ao longo de muito tempo (é possível citar, desde já, por exemplo, “Primavera silenciosa”, de 1962, *best-seller* de Carson sobre os pesticidas, cujo título evoca uma primavera em que não se ouvirá o canto dos pássaros porque serão todos mortos pelos pesticidas) (CARSON, 1962), e cuja produção mais profícua ocorreu na década de 1980. Note-se que é Françoise d’Eaubonne que, em 1972, inventou

o termo “ecofeminismo” em sua obra maior *Écologie et féminisme, révolution ou mutation* (D’EAUBONNE, 2018).¹³

Corpus proteiforme, cujas maiores manifestações são poesias, manifestos, listas de aforismos ou outros textos e obras de diferentes naturezas, que mesclam frequentemente modalidades de discurso (científico, espiritual, político, artístico) (HACHE in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016). *Corpus* esse que se subtrai à integração ao discurso científico, coerente, aliás, com a crítica da ciência moderna, defendida pelo movimento, segunda a qual a ciência está estritamente ligada ao produtivismo, que privilegia uma abordagem mecânica e abstrata e modos de pensamento especificamente masculinos (reducionistas, objetivistas, universalistas) (LUYCKX in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016). Luyckx observa que essa crítica “s’accompagne d’une critique dirigée envers la distinction clairement établie entre le scientifique et le profane, dont la science moderne est porteuse et qui aurait jeté le discrédit sur un ensemble de connaissances traditionnelles, portées en grande partie par les femmes” (LUYCKX in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016).¹⁴ ¹⁵ Em virtude das dimensões, indissociáveis, política e epistemológica dessa crítica à ciência, as ecofeministas privilegiam uma abordagem pragmática, sensível, emocional, materialista; um pensamento holístico, subjetivo e particularizado, que se insere mais no “feminino”, assim como as produções que ignoram as clivagens disciplinares e relacionadas aos registros convencionais da narrativa. Para a ecofeminista Mellor (1997), “knowledge of the natural world is a “conversation”, not a discovery”¹⁶. Essa crítica fundamental da ciência moderna, que pode parecer periférica na perspectiva de nosso propósito, é, na realidade, central para compreender o diagnóstico ecofeminista da crise ambiental e suas proposições para uma mudança de paradigma.

¹³ Anne-Line Gandon refere-se a um de seus trabalhos anteriores, de 1972, intitulado *Le féminisme* (GANDON, 2009).

¹⁴ “É acompanhada por uma crítica direcionada à distinção claramente estabelecida entre o científico e o profano, que sustenta a ciência moderna, e que teria descreditado um conjunto de conhecimentos tradicionais, transmitidos, em grande parte, pelas mulheres” (LUYCKX in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa).

¹⁵ Ver também GANDON, 2009.

¹⁶ “O conhecimento do mundo natural é uma “conversa”, não uma descoberta” (MELLOR, 1997, tradução nossa).

2 RECONFIGURAR OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO SOCIAL

2.1 Reformular o problema: o diagnóstico ecofeminista da crise

A narrativa, ela própria – narrativa das origens, da acumulação original, etc. – encontra-se no centro de diversos textos, como se essa tradição (no sentido etimológico) da narrativa das mulheres fosse fonte fundamental de reivindicação, de reapropriação. Hache considera que esse posicionamento da narrativa traduz a preocupação em ultrapassar o registro da crítica para “faire émerger cette dernière depuis les mondes distincts qu’ils construisent” (HACHE, *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016).¹⁷ Mas a invenção e a tradição de uma nova narrativa são, também, um dos elementos indispensáveis da mudança de paradigma político definida por Hall.

“Calibã e a bruxa”, obra de Silvia Federici, constitui um exemplo emblemático que permite adotar uma perspectiva diferente sobre o capitalismo contemporâneo. Ao estudar a transição para a modernidade, ao final da Idade Média, a autora mostra que a caça às bruxas e a escravidão constituem duas formas análogas de dominação que traduzem a submissão sistemática das mulheres e a apropriação dos recursos do Novo Mundo, e que permitiram a transformação simultânea das relações de gênero, da conexão com a natureza – por meio de sua privatização –, e do trabalho humano, a serviço do capitalismo nascente (FEDERICI, 2004).

Ao se debruçar sobre as narrativas, entre outras, que privilegiam um ângulo de abordagem político¹⁸, compreende-se que, para as ecofeministas, a acumulação original se ampara na dupla dominação da terra e das mulheres, estando ambas intrinsecamente ligadas e submissas a modos de dominação idênticos. Das mulheres, pois elas são encarregadas da reprodução, ângulo cego, não contabilizado, das economias produtivistas; é a exploração de seus corpos e das tarefas de cuidado e de atenção que elas efetuam gratuitamente que justificam a dominação patriarcal, caracterizada por desigualdades e violências de gênero. Concebida como recurso inesgotável, suscetível de apropriação por qualquer meio, inclusive pela violência, a terra é o outro ângulo cego do sistema. A narrativa ecofeminista, expressada sob múltiplas formas,

¹⁷ “Fazer emergir essa última a partir dos mundos distintos que elas constroem” (HACHE, *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa).

¹⁸ Entre os mais conhecidos: MIES, M.; SHIVA, 1993; MELLOR, 1992 e 1997; WARREN, 1994; PLANT, 1989; SALLEH, 1996.

carrega uma série de invariáveis, como a crítica da inesgotabilidade, da desconexão entre o sistema e suas condições materiais de reprodução, e da negação da interdependência. Pertinentes para um diagnóstico dos regimes nos quais se insere a proteção social, e para melhor entender sua função em um novo paradigma político, nós faremos um estudo mais aprofundado dessas invariáveis nas linhas seguintes.

Françoise d'Eaubonne é pioneira na teoria do decrescimento. Ela dedica-se à denúncia da impostura do crescimento em um capítulo inteiro da sua obra *Écologie et féminisme* de 1978, escrita em 1974 (D'EAUBONNE, 2018) (aliás, é surpreendente que Serge Latouche, que assina o prefácio da edição de 2018, não a mencione no verbete “decrescimento”, por ele escrito para o Dicionário do pensamento ecológico) (LATOUCHE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016). Ela contesta o produtivismo, que caracteriza tanto a “economia planejada” quanto o capitalismo, dois modos de desenvolvimento igualmente patriarcais e destruidores da natureza. Ela denuncia também o crescimento verde ou desenvolvimento durável, que considera como uma outra impostura. Para ela, o “ilimitismo” (outro termo de sua pluma), que conduz simultaneamente ao superconsumo dos recursos e a uma demografia galopante, em resposta a uma injunção econômica perpétua a serviço do crescimento, é o postulado implícito, fundador, ao princípio da dominação tanto da natureza quanto das mulheres.

Asolução, no entanto, não reside necessariamente na redução do PIB:

Personne ne semble se souvenir que la croissance n'est pas forcément liée à l'économie de type marchand, ou signe d'échange ; et que si, par exemple, on appliquait le temps de travail dégagé par l'interdiction de l'industrie nucléaire, de la fabrication du plastique, la suppression de la publicité, etc., à un reboisement maximal et une résurrection des sols, non seulement on ne diminuerait en rien le « bien-être » (tout en abaissant pourtant le PNB), mais on tendrait vers une croissance (celle de ressources et de la qualité) qui n'aurait rien de la classicquement « économique ». (D'EAUBONNE, 2018)¹⁹

¹⁹ “Ninguém parece se lembrar que o crescimento não está necessariamente ligado à economia de tipo mercantil, ou de sinal de troca; e que se, por exemplo, se se aplicasse o tempo de trabalho liberado com a proibição da indústria nuclear, da fabricação do plástico, da supressão da propaganda, etc., a um reflorestamento máximo e a uma ressurreição dos solos, não apenas não se diminuiria o “bem estar” (ainda que reduzindo-se o PNB), mas também se tenderia a um crescimento (dos recursos e da qualidade) que não teria nada de classicamente “econômico””. (D'EAUBONNE, 2018, tradução nossa)

Numerosos autores, depois de d'Eaubonne, questionaram, por sua vez, a pertinência política e a legitimidade normativa do dogma do crescimento, núcleo do programa neoliberal (MEDA, 2013; THIRY, Géraldine in CASSIERS; MARÉCHAL; MEDA, 2017; ARNSPERGER in BOURG; PAPAUX, 2015). A partir desses autores, pode-se indagar se o PIB constitui a medida adequada da prosperidade - os trabalhos de Cassiers e de Thiry são emblemáticos a esse respeito - e, de forma mais geral, Latour propõe: “comment accepter que soient « objectives » des théories économiques incapables d'intégrer dans leurs calculs la rareté de ressources dont elles avaient pourtant pour but de prévoir l'épuisement ?” (LATOURE, 2017, p. 86).²⁰ Na mesma linha que Harribey, Christophe Ramaux, “economistas chocados”, conhecidos por suas posições heterodoxas e seu engajamento a favor do Estado social, afirmam:

Et ne trompons pas le monde: la pérennisation des retraites, la hausse du pouvoir d'achat pour le plus grand nombre, la satisfaction des besoins sociaux et écologiques ne pourront se faire, à PIB constant, uniquement par la réduction des inégalités (RAMAUX, 2019).²¹

Mas por que a satisfação das necessidades sociais e ecológicas não pode se concretizar “com um PIB constante, unicamente pela redução das desigualdades”? E por que não? Não se trata, acima de tudo, de crescimento ou decrescimento, de uma escolha política, e da capacidade de impor?²² À luz dos trabalhos de d'Eaubonne, o raciocínio que desenvolvemos na seção 1.1, e que parecia então evidente, atestou, na realidade, nossa adesão ao paradigma produtivista, que nos conduziu a admitir como intangíveis uma série de postulados.

As ecofeministas consideram que a dominação patriarcal e sobre a natureza construiu um mundo de valores, práticas, epistemes “masculinos”, que direcionam necessariamente à desconexão do humano da natureza, que fortalece, por sua vez, a dominação patriarcal. As mulheres, e com elas a reprodução em sentido amplo, foram empurradas de volta para a natureza e, ao mesmo tempo, foram dela arrancadas de diferentes maneiras

²⁰ “Como aceitar por ‘objetivas’ teorias econômicas incapazes de incorporar em seus cálculos a raridade de recursos, ao passo que elas teriam a finalidade de prever o seu esgotamento?” (LATOURE, 2017, p. 86, tradução nossa)

²¹ “E não enganemos o mundo: a perenização das aposentadorias, o incremento do poder de compra para a maioria, a satisfação das necessidades sociais e ecológicas não poderão se concretizar, com o PIB constante, unicamente pela redução das desigualdades” (RAMAUX, 2019, tradução nossa).

²² Vertambémas conclusões de CHANCEL, DEMAILLY, WAISMAN, GUIVARCH, 2013.

(disciplinarização e medicalização dos corpos das mulheres, transição para agricultura intensiva, etc.). A abordagem epistêmica e política das ecofeministas, que as leva à recusa da ciência clássica, conforme tratada anteriormente, também resulta em denúncia da desconexão que produz a gestão tecnocrática inerente ao produtivismo, entre o real e sua representação, o que sugere, desde 1978, a leitura de Françoise d'Eaubonne (e notadamente sua crítica ao fetichismo do crescimento). Esse sistema de “governança pelos números” será, posteriormente, criticado admiravelmente por Supiot (2016)²³.

A necessidade de recuperação, de reapropriação, das ecofeministas nasce dessas constatações, e passa por uma reintrodução de modos cognitivos diferentes, sensíveis, e pela transmissão dos saberes tradicionais, frequentemente detidos pelas mulheres, que abre um espaço político apropriado. Para Hache,

ces femmes nous disent l'importance d'inventer un rapport sensible avec la nature pour la défendre et pour nous défendre, de sortir de l'épistémologie dominante d'une nature objective, inerte et extérieure, pas seulement théoriquement, mais politiquement, physiquement, sensuellement (HACHE, in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016).²⁴

Relegadas pela divisão do trabalho às tarefas de cuidado, são as mulheres que, de forma empírica, pragmática, mantiveram relação de aliança com a terra, e é por meio dessa aliança, pela reapropriação de seus saberes, de suas práticas, que a humanidade poderá firmar novo pacto com a natureza. Essa última convicção, mais explorada pelas ecofeministas dos países do Sul, que frequentemente trabalham a terra em seu cotidiano, enriquece a narrativa da acumulação original com uma terceira dimensão, indissociável às duas primeiras, a denominação do “Sul”, através da escravidão, da colonização e de todas as formas contemporâneas de apropriação de terras e de exploração de mão de obra.

A visão que as ecofeministas propõem sobre o mundo, e que querem distanciar da frieza da ciência moderna, tende a pensar em “sistemas

²³ Ver a esse respeito os trabalhos fundamentais de Alain Supiot reunidos na obra *La gouvernance par les nombres, cours du Collège de France 2012-2016*, Paris, Fayard, 2016

²⁴ “Essas mulheres nos relatam a importância de inventar uma relação sensível com a natureza para a defender e para nos defender, de sair da epistemologia dominante de uma natureza objetificada, inerte e exterior, não apenas teoricamente, mas politicamente, fisicamente e sensualmente” (HACHE, in HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa).

de engendramento”, ao invés de “sistemas de produção”, oposição frutífera emprestada de Latour (2017), para quem

le système d’engendrement ne s’intéresse pas à produire pour les humains des biens à partir des ressources, mais à engendrer les terrestres – tous les terrestres et pas seulement des humains. Il est fondé sur l’idée de cultiver des attachements, opération d’autant plus difficiles que les animés ne sont pas limités par des frontières et ne cessent de se superposer, de s’intriquer les uns dans les autres. (LATOURE, 2017)²⁵

E, de fato, longe de conceber o indivíduo como um ser humano isolado, o pensamento ecofeminista o compreende como um ser vulnerável, inserido em ligações complexas de dependência material da Terra (da natureza, dos seres vivos), de um lado, e com os seus semelhantes, do outro. Concebe também as diferentes formas de dominação (das mulheres, da terra, do Sul), como conectadas, e até mesmo indissociáveis, em razão de seus modos comuns de exploração, de suas finalidades idênticas, da maneira análoga pela qual elas se consagram no quadro conceitual de opressão, e do seu destino: o produtivismo não pode prescindir de nenhuma delas.²⁶

Essas são as interdependências múltiplas, cruzadas, que nos limitam, impõem convergência de lutas, e que ilustram a citação de Mediapart, destacada no excerto do artigo, ou conforme expressa Yayo Herrero, ecofeminista espanhola, em uma entrevista onde fala de “economia canibal”:

La libération des femmes a consisté à libérer les unes au prix de l’esclavage des autres. Chaque personne ou chaque collectif qui vit avec davantage de ressources que celles que lui fournit son territoire, il le fait toujours au détriment d’autres territoires, en dépossédant ces territoires de leurs biens ou ces personnes des possibilités de construire la vie (...). Depuis longtemps elle se maintient grâce à d’immenses flux d’énergie et de matériaux, ainsi que par l’expulsion des

²⁵ “O sistema de engendramento não se interessa na produção pelos humanos de bens a partir dos recursos, mas a engendrar terrestres, todos os terrestres, não apenas os humanos. Funda-se na ideia de cultivar relações, operação tanto mais difícil quanto se considera que os seres animados não estão limitados por fronteiras e se sobrepõem, se entrelaçam continuamente.” (LATOURE, 2017, tradução nossa)

²⁶ Emile Hache expressa essa ligação da seguinte forma: “Tais formas de opressão não são apenas factualmente contemporâneas, mas são ligadas entre elas, na medida em que uma se baseia na outra e vice-versa, como uma fita de Möbius; as mulheres são inferiores (mas também irracionais, mais sensíveis, impuras, etc.) porque seriam mais próximas à natureza e da dessacralização, e, portanto, a exploração da natureza se embasa também na feminização”. (HACHE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa)

résidus dans d'autres lieux, mais aussi grâce à la captation de personnes, originaires de ces mêmes lieux, qui viennent travailler ici (BATALLA CUETO, 2019)²⁷

2.2 Princípios ecofeministas para uma mutação da proteção social

Amanhã, e hoje, não se tratará mais de apoiar, como na perspectiva keynesiana, o consumo, nem como na abordagem neoliberal, de reduzir o orçamento socializado para o financeirizar. Será necessário pensar, em primeiro lugar, como atender conjuntamente a necessidades individuais e coletivas inéditas em um mundo globalizado de recursos esgotados ou a serem preservados. As ecofeministas “reconnectent ce que le développement de la société moderne avait séparé : la reproduction sociale, biologique et environnementale ” (LARRÈRE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016)²⁸, e é possível, razoável e intuitivamente, pensar que nessa reconexão residem os elementos da solução.

É provável que uma assembleia de ecofeministas se encaminharia a propor um sistema econômico radicalmente diferente do conhecido, e é difícil imaginar a função e a fisionomia que a proteção social adquiriria. Recentemente – e apesar da sua relutância em se interessarem politicamente por instituições públicas, que elas concebem como superestruturas do produtivismo, incompatíveis com a revolução pela qual clamam –, as ecofeministas se afirmaram na arena política, notadamente a nível internacional, com uma série de propostas concretas.²⁹ Nesse meio-termo, ressaltam-se no presente artigo, em matéria de proteção social, alguns fundamentos extraídos de seu pensamento. Do diagnóstico ecofeminista formulado acima, é dedutível uma ética fundada no engendramento, que reabilite a questão da reprodução em sentido amplo (em oposição à produção), e baseada nos valores de benevolência, de

²⁷ “A libertação das mulheres consistiu na libertação de algumas a custo da escravidão de outras. Cada pessoa ou cada coletividade que vive com mais recursos do que o seu território fornece, o faz sempre em detrimento de outros territórios, desapropriando-os de seus bens ou privando aquelas pessoas de possibilidades de construir suas vidas. [...] Há muito tempo ela se mantém graças a imensos fluxos de energia e de materiais, bem como pela expulsão dos resíduos a outros lugares, mas também graças à captação de pessoas originárias desses mesmos lugares, que vêm trabalhar aqui.» (BATALLA CUETO, 2019, tradução nossa)

²⁸ “Reconnectam aquilo que o desenvolvimento da sociedade moderna separou: a reprodução social, biológica e ambiental” (LARRÈRE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa)

²⁹ Ver, por exemplo: Contribution pour une transition écologique sociale et féministe qui met en débat des analyses et des propositions, à l’occasion notamment du G7, 2019.

cuidado, de solidariedade e de autonomia. Desses valores, depreendem-se princípios diretores para assegurar a congruência da proteção social com a transição climática.

O quadro de leitura em termos de “sistema de engendramento” impõe necessariamente uma exigência de benevolência e de solidariedade em relação ao outro, aos mais vulneráveis, como indicado na luta em direção/ contra a catástrofe. Em matéria de proteção social, essa questão concerne a pelo menos duas dimensões. A primeira diz respeito ao *financiamento*: não se trata mais de “compartilhar os frutos do crescimento”, conforme a consagrada expressão, mas precisamente ... de repartir e redistribuir a riqueza (a redução das desigualdades não surge aqui como um fim em si mesma³⁰, mas sim como um meio para realizar os objetivos do sistema sem recorrer ao crescimento). Do ponto de vista da proteção social, é revolucionário; de um ponto de vista ecofeminista, é um imperativo categórico, justificado pela rejeição radical do produtivismo e da violência das formas de exploração e de apropriação que ele enseja em relação à Terra e aos seres humanos.

A segunda dimensão relaciona-se ao *perímetro* da posição social: em uma perspectiva ecofeminista, todos os seres humanos devem tomar parte do sistema; se for imprescindível limitá-lo geograficamente (essa é uma das características essenciais de um sistema de proteção social), convém defini-lo de acordo com o projeto concreto a ser perseguido (poderia ser a União Europeia, em certos aspectos, ou sistemas de mutualização locais ou regionais, em outros casos) e não é mais concebível excluir os migrantes, inclusive os ilegais, e nem dificultar seu acesso a certas categorias, como para as mulheres.

Depreende-se que o compromisso social não pode ser construído exclusivamente sobre a aliança capital/trabalho, transferindo-se para uma aliança capital/explorados, excluídos, etc., que deve acordar todo seu lugar dar aos representantes da “reprodução” (economia social, ensino, saúde, direitos humanos, etc.). Nesse sentido, para Plumwood,

Le concept fondamental requis pour l'élaboration d'une éthique environnementale activiste appropriée n'est pas celui de l'identité ou de l'unité (ou inversement, celui de la différence), mais celui de la solidarité – le fait d'établir avec l'autre – naturel - une relation de soutien au sens politique (PLUMWOOD *apud* AFEISSA, 2014).³¹

³⁰ Esse elemento distingue essa proposição das de Laurent e Pochet, 2015.

³¹ “O conceito fundamental necessário para a elaboração de uma ética ambiental ativista apropriada não é a identidade ou a unidade (ou, ao contrário, a diferença), mas

Não recorreremos, deliberadamente, à noção de “cuidado” (“*care*”) que não decorre da tradição ecofeminista (FERRARESE, 2009). Entretanto, “a ética do cuidado” tal como proposta por Tronto, é uma “*activité générique qui comprend tout ce que nous faisons pour maintenir, perpétuer et réparer notre « monde », de sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible*” (FISHER; TRONTO *in* ABEL; NELSON, 1990)³², ecoa as suas análises e proposições. No domínio da proteção social, a ética do cuidado permite numerosas aplicações, mas uma perspectiva ecofeminista conduz a identificar três aspectos importantes.

O primeiro diz respeito às prestações, campo de aplicação material da proteção social. Os exemplos de Ramaux (2019)³³, citados anteriormente, mostram novamente a dificuldade de pensar as grandes questões – que determinarão as necessidades fundamentais – fora dos riscos tradicionalmente cobertos pela proteção social³⁴; ele evoca as aposentadorias, o poder de compra, em relação aos quais um pequeno esforço de imaginação induz a pensar que as demandas das comunidades humanas que exigirão alocação prioritária dos recursos disponíveis, e, portanto, de compartilhamento, serão, sem dúvida, antes: o acesso à água potável, a abrigos físicos contra as temperaturas extremas e à comida, etc. Na perspectiva do “cuidado”, a prioridade deverá ser a garantia das necessidades vitais (no sentido de vida digna) para todos. E, para levar em consideração a crítica da sociedade de consumo, e combater os efeitos inesperados, convirá privilegiar, quando possível, as prestações em espécie. A respeito disso, o instrumento do serviço público universal (COYLE, 2017; PORTES; REED; PERCY, 2017), familiar aos sistemas Beveridgianos e escandinavos de proteção social, aparece como um modo de cobertura apropriado e suscetível de extensão a outras prestações além da saúde (água, energia, mobilidade, etc.).

O segundo aspecto concerne à noção de saúde que o ecofeminismo convida a reconsiderar radicalmente, para permitir ao paciente conservar o controle de sua saúde e ter acesso aos cuidados necessários, ao mesmo tempo em que coíbe o consumo excessivo de medicamentos (é imperativo, portanto, cessar de pensar os sistemas de saúde a serviço do crescimento).

a solidariedade – o estabelecimento natural, com o outro, de uma relação de apoio no sentido político” (PLUMWOOD apud AFEISSA, 2014, tradução nossa).

³² “Atividade genérica que compreende tudo que se faz para manter, perpetuar e reparar nosso ‘mundo’, para nele viver da melhor forma possível” (FISHER; TRONTO *in* ABEL; NELSON, 1990, tradução nossa)

³³ O mesmo problema ocorre nos estudos de Chancel *et al.*, 2013.

³⁴ Ver Convenção 102 da OIT, sobre Normas Mínimas da Seguridade Social, de 1952.

Os serviços públicos de saúde devem ser privilegiados em relação aos sistemas que preveem o pagamento no ato, no qual a oferta determina a demanda, e as relações com empresas farmacêuticas devem ser redefinidas: é difícil conceber como “parceiros” atores privados suscetíveis de agir permanentemente sobre a oferta de medicamentos para maximizar seus lucros. Enfim, os dispositivos descentralizados, que permitem compreender o paciente de forma holística, ajustando, com a maior proximidade possível, as abordagens preventivas, curativas e paliativas, são os mais conformes à visão ecofeminista. Será dedicada atenção especial à desmedicalização dos corpos das mulheres, notadamente, mas não exclusivamente, em matéria de reprodução e à sua reapropriação do controle de seus corpos e de sua fecundidade (TABET *in* MATHIEU, 1985).

A ética do cuidado convida, evidentemente, a levar em consideração um terceiro aspecto, a *revalorização das tarefas de reprodução*, que agora se agrupa sob o termo asséptico de “conciliação da vida familiar e profissional”. Em uma perspectiva ecofeminista, é necessário criar dispositivos que garantam o direito a ser assistida em situações de vulnerabilidade, mas também o direito de não incumbir uma pessoa específica dos deveres de cuidado (obrigação que pesa, em geral, sobre as mulheres). Nessa seara, retomem-se os trabalhos anteriores, mais atuais que nunca, que indicam como a proteção social pode desempenhar papel determinante, não pelo fornecimento de salário maternidade, ou pelo abandono dessas responsabilidades pelas mulheres, mas por meio de dispositivos que garantam a divisão entre mulheres e homens tanto do tempo quanto dos recursos necessários a esse fim (VIELLE, 2001).

Para Latour, convém “abandonner le projet d’émancipation pour les vertus nouvellement retrouvées de la dépendance. Dépendre vient d’abord limiter, puis compliquer, puis obliger à reprendre le projet d’émancipation pour finalement l’amplifier” (LATOUR, 2017, p. 107)³⁵. Paradoxalmente, na visão ecofeminista, a constatação da interdependência convida a favorecer o empoderamento, mas um empoderamento enraizado, situado em um território e em uma coletividade humana que permitam valorizar as práticas, os saberes, os valores, sentimentos, aptidões, etc., considerados como “femininos” pela divisão do trabalho, e necessários à transição. Que também permita a cada indivíduo controlar seu próprio destino e se transformar em “ponto de resistência ao poder” (AFEISSA,

³⁵ “Abandonar o projeto de emancipação pelas virtudes redescobertas da dependência. Dependere implica, inicialmente, limitar, depois complicar e obrigar a retomar o projeto de emancipação para, finalmente, ampliá-lo” (LATOUR, 2017, p. 107, tradução nossa)

2017). A noção, então, se reveste de um significado de autonomia individual, de capacidade de se reconectar à Terra e ao outro, e de capacidade de se apropriar de um espaço político... “*Reclaim*”. Compreendido dessa forma, o empoderamento se torna uma condição necessária, tanto à resiliência quanto às inovações ecológicas e sociais necessárias à transição³⁶.

Essa é a *finalidade mesma da proteção social* que deve ser repensada conforme esse critério: mais do que “colonizar o mundo passado”, mais do que regular as práticas sociais, ela deve assegurar as condições materiais de possibilidade de iniciativas de resiliência e de transição, na escala mais próxima possível dos indivíduos.³⁷ Isso pressupõe ultrapassar o modelo do Estado social ativo tal como pensado nos anos 1990 (VIELLE *et al.*, 2005), e concebido para o mundo do contrato sinalagmático – mais do que no acompanhamento de iniciativas de interesse geral –, e inserido no paradigma produtivista – mais do que no da reprodução.

Yayo Herrera define o bem comum como “une source de vie, quelque chose nécessaire pour soutenir la vie et autour duquel existe une communauté qui s’organise pour l’administrer et le soigner. Ce qui est nécessaire à la vie” (BATALLA CUETO, 2019)³⁸. A proteção social deve assegurar as condições materiais que permitam a cada um gerar os bens comuns. Mas *ela é, em si, um bem comum*, e, nesse sentido, um lugar político para reinvestir, apesar da propensão das ecofeministas a rejeitar as instituições e a reinventar a política afastada do Estado (LARRÈRE *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016). Retomando a expressão de Ewald (1986), ela deve se tornar o “le dernier lieu où la société négocie avec elle-même”³⁹, e, em termos de *governança*, deve ser determinada pelo conjunto de suas partes, começando por seus beneficiários.

Não seria possível concluir esse artigo sem mencionar que a ética da reprodução, conforme uma abordagem ecofeminista, se funda sobre uma

³⁶ Convencidas por esse princípio, algumas correntes ecofeministas experimentaram formas de vida coletiva, frequentemente lésbicas, autogeridas, em simbiose com a natureza. Ver, por exemplo, FLAMANT, 2015. Mas, Latour (2017) invoca a mesma ideia das ZAD, zonas a defender, como Notre-Dame-des-Landes.

³⁷ Ver, a propósito, o conceito de governança policêntrica desenvolvido por Thomas Bauwens e Sybille Mertens, “Economie sociale et gouvernance polycentrique de la transition” *in* CASSIERS. MARÉCHAL; MÉDA, p. 89-101: “pensar em termos de governança policêntrica significa embasar-se em duas noções-chave: de um lado, a pertinência do local e, de outro, a capacidade de auto-organização dos atores” (tradução nossa)

³⁸ “Uma fonte de vida, algo necessário para sustentar a vida e em torno do qual existe uma comunidade que se organiza para administrá-lo e curá-lo. É o que é necessário à vida, e, se limitado, deve ser gerenciado em conjunto” (BATALLA CUETO, 2019, tradução nossa)

³⁹ “Último lugar onde a sociedade negocia com ela mesma” (EWALD, 1986, tradução nossa).

alocação equitativa dos recursos, sendo que um dos recursos fundamentais que implica na reprodução (em sentido estrito: conceber e criar filhos; em sentido amplo: cuidar de outrem, da terra, assegurar a transmissão de conhecimentos), é o tempo, individual e coletivo. O tempo é necessário para cultivar a ligação com o outro, com a terra, e para se reapropriar dos espaços políticos. A proteção social, dado que visa a garantir recursos materiais, é uma ferramenta preciosa de libertação e de compartilhamento do tempo. A proteção social constitui, então, na perspectiva ecofeminista, um instrumento pertinente para “faire de l’écologie un enjeu de reproduction au sens large” (HACHE, *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016).⁴⁰

REFERÊNCIAS

AFEISSA, H. S. Solidarité versus identification, le débat entre écoféminisme et deep ecology. **Multitudes**, Paris, França, v. 2, n. 67, 2017, p. 94 à 101.

ARNSPERGER, C. Croissance. *In*: BOURG, Dominique; PAPAUX, Alain (Coord.). Dictionnaire de la pensée écologique, Paris: PUF, 2015.

JEAN-MARC, B. Daniel Tanuro, le capitalisme ne sera jamais vert. **Mediapart**, Paris, França, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://blogs.mediapart.fr/jean-marc-b/blog/060319/daniel-tanuro-le-capitalisme-ne-sera-jamais-vert>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BATALLA CUETO, P. Eco-féminisme, science et décroissance: Entretien avec Yayo Herrero. **Contretemps**, jan. 2019. Disponível em: <https://www.contretemps.eu/herrero-ecofeminisme-science-decroissance/> Acesso em: 1 jul. 2020.

CARSON, R. **Silent Spring**. Boston, EUA: Houghton Mifflin, 1962.

CASSIERS, I.; MARÉCHAL, K.; MÉDA, D. (Dir.). **Vers une société post-croissance**, intégrer les défis écologiques, économiques et sociaux. La Tour d’Aigues, Editions de l’Aube, 2017.

CHANCEL, C.; DEMAILLY, L.; WAISMAN, D.; GUIVARCH, C. Une société post croissance pour le xxie siècle - Peut-on prospérer sans attendre le retour de la croissance? **Studies**, Paris, França, Iddri, v. 08, 2013.

⁴⁰ “Tornar a ecologia uma questão de reprodução em sentido amplo” (HACHE, *in* HACHE; LARRÈRE; NOTÉRIS, 2016, tradução nossa).

ADEQUATIONS. **Contribution pour une transition écologique sociale et féministe**. 2019. Disponível em: www.adequations.org/spip.php?article2541. Acesso em: jul. 2020.

COSTANZA, R. et al. **Vivement 2050: programme pour une économie soutenable et désirable**. Paris, França: Les petits matins, 2013.

COYLE, D. Universal basic services are more important than income. **Financial Times**, Londres, Reino Unido, 20 abr. 2017.

D'EAUBONNE, F. **Ecologie et féminisme: révolution ou mutation**. 2. ed. Paris, França: Libre et solidaire, 2018.

DÉBARRE, C. En Sicile, le calvaire des migrants dans les serres de tomates. **Mediapart**, Paris, França, 15 ago. 2019.

ESPING-ANDERSEN, G. **The three worlds of welfare capitalism**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge Polity Press, 1990.

EWALD, F. **L'Etat Providence**. Paris, França: Grasset, 1986.

FEDERICI, S. **Caliban and the witch**. Nova Iorque, EUA: Autonomedia, 2004.

FERRARESE, E. Vivre à la merci. Le care et les trois figures de la vulnérabilité dans les théories politiques contemporaines. **Multitudes**, Paris, França, v. 2, n. 37-38, p. 132-141.

FISHER, B.; TRONTO, J. C. T. a Feminist Theory of Care. In: ABEL, Emily K; NELSON, Margaret K. **Circles of Care: Work and Identity in Women's Lives**. Nova Iorque, EUA: State University of New York Press, 1990.

FLAMANT, F. **Women's Lands Construction d'une utopie: Oregon, USA, 1970-2010**. Donnemarie-Dontilly, França: IXe Editions, 2015.

GANDON, A. L. L'écoféminisme: une pensée féministe de la nature et de la société. **Recherches féministes**, Quebec, Canadá, v. 22, n. 1, 2009, p. 5-25.

HACHE, E. (Dir.); LARRÈRE, C.; NOTÉRIS, E. **Reclaim: Recueil de textes écoféministes**. Paris, França: Cambourakis, 2016.

HALL, P. A. Policy Paradigms, Social Learning, and the State: The Case of Economic Policymaking in Britain. **Comparative Politics**, Nova Iorque, EUA, v. 25, n. 3, abr. 1993, p. 275-296.

HARRIBEY, J. M. Les théories de la décroissance : enjeux et limites. **Cahiers français**, Développement et environnement, Paris, França, n. 337, mar./abr. 2007, p. 20-26.

HARRIBEY, J. M. Un capitalisme sans croissance économique est-il possible ? **Alternatives économiques**, blog. 2011. Disponível em: <https://blogs.alternatives-economiques.fr/harribey/2011/02/22/un-capitalisme-sans-croissance-economique-est-il-possible>. Acesso em: 1 jul. 2020.

JACKSON, T. Prospérité sans croissance. **La transition vers une économie durable**. Bruxelas e Namur, Bélgica: De Boeck e Etopia, 2010.

LARRÈRE, C. Postface, l'éco-féminisme ou comment faire de la politique autrement. In HACHE, Emilie (Dir.); LARRÈRE, Catherine; NOTÉRIS, Emilie. **Reclaim: Recueil de textes écoféministes**. Paris, França: Cambourakis, 2016, p. 372 à 388.

LATOUCHE, S. Décroissance. In BOURG, D.; PAPAUX, A. (Coord.). **DICTIONNAIRE de la pensée écologique**. Paris: PUF, 2015.

LATOUR, B. **Où atterri?** Comment s'orienter en politique. Paris, França: La Découverte, 2017.

LAURENT, E. **Le bel avenir de l'État providence**. Paris, França: Les liens qui libèrent, 2014.

LAURENT, E.; POCHET, P. **Pour une transition sociale-écologique: Quelle solidarité face aux défis environnementaux ?** Paris, França: Les petits matins, 2015.

MEDA, D. **La Mystique de la croissance: Comment s'en libérer ?** Paris, França: Flammarion, 2013.

MELLOR, M. **Breaking the Boundaries: Towards a Feminist Green Socialism**. Londres, Reino Unido: Virago Press, 1992.

MELLOR, M. **Feminism and Ecology**. Nova Iorque, EUA: New York University Press, 1997.

MIES, M.; SHIVA, V. **Ecofeminism**. Londres, Reino Unido: Zed Books, 1993.

NAESS, A. The Shallow and the Deep Long Range Ecology Movement. *In* WITOSZEK, Nina; BRENNAN, Andrew. **Philosophical dialogues**. Nova Iorque, EUA: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

PACTE SOCIAL & ÉCOLOGIQUE. **Manifeste por un pacte social & écologique**. 2020. Disponível em: <http://www.pactesocialecologique.org>. Acesso em: 1 jul. 2020.

PLANT, J. (dir.). **Healing the Wounds: The Promise of Ecofeminism**, Londres, Reino Unido: Green Print, 1989.

PORTES, J.; REED, H.; PERCY, A. **Social prosperity for the future: A proposal for Universal Basic Services**. Londres, Reino Unido: UCL Institute for Global Prosperity, 2017.

RAMAUX, C. Tribune, **Le Monde**, França, 15 ago. 2019. Disponível em: https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/08/15/christophe-ramaux-les-collapsologues-ravalent-le-politique-a-un-mode-religieux_5499586_3232.html. Acesso em: 1 jul. 2020.

SALLEH, A. Les femmes entre nature, travail et capital au cœur de la plus forte des contradictions. Les défis de l'écoféminisme. **Écologie politique**, 1996, p. 107-128.

SUPIOT, A. Du savoir à la connaissance de la pauvreté. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille; VAUCHEZ, André. **Quand les plus pauvres deviennent acteurs**. Paris, França: Académie des inscriptions et Belles-Lettres, 2019, p. 65-74.

SUPIOT, A. **La gouvernance par les nombres**, cours du Collège de France 2012-2016. Paris, França: Fayard, 2016.

TABET, P. Fertilité naturelle, fertilité forcée. *In*: MATHIEU, Nicole-Claude (dir.), **L'arraisonnement des femmes**. Paris, França: École en hautes études en sciences sociales, 1985, p. 61-146.

TRONTO, J. **Un monde vulnérable: Pour une politique du care**. Paris, França: La Découverte, 2009.

VIELLE, P. **La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales: une approche de genre**. Bruxelles, Bélgica: Bruylant, 2001.

VIELLE, Pascale; POCHET, Philipe; CASSIERS, Isabelle.
L'Etat social actif: vers un changement de paradigme ? Bruxelles,
Belgica: Pie P. Lang, 2005.

WARREN, Karen. **Ecological Feminism**. Londres, Reino
Unido: Routledge, 1994.

WARREN, Karen. Le pouvoir et la promesse de l'écoféminisme,
traduzido por H. S. Afeissa, **Multitudes**, 2009, n° 36, p.170-177.

A PROSTITUIÇÃO, REFÊM PERMANENTE DO DISCURSO DO TRÁFICO DE PESSOAS

PROSTITUTION, A PERMANENT HOSTAGE OF HUMAN TRAFFICKING DISCOURSE

Esther Pomares Cintas*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O impacto da prostituição de mulheres migrantes e sua gestão política na Liga das Nações. 2.1 Dilemas Propostos. 2.2 Metamorfoses do conceito de Tráfico de Mulheres. 2.3 Novos dogmas na agenda política internacional sobre Tráfico de Mulheres. 3 Medidas de combate, em nome do tráfico, contra a presença de mulheres-migrantes-prostitutas. 3.1 A criminalização internacional do ambiente de exercício da prostituição e do perfil dos deslocamentos migratórios contemporâneos. 3.2 A conformação de um novo estatuto das vítimas. 4 Resultados: Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (1949) e sua funcionalidade como instrumento de repressão de fluxos migratórios. 5 Reflexões sobre o impacto do discurso do tráfico de pessoas na atualidade. Referências.

RESUMO: A história das políticas internacionais repressivas voltadas para o controle dos fluxos migratórios contemporâneos, de uma imigração econômica não qualificada, surgiu com a gestão, dentro da Liga das Nações, do êxodo intra-europeu e transcontinental de mulheres prostitutas europeias do fim do século XIX e início do século XX, denominado como “tráfico de escravas brancas” ou “tráfico de brancas”. A análise da documentação registrada nos arquivos da Liga das Nações tem permitido examinar as chaves (intenções) das agendas políticas internacionais a respeito do tráfico de pessoas que se forjaram a mercê da realidade migratória daquelas mulheres. Tais documentos revelam significativas questões de fundo: a formação de uma ideologia que toma fortemente a prostituição como refém do discurso do tráfico de pessoas, incapacitando mulheres adultas no campo da prestação voluntária e retribuída de serviços sexuais, como medida para erradicar a prostituição vista como uma oportunidade de trabalho que facilita a migração. Dado que atualmente os fluxos migratórios de quadros não qualificados e empobrecidos de pessoas não cessarão, porque os fatores que os impulsionam demonstram uma vocação de permanência, o velho discurso político retorna hoje sobre seus passos: volta-se a situar o trabalho sexual no paradigma do conceito de tráfico de pessoas, entendido como ferramenta de contenção dos fluxos migratórios “incômodos”, sob um fundamento reducionista e especulativo que busca o mesmo

* Professora Titular da Universidad de Jaén, Espanha.

Este trabalho faz parte dos Projetos de Pesquisa “Escravidão contemporânea e o tráfico de pessoas no contexto internacional, nacional e andaluz: um estudo jurídico multidisciplinar e transversal” (P18-RT-2253P), Universidade de Granada; e “Crimes contra a liberdade e indenização sexual: solução para problemas práticos” (Ref. PGC2018-098549-B-I00), Universidade de Granada.

Traduzido por Paulo César Corrêa Borges, professor assistente doutor da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, e Ana Carolina Garcia, Mestranda no programa de Pós-graduação em Direito da mesma instituição.

Artigo recebido em 26/04/2020 e aceito em 26/04/2021.

Como citar: CINTAS, Esther Pomares. A prostituição, refém permanente do discurso do tráfico de pessoas. Tradução de Paulo César Corrêa Borges e Ana Carolina Garcia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 141-167. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>

objetivo, qual seja, “evitar a ideia de que a prostituição pode ser uma solução para as mulheres migrantes na Europa” (Resolução do Parlamento Europeu de 26 fevereiro de 2014). Analisaremos pormenorizadamente as questões-chaves deste discurso e seu impacto na atualidade.

Palavras-chave: tráfico de pessoas. controle migratório. prostituição. vitimização da mulher migrante e prostituta.

ABSTRACT: *The history of repressive international policies to control contemporary migratory flows, of unqualified economic immigration, emerged with the management, within the League of Nations, of the intra-European and transcontinental exodus of European prostitutes from the end of the 19th and beginning of the 20th century, called “white slave trade”. The analysis of the documentation recorded in the Archives of the League of Nations has made it possible to examine the keys to the international political agendas on human trafficking that were forged at the mercy of that migration reality of women. They reveal significant substantive issues: the shaping of an ideology that takes prostitution as a hostage to a discourse on trafficking in human beings, aimed at disabling adult women in the area of voluntary paid sexual services, as a measure to eradicate prostitution as a job opportunity that facilitates migration. Given that today the migratory flows of unqualified and impoverished cadres will not cease because the factors that drive them have the vocation of permanence, the old political discourse returns today to its steps: sex work is once again placed in the paradigm of a concept of trafficking in human beings understood as a tool for containing “annoying” migratory flows, on a reductionist and speculative basis that seeks the same objective: we must “avoid the idea that prostitution can be a solution for migrant women in Europe” (European Parliament resolution of 26 February 2014). We will analyze in detail the keys of this discourse and its impact today.*

Keywords: *Trafficking in human beings. migration control. prostitution. victimization of migrant women and*

prostitutes.

INTRODUÇÃO

A presença de mulheres estrangeiras, que encontram na prostituição uma oportunidade certa de trabalho que lhes possibilita migrar, tem sido compreendida e reconduzida estrategicamente, desde o marcado fenômeno migratório intra-europeu e transcontinental de prostitutas europeias entre final do século XIX e início do século XX, por meio do discurso do Tráfico de pessoas, originariamente denominado “tráfico de brancos” ou “tráfico de escravas brancas” e posteriormente de “tráfico de pessoas com finalidade de exploração sexual”. A gestão política desses deslocamentos transnacionais de mulheres determinaria a gestão dos futuros fluxos migratórios de trabalhos semelhantes – de setores não qualificados e empobrecidos – em escala internacional.

No referido período, um contexto de crises pós-guerra se abria, caracterizado pelo protecionismo econômico extremo, ascensão do puritanismo e da restrição de cotas de imigração (FONTANA, 2017; ZWEIG, 2001). Contemplar, de modo geral, um perfil migratório consentido

ou voluntário de trabalhadoras sexuais estrangeiras levantava questões que não eram fáceis de se abordar, nem compreender. Aquilo poderia ser identificado como Tráfico de pessoas? Que medidas deveriam ser tomadas?

Essa realidade, suas características principais, os prismas a partir dos quais é analisada, os desafios que suscita e seu impacto político, são trazidos à luz através de um exame atento do material registrado nos Arquivos da Liga das Nações – Biblioteca das Nações Unidas em Genebra – realizado pelo sociólogo belga da Universidade de Lovaina – J. M. Chaumont (Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d'un fleau. Paris, 2009).

A escala, idiossincrasia e repercussão social e econômica desse movimento de “prostituição migrante” de mulheres, geralmente maiores de idade, encontraram, em um período de crises agudas, a conjuntura politicamente propícia para criarem, em escala internacional, a oportunidade de elaboração de um novo marco normativo mundial. O objetivo era arbitrar instrumentos que permitissem analisar aquele cenário impactante – pela condição das mulheres-prostitutas-migrantes – por meio do termo grosseiro de “Tráfico de pessoas”; uma ferramenta terminológica necessária para gerar e armar a estratégia, também em âmbito internacional, consistente em implementar medidas de contenção e repressão de deslocamentos transfronteiriços, diante de uma previsão de repetição de fluxos migratórios de trabalho dessa ordem (imigração econômica não qualificada de setores empobrecidos).

Para isso, era necessário primeiro estabelecer as bases que colocariam em marcha uma manobra magistral de metamorfose conceitual, de conversão de um cenário de “prostituição migrante” voluntária de mulheres, para o patamar de “Tráfico de Mulheres com finalidade de exploração sexual”. E dar início, em consequência, a uma solução política que permitiria reprimir e conter os fluxos migratórios desse perfil.

Uma questão crucial era, portanto, o desafio enfrentado pela Comissão Especial de Peritos em Tráfico de Mulheres e Crianças, nomeado pelo Conselho da Liga das Nações, e composto por 8 membros (mulheres e homens) de diferentes nacionalidades (Bélgica, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Reino Unido, Suíça e Uruguai). A análise da documentação registrada nos Arquivos tem permitido estudar as questões chaves que envolvem a metamorfose conceitual do Tráfico que se forjou a mercê daquela escandalosa realidade migratória de mulheres. As questões de fundo abordadas pela Comissão de Especialistas revelam os contextos,

seus protagonistas, corporificados detalhadamente nos documentos, estudos e atas das deliberações e intervenções de seus membros ao longo de 74 reuniões, distribuídas em 7 períodos de sessões, entre abril de 1924 e novembro de 1927 (CHAUMONT, 2009). O relatório, dividido em duas partes, foi levado ao Conselho da Liga das Nações, entre 1927 e 1928.

Este processo de transformação foi forjando uma ideologia que agora toma com força a prostituição como refém do novo discurso do tráfico de pessoas, e que tende a incapacitar mulheres adultas, inseridas no campo da prestação de serviços sexuais, como meio de proibir a prostituição como uma forma de trabalho facilitador da migração.

A retórica daquela Comissão, traduzida em suas deliberações, é o legado da visão contemporânea do tráfico de pessoas e da sua função integrada às políticas internacionais de controle dos atuais fluxos migratórios.

Vejamos então os pontos-chaves deste discurso e seu impacto na atualidade.

1 O IMPACTO DA PROSTITUIÇÃO DE MULHERES MIGRANTES E SUA GESTÃO POLÍTICA NA LIGA DAS NAÇÕES

Entre o final do século XIX e início do século XX, inicia-se um intenso período de deslocamentos migratórios de mulheres europeias de diferentes procedências¹ (CHAUMONT, 2009), em sua maioria prostitutas nos países de origem², tanto dentro da Europa como para outros continentes – para a América do Norte e para alguns países da América Latina.

Naquele significativo período, a regulamentação da prostituição, sem prejuízo de suas particularidades e variantes, se achava estendida em grande parte do continente europeu e também americano³ (CHAUMONT, 2009; MAQUEDAABREU, 2007). Entretanto, em distintos países europeus, o número de locais de prostituição havia diminuído consideravelmente, com uma diminuição ainda mais drástica após a primeira Guerra Mundial. Em quase toda a Europa, a prostituição já não oferecia recursos suficientes para a sobrevivência⁴ (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012; ZWEIG, 2001),

¹ Sobretudo polonesas, russas, romenas, alemãs e francesas.

² Também dançarinas de cabaré e outras categorias profissionais, veja-se a Primeira parte do Relatório da Comissão Especial de Especialistas sobre Tráfico de Mulheres e Crianças (CHAUMONT, 2009).

³ México, Argentina, Uruguai. Também se desenvolveu um segundo itinerário de mulheres europeias para o Egito e países do Norte da África, como a Tunísia, através de prostitutas francesas.

⁴ Desde meados do século XIX, na maioria dos países europeus, e, no início do século

o que deu início a uma mudança de destino geográfico de mulheres, que, mantendo a mesma ocupação, buscavam melhorar suas condições de vida. Houve aumento no êxodo de prostitutas estrangeiras para outros continentes, especialmente o americano ⁵(CHAUMONT, 2009). A imensa maioria das mulheres trabalhadoras (adultas) que se deslocavam, se dirigia, por meio da intermediação de terceiros, que lhes facilitavam burlar os controles das fronteiras e cuidavam de sua colocação, para países nos quais existia regulamentação da prostituição ou se tolerava a migração como uma possível opção (CHAUMONT, 2009).

1.1 Dilemas Propostos

A dimensão e a idiossincrasia de um movimento de “prostituição migrante” de mulheres, geralmente maiores de idade – maiores de 20 ou 21 anos, de acordo com legislação internacional vigente nos anos de 1910 e 1921, respectivamente⁶ – levantou uma grave preocupação em escala internacional, suficiente para assinalar o “fenômeno” de repercussões socioeconômicas, como um problema migratório “realmente grave” (CHAUMONT, 2009, p. 142)⁷. Constituiu-se um terreno propício para supervisionar, a partir da Liga das Nações, a aplicabilidade do marco internacional vigente sobre o denominado “tráfico de brancos”. O fato de serem, de modo geral, deslocamentos transnacionais de trabalhadoras sexuais estrangeiras de forma consentida⁸, deslocamentos estes facilitados por terceiros intermediários, suscitava questões difíceis de serem abordadas ou compreendidas a partir das normas existentes.

Com efeito, o primeiro passo foi atualizar a denominação ou termo “tráfico de escravos brancos”, empregado pelos Acordos internacionais para a repressão do tráfico de escravos brancos, de 18 de maio de 1904, e de 4 de maio de 1910, anteriores a fundação da Liga das Nações. Admite-se uma nova denominação, em virtude do Acordo Internacional para a repressão do Tráfico de Mulheres e crianças, de 30 de setembro de 1921, que passa a formar parte do acervo normativo da Liga das Nações.

XX, também na América do Norte, “a prostituição ainda era tolerada, de um modo geral” (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 3, 10; ZWEIG, p. 117 ss).

⁵ Esse estado de coisas se reflete nas reuniões da Comissão de Especialistas na Sexta Sessão

⁶ A maioria foi atingida aos 20 anos, de acordo com a Convenção Internacional de 4 de maio de 1910 para a Supressão do Tráfico de Escravos Brancos; Foi elevado para 21, de acordo com a Convenção Internacional de 30 de setembro de 1921 para a Repressão ao Tráfico de Mulheres e Crianças.

⁷ Primeira parte do Relatório do Comitê de Especialistas (p. 49).

⁸ Veja-se mais adiante.

Contudo, este instrumento se limita a reproduzir o conteúdo do anterior (1910), pois não se havia previsto até então, modificar o conceito de tráfico internacional de mulheres: somente aumentar a maioridade para 21 anos cumpridos (art. 5). Por meio da cláusula de remissão expressa, o Acordo de 1921 (arts. 2 e 3) confirma a vigência da definição de Tráfico prevista no Acordo de 1910, que pretende manter, sem desvirtuar seus substrato, os elementos que caracterizam o tráfico de escravos – elementos abusivos, coercitivos, violentos ou enganosos – pensando, assim mesmo, nas hipóteses de efetiva retenção contra sua vontade, de uma mulher ou uma jovem, em uma casa de prostituição⁹.

Artigo 2 (Acordo de 1910): Deve ser punida qualquer pessoa que, para satisfazer as paixões de outrem, mediante fraude ou violência, abuso de autoridade ou qualquer outro meio de coação, contrate, sequestre ou seduza a uma mulher ou jovem maior de idade, com propósitos sexuais, ainda quando os diversos atos constitutivos da infração tenham sido cometidos em países diferentes¹⁰.

Em outras palavras, a regulação legal vigente naquele tempo não separa o conceito de tráfico de pessoas de sua essência como um prelúdio para uma exploração semelhante à escravidão. É um marco internacional que reconhece às mulheres maiores de idade, capacidade de decidir livremente, concebendo, em um plano distinto do tráfico e da escravidão sexual, a questão da prostituição e sua regulamentação, como espaço de emancipação.

Na época, a Ligas das Nações criou uma Comissão consultiva permanente que, na sessão de 24 de março de 1923, suscitou ao Conselho três questões chaves relacionadas a este cenário migratório de prostitutas europeias. Em primeiro lugar, se o fenômeno representava realmente um retorno contemporâneo à questão do tráfico de escravos, ou seja, se seria possível afirmar a existência de um tráfico internacional de mulheres com a finalidade de serem prostituídas, entre Europa e América, em virtude da concepção dos Acordos de 1910 e 1921; em segundo lugar, havendo intervenção de terceiros na operação transfronteiriça, se faria necessário

⁹ Seção D, Anexo ao Protocolo de Encerramento da Convenção de 1910, da qual faz parte integrante. O Preâmbulo da Convenção de 18 de maio de 1904 para a Supressão do Tráfico de Escravos Brancos também menciona, com relação às mulheres maiores de idade, os termos de abuso ou coerção para a prestação de serviços sexuais.

¹⁰ A classificação é diferente quando a vítima é menor. Artigo 1.º: Aquele que, para satisfazer as paixões de outrem, tenha contratado, sequestrado ou seduzido, ainda com o seu consentimento, uma mulher ou uma menina menor, com fins licenciosos, mesmo quando os vários atos que constituem ofensa tenham sido cometidos em diferentes países.

analisar os métodos de recrutamento de mulheres e sua mobilidade/transferência; e por último, quais medidas seriam idôneas e eficazes, em âmbito internacional, para controlar e reprimir esse perfil de deslocamentos transnacionais (CHAUMONT, 2009, p. 57,66)

Para dar resposta a estas perguntas, foi criado um Comitê de especialistas sobre o tráfico de mulheres e crianças, composto por 8 membros (mulheres e homens) de distintas nacionalidades (CHAUMONT, 2009, p. 10, 12 ss, 63 ss).

Os estudos encomendados pela Comissão para uma análise de campo acerca das características do êxodo intra-europeu e transcontinental de prostitutas europeias¹¹ não demonstravam, de acordo com os parâmetros internacionais então vigentes, (Acordos de 1910 e 1921), um diagnóstico ou identificação de tráfico de pessoas em relação à grande maioria das mulheres que protagonizavam estes deslocamentos naquele momento histórico; tais deslocamentos não se apoiavam, via de regra, nas características de imposição de força, coerção, engano ou abuso sobre as mulheres; não foram obrigadas por terceiros a sair de seus países nem a exercer a prostituição em outro. Em resumo, não satisfaziam o retrato de um deslocamento transfronteiriço de mulheres para serem submetidas a serviços sexuais forçados, a uma exploração em condições semelhantes à escravidão como seu destino imediato¹².

Os casos que haviam sido detectados sob estas terríveis características eram pontuais ou exceções¹³ e não se apresentavam suficientes para formar um fenômeno criminal de tráfico internacional de pessoa em grande escala.

Era evidente que a visão do tráfico de pessoas, atualizada no Acordo Internacional de 30 de setembro de 1921 para a repressão do tráfico de mulheres e crianças, se mostrava incapaz de dar resposta a uma modalidade de deslocamentos de mulheres estrangeiras que representavam outra coisa: uma nova realidade, um fenômeno humano de dimensão socioeconômica, que não poderia ser compreendido como semelhante ao tráfico de escravas (sexuais). Em consequência, em sua grande maioria, as mulheres envolvidas nos deslocamentos ou transferências

¹¹ Particularmente influentes foram as análises empíricas de Abraham FLEXNER (1914), e George J. KNEELAND (1913, edição atualizada em 1917). Ver mais adiante.

¹² Isso se reflete nas deliberações que ocorreram durante a segunda Sessão do Comitê. (CHAUMONT, 2009, p. 89 ss).

¹³ Isso é destacado pela análise de FLEXNER: 93, que foi uma referência para o Comitê de Peritos, como se manifestou na Primeira Parte do Relatório (p. 11, 20). (CHAUMONT, 2009, p. 70 ss, 88, 188-190).

que ocorriam entre fronteiras não poderiam ser consideradas vítimas do tráfico, no sentido estrito do termo¹⁴, se dirigiam para países nos quais existiam regulamentação da prostituição, como uma opção para migração (CHAUMONT, 2009, p. 29, 30, 77): eram, de modo geral, migrações de caráter laboral, consentidas.

Em resumo, não seria possível abordar o fenômeno objeto de investigação a partir dos instrumentos internacionais vigentes¹⁵. Diante disso, restando consciente o Comitê de Especialistas acerca deste estado das coisas, e anulando a vontade política de analisar se o sistema de regulamentação da prostituição poderia influenciar nesse diagnóstico geral (ausência de tráfico e de exploração escrava), o discurso muda para outro nível, pois outros eram os objetivos que se pretendiam alcançar em um contexto socioeconômico de protecionismo ilusório e ferrenho controle da imigração: abrir a porta para a gestão e contenção repressiva dos fluxos migratórios prejudiciais. Era o momento propício para envolver a prática da prostituição em um paradigma distinto.

A única voz discordante do grupo de especialistas, a única voz reivindicativa de um debate sensato e rigoroso, se corporificava no especialista francês, Félicien J. L. Hennequin, presidente da associação francesa para a repressão do tráfico de mulheres, pois ele insistia que o fenômeno migratório que se analisava “não seria tráfico propriamente dito”, uma vez que não se apoiava em imposição de força, engano ou abuso sobre as mulheres, e tampouco seu destino laboral era de caráter escravo¹⁶. Essa “voz da consciência” do Comitê, logo se apagou. Sua morte abriu caminho para o consenso necessário que seria adotado no Relatório Final (CHAUMONT, 2009, p. 91, 95, 194)¹⁷.

O sistema de regulamentação da prostituição se converte agora no foco de atenção por ser considerado fator de atração de tais movimentos

¹⁴ Não poderia ser concebido como uma “verdadeira organização internacional voltada para a promoção do tráfico”. Primeira parte do Relatório (pág. 27). (CHAUMONT, 2009, p. 70).

¹⁵ Isso foi reconhecido na primeira parte do Relatório, p. 13, 49, e nas deliberações do Sexto período de Sessões (CHAUMONT, 2009, p. 67, 142, 143).

¹⁶ Debate que ocorre durante a segunda sessão do Comitê (CHAUMONT, 2009, p. 89 e ss., 191).

¹⁷ Ele foi substituído pelo especialista francês Pierre Le Luc, que também se opôs a qualquer extensão da terminologia que quebrasse o conceito internacional de tráfico. Sétima sessão. Essa posição foi finalmente silenciada pela vasta maioria sob a fórmula do consenso (CHAUMONT, 2009, p. 65).

migratórios, porque favorece a presença de prostitutas estrangeiras em outros territórios.

1.2 Metamorfoses do conceito de Tráfico de Mulheres

O Comitê de Especialistas sobre o Tráfico de Mulheres e Crianças da Liga das Nações não demorou para aproveitar essa conjuntura e eliminar obstáculos terminológicos que, até então, não permitiam que se adotassem decisões políticas de alcance significativo na gestão de fluxos migratórios prejudiciais distintos do tráfico de escravos. Para dar uma resposta positiva para as interpretações levantadas pelo Conselho da Liga das Nações sobre a existência de tráfico de prostitutas entre Europa e América, o Comitê tomou, sob a forma de consenso, a decisão de envolver o fenômeno que se estava produzindo no “papel de tráfico”, como comércio de mulheres para exploração sexual (CHAUMONT, 2009, p. 89)¹⁸, para propor aplicar, finalmente, medidas de combate e prevenção para o que desejava qualificar como “fenômeno criminal internacional” (CHAUMONT, 2009, p. 76).

Para remover o “obstáculo” derivado da aplicação das normas vigentes sobre o tráfico e poder examinar aquele fenômeno sob o diagnóstico de outra noção de “tráfico” (CHAUMONT, 2009, p. 89)¹⁹, o Comitê aproveitou e instrumentalizou a atração midiática dos movimentos abolicionistas²⁰ – especialmente a Federação abolicionista internacional e organizações privadas governamentais colaboradoras – que também empreendiam sua própria cruzada, precisamente no calor da comoção social de uma prostituição migrante, sob uma ideologia que se centrava principalmente em valores de higiene social europeia e norte-americana da época (CHAUMONT, 2009, p. 24 ss., 38, 41 ss). Não em vão, a causa abolicionista se encontrava representada no Comitê e integrada de antemão no conteúdo de suas deliberações. Entre seus membros, destaca-se Cristina G. Bandini, princesa italiana fundadora da União de mulheres italianas católicas e membro da presidência da União Internacional de mulheres católicas; Albert de Meuron, evangelista, membro ativo desde final do século XIX da Federação abolicionista internacional; e a médica Paulina Luisi, uma das fundadoras do movimento abolicionista na Argentina e Uruguai (CHAUMONT, 2009, p. 15-17).

¹⁸ Ideia sublinhada durante a segunda sessão do Comitê.

¹⁹ Segundo período de Sessões do Comitê.

²⁰ Uma situação perturbadora para outros membros do Comitê, como fica claro nas deliberações da Quinta sessão, do presidente do Comitê Nacional Suíço para a Repressão ao Tráfico de Mulheres, Alfred De Meuron (CHAUMONT, 2009, p. 93).

Com efeito, dava-se novamente voz à ideologia abolicionista no seio da Liga das Nações, depois de ser silenciada por ocasião da elaboração do Acordo Internacional para a repressão do tráfico de escravas brancas, de 4 de maio de 1910, um instrumento internacional claramente desconfortável para posições abolicionistas porque separava materialmente a luta contra o Tráfico Internacional de Mulheres da questão da regulamentação da prostituição, como realidades que deviam ser concebidas em planos conceituais distintos. A Federação Abolicionista Internacional se apoiou, portanto, nesta visão do Tráfico e não foi representada na Liga das Nações após a Primeira Guerra Mundial. Mas voltou energicamente à tona, precisamente aproveitando a condição de um modo de ser: mulheres-prostitutas-migrantes. A presença esmagadora de prostitutas europeias em outros territórios, sinalizava a deterioração da moralidade do país de origem, projetando-se no país de destino: elas representavam a degradação psíquica e moral da espécie humana (CHAUMONT, 2009, p. 66, 147, 182). Era, pois, um fenômeno que afetava a “higiene social, a moral e o interesse do futuro da raça” (CHAUMONT, 2009, p. 97)²¹.

Foi lançada campanha midiática baseada no alarde teatral do Tráfico, por meio de dramatizações que projetavam ao imaginário coletivo europeu e americano os casos isolados ou residuais do tráfico de escravas sexuais, convertidos agora em “práticas generalizadas” (CHAUMONT, 2009, p. 33)

Por outro lado, consolidar aquela manobra terminológica sobre o tráfico de pessoas requeria apoiar-se em estudos empíricos que corroboraram a necessidade de estender seu conceito para outra vertente. O Comitê se baseou, fundamentalmente, em duas investigações impulsionadas pelo magnata John D. Rockefeller Jr, patrocinadas e financiadas pela Oficina de Higiene Social, fundada em Nova York, por ele presidida (CHAUMONT, 2009, p. 16, 39 ss)²²: G. KNEELAND -*Commercialized Prostitution in New York City, 1913-*, y A. FLEXNER, -*Prostitution in Europe, 1914*²³.

Ambos os estudos centralizaram a chave dos deslocamentos transfronteiriços de mulheres nos sistemas de regulamentação da prostituição. E, ao mesmo tempo, contribuíram com outra investigação:

²¹ Primeira parte do Relatório (p. 20).

²² Precisamente dois dos membros do Comitê de Especialistas estavam vinculados à Associação Americana de Higiene Social: o presidente do Comitê, o médico William F. Snow, também era diretor da Associação. E Bascom Johnson, diretor da seção jurídica da American Social Hygiene Association, supervisionou essas análises empíricas, por iniciativa de Snow.

²³ Em ambos os estudos empíricos (CHAUMONT, 2009, p. 40 ss, 50 ss), eles apresentam uma introdução de John D. Rockefeller Jr.

partir dos dados empíricos se desenvolveu, sob a esteira do ordenamento norte-americano sobre “tráficos de escravas brancas” - White-slave traffic Act., de 25 de junho de 1910 (H.R.12315) – fiel retrato de um contexto socioeconômico de protecionismo elevado à ilusão e de ferrenho controle de fluxos migratórios (FONTANA, 2017, p. 133 ss)²⁴. As seções 2 e 3 criminalizam o transporte doloso de mulheres maiores de idade (18 anos), dentro do território norte-americano, ou transfronteiriço, para outro país ou para os Estados Unidos (de acordo com o esclarecimento da Seção 1) para exercício da prostituição ou outros fins imorais²⁵.

Graças aos dogmas abolicionistas da época, que identificavam automaticamente a prostituição como forma de escravidão (CHAUMONT, 2009, p. 38)²⁶, e a crucial influência da regulação norte-americana sobre o tráfico de escravas brancas, que também apostava por estes dogmas, o caminho estava preparado para geração de um novo fenômeno de tráfico a combater. Assim, sobrerepresentada, se arraigou a convicção de que esse cenário caracterizava um “tráfico de grande escala e de natureza escravista” (CHAUMONT, 2009, p. 33): se quis ouvir o “barulho do tráfico” onde ele não existia, uma espécie de tráfico internacional de mulheres, um alarde que finalmente conseguia silenciar as isoladas posições críticas no seio do Comitê, que restaram absorvidas pelo consenso (CHAUMONT, 2009, p. 33 ss).

Ao calor daquele ambiente favorável, o Comitê de especialistas propôs uma concepção de Tráfico de pessoas deliberadamente alheio ao contexto de abuso, coerção ou violência, na linha de uma exploração forçada, que lhe permitiria, sem dificuldade, requalificar e reprimir quadros migratórios semelhantes sob a voz contundente de tráfico de mulheres de um país para outro com a finalidade de exploração sexual²⁷: ao final do presente estudo, o tráfico sexual internacional foi definido como

²⁴ Foi um período de extremo conservadorismo e puritanismo nos Estados Unidos, também causado pela crise econômica do pós-guerra: anos de protecionismo, fechamento de fronteiras, redução das cotas de admissão de imigrantes, principalmente do sul da Europa. Há uma crescente desigualdade, o aumento do racismo e um clima político repressivo. Ver mais detidamente GRITNER (1990).

²⁵ Esses comportamentos são puníveis com multa de até US \$ 5.000 ou pena de prisão de até 5 anos, ou ambos. Se a conduta for praticada com menores de 18 anos, a pena sobe para \$ 10.000 e 10 anos de prisão (Seção 4). Sobre a validade atual da incriminação desses comportamentos na legislação norte-americana sobre tráfico de pessoas, vide VILLACAMPA ESTIARTE (2012, p11 e seguintes).

²⁶ As abordagens abolicionistas deviam, em parte, aos valores da Sociedade Religiosa de Amigos (Quakers), que defendia a abolição da escravidão (representada por Josephine Butler, a fundadora da Federação Abolicionista Internacional).

²⁷ Segunda sessão do Comitê. Primeira parte do Relatório.

“recrutamento direto ou indireto e transporte de mulheres a outro país, com intenção de lucro, para a satisfação sexual de uma ou várias pessoas” (CHAUMONT, 2009, p. 95)²⁸.

Alcançado o objetivo: o Comitê respondeu, mediante um exercício de contorcionismo, à primeira questão que justificou sua criação. Em nome deste outro conceito desvirtuado ou vazio de tráfico, se tinha agora a resposta estrategicamente formulada para o que era mais uma modalidade de colaboração ou favorecimento da imigração irregular de imigrantes econômicos não qualificados (CHAUMONT, 2009, p.28, 34, 113 ss; ATTWOOD, 2016, p. 115 ss) (representada então por mulheres que encontravam no exercício da prostituição uma oportunidade de migrarem), e que retrata precisamente o perfil contemporâneo dos fluxos migratórios de trabalho, caracterizado pela intervenção de terceiros em diferentes etapas da operação de deslocamento transnacional, tendo em conta as dificuldades do deslocamento; transporte e colocação das mulheres, em busca de melhores condições de vida.

Aquela definição plástica de tráfico, que permitia englobar quadros migrantes mais amplos, apresentava-se como ideal para justificar e implantar medidas repressivas de diferentes tipos, visando sua contenção, como se verá adiante.

1.3 Novos dogmas na agenda política internacional sobre tráfico de mulheres

Dado que a metamorfoseada visão do tráfico não exige um tecido abusivo ou coercitivo sobre a pessoa deslocada/traficada, - como assinalado em seguida - o novo dogma que se integra à ideologia do Comitê de Especialistas da Liga das Nações está posto: existe tráfico de mulheres porque existe regulamentação da prostituição. Por isso, de agora em diante, a ideia de neutralizar os fatores de atração que estimulam perfis migratórios suscetíveis de enquadrarem-se no redefinido (e desvirtuado) modelo de tráfico, se coloca no centro da agenda política internacional sobre o Tráfico.

Em uma época em que o puritanismo atingia o auge, assim como o protecionismo econômico, a xenofobia e o fechamento das fronteiras, a influência das investigações financiadas pela *Oficina de Higiene Social* norte-americana (os relatórios de KNEELAND e FLEXNER) marcou as premissas e os objetivos do Comitê: o objeto de atenção se concentrou no papel da regulamentação da prostituição que reinava naquela época e

²⁸ Primeira parte do Relatório, p. 10.

nos bordéis ou “casas de tolerância”, ou seja, no entorno da prestação de serviços sexuais por conta alheia e sua demanda, que passou a representar causa principal e direta do tráfico internacional de mulheres (CHAUMONT, 2009, p. 67, 68)²⁹.

Neutralizar esse fator de atração requeria sua abolição em um plano internacional. Para tanto, o foco se redireciona para o sistema regulamentado de prostituição, em quanto este sistema favorece ou facilita a presença de prostitutas estrangeiras em outros territórios. A razão era clara: havia necessidade de se erradicar a concepção do exercício da prostituição como uma oportunidade possível ou lícita para migrar (CHAUMONT, 2009, p. 89)³⁰.

Na realidade, essa vinculação entre Tráfico de Pessoas e regulamentação da prostituição se torna trivial, retroalimentada pelos dogmas dos movimentos abolicionistas da época, cuja ideologia paralela, originariamente puritana e moralista, traz à tona (CHAUMONT, 2009, p. 7, 8 ss., 41 ss)³¹. Deve-se levar em conta que, se os deslocamentos de mulheres para serem submetidas a uma exploração sexual forçada (serviços forçados) foram o objeto direto da persecução, não caberia manter em absoluto uma conexão ou ideia de semelhança entre um tráfico entendido como preparo de um destino exploratório escravista e a regulamentação da prostituição ou com a própria prostituição (CHAUMONT, 2009, p. 105, 111, 112)³².

A partir da incorporação deste dogma ao acervo do Comitê de Especialistas sobre o tráfico de mulheres, foram preenchidas as questões formuladas ao Conselho da Liga das Nações. Se consegue, também, instrumentalizar a reivindicação dos movimentos abolicionistas para *globalizar a revogação da regulamentação da prostituição* e o desaparecimento dos locais ou casas de prostituição. Logrado o objetivo: se incorpora como assunto prioritário na agenda política internacional relacionada à prevenção do Tráfico de Mulheres e, com isso, foge-se automaticamente de todo o debate sobre as vantagens ou inconvenientes

²⁹ Isso é demonstrado pelas deliberações do Comitê durante a Sexta Sessão. (CHAUMONT, 2009, p. 75, 110). Foi concebido como um estímulo ao tráfico internacional na primeira parte do Relatório, pág. 54.

³⁰ Segundo período de sessões.

³¹ Nesse contexto, a fundadora da Federação Abolicionista Internacional, Josephine Butler, sustentava em 1869 que o sistema de regulamentação da prostituição favorecia claramente o comércio internacional de prostitutas.

³² Precisamente, na sexta sessão, alguns dos especialistas da Comissão questionaram a estreita ligação entre a prostituição e o tráfico, a ponto de considerá-la uma visão “exagerada”, como afirmou anteriormente na primeira sessão, o perito Francês, FJL Hennequin.

de um eventual sistema de regulação da prostituição ou sobre hipotéticas modificações de modelos alternativos (CHAUMONT, 2009, p. 106)³³.

Restava a última das questões: elaborar medidas eficazes de contenção e combate contra a nova modalidade de tráfico internacional de pessoas.

2 MEDIDAS DE COMBATE, EM NOME DO TRÁFICO, CONTRA A PRESENÇA DE MULHERES- MIGRANTES- PROSTITUTAS

A partir da nova visão do tráfico internacional de pessoas e o “consequente dogma” – há tráfico porque há regulamentação da prostituição -, se inclui pela primeira vez na ideologia do Comitê e, de agora em diante, na agenda política internacional relacionada à matéria, a iniciativa de neutralizar os fatores de atração que estimulam os perfis migratórios enquadrados no redefinido modelo de tráfico. Em outras palavras, a prevenção do tráfico concebida como um fim em si mesmo se coloca como ponto central.

Desde o reducionismo político dos debates e dos conceitos, banir a ideia de exercício da prostituição como trabalho, como oportunidade laboral para sair de um país e entrar em outro, se converte em chave política que abre a porta para abordagens repressivas em um duplo eixo: a criminalização do ambiente da prostituição, plataforma, por sua vez, da grande estratégia global, qual seja, a criminalização da operação migratória. O objetivo último buscava gerar e implementar medidas repressivas de controle e contenção dos fluxos migratórios laborais contemporâneos (pessoas em risco de exclusão socioeconômica).

2.1 A criminalização internacional do ambiente de exercício da prostituição e do perfil dos deslocamentos migratórios contemporâneos

Pois bem, a conjuntura oferecida pelos movimentos abolicionistas abriu caminho para o Comitê orquestrar, desde a Ligas das Nações, o combate contra a regulamentação da prostituição. A conexão entre mulheres-imigrantes e prestação de serviços sexuais em outro país começa assim a ser concebida sob a redoma da repressão. Os bordéis se

³³ Como destacado, na Terceira Sessão, o especialista francês, Hennequin, o único que se desvinculou da tendência dogmática majoritária do Comitê.

transformam em um campo criminológico essencial, devido a seu efeito de atração do novo quadro migratório que se pretende inibir em nome do tráfico de pessoas. Era necessário punir a quem se valia do trabalho sexual alheio em todas as suas formas, agora sob o termo global de exploração sexual (CHAUMONT, 2009, p. 265, 123)³⁴, caracterizado por sua íntima conexão dogmática com o tráfico de mulheres (a nova concepção), ou seja, sem necessidade de relacionar a criminalização com a existência da coerção, abuso ou engano contra a pessoa que presta serviços sexuais: novas figuras penais de caráter atuarial, novos protagonistas, uma “nova classe de delinquência” internacional, se introduzem por ocasião do discurso do tráfico de pessoas³⁵ (CHAUMONT, 2009, p. 264).

Mas não somente esse ambiente se viu gravemente estigmatizado a nível internacional. A redefinição do tráfico transnacional foi tão somente a primeira ferramenta metodológica do Comitê, usada para formular uma política repressiva muito mais ambiciosa, de alcance geral: abrir caminho para a criminalização, também em escala internacional, dos aspectos ou fases de um processo migratório do perfil analisado. Deste modo, o interesse do controle, contenção e repressão dos novos fluxos migratórios de pessoas em risco de exclusão socioeconômica torna-se o objetivo político central do discurso do tráfico.

A ideologia do tráfico de pessoas se transforma então em um jogo de palavras deliberadamente utilizadas sob um aspecto mercantil: por trás da expressão “tráfico de mulheres”, se incrimina “qualquer meio empregado para facilitar a prostituição” (CHAUMONT, 2009, p. 93)³⁶, e com ela, um “tráfico” transnacional de mulheres que exerceriam a prostituição em outro país. Se acentua a finalidade de exploração sexual “comercial”, que não se identifica necessariamente com a prestação forçada de serviços sexuais alheios, com a presença dos elementos de abuso ou coerção que independeriam da vontade da vítima em relação à prestação de serviços sexuais. O objeto da persecução não se trata de um cenário de tráfico de escravas (sexuais), as modalidades de exploração semelhantes à escravidão nunca desempenharam um papel de fundo, nem definiram o escopo do tráfico a partir da ideologia do Comitê.

Neste novo contexto, o “traficante” seria mais um atravessador de fronteiras, ou “uma espécie de agente de colocação” em serviços de prostituição. Portanto, a partir do final da segunda década do século XX,

³⁴ Primeira parte do Relatório do Comitê (pág. 53), e no sexto período de sessões.

³⁵ Vide CARUSO FONTÁN (2011, p. 31 ss); IGLÉSIAS SKULJ (2012, 13 ss).

³⁶ Quinto período de sessões.

passa a se propor o “etiquetamento”, com efeitos globais, de novos delitos e delinquentes aos quais se aplica a terminologia própria do submundo e do crime organizado: “traficantes”, “cafetões” (CHAUMONT, 2009, p. 267)³⁷, aos quais se persegue na medida em que seus comportamentos favorecem aqueles deslocamentos de migrantes objeto de contenção. Em definitivo, se *requalifica* o êxodo de prostitutas europeias para um fenômeno criminal organizado com a finalidade de exploração sexual (CHAUMONT, 2009, p. 90)³⁸.

A ideia era criar novas vítimas de tráfico, o que não seria do ponto de vista estrito das convenções internacionais de 1910 e 1921, mas sob um estatuto específico: dissociar o conceito de tráfico de qualquer elemento coercitivo, abusivo ou fraudulento em relação ao deslocamento e a prestação sexual significam, automaticamente, retirar das mulheres, por sua condição de mulheres, a capacidade de tomarem decisões em esferas de emancipação (que também são eliminadas) como se fossem menores de idade, sob a ideia de que a mulher estaria nas mãos de outros: traficantes, exploradores. Uma linguagem permanente de mercadorias - demanda, oferta de serviços, importação ou exportação de pessoas, país de origem, trânsito ou destino -, derivada do tráfico de escravos e, no entanto, agora estranha a ele, para reduzir a capacidade de decisão das mulheres migrantes (MAQUEDA ABREU, 2009, p. 1251 ss).

Dado que não é necessário “dobrar” a vontade das mulheres em falar sobre tráfico e que é possível, como mostraram os estudos encomendados pelo Comitê, que as novas vítimas de tráfico estejam envolvidas na operação de migração tanto quanto as pessoas que colaboram com elas³⁹ (CHAUMONT, 2009, p. 96), esse estatuto em particular fornece, como principal recomendação do Comitê, a figura da expulsão (de prostitutas estrangeiras) - ou a alternativa voluntária de repatriamento - proposta sob o eufemismo de cuidar da proteção dessas mulheres, como vítimas (CHAUMONT, 2009, p. 252, 253, 255)⁴⁰; pela mesma razão, destaca-se a conveniência de disporem de locais de detenção temporários para manterem presas as migrantes que aguardam a execução da ordem de expulsão (CHAUMONT, 2009, p. 256).⁴¹

³⁷ Todos são traficantes. Primeira parte do Relatório, p. 28.

³⁸ Desde a primeira sessão do Comitê.

³⁹ Diante de uma operação migratória dessas características, explica-se por que esse tipo de “vítimas” não denuncia o “tráfico”.

⁴⁰ A expulsão de prostitutas estrangeiras foi apontada como a principal recomendação na Primeira Parte do Relatório, e debatida na Quarta Sessão após ter sido questionada no período anterior pelo especialista francês F. Hennequin.

⁴¹ Quarta sessão.

Por sua vez, em um momento histórico de fechamento de fronteiras, os processos burocráticos para migrantes começam a se tornar mais complicados, a incerteza aumenta juntamente com a discricionariedade administrativa para obtenção de vistos, uma situação que também é concebida como um impedimento ou forma de contenção de fluxos migratórios de populações não qualificadas e empobrecidas (CHAUMONT, 2009, p. 260).

Essa é, então, a ideologia do Comitê Especial de Peritos sobre a nova visão do Tráfico Internacional de Pessoas. O desenho de suas medidas repressivas não caiu em ouvidos surdos: tudo o que restava era consolidá-lo em instrumentos convencionais sob os auspícios da Liga das Nações, deixando um legado para a futura Organização das Nações Unidas.

3 RESULTADOS: CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS E A EXPLORAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO ALHEIA (1949) E SUA FUNCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE REPRESSÃO DE FLUXOS MIGRATÓRIOS.

A retórica do Comitê especial de peritos foi a referência que inspirou a necessidade de arbitrar um instrumento convencional para garantir o compromisso internacional de levar a cabo as linhas-chaves do combate e prevenção do tráfico internacional de pessoas. O novo marco internacional sobre o tráfico de pessoas tomou forma, em um primeiro momento, na Convenção relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores de idade, de 11 de outubro de 1933, que encarna a repressão de todo deslocamento de mulheres adultas que encontram na prostituição uma via para migrarem. Desconectando-se significativamente da Convenção precedente de 1921: aplica às mulheres migrantes maiores de idade (maiores de 21 anos) o regime da minoridade para invalidar definitivamente sua capacidade de consentir no âmbito da prestação sexual. Em outras palavras, retira delas a capacidade em um terreno que simultaneamente desaparece dos quadros de trabalho possíveis,

Artigo 1º - Deverá ser punido quem, para satisfazer o desejo alheio, recrute ou seduza, ainda que com seu consentimento, a uma mulher ou jovem maior de idade, para exercer a prostituição em outro país, ainda quando os diversos atos que sejam os elementos constitutivos do delito se tenham realizado em distintos países. A tentativa

do delito e, dentro dos limites legais, os atos preparatórios, também serão puníveis.

Sob o mesmo olhar, e agora com as consequências da Segunda Guerra Mundial, a ideologia do Comitê Especial de Peritos se consolida no instrumento jurídico internacional que se converteria no broche de outro, o modelo de referência sobre a matéria, sob a proteção da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas: a Convenção para repressão do tráfico de pessoas e a exploração da prostituição alheia, de 2 de dezembro de 1949 (Resolução 317, IV), dá um passo a mais.

Seu artigo 1º estabelece o compromisso dos Estados-parte de “punir a toda pessoa que, para satisfazer os desejos de outrem: 1) Administre a prostituição de outra pessoa, ainda que com o consentimento de tal pessoa; 2) Explore a prostituição de outra pessoa, ainda que com o consentimento de tal pessoa”.

Ainda que por via protocolar seja demonstrada a vontade de integrar (fundir) as convenções internacionais anteriores sobre a matéria – 1904⁴², 1910⁴³, 1921⁴⁴, 1933⁴⁵ - o de 1949 toma o testemunho de um projeto convencional imediatamente precedente (1937), simbolizando o fim da essência do tráfico de escravos, que foi diluído no caminho: já não se exige como imprescindível, para designar o tráfico de pessoas, a presença dos elementos de abuso ou coerção que viciariam a vontade da vítima em relação à prestação sexual.

Assumindo os dogmas do abolicionismo imperante, e através da arma penal ⁴⁶, a Convenção de 1949 reflete a política de neutralização dos fatores de atração de deslocamentos transnacionais de prostitutas estrangeiras (“de um ou outro sexo”, de acordo com art. 17). Perscruta na criminalização do ambiente da prostituição até incidir na proibição da prostituição em si mesma: criminaliza, sob o discurso do “tráfico”, todo o comportamento de terceiros que favoreça o exercício da prostituição (integrando também a modalidade de prostituição voluntária), porque isso favorece a ideia da prostituição como colocação de trabalho que permite

⁴² Alterado pelo Protocolo aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 3 de dezembro de 1948.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Alterado pelo Protocolo aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de outubro de 1947.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ver, em especial, o Art. 17, que estabelece o compromisso internacional de desenvolver legislação para “combater” o tráfico internacional de pessoas “para fins de prostituição”, convocando a cooperação internacional para sua perseguição, tanto nos países de origem, de destino como de trânsito.

migrar. Sob este mesmo olhar, inclui-se, como novidade, dentro do catálogo criminal, o usuário que demanda serviços sexuais: um novo protagonismo que se adiciona à ampla gama de medidas “preventivas” da agenda política internacional sobre tráfico de pessoas.

O argumento segue sendo considerar irrelevante, em qualquer caso, o consentimento da mulher maior de idade, sua capacidade de decisão tanto na operação transfronteiriça como na prestação de serviços sexuais por conta própria ou alheia, o que a aparta definitivamente da esfera da emancipação laboral: uma mudança de qualitativa de formato de vítimas, extraordinariamente distante do tráfico de escravos e que serve para o desenvolvimento de estratégias de repressão desse perfil migratório de mulheres.

Se alcança assim, especulando com o valor da dignidade humana, instituir um estigma de periculosidade social em torno da prostituição: como proclama a Convenção de 1949 no início do Preâmbulo, “a prostituição e o mal que a acompanha, o tráfico de pessoas para fins de prostituição (...) põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade”⁴⁷ (ROYO, 2003, p39). Transforma as mulheres, em qualquer caso, em vítimas de tráfico-prostituição, ou vice-versa, que necessitarão de “reabilitação e adaptação social (Art. 16), (CHAUMONT, 2009, p. 16)⁴⁸.

A Convenção de 1949 é o retrato da política criminal orientada para a contenção, como chave de “combate” (como assinala seu artigo 17), da presença de prostitutas estrangeiras em outros territórios. À decisão de retirar capacidade da mulher adulta nesta esfera, vitimizand-a, se soma a um conjunto de instrumentos dissuasivos e policiais, sob o recorrente princípio de proteção das vítimas (Art. 17). Regula a organização de campanhas midiáticas advertindo “o perigo do dito tráfico”, promove a cooperação internacional para sua perseguição tanto nos países de origem, de destino como de trânsito, por meio da vigilância em postos de fronteira (estações ferroviárias, aeroportos, portos marítimos), “e em outros lugares públicos”, para detectar as “pessoas que em um primeiro momento pareçam culpáveis ou cúmplices do tal tráfico ou vítima delas”. Assim mesmo, impõe atividade de “inspeção das agências de colocação, com a

⁴⁷ Destaque da autora.

⁴⁸ Já a prostituição é entendida, em si mesma, incompatível com a dignidade (MAQUEDA ABREU, 2017, p 76 ss). Precisamente, o jurista norte-americano B. Johnson interveio na discussão da Convenção, que era membro do Comitê especial de Peritos da Liga das Nações e diretor da seção jurídica da American Social Hygiene Association. Nesta ocasião, ele colaborou como delegado do Escritório Internacional para a Repressão ao Tráfico de Mulheres e Crianças. Nações Unidas, Conselho Econômico e Social, Comissão de Assuntos Sociais, Quarta Sessão, Nova York, 5/9/1949, E / CN.5 / SR.78, p. 5.

finalidade de impedir que as pessoas que buscam trabalho, em especial as mulheres e as crianças, se exponham ao perigo da prostituição” (Art. 20)

E instituí, pela primeira vez, a medida “rainha” contemporânea: a expulsão das novas vítimas mulheres imigrantes (Art. 19). Uma nova forma de criminalização. Novo objetivo conseguido.

Frente aos instrumentos internacionais anteriores, a Convenção de 1949 prevê expressamente a figura da expulsão das vítimas do tráfico, quando “determinado conforme a lei” (Art. 19), medida provavelmente pensada para as hipóteses de consentimento na operação migratória e no exercício do trabalho sexual. Inclui também a modalidade de repatriação eventual (artigos 18, 19), um retorno voluntário, ou por iniciativa de “pessoas que tenham autoridade” sobre a vítima deslocada, prévio acordo com o Estado de destino, cujos custos devem ser suportados pela vítima, salvo em caso impossibilidade de enfrentá-los (“vítimas indigentes”), caso em que se dividirão entre o país de residência (a viagem até a fronteira, o porto de embarque ou o aeroporto mais próximo) e o país de origem (Art. 19).

Cabe observar que as medidas mencionadas pela Convenção de 1949 – salvo expulsão obrigatória de vítimas de tráfico – provinham especificamente da Convenção de 1904⁴⁹, que, junto a de 1910, fundiram-se, atualizaram-se e se complementaram por ocasião da Convenção da Liga das Nações de 30 de setembro de 1921 para a repressão de tráfico de mulheres e crianças. Todavia, o objeto de preocupação daqueles três instrumentos convencionais sobre o tráfico internacional caracterizava-se por mulheres “que teriam sido abusadas ou forçadas”, conforme assinalava o Preâmbulo de 1904, ou seja, tráfico como preparação de exploração em condições semelhantes à escravidão. A Convenção de 1949, de modo diverso, vem cobrir um cenário distinto, uma modalidade de prostituição migrante voluntária.

Em resumo, foi assim que o discurso político do tráfico de pessoas se vinculou estreitamente às questões de imigração, fundindo-se com elas, transformando um fenômeno humano de dimensão socioeconômica em um assunto penal, e a concepção de tráfico em um paradigma do controle de fluxos migratórios contemporâneos de perfis (laborais) econômicos não qualificados (PEREZ ALONSO, 2008, p. 239; 2019, p. 65 ss; LARA AGUADO, 2012, p. 75 ss; PÉREZ CEPEDA, 2004, p. 22; CUGAT MAURI, 2006, p. 77; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2012, p. 94 ss; VILLACAMPA ESTIARTE, 2019, p. 34).

⁴⁹ Ver artigos 2,3 e 6.

As iniciativas idealizadas pelo Comitê Especial de Peritos da Liga das Nações para erradicar e prevenir o tráfico (não a escravidão) revertem, sob o olhar cúmplice das posturas abolicionistas, não somente contra as mulheres-trabalhadores sexuais – novas vítimas do tráfico – imigrantes clandestinas. Encarnam um modelo precursor das políticas repressivas anti-imigratórias e aporofóbicas na Europa desde a última década do século XX⁵⁰ (CHAUMONT, 2009, p. 13 ss., 19 ss.) – fluxos com destino a Europa desde o continente africano e latino-americano, ou dentro da Europa, desde o leste e o sul até o norte – em que as palavras chave residem na exclusão de imigrantes: mão de obra estrangeira não qualificada, proibição da entrada, expulsão, devolução na fronteira, centros de internação de estrangeiros. Uma linguagem normalizada nas democracias europeias do século XXI (POMARES CINTAS, 2014, p. 125 ss.).

Se constrói um sistema que, ao mesmo tempo que protege as fronteiras, que estabelece barreiras para a entrada de mão de obra não qualificada e empobrecida no território, abre e encoraja uma indústria, a de imigração ou tráfico de pessoas (MAQUEDA ABREU, 2002, p. 260; GARCÍA ARÁN, 2006, p. 3, 10-11; 2017, 661, 662; HAVA GARCÍA, 2006, p. 84, 86; CUGAT MAURI, 2006, p. 77), em torno da ideia de transferência para outro país como “bem precioso” (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 22) – a facilitação do cruzamento de fronteiras ou a “burla” de controles fronteiriços, e ou a colocação no país de destino.

Se assiste, pois, a uma nova visão do tráfico de pessoas, desvirtuada como preparo de um destino explorador escravo, com uma funcionalidade integrada às estratégias de controle de fluxos migratórios contemporâneos de perfis (laborais) económicos não qualificados, vinculados aos dramáticos efeitos da desigualdade, marginalização e exclusão socioeconómica de amplos setores da população, efeitos estes que se originam da globalização do modelo económico neoliberal.

E é desta forma que se produz a modificação da qualificação de vítimas extraordinariamente distante do tráfico de escravos e, por fim, distante de um destino de exploração identificado como escravidão (POMARES CINTAS, 2019). Um estado de coisas provocado por um exercício antológico de “desonestidade intelectual”, que retrata a ideologia do Comitê Especial de Peritos da Liga das Nações (CHAUMONT, 2009, p. 12 ss, 279; SOLANA RUIZ, 2011, p. 917). De toda forma, como sustenta ÁLVAREZ GARCÍA (2019, p. 46 ss.), o recurso a manobras terminológicas

⁵⁰ E, por sua vez, faz parte de estratégias político-criminosas aporofóbicas (TERRADILLOS BASOCO, 2019, p351 ss.).

e a falta de rigor que distorcem alguns discursos não são uma exceção no seio de organismos internacionais.

4 REFLEXÕES SOBRE O IMPACTO DO DISCURSO DO TRÁFICO DE PESSOAS NA ATUALIDADE

Estes dados históricos não somente refletem uma realidade que se transmuta em uma época determinada e que logo retorna ao abrigo dos arquivos. Hoje se reconhece que os fluxos migratórios de quadros não qualificados e empobrecidos não cessarão porque os fatores que os impulsionam “tem vocação de permanência” [Comunicação da Comissão europeias, 2016, sobre o Primeiro relatório de progresso sobre o Marco da Associação com países terceiros no contexto da Agenda Europeia de Migração]. Eles continuarão vindo (NAÏR, 2006).

O discurso volta hoje sobre seus passos, concentrando-se, novamente, na chave da neutralização dos fatores de atração desses deslocamentos transnacionais prejudiciais ou negativos. O Parlamento Europeu toma o testemunho daquele Comitê da Liga das Nações e recupera seu legado, mantendo vivo a Convenção de 1949. A abordagem estabelecida na Resolução de 26 de fevereiro de 2014, sobre exploração sexual e prostituição e seu impacto na igualdade de gênero, é muito similar. A prostituição está condenada a ser refém permanente de uma visão de tráfico de seres humanos cujo epicentro se situa na ideia de contenção de fluxos migrantes de perfis socioeconômicos desfavorecidos ou baixos (BORGES; GEBRIN, 2014) e não na prevenção de um delito-fim: a exploração em condições semelhantes à escravidão. Uma ferramenta penal, a do tráfico, que se inscreve expressamente no marco das “políticas sobre controle nas fronteiras, asilo e imigração”, destinadas a “garantir, em todo momento, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios” (artigos 79,1, 79.2 d) Tratado de Funcionamento da União Europeia. É por isso que se insiste em erradicar a todo custo, no âmbito europeu, a concepção do exercício da prostituição sob a ideia de trabalho: como se declara expressamente na citada Resolução, deve-se “evitar a ideia de que a prostituição pode ser uma solução para mulheres migrantes na Europa”. Para envolver esta ideia no “papel do tráfico” se recorre a uma tripla identificação que prescinde de categorias conceituais e realidades: prostituição se iguala a tráfico que se iguala a escravidão, especulando-se assim, novamente, a dignidade das mulheres⁵¹. A ideologia dos movimentos abolicionistas, carregada

⁵¹ Ver a resposta à Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de fevereiro de 2014, sobre

seguramente de boas intenções, resta instrumentalizada, agora como antes, para o alcance de propósitos que transcendem a questão encabeçada pelos argumentos da violência de gênero: coaduna-se, sob uma visão cúmplice, com o desenvolvimento de políticas repressivas de controle de fronteiras no território da União Europeia.

Acumulando o discurso da prostituição sob estes parâmetros reducionistas, somente se consegue abrir um profundo mar de especulações e conflitos. Houve drástica interrupção, como se por questão de ordem pública, de todo debate sério, sensato e reflexivo sobre um possível modelo que parta do caráter laboral dos serviços sexuais prestados voluntariamente (OLARTE ENCABO, 2017, p. 519 ss; GIMÉNEZ MERINO, 2018, p. 25 ss)⁵². Também entorpece analisar com rigor as faces e os contornos da escravidão de hoje, suas formas de manifestação, os traços que a identificam, os critérios de sua detecção, a identificação das vítimas. Porque existem outros reféns deste discurso reducionista do tráfico de pessoas, sob a cumplicidade, consciente ou não, das correntes abolicionistas: impede-se o questionamento àquele que promove as graves explorações humanas: a mercantilização global dos direitos sociais e econômicos, a insuficiência dos canais para a migração regular, os deficientes sistemas de migração laboral, os modelos de contratação, - somente no país de origem - em setores produtivos não qualificados, assim, a autorização do trabalho e residência, os vistos vinculados a uma só atividade, a um só empregador, a uma única porção territorial. Porque certamente nestes setores produtivos se acusa a precariedade das opções e oportunidades laborais e recursos para as mulheres-imigrantes, uma posição claramente desvantajosa no mercado de trabalho. Precisamente, no que se refere à concreta questão, aquele Comitê Especial de Peritos da Liga das Nações reconheceu a importância de afrontá-la, não sem mirar a outro lado, com o argumento de que a questão afeta “um vasto problema de natureza econômica” que está fora de suas prerrogativas⁵³. As respostas a estes fatores, dispensadas por transcender as competências em relação a persecução-prevenção do tráfico de pessoas, são sempre uma interrogação pendente que, em suma, evita colocar na tela do juízo o mantra neoliberal que nos envolve e deixa inumeráveis vítimas pelo caminho.

a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade de gênero, contestando a falta de rigor da informação de que trata, “A Critique of the “Report on Prostitution and Sexual Exploitation and its Impact on Gender Equality”, <https://www.nswp.org/resource/critique-the-report-prostitution-and-sexual-exploitation-and-its-impact-gender-equality>.

⁵² Sobre os diferentes modelos de regulamentação.

⁵³ Deliberações na quinta sessão; primeira parte do Relatório.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Naciones Unidas contra las mujeres: entre la ignorancia y la soberbia (a propósito de la elaboración de un nuevo Código Penal para Honduras y las propuestas efectuadas por distintas oficinas de NNUU en materia de violencia de género y aborto), *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, [S.l.], p. 46-84, oct. 2018. ISSN 2253-6655. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4341>. Acesso em: 2020.

ATTWOOD, R. Looking Beyond “White Slavery”: Trafficking, the Jewish Association, and the dangerous politics of migration control in England, 1890-1910, *Anti-Trafficking Review*, issue 7, p. 115-138, 2016. Disponível em: <https://antitraffickingreview.org/index.php/atjournal/article/view/203/200>. Acesso em: 2020.

BORGES, P. C. C; GEBRIN, L. M. Combate ao tráfico de mulheres ou controle migratório da prostituição? *In: Cruz-Zúñiga, P./Cordero-Ramos, N. (Eds.), Análisis, retos y propuestas en torno a la trata de personas*. Sevilla, 2014.

CARUSO FONTÁN, M. V. Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, n. 25, 2011, págs. 31-44.

CHAUMONT, J.-M. *Le mythe de la traite des blanches. Enquête sur la fabrication d’un fleau*. La Découverte, 2009.

CUGAT MAURI, M. Normativa internacional y derecho comparado. *In: GARCIA ARÁN, M. (Coord.). Trata de personas y explotación sexual*. Comares: Granada, 2006.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. Cuestiones clave de la prostitución y trata de personas. Aproximación al caso andaluz. *In: IGLESIAS SKULJ, A.; PUENTE ABA, L. M^a (Coords.). Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*. Comares: Granada, 2012.

FLEXNER, A. *Prostitution in Europe, The Century Co.*, New York, 1914.

FONTANA, J. *El siglo de la revolución, Una historia del mundo desde 1914*. Ed. Crítica, Planeta: Barcelona, 2017.

GARCÍA ARÁN, M. Trata de personas y regulación de la prostitución. *In*: PÉREZ ALONSO, Dir. **El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud**. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006. Comares: Granada, 2017.

GIMÉNEZ MERINO, A. El cuerpo de las trabajadoras sexuales como campo en disputa: la controversia sobre el derecho a decidir, *In*: ABREU, C. Barbosa; LEITE, F. Carvalho; PEIXINHO, M. Messias (orgs.). **Temas de direitos humanos**, v. 1, 2018.

GRITNER, F.K. **White Slavery. Myth, Ideology, and American Law**, Garland. New York, 1990.

HAVA GARCÍA, E. Trata de personas, prostitución y políticas migratorias, **Estudios penales y criminológicos**, v. 26, 2006, p. 81-124. Disponible em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4059>. Acesso em: 2020.

IGLESIAS SKULJ, A. Prostitución y explotación sexual: la política criminal del control del cuerpo femenino en el contexto de las migraciones contemporáneas (el caso de España), **Investigaciones**, ano 16, n. 1, 2012, p. 13-25.

KNEELAND, G. J. **Commercialized Prostitution in New York City**, The Century Co., New York, ed. Actualizada, 1917. Disponible em: https://archive.org/stream/commercializedpr00kneeiala/commercializedpr00kneeiala_djvu.txt. Acesso em: 2020.

LARA AGUADO, Á. La trata como grave violación de derechos humanos: incoherencias entre la concepción de la trata como atentado a los derechos humanos y su regulación a nivel interno e internacional. *In*: AGUADO, Á. Lara (Dir.). **Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual**. Un enfoque interdisciplinar. Navarra: Aranzadi, 2012.

MAQUEDA ABREU, M. L. Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas. *In*: COPELLO, P. (Coord.). **Inmigración y Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MAQUEDA ABREU, M. L. La trata de mujeres para explotación sexual. *In*: CRISTÓBAL, R. Serra (Coord.). **Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

MAQUEDA ABREU, M. L. A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a las inmigrantes con esclavas. *In*: MATEU, Carbonell; CUSSAC, González; BERENGUER, Orts (Dirs.).

Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

MAQUEDA ABREU, M. L. La prostitución: el “pecado” de las mujeres, **Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 35, p. 64-89, jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/9791>. Acesso em: 2020.

NAÏR, S. **Y vendrán...: las migraciones en tiempos hostiles**. Barcelona: Bronze, 2006.

ENCABO, S. O. La prostitución voluntaria: ¿una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa? *In*: ALONSO, E. J. P, et al (Coords.). **El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 517-567.

PÉREZ ALONSO, E. Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea. *In*: ALONSO, E. Pérez; POMARES CINTAS, E. (Coords.). **La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

PÉREZ ALONSO, E. **Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

PÉREZ CEPEDA, A. **Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal**. Granada: Comares, 2004.

POMARES CINTAS, E. La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio. **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**, [S.l.], p. 143-174, set. 2014. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2237>. Acesso em: 2020.

POMARES CINTAS, E. Hacia una coalición regional sudamericana contra la trata de personas: protocolo regional de buenas prácticas en torno al eje de persecución del delito de trata de personas y modalidades de explotación asimiladas a la esclavitud. *In*: ALONSO, E. Pérez; POMARES CINTAS, E. (Coords.). **La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ROYO, E. Prostitución sin fronteras: derechos humanos versus derecho del hombre. *In*: BOLAÑOS, A.; PARRÓN, N.; ROYO, E; SANTANA, J. M. **Debate sobre prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género.** Médicos del mundo, 2003. Disponible em: http://pmayobre.webs.uvigo.es/pdf/debate_prostitucion.pdf. Acceso em: 2020.

SOLANA RUIZ, J. L. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico. **Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía.** Instituto de Migraciones, Granada, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. Un sistema penal para la aporofobia. *In*: CONTRERAS, G. Portilla; VELÁSQUEZ, F. (Dirs.). **Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez.** Madrid: Dykinson, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución. *In*: IGLESIAS, SKULJ, A.; PUENTE ABA, L. M. (Coords.), **Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas.** Granada: Comares, 2012

VILLACAMPA ESTIARTE, C. La trata de seres humanos: concepto y caracterización, En (E. Pérez Alonso/E. Pomares Cintas, Coords.), *In*: ALONSO, E. Pérez; POMARES CINTAS, E. (Coords.). **La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

ZWEIG, S. **El mundo de ayer. Memorias de un europeo.** Ed. El acantilado, Barcelona, 2001.

REFUGIADAS NO BRASIL: PROTAGONISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACOLHIMENTO

WOMEN REFUGEES IN BRAZIL: PROTAGONISM AND PUBLIC POLICIES OF RECEPTION

Ana Paula Bagaiolo Moraes*

Maíra Furquim Lunardello**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A “feminização” das migrações: o protagonismo das mulheres migrantes e a resistência às imposições de gênero. 3 O refúgio sob a perspectiva de gênero: como a mobilidade forçada de mulheres está atrelada à violência de gênero. 4 As mulheres refugiadas no Brasil e as políticas públicas como mecanismo de integração local e superação das opressões de gênero. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: Em observância ao fenômeno migratório contemporâneo, percebe-se que, nos últimos anos, a mobilidade de mulheres se intensificou, motivada por fatores socioeconômicos ou decorrentes de conflitos armados, desastres naturais, perseguições ideológicas e discriminações de gênero, ocorrendo, assim, a “feminização” das migrações. Em análise à situação a qual está exposta esta categoria de migrantes, sobretudo as refugiadas, compreende-se que vivenciam um cenário de opressões extremas condicionadas ao gênero ao qual pertencem. A partir desta percepção, depreende-se a necessidade de esmiuçar em que consistem estas opressões a qual estão expostas, bem como de investigar se o Brasil possui políticas públicas capazes de modificar a condição de vida destas mulheres e integrá-las efetivamente no país. Desta feita, a elaboração desta pesquisa decorre de uma análise descritiva do atual cenário migratório, elencando seus atores mais vulneráveis e como a vulnerabilidade está atrelada à desigualdade de gênero, além de revelar como o Brasil lida com o tema, principalmente no que tange à criação de políticas públicas como meio de superar as imposições de gênero e de integração local das refugiadas. Como método de procedimento, faz-se uma revisão bibliográfica de pesquisas e artigos científicos, livros, legislações, tratados internacionais, e relatórios de organizações nacionais e internacionais. Investiga-se, também, para ilustrar a contemporaneidade da temática, em outros veículos de informação virtuais vinculados à problemática apresentada, e relata-se os dados obtidos na pesquisa de campo realizada na instituição

* Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2011), Mestranda em Desenvolvimento Regional pela UNIFACEF (2020), Especialista pela Fundação Armando Álvares Penteado em Direito do Agronegócio (2010) e Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2008). Atualmente é professora e atua nas áreas de Direito Civil (com ênfase em Parte Geral, Obrigações, Família e Sucessões) e Direito do Agronegócio.

** Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Membro do Departamento de Ensino e Pesquisa e do Grupo de Estudos do Núcleo de Estudos de Direito Internacional de Ribeirão Preto (NEDIRP USP).

Artigo recebido em 14/02/2020 e aceito em 28/11/2021.

Como citar: MORAES, Ana Paula Bagaiolo; LUNARDELLO, Maíra Furquim. Refugiadas no Brasil: protagonismo e políticas públicas de acolhimento. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 169-193. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

“Missão Paz”. Por conseguinte, esta pesquisa efetua-se mediante uma abordagem qualitativa das questões apresentadas.

Palavras-chave: “feminização” das migrações. refúgio. discriminação de gênero. Brasil. políticas públicas. integração.

ABSTRACT: *In observance of the contemporary migratory phenomenon, it is clear that the mobility of women has intensified, motivated by socioeconomic factors or resulting from armed conflicts, natural disasters, ideological persecutions and gender discrimination, thus occurring the “feminization” of migrations. Analyzing the situation to which this category of migrants is exposed, especially refugees, it is understood that they are experiencing a scenario of extreme oppression conditioned by the gender to which they belong. From this perception, there is a need to analyze what these oppressions are exposed to, as well as to investigate whether Brazil has public policies capable of modifying the living conditions of these women and effectively integrating them into the country. This time, the elaboration of this research results from a descriptive analysis of the current migratory scenario, listing its most vulnerable actors and how the vulnerability is linked to gender inequality, in addition to revealing how Brazil deals with the theme, especially with regard to creation public policies as a means of overcoming the impositions of gender and local integration of refugees. As a method of procedure, a bibliographic review of research and scientific articles, books, legislation, international treaties, and reports from national and international organizations is carried out. It is also investigated, to illustrate the contemporary nature of the theme and the data obtained in the field research carried out at the “Missão Paz” institution is reported. Therefore, this research is carried out through a qualitative approach to the questions presented.*

Keywords: *feminization of migrations. refuge. gender discrimination. Brazil. public policy. integration.*

INTRODUÇÃO

Em observância ao fenômeno migratório contemporâneo, percebe-se que, nos últimos anos, a mobilidade de mulheres se intensificou, motivada por fatores socioeconômicos ou decorrentes de conflitos armados, desastres naturais, perseguições ideológicas e discriminações de gênero, ocorrendo, assim, a “feminização” das migrações. Estas mulheres migram, então, com a pretensão principal de obterem melhores condições de vida e, no caso das migrantes forçadas, para garantirem suas sobrevivências.

Em análise às situações as quais está exposta esta categoria de migrantes, compreende-se que esta vivencia um cenário de opressões extremas condicionadas ao gênero ao qual pertencem. A partir desta percepção, depreende-se, então a necessidade de esmiuçar em que consistem tais opressões.

Mais do que isto, imperioso investigar se as refugiadas residentes no Brasil, já que este tem sido o destino de um grande contingente de indivíduos em condição de refúgio, continuam a vivenciar uma realidade nefasta ou se o país possui políticas públicas capazes de modificar a condição de vida destas mulheres e integrá-las efetivamente no país.

Desta feita, a elaboração desta pesquisa decorre de uma análise descritiva do atual cenário migratório, elencando seus atores mais vulneráveis e como a vulnerabilidade está atrelada à desigualdade de gênero, além de revelar como o Brasil lida com o tema, principalmente no que tange à criação de políticas públicas como meio de superar as imposições de gênero e de integração local das refugiadas.

Como método de procedimento, faz-se uma revisão bibliográfica de pesquisas e artigos científicos, livros, legislações, tratados internacionais, e relatórios de organizações nacionais e internacionais. Investiga-se, também, para ilustrar a contemporaneidade da temática, em outros veículos de informação virtuais vinculados à problemática apresentada.

Além disso, relata-se os dados obtidos na pesquisa de campo realizada na “Missão Paz”, por meio de uma visita guiada nos espaços físicos da instituição e do contato com os profissionais responsáveis pelo acolhimento de imigrantes e refugiados no Brasil. Por conseguinte, esta pesquisa efetua-se mediante uma abordagem qualitativa das questões apresentadas.

Para alcançar o objetivo almejado, qual seja, o reconhecimento do protagonismo das mulheres migrantes, sobretudo das refugiadas, e como as imposições de gênero que assolam estas mulheres as silenciam neste processo, além de serem a causa de suas mobilidades, refletem como o Brasil não possui políticas públicas adequadas para integrá-las e auxiliá-las a superarem tais imposições, destaca-se, na primeira seção, a “feminização” das migrações” e a resistências as opressões de gênero.

Já na segunda seção, aborda-se especificamente o refúgio sob a perspectiva de gênero, demonstrando como a mobilidade forçada de mulheres está relacionada à violência de gênero.

Por fim, na terceira seção, investiga-se se o Brasil possui políticas públicas como mecanismo de integração local e superação das opressões de gênero que marcam a vida de mulheres em condição de refúgio.

1 A “FEMINIZAÇÃO” DAS MIGRAÇÕES: O PROTAGONISMO DAS MULHERES MIGRANTES E A RESISTÊNCIA ÀS IMPOSIÇÕES DE GÊNERO

Ante a atual notabilidade que se dá ao fenômeno migratório, percebe-se a necessidade de abordar esta temática sob a perspectiva de gênero, evidenciando que as mulheres consistem em agentes

ativos deste fenômeno, cujo protagonismo foi silenciado ao longo da história das migrações.

Inicialmente, destaca-se que migrar consiste na mobilidade de pessoas, no âmbito internacional ou nacional, “[...] independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos” (OIM, 2009, p. 40).

Quanto à migração contemporânea, esta apresenta como causas principais a violação aos direitos humanos, conflitos armados, desastres naturais, renovações socioeconômicas, reunificação familiar, aprimoramento educacional e laboral (LIMA, 2017, p. 24). Assim, as migrações envolvem “[...] questões de direitos humanos, globalização dos mercados de trabalho, desenvolvimento econômico, fluxo de recursos, migração irregular e formação de grupos vulneráveis, onde se incluem os refugiados” (LIMA, 2017, p. 24).

Infer-se, assim, que, não só o contemporâneo processo de globalização, capaz de possibilitar a livre circulação de capitais, bens e informações, tem elevado o número de deslocamento de pessoas, mas, também, a discrepância de renda entre os países, os contextos socioeconômicos debilitados dos territórios de origens, os conflitos armados, as condições indignas de trabalho e, além disso, os desastres naturais configuram fatores que suscitam indivíduos a migrarem em busca de um local onde possam viver com dignidade.

Deste modo, tais movimentações de indivíduos ocasionam transformações econômicas, sociais, culturais e políticas tanto nos locais de origem quanto naqueles de destino, propiciando o surgimento de novas identidades e possibilitando, também, que as imposições de gênero se alterem ou se ajustem. Sendo assim, mulheres, bem como homens têm “[...] a possibilidade de reconstruir, negociar ou reafirmar tradições, credos e relações de poder, o que recondiciona a sua identidade” (HALL, 2003, p. 66-67).

Ante exposto, em relação à natureza das migrações, entende-se que pessoas podem migrar de forma espontânea, motivadas por fatores de atração e repulsão, ou de forma forçada, quando a mobilidade decorre de causas que ameacem suas vidas, como desastres naturais, escassez de recursos financeiros, conflitos armados, violência de gênero, inserindo-se, neste caso, a movimentação de pessoas em condição de refúgio.

Neste contexto, encontram-se as mulheres migrantes. Contudo, analisando o processo migratório sob a perspectiva de gênero¹, as razões que ensejam a mobilidade de mulheres alcançam outras dimensões, pois, assim como em todas as outras esferas sociais, o homem é apresentado como o protagonista, por motivos políticos e econômicos, das migrações, ignorando-se, desta forma, a mulher e apresentando-a como um ser dependente àquele.

Neste sentido, Simone de Beauvoir alude que:

O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos “os homens” para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular do vocábulo *vir* o sentido geral da palavra *homo*. A mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade (1970, p. 9).

Assim, a filósofa demonstra que a palavra “homem” não é apenas um termo genérico e desprezioso para representar a humanidade, mas sim a retratação da desigualdade de gênero, a qual situa o homem como superior e a mulher como insignificante, sendo justamente este imperativo que ocasiona a mobilidade de inúmeras mulheres, além de torná-las invisíveis no cenário das migrações.

Destarte, sob o ponto de vista feminista, as mulheres migrantes escancaram a distinção de gênero, pois, diferentemente dos homens migrantes, estas não foram, por décadas, estampadas na história das migrações.

Diante disso, afirma Beauvoir:

Economicamente, homens e mulheres constituem como que duas castas; em igualdade de condições, os primeiros têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito que suas concorrentes recém-chegadas. Ocupam na indústria, na política etc., maior número de lugares e os postos mais importantes. Além dos poderes concretos que possuem, revestem-se de um prestígio cuja tradição a educação da criança mantém: o presente

¹ Gênero é uma construção social e cultural, intencionalmente criado, o qual impõe às pessoas determinadas condutas categorizadas de acordo com a relação homem-mulher. Ou seja, ao nascer, o indivíduo deverá comportar-se segundo às normas impostas ao seu gênero (masculino - feminino). Nessa lógica, a filósofa Simone de Beauvoir afirma que “[...] a humanidade se reparte em duas categorias de indivíduos, cujas roupas, rostos, corpos, sorrisos, atitudes, interesses, ocupações são manifestamente diferentes: talvez essas diferenças sejam superficiais, talvez se destinem a desaparecer. O certo é que por enquanto elas existem com uma evidência total” (BEAUVOIR, 1970, p. 9)

envolve o passado e no passado toda a história foi feita pelos homens (1970, p. 14).

Isto posto, o processo de decisão vinculado à migração pode se relacionar com as questões de gênero, pois o patriarcado ordena as interações sociais e familiares, inclusive no âmbito da mobilidade humana e, desta forma, as mulheres sempre foram consideradas seres passivos no processo migratório, e não atores sociais (MORALES, 2007, p. 24).

Todavia, atualmente, segundo a Organização Internacional para Migrações (OIM), houve uma transformação na composição de gênero dos migrantes internacionais, ocorrendo a “feminização” da migração (OIM, 2018, p. 185). Na qual as mulheres passam a constituir, em 2019, aproximadamente metade da população migrante internacional no mundo (OIM, 2020, p. 22).

Estas, ainda, têm se deslocado independentemente de suas famílias, além de estarem mais comprometidas no envio de remessas para os familiares, modificando, assim, a conjuntura social e familiar e o poder de deliberação que antes só pertencia aos homens.

Diversas são as razões que ocasionam os deslocamentos femininos. Mas, tais razões não possuem sempre o mesmo peso, pois, em alguns casos, mostram-se inter-relacionadas como a reunificação familiar, a busca por trabalho, refúgio, asilo, melhores condições econômicas e laborais, maior independência familiar e fuga da violência doméstica (MORALES, 2007, p. 25), dos casamentos forçados e das discriminações, ou seja, deslocam-se para garantir a própria existência.

Observa-se, ante esta conjuntura, que essa elevação no número de mulheres migrando ocorre a partir da emancipação feminina, que faz com que estas não sejam mais sujeitos passivos do processo de migração, enfrentando-se, assim, as imposições de gênero impostas pelas comunidades globais há séculos.

Nesse seguimento, elucidam Milesi e Marinucci:

Ao tornar-se a principal provedora econômica da família, a mulher migrante pode quebrar determinadas tipificações de gênero que, em muitos lugares, encaixotam o universo feminino no ambiente reprodutivo, numa condição de subordinação em relação ao homem. A migração, a princípio, contribui na luta contra a pobreza e, ao mesmo tempo, para a modificação de formas de discriminação da mulher (MILESI; MARINUCCI, 2015, p. 62).

Todavia, embora a migração pode ser considerada um mecanismo de empoderamento para mulheres, ao se deslocarem, estas ainda levam consigo a responsabilidade de enviar remessas para sustentarem seus familiares, fazendo com que se submetam a trabalhos precários e suportem violações aos seus direitos (MILESI; MARINUCCI, 2015, p. 62).

Compreende-se, desta maneira, que, apesar do fenômeno migratório possibilitar o embate às imposições de gênero, quando a perspectiva de gênero se relaciona com o aspecto laboral, por exemplo, torna possível perceber que tais imposições ainda se perpetuam, pois assim como as mulheres nacionais dos países receptores estão subjugadas às posições inferiores de trabalho e à baixa remuneração comparado com os homens, as mulheres migrantes também são afetadas por esta discriminação, todavia de forma mais aguda.

Quanto a isto, aponta-se que a opressão de gênero que destina a mulher ao exercício do trabalho doméstico estende-se no âmbito laboral, submetendo estas mulheres a trabalhos que se assemelham a estas funções, como de faxineira, cozinheira e doméstica, mesmo tendo formação superior e experiência em outras áreas.

Referente a situação laboral exposta, Morokvasic denuncia a existência do discurso de que os trabalhos informais, mal remunerados e precários ocupados por mulheres migrantes são considerados como bênçãos, capazes de livrá-las das opressões de gênero que as vitimizavam em seus países de origem (MOROKVASIC, 1984, p. 889).

Porém, tal discurso apresenta uma visão problemática, pois a vulnerabilidade vivida anteriormente não justifica qualquer violação aos direitos destas mulheres. Depreende-se, desta forma, que a autora evidencia o estigma existente nas sociedades que consideram as migrantes sujeitos de menor relevância, permitindo-se, assim, que as explorações continuem a ocorrer como se fossem aceitáveis.

Diante disso, indicam Milesi e Marinucci que:

[...] a exploração de milhões de mulheres migrantes e refugiadas oriundas de países do Sul do mundo em trabalhos domésticos e de cuidado ou na indústria têxtil e no agronegócio, em nossa opinião, representa uma severa denúncia contra o modelo vigente de desenvolvimento de muitos países, que reproduzem relações neocoloniais e discriminatórias, sem promover o respeito dos direitos humanos e da igualdade de gênero (MILESI; MARINUCCI, 2015, p. 65).

A este respeito, as autoras Topa, Neves e Nogueira realizaram um estudo com as imigrantes residentes em Portugal, compreendendo-o em maiores proporções e estendendo-o para as mulheres de todo o planeta, no qual observaram que estas sofrem mais acidentes laborais comparado com os nativos, isto como consequência de possuírem trabalhos que as expõem a maiores riscos e a condições insalubres (TOPA; NEVES; NOGUEIRA, 2015, p. 331).

Outro fato destacado por Topa, Neves e Nogueira é a tendência das mulheres imigrantes apresentarem os piores níveis de saúde sexual e reprodutiva comparado com as mulheres autóctones. Revelam, ainda, que as imigrantes grávidas sofrem altas taxas de mortalidade materna, perinatal e infantil. Além disso, a população migrante feminina é mais atingida por problemas psíquicos, devido aos desafios de adaptação nos países de acolhimento, à distância dos familiares, à ausência de políticas de acolhimento, ao desemprego e à exposição à violência (TOPA; NEVES; NOGUEIRA, 2015, p. 332).

Desta feita, infere-se que as mulheres figuram como agentes ativos do cenário migratório, deslocando-se por razões políticas, sociais e econômicas. Entretanto, embora estes deslocamentos simbolizem “empoderamento”, conforme afirmam Milesi e Marinucci, ainda estão permeados por imposições de gênero que, além de serem uma das causas da mobilidade feminina, colocam-nas como seres invisíveis deste processo e, ainda, faz com que às opressões as quais estavam expostas em seus locais de origem se perpetuem nos locais de destino.

2 O REFÚGIO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO: COMO A MOBILIDADE FORÇADA DE MULHERES ESTÁ ATRELADA À VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu artigo 1.º - A, n.º 2, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, define o refugiado como a 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, p. 2).

Considera-se, também, refugiado o indivíduo que não se enquadra nas disposições da citada Convenção da ONU de 1951 e no Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, mas, por razões plausíveis, não quer retornar ao seu país de origem ou ao país de residência habitual no caso de apátridas (OIM, 2009, p. 62).

Além disso, o artigo 1.º, inciso III, da Lei n.º 9.474 de 1997, dispõe que será reconhecido como refugiado todo sujeito que “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).

Compreende-se, assim, que a pessoa em condição de refúgio desloca-se para salvar sua vida e a sua liberdade. Tal deslocamento consiste em uma luta por sobrevivência, a qual se inicia quando o refugiado abandona, forçosamente, seu país de origem, se expande pelo percurso até o país de destino e não termina com a chegada no novo território, já que alguns Estados possuem políticas migratórias altamente restritivas, capazes de violar o princípio do *non refoulement*² e outros direitos fundamentais do refugiado.

Os refugiados, deste modo, são indivíduos em situação de vulnerabilidade, que, na luta pela sobrevivência, abandonam suas pátrias, seus familiares, suas casas, seus empregos e enfrentam travessias extremamente perigosas.

Ademais, no âmbito geral, o drama sofrido por homens e mulheres sob o instituto do refúgio não cessa com a chegada no país de destino e com a conseqüente solicitação de refúgio, pois ainda encaram a busca por empregos e por moradias, o aprendizado de novos idiomas e as divergências culturais, por exemplo, além de serem vítimas de preconceitos e de xenofobia.

Como ressaltado na seção anterior, a migração de pessoas almejando condições dignas de vida não constitui um fenômeno recente e, historicamente, se refaz envolvendo novos grupos e novas conjunturas.

Atualmente, as guerras civis em países como a Síria, o Afeganistão, o Sudão do Sul, o Myanmar e a Somália são os fatores dominantes na produção de refugiados, consistindo estes os países com o maior número de deslocados forçados no mundo (IOM, 2020, p. 40).

² O princípio do *non-refoulement* proíbe que os Estados receptores obriguem pessoas em condição de refúgio a retornarem aos países ou territórios em que suas vidas ou liberdade possam estar ameaçadas.

Outrossim, destaca-se que os venezuelanos, como consequência da grave crise política, econômica e humanitária que assola a Venezuela desde 2013, têm solicitado refúgio em vários países, principalmente na América Latina e no Caribe, sendo que, até a metade de 2019, 4 milhões de venezuelanos deixaram o país, consistindo no maior êxodo da história recente desta região e em uma das maiores crises de deslocamento do mundo (IOM, 2020, p. 99).

Partindo para a análise do refúgio sob a perspectiva de gênero, em números, segundo o ACNUR, estas mulheres consistiam, em 2018, 48% do número de pessoas refugiadas no mundo (IOM, 2020, p. 22).

As mulheres refugiadas, devido ao distanciamento de suas pátrias e de seus familiares, à ausência de políticas públicas de acolhimento, aos abusos, principalmente sexuais, e ao preconceito quanto à condição de mulher e refugiada, são atingidas por violências de diversas proporções, influenciando, diretamente, no processo de adaptação no país que lhes conferiram refúgio e tornando-as um dos grupos mais vulneráveis dentro das migrações.

Nessa lógica, as refugiadas sofrem violência cultural, que se exterioriza na opressão vivenciada dentro do âmbito familiar, fazendo com que se desloquem em busca de refúgio em países distintos, sendo locais onde encontram dificuldades para se adaptarem aos costumes e à língua; violência social, expressa por meio da manutenção da pobreza e dos impedimentos de alcance aos serviços públicos; violência psicológica, que se manifesta com as perseguições e as opressões sofridas relativas ao gênero e com a revitimização em virtude da posição de mulher e refugiada, elevando, deste modo, a vulnerabilidade; violência sexual, que se expõe através da exploração e o tráfico de mulheres e meninas, com a utilização do estupro como arma de guerra³ e, além disso, nos campos de refugiados podem ocorrer agressões físicas e abusos sexuais, cometidos, inclusive, por parceiros violentos e outros abrigados.

Nestesentido, as discriminações de gênero são causa e consequência da mobilidade forçada, podendo serem agravadas por outras especificidades, como a raça, a orientação sexual, o posicionamento ideológico e religioso, a identidade de gênero (ONU, 2017). Ainda, destaca a ONU que:

³ “Os conflitos armados tem sido causa frequente para o grande deslocamento de pessoas, e, para as mulheres, estas situações representam um risco muito maior, uma vez que em muitos casos o estupro tem sido usado como arma de guerra.” (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 224).

Aquelas que estão desacompanhadas, grávidas ou são idosas estão ainda mais vulneráveis. Muitas dessas mulheres estão fugindo de conflitos em sua terra natal e sofreram violências extremas e violações dos direitos humanos, incluindo o assassinato e o desaparecimento de seus familiares, a violência sexual e de gênero e o acesso restrito a alimentos, água e eletricidade. Algumas foram repetidamente deslocadas ou foram exploradas ou abusadas em busca de segurança (2017).

No que concerne, especificamente, à violência sexual apontada, o relatório *Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis* divulga o caso de uma jovem que havia fugido de seu país de origem devido a um conflito e foi forçada a praticar relações sexuais para obter passaporte falso e uma passagem de barco (UNHCR; UNFPA; WRC, 2015, p. 8).

Além disso, a ONU também expõe que um grande contingente de mulheres sul sudanesas abandona seus lares e buscam abrigos em campos de refugiados para escapar da violência doméstica e dos abusos sexuais (ONU, 2017).

Ademais, a organização não governamental Anistia Internacional relata que, no ano de 2016, refugiadas oriundas da África subsaariana que passaram pela Líbia alegaram “[...] que o estupro era tão comum entre as rotas de tráfico que elas tomavam anticoncepcionais durante a viagem para evitar ficarem grávidas” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016). Revela, também, a organização que, no Líbano, as refugiadas sírias chegaram a sofrer perseguições sexuais por policiais e funcionários do governo (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016).

Deduz-se, assim, que a violência sexual, que motivou o deslocamento de inúmeras refugiadas, é capaz de se propagar durante o percurso e de se perpetuar no novo território de acolhimento. Assim sendo, há a potencialização das violações à dignidade destas mulheres.

Diante do exposto, assimila-se que, atualmente, milhares de pessoas, diariamente, são obrigadas a abandonar seus países, afastando-se, assim, de suas famílias, de suas casas e de suas culturas, em busca de um lugar onde possam viver com dignidade. Sendo que, neste contexto, descrevem Milesi e Marinucci:

Migram as mulheres no mundo contemporâneo: vendidas como escravas ou fugindo de desastres naturais ou de violência; em busca de renda para o sustento de seus familiares ou à procura de maior autonomia. Migram as mulheres em travessias em que os sonhos e os pesadelos se entrelaçam, em que a vontade de sair se coaduna com o desejo do retorno. A migração, assim, se torna, não raramente, uma experiência de fragmentação, onde nem sempre o coração acompanha os caminhos dos pés (2015, p. 55).

Deste modo, a mulher refugiada, na sua trajetória, denuncia situações de desumanidade. Além disso, como, forçosamente, aceita relações de discriminação e de imposições patriarcais nos aspectos laboral e doméstico, “desmascara os limites da globalização neoliberal” (MILESI; MARINUCCI, 2015, p. 65) e escancara as falácias do recente projeto de desenvolvimento.

A intensificação da vulnerabilidade das mulheres refugiadas, desta maneira, relaciona-se ao não avanço no combate à desigualdade de gênero, que se expressa na precarização do trabalho feminino, nas distintas formas de violência citadas acima e na invisibilidade no fenômeno da mobilidade humana.

Assim, neste quadro, diante do aumento do número de deslocamentos forçados no mundo, sobretudo em decorrência de conflitos armados, “[...] mulheres e meninas são vítimas em potencial de uma série de violências, de caráter social, cultural, psíquico e sexual” (SCHWINN; COSTA, 2016, p. 231). Sendo que a última, a mais cruel de todas, atinge todas as esferas da vida das refugiadas, pois o temor de sofrer abusos sexuais atrapalha sua inserção social no país receptor e dificulta o desenvolvimento de uma vida livre destas violações.

Portanto, faz-se imprescindível incluir as mulheres migrantes e refugiadas no protagonismo das migrações, além tornar efetivo os empenhos na luta contra à desigualdade de gênero que consiste em um fator determinante na mobilidade forçada de milhares de mulheres e, também, potencializa as violências sofridas, sobretudo, pelas refugiadas.

3 AS MULHERES REFUGIADAS NO BRASIL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE INTEGRAÇÃO LOCAL E SUPERAÇÃO DAS OPRESSÕES DE GÊNERO

Como já abordado, as mulheres refugiadas inserem-se em um contexto no qual necessitam se adaptar às mudanças culturais, linguísticas e sociais, por exemplo, para constituírem parte integrante do país que as acolhem.

Contudo, este processo de adaptação não depende apenas destas pessoas como um fenômeno de desconstrução pessoal, estando, assim, interligado com os mecanismos que o país receptor fornecerá para que a situação de vulnerabilidade em que se encontram seja reduzida.

Tais mecanismos consistem em políticas migratórias que não se referem apenas à questão sobre quem tem permissão ou não para ingressar no país, mas também inclui a precaução para que refugiadas tenham acesso às políticas públicas universais das quais dispõem os autóctones, além daquelas planejadas especificamente para atender às suas necessidades.

No caso do Brasil, o país, por meio dos novos fluxos de migrantes, ainda está no processo de aprendizagem sobre como responder às demandas específicas de cada grupo e como integrá-los no país. Essa reinvenção na forma de tratar a migração internacional no território brasileiro incentiva o planejamento e a implementação de políticas sociais que propiciem o acesso a direitos e, assim, possibilitem a obtenção da cidadania por toda a população, inclusive para aqueles oriundos de outros territórios (LUSSI, 2015, p. 137).

Acentua-se, entretanto, que o processo migratório, geralmente, expõe desigualdades e incoerências nas políticas públicas. Desta forma, destaca Lussi que:

Não existe a igualdade em contextos de pluralidade sociocultural, menos ainda em contextos onde sujeitos migrantes interagem com autóctones, por vezes convergem e sempre se cruzam na luta por políticas públicas adequadas e, possivelmente, formuladas para garantirem equidade de tratamento e de acesso a direitos, bens e serviços. Homens e mulheres migrantes, em sua condição de estrangeiros, representam uma diferença imprescindível nos contextos locais onde buscam inserir-se, normalmente, como concidadãos “iguais” a todos os demais habitantes de um determinado território (2015, p. 136).

Recorre-se ao termo “desigualdades” com um sentido abrangente, relativo a características pessoais ou coletivas, sociais ou culturais que demonstrem alteridade, sendo esta traduzida como um estado de inferioridade para os indivíduos que a vivencia, neste caso, as refugiadas, capaz de dispensar a tais indivíduos tratamento discriminatório e excludente.

Assim, as desigualdades que segregam e discriminam relacionam-se com a condição de vulnerabilidade que sujeita estas mulheres à exclusão. Por isso, quando se nega as diversidades das refugiadas, as políticas públicas fortalecem as desigualdades sofridas.

Porém, políticas públicas criadas e direcionadas para atender às demandas peculiares destas mulheres promovem a integração na sociedade receptora e previnem que seus direitos sejam violados. Deste modo, “desigualdade não se combate com igualdade; se previne com equidade” (LUSSI, 2015, p. 136).

Nesse sentido, a desigualdade trata-se de um fator determinante para estabelecer políticas públicas, tanto no que se refere àquelas discriminatórias, quanto àquelas que exprimem a alteridade como meio de engrandecer os países de destino.

No tocante às desigualdades não abordadas pelas políticas públicas brasileiras, compreende-se que mulheres refugiadas se encontram ainda mais vulneráveis e expostas a diversos tipos de violações aos seus direitos.

Pelo contrário, fomentando políticas públicas que abarquem as exigências específicas destas mulheres, possibilita-se que as violências sofridas anteriormente à condição de refúgio não sejam potencializadas no Brasil ou que tampouco sejam vítimas de violações distintas.

Sobre a questão da alteridade acima destacada, entende-se que esta se concretiza por meio de questionamentos como “quem são estas mulheres?”, ou “quais imigrantes devem ser autorizadas a entrar no Brasil legitimamente?”

Nesse seguimento, entende-se que o acolhimento de refugiadas se baseia nos limites existentes “[...] entre inclusão e exclusão, admissão e rejeição, desejáveis e indesejáveis” (MOREIRA, 2014, p. 86). Tais limites segregam aquelas que serão abarcadas social, cultural, econômica e politicamente, além daquelas que possuirão direito a ter direitos das que não serão detentoras.

Desta forma, através de políticas públicas faz-se possível a integração local das refugiadas e, conseqüentemente, não ocorrerá esta segregação.

No entanto, quanto à integração, Julia Bertino Moreira afirma que se trata de termo controverso, sendo necessário, assim, aprofundar no seu significado, ou seja, “[...] quais atores prevalecem em estabelecer seu conteúdo e semeá-lo discursivamente, bem como quais esferas são privilegiadas a partir dessa interpretação [...]” (MOREIRA, 2014, p. 90).

Sendo assim, ainda elucida a autora que:

É possível, assim, que os refugiados tenham acesso ao mercado de trabalho, mas, ao mesmo tempo, sejam excluídos ou tenham desvantagem na área de educação. Podem ser incluídos em ambas as áreas, mas serem excluídos em termos de participação política. Ou ainda, incluídos nessas diversas áreas, mas excluídos em termos culturais, identitários ou outras formas cotidianas de interação social (MOREIRA, 2014, p. 90).

Ademais, integrar as refugiadas inserindo-as à programas e políticas já existentes no Brasil, pode limitar suas possibilidades de escolha, de “empoderamento” e do próprio desenvolvimento destas mulheres, as quais, desta maneira, não manifestam no processo que estabelecerá os mecanismos que determinarão suas novas oportunidades de vida. Além disso, uma integração seguindo estes parâmetros depende, sobretudo, da receptividade dos nacionais.

Nesse aspecto, aponta Moreira que:

Os critérios a serem utilizados para definir o ‘sucesso’ desse processo multidimensional também devem incorporar os olhares dos próprios refugiados. Vale dizer, eles merecem ser integrados às discussões sobre integração, tanto no desenho dos programas e das políticas, quanto em sua implementação e futura avaliação (2014, p.91).

Para tratar desta temática, é imprescindível fazer uma análise do processo de integração relacionado ao arcabouço institucional nacional, incluindo os agentes estatais e não estatais que dele fazem parte, bem como as condições de vida destas mulheres refugiadas no país.

Nesse seguimento, no Brasil, no fim da década de 1970, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), conjuntamente com instituições religiosas, como as Cáritas⁴, iniciaram o fornecimento de assistência aos refugiados latino-americanos (chilenos,

⁴ “A Cáritas Brasileira é uma entidade de promoção e atuação social que trabalha na defesa dos direitos humanos, da segurança alimentar e do desenvolvimento sustentável solidário. Sua atuação é junto aos excluídos e excluídas em defesa da vida e na participação da construção solidária de uma sociedade justa, igualitária e plural.” (CÁRITAS, 2018)

bolivianos, argentinos e uruguaios) que aqui chegavam fugindo das perseguições sofridas nos regimes ditatoriais de seus países origem (BÓGUS; RODRIGUES, 2011, p. 105).

Porém, a institucionalização da temática dos refugiados no Brasil somente ocorreu com a aprovação da Lei n.º 9.474 de 1997, a qual estabeleceu a definição do termo refugiado, abordando aquela estabelecida na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e, também, o conceito ampliado promovido pela Declaração de Cartagena de 1984⁵, o direito a reunião familiar, que estende a concessão do refúgio aos familiares do refugiado, além de assegurar o direito ao trabalho no país mesmo que ainda esteja na condição de solicitante de refúgio e, também, assegurou o direito de residência temporária, entregando documentos de identidade provisórios até o julgamento da solicitação de refúgio.

A supracitada legislação promoveu, ainda, a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)⁶, o qual é responsável pela análise dos pedidos e da declaração de reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, e também pela orientação e coordenação de ações que garantam proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados. Tal órgão se consolida como uma estrutura tripartite, pois engloba instituições não estatais envolvidas com o tema do refúgio no país, organização internacional e o governo nacional.

A Lei n.º 9.474 de 1997 é considerada pelos organismos internacionais como inovadora, todavia em seus dispositivos somente trata-se de assuntos referentes à documentação.

Por conseguinte, não foram detalhados os parâmetros para a concretização da integração local da população de refugiadas nos aspectos

⁵ Instrumento regional adotado pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários” que ocorreu em Cartagena, na Colômbia, entre os dias 19 e 22 de novembro de 1984, o qual dispõe: “[...] a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública” (ACNUR, 1984).

⁶ “O Conare é constituído por representantes governamentais e não-governamentais. Pelo governo, fazem parte do Conare o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJ - presidência), o Ministério das Relações Exteriores (MRE), o Ministério da Saúde (MS), o Ministério da Educação (MEC), o Ministério da Economia (ME), e a Polícia Federal (PF). Os atuais representantes da sociedade civil (titular e suplente, respectivamente) são da Cáritas Arquidiocesanas do Rio de Janeiro e de São Paulo. Diferentemente dos demais membros, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur) possui voz, mas não voto” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

sociais, econômicos, políticos e culturais, por exemplo, além de não estabelecer os meios de acesso às políticas públicas já existentes.

Como já explicitado, a integração das refugiadas no Brasil envolve esferas socioeconômicas, políticas e culturais. Isto posto, necessita-se fornecer a estas mulheres, sobretudo, empregos, moradia e serviços públicos de saúde e educação.

Além disso, faz-se necessário visualizá-las como protagonistas deste fenômeno migratório, capazes de se manifestarem quanto às suas exigências peculiares para que não sejam inseridas em projetos predeterminados de políticas públicas que não abarcam suas particularidades, principalmente aquelas geradas pelas imposições de gênero.

Diante desta conjuntura, remetendo à estrutura tripartite citada acima, a sociedade civil, preponderantemente, tem gerado iniciativas para promover a integração destas refugiadas no Brasil, apesar de existir a participação do ACNUR e do Estado.

Quanto a isto, elucida Moreira:

O direito à saúde é garantido mediante o atendimento médico em hospitais públicos e fornecimento de medicamentos adquiridos com verba do ACNUR. Já o direito à educação é propiciado pelo ingresso em escolas e universidades públicas. A alimentação e moradia são fornecidas a partir de convênios firmados com instituições da citada rede de apoio aos refugiados no país. Contudo, direitos políticos não foram assegurados aos refugiados, que se encontram privados de exercer o direito de voto em nível municipal, estadual ou federal, o que prejudica consideravelmente a capacidade de terem suas demandas ouvidas e atendidas no país (2014, p. 93).

Embora exista este sistema tripartite, resiste, ainda, uma ausência de recursos econômicos e de políticas públicas de integração das refugiadas na sociedade, pois o governo brasileiro, em relação ao acesso destas mulheres às políticas já existentes ou na implementação de políticas voltadas exclusivamente para suas necessidades, permanece alheio ou omisso, transferindo à sociedade civil, por meio de instituições religiosas e suas redes de apoio, a responsabilidade de efetivar aquilo que seria sua função.

Interessa, deste modo, analisar as características socioeconômicas das refugiadas no país e o modo como estas qualificam a assistência fornecida pela citada rede tripartite. Para tanto, baseia-se no estudo

realizado, em 2007, pelas pesquisadoras Aydos, Baeninger e Domingues, “Condições de Vida da População Refugiada no Brasil: trajetórias migratórias e arranjos familiares”, na pesquisa “Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil”, publicada em 2015, nas informações obtidas na visita guiada à instituição “Missão Paz”⁷ em 2017 e em outros dispositivos atualizados sobre a temática.

O referido estudo das autoras Aydos, Baeninger e Domingues, apesar de não ter sido feito com ênfase em mulheres refugiadas, aponta o âmbito em que estas estão inseridas no país. Assim, analisando famílias de refugiados reconhecidos nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, o estudo constatou que aproximadamente metade das famílias pertence à classe “C”, sendo que em São Paulo há maiores proporções de famílias nas classes “D” e “E” comparado com o Rio de Janeiro. No que tange ao aspecto laboral, certificou-se que 56,4% dos refugiados estavam trabalhando, porém somente 32,8% tinham carteira de trabalho assinada pelo empregador (AYDOS; BAENINGER; DOMINGUES, 2007, p. 10).

Ainda em relação às investigações das autoras supracitadas, Moreira relata que os refugiados entrevistados, no geral, avaliaram as condições de trabalho e os salários como insatisfatórios. Outrossim, julgaram precárias as condições de acesso a serviços públicos de saúde e moradia, além de possuírem dificuldades para obter o reconhecimento de seus diplomas universitários. No tocante à discriminação, 53,4% dos refugiados residentes em São Paulo, declaram grande insatisfação, pois grande parte dos autóctones desconhecia o que significa ser um indivíduo em condição de refúgio e os associavam a fugitivos, afetando, assim, a integração (MOREIRA, 2014, p. 86).

Outro fato relevante relativo ao CONARE, de acordo com Moreira, é que 35,7% dos entrevistados não souberam avaliar o órgão ou não o conheciam, sendo que, como já destacado, este foi criado justamente para cuidar da população de refugiados residentes no Brasil (MOREIRA, 2014, p. 86).

No que tange à pesquisa “Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil”, esta concluiu que no Brasil há violações dos direitos humanos dos imigrantes, há dificuldades de acesso a direitos

⁷ Instituição de religiosos scalabrianos, composta pelo Centro de Estudos Migratórios (CEM), pelo Centro Pastoral e de Mediação dos Migrantes (CPMM) e pela Casa do Migrante, que tem como propósito fornecer assistência, em diversas esferas, a imigrantes e refugiados residentes no Brasil.

e serviços públicos, não existem regulamentações direcionadas ao atendimento a estas pessoas e, por fim, 72% dos imigrantes (BRASIL, 2015, p. 159) desconhecem iniciativas voltadas à garantia de sua proteção (BRASIL, 2015, p. 158).

Ademais, na supracitada pesquisa, os imigrantes afirmam que as principais dificuldades são o idioma, sendo que este cria um obstáculo para o acesso a serviços e direitos, e o trabalho. Apurou-se, também, que 74% dos imigrantes entrevistados “[...] sentiram-se discriminados no acesso a serviços públicos pelo fato de serem imigrantes” (BRASIL, 2015, p. 159). Constatou-se, ainda, que, para 87% da sociedade civil e 61% das instituições públicas que trabalham com o tema, as dificuldades vividas pelos imigrantes possuem maior gravidade comparadas como as enfrentadas pela população autóctone. (BRASIL, 2015, p. 159)

Como obstáculos mais marcantes enfrentados pelos imigrantes, a pesquisa “Migrantes, apátridas e refugiado: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil” aponta, quanto aos normativos, “[...] a necessidade de alteração da legislação, a criação de novas formas de regularização migratória por meio de regulamentação legislativa, e a adoção ou adaptação de políticas públicas para os imigrantes”; em relação aos estruturais, “[...] a ausência ou inadequação da moradia e questões relativas ao trabalho (seja sua ausência, a discriminação, a exploração ou até mesmo o trabalho escravo)”; e referente aos institucionais, “[...] destacam-se o idioma, a falta de recursos humanos e a falta de capacitação (sobre os temas migratórios, sobre as peculiaridades dos imigrantes e também sobre as diretrizes e regras da migração e dos direitos humanos no país)” (BRASIL, 2015, p. 159-160).

No que diz respeito aos grupos vulneráveis que compõem o perfil dos imigrantes no Brasil, a citada pesquisa destaca como vulneráveis, principalmente, mulheres, crianças, idosos e refugiados (BRASIL, 2015, p. 136).

Concernente à visita guiada na Instituição “Missão Paz”, em outubro de 2017, coletou-se dados principalmente acerca do contexto laboral brasileiro no qual estão inseridas as refugiadas e da existência de discriminações em relação a estas mulheres. Mediante os dados alcançados, concluiu-se que as refugiadas, apesar de algumas possuírem formação superior, conseguem empregos no Brasil, sobretudo, em restaurantes, oficinas de costura e como auxiliares de limpeza, demonstrando a extensão do âmbito doméstico para o laboral.

Quanto às discriminações, compreendeu-se que estas mulheres são discriminadas por serem refugiadas, sendo que a situação se agrava para as mulheres mulçumanas devido ao uso do *hijab*, além de serem vítimas de racismo.

Diante das conclusões obtidas com a visita à instituição, infere-se que as mulheres em condição de refúgio acolhidas no Brasil não têm acesso a políticas que atendam às suas particularidades e, muitas vezes, estão expostas à uma conjuntura de violações de seus direitos.

Por conseguinte, instituições como a “Missão Paz” auxiliam no processo de redução da vulnerabilidade a qual estão expostas as refugiadas no país, arcando, assim, com o papel do Estado brasileiro de proteção à dignidade humana, independente da condição que o indivíduo ocupa na sociedade brasileira.

Salienta-se que, embora as mulheres refugiadas enfrentem problemas devido à ausência de políticas públicas efetivas no Brasil tanto quanto os outros grupos, cabe esclarecer que, segundo já explicitado, as refugiadas revelam-se singulares nesse processo de integração local, pois agrega-se aos obstáculos socioeconômicos, as imposições de gênero.

Deste modo, o processo de acolhimento e integração destas mulheres na sociedade brasileira tem sido mais árduo e violento comparado com aquele realizado pelos homens.

Sendo assim, malgrado o Brasil possua uma inovadora legislação sobre refugiados, percebe-se o quanto são falhos os mecanismos voltados a assegurar o acolhimento e a integração local destas mulheres, já que há dificuldades de acesso, principalmente, a serviços públicos e trabalhos dignos, além das discriminações sofridas devido ao gênero e à condição de refúgio.

Portanto, para que o Brasil se torne um país realmente acolhedor, requer-se políticas que efetivem o acesso aos direitos garantido a todos, além de políticas que se atentem às diferenças, para que estas não sejam fatores geradores de desigualdades discriminatórias.

Neste sentido, afirma Carmem Lussi:

[...] homens e mulheres migrantes apontam para um bem-estar que não se refere à igualdade, mas à mesma dignidade e garantia de direitos, na alteridade de situações e de condições que as políticas públicas não conseguem incluir se não considerarem as desigualdades de fato (2015, p. 143).

Por fim, a fim de que tais políticas sejam de fato direcionadas às peculiaridades das refugiadas, imprescindível se faz dar visibilidade a estas mulheres no fenômeno migratório, respeitando suas experiências e escutando seus anseios.

CONCLUSÃO

Ao tratar acerca da “feminização” das migrações, constata-se que, apesar de não terem sido estampadas na história migratória, as mulheres consistem em agentes ativos deste contexto, tendo se deslocado por razões políticas, sociais e econômicas.

Compreende-se que tais deslocamentos representam, por um lado, o “empoderamento” destas mulheres, e, por outro, a extensão das imposições de gênero que, além de consistirem em uma das causas da mobilidade forçada feminina, também as apresentam como seres invisíveis nesta conjuntura e, ainda, possibilitam que opressões as quais estavam expostas em seus locais de origem se perpetuem nos locais de destino.

Outrossim, no tocante às referidas imposições de gênero, infere-se que estas tornam as mulheres refugiadas um dos grupos mais vulnerável no cenário migratório, pois as expõem a violências de caráter social, cultural, psíquico e sexual.

Deste modo, a fim de superar esta realidade, infere-se o quanto é imprescindível reconhecer o protagonismo das mulheres refugiadas nas migrações, além de tornar efetivo o embate à desigualdade de gênero.

No que concerne às condições das mulheres refugiadas residentes no Brasil, percebe-se que, embora o país possua uma inovadora legislação sobre refugiados, ainda são insuficientes os mecanismos voltados a assegurar o acolhimento e a integração local destas mulheres, considerando a dificuldade em obter acesso a serviços públicos e trabalhos dignos, e as discriminações sofridas em decorrência do gênero ao qual pertencem e à condição de refúgio.

Assim, para que as refugiadas sejam realmente acolhidas no país, serão necessárias políticas públicas que efetivem o acesso aos direitos previstos nestas legislações, além daquelas que sejam direcionadas às particularidades destas mulheres, a fim de que as diferenças existentes entre estas e os demais grupos de migrantes, não sejam fatores geradores de desigualdades discriminatórias.

Para que tais políticas sejam de fato direcionadas às peculiaridades das refugiadas, imprescindível se faz dar visibilidade

a estas mulheres no fenômeno migratório, respeitando suas vivências e dando voz aos seus anseios.

Portanto, resta evidenciado que tratar as refugiadas como seres políticos inseridos na conjuntura das migrações, reconhecendo a resiliência com que estas mulheres lidam com o processo migratório, torna-se possível auxiliá-las a superarem o contexto de opressões ao qual estavam expostas e inseri-las em um ambiente cerceado por políticas públicas de acolhimento e integração, no qual a condição de mulher, bem como de refúgio não colocará em risco suas vidas.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Cartagena, Colômbia: Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários, 1984. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena. Acesso em: 13 fev. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. Por que as mulheres refugiadas da Síria no Líbano sofrem perseguição sexual e exploração constantes? **Anistia Internacional**, 2016. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/porque-mulheres-refugiadas-da-siria-libano-sofrem-perseguiacao-sexual-e-exploracao-constantes/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

AYDOS, M.; BAENINGER, R.; DOMINGUEZ, J. A. Condições de Vida da População Refugiada no Brasil: trajetórias migratórias e arranjos familiares. *In*: III CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO LATINO AMERICANA DE POPULAÇÃO, ALAP, 2008, Córdoba, Argentina. Campinas: Nepo/Unicamp, 2008. Disponível em: <http://obs.org.br/refugiados/938-condic-o-es-de-vida-da-populac-a-o-refugiada-no-brasil-trajetorias-migratorias-e-arranjos-familiare>. Acesso em: 13. fev. 2020.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BÓGUS, L. M. M.; RODRIGUES, V. M. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas. **Dimensões – Revista de História da UFES**, Espírito Santo, v. 27, p. 101-114, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/2585/2081>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9474-22-julho-1997-365390-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

CÁRITAS. Cáritas Brasileira. Organismo da CNBB. **Cáritas**, [s.d.]. Disponível em: <http://caritas.org.br/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

HALL, S. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

IOM. **World Migration Report 2020**. Geneva, Switzerland: International Organization for Migration 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 14 fev. 2020.

LIMA, J. B. B. *et al.* **Refúgio no Brasil: caracterização dos perfis sociodemográficos dos refugiados (1998-2014)**. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30866. Acesso em: 13 fev. 2020.

LUSSI, C. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pusp/v26n2/0103-6564-pusp-26-02-00136.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MILESI, R.; MARINUCCI, R. Mulheres migrantes e refugiadas a serviço do desenvolvimento humano dos outros. *In*: **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, v. 10, n. 10, p. 55-69, 2015. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/index.php/component/booklibrary/1180/view/53/Publica%C3%A7%C3%B5es/487/caderno-de-debates-10-refugio-migracoes-e-cidadania>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conare. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/conare>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MORALES, O. W. Aprofundamento. La Migración de las mujeres ¿Um proyecto individual o familiar? **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 15, n. 29, p. 23-45, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4070/407042006003.pdf>. Acesso em 13 fev. 2020.

MOREIRA, J. B. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 22, n. 43, p. 85-98, dez. 2014. Disponível em: <http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/471>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MOROKVASIC, M. Birds of Passage are also Women. **The International Migration Review**, v. 18, n. 4, p. 886-907, 1984. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2546066?seq=4#page_scan_tab_contents. Acesso em: 13 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Direito Internacional da Migração. **Glossário sobre migração**. Genebra, Suíça: Organização Internacional para as Migrações, 2009. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 13 fev. 2020.

ONU. **Uma em cada cinco refugiadas são vítimas de violência sexual no mundo**. ONU Mulheres, 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sao-vitimas-de-violencia-sexual-no-mundo/>. Acesso em: 13 fev. 2020.

SCHWINN, S. A.; COSTA, M. M. M. Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do acnur no combate a essa violência. **Signos**, Lajeado, v. 37, n. 2, p. 216-234, 2016. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100>. Acesso em: 13 fev. 2020.

TOPA, J.; NEVES, S.; NOGUEIRA, C. Imigração e saúde: a (in) acessibilidade das mulheres imigrantes aos cuidados de saúde. **Saúde Soc. São Paulo**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 328-341, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v22n2/v22n2a06.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

UNHCR; UNFPA; WRC. Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis. **UNHCR The UN Refugee Agency**, 2015. Disponível em: http://www.unhcr.org/569f8f419.html#_ga=1.121411469.469997879.1453981260. Acesso em: 13 fev. 2020.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO FUNCIONAL SISTÊMICO DE GÜNTHER JAKOBS

BRIEF OBSERVATIONS ABOUT GÜNTHER JAKOBS SYSTEMIC FUNCTIONALISM THOUGHT

Pedro Guilherme Borato*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A função do Direito Penal no Funcionalismo Sistêmico. 3 Bases do Pensamento de Jakobs. 3.1 A conexão com Habermas. 3.2 O diálogo com Luhmann. 3.3 A influência de Hegel. 4 Outras construções do Funcionalismo Sistêmico. 5 Reflexões sobre o pensamento de Jakobs. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo detém o objetivo específico de analisar as construções de Günther Jakobs dentro do Funcionalismo Sistêmico. Por meio da conjugação dos modelos metódicos científicos sistemáticos e dedutivos, intentar-se-á refletir acerca da estruturação teórica desenvolvida pelo alemão, resgatando suas fontes conceituais primárias e analisando os contributos para a evolução do Sistema Jurídico-Penal. Funcionalizar-se-á os diversos institutos do Direito Penal na busca por compreender sua dimensão empírica, passando por diversos conceitos como a Teoria do Delito, os crimes de perigo abstrato e o poder comunicativo do Direito Penal. Por fim, debruçaremos sobre as reflexões feitas com base nessa linha teórica.

Palavras-chave: Günther Jakobs. funcionalismo sistêmico. função do direito penal. poder comunicativo. direito penal.

ABSTRACT: *The present study has the specific objective of analyzing the constructions of Günther Jakobs within the Systemic Functionalism. Through the combination of systematic and deductive scientific methodological models, intend to reflect on the theoretical structure developed by the German, rescuing his primary conceptual sources and analyzing the contributions to the evolution of the Legal-Criminal System. The various institutes of Criminal Law will be functionalized in the search to understand their empirical dimension, going through several concepts such as the Theory of Crime, crimes of abstract danger and the communicative power of Criminal Law. Finally, we will focus on the reflections made based on this theoretical line.*

Keywords: *Günther Jakobs. systemic functionalism. criminal law function. communicative power. criminal law.*

* Doutorando em Direito Criminal pela Universidad de Salamanca. Professor de Direito Criminal da Universidade do Estado de Mato Grosso. Mestre e Graduado em Direito pela UNESP.

Artigo recebido em 12/11/2020 e aceito em 28/04/2021.

Como citar: BORATO, Pedro Guilherme. Breves considerações sobre o pensamento funcional sistêmico de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 195-228. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A vertente funcional desenvolvida por Günther Jakobs no plano Jurídico-Penal é uma construção que traz profundas discussões e gera muitas polêmicas. Uma análise científica do pensamento do jurista alemão é extremamente necessária para compreender seu corte epistêmico e sobre quais premissas edificam-se sua teoria. Busca-se aqui entender as linhas mestras da concepção Jurídico-Penal da Escola de Bonn, retomando suas bases e refletindo sobre as assertivas desenvolvidas.

Para análise do objeto eleito, utiliza-se do método dedutivo-bibliográfico que consiste em uma pesquisa no campo teórico, acerca de diferentes teorias já existentes, procedendo-se por meio das deduções, a fim de analisá-las e compará-las (POZZEBON, 2004, p. 28) o que possibilita, a partir da leitura de diversas obras relacionadas a essa linha de compreensão, edificar as conclusões fundamentais do funcionalismo sistêmico. Também será ferramenta metodológica o pensamento dialético, proporcionando a conjugação do funcionalismo sistêmico com outras compreensões jurídico-penais, com o objetivo de demonstrar os pontos de conexão e os de embate entre as diversas teorias, em especial o funcionalismo racional-teleológico.

O emprego do método sistemático também é de suma importância já que segundo Alfred Büllsbach, as teorias dos sistemas (ou sistêmicas) visam compreender a sociedade na sua totalidade. Especialmente em Luhmann, a teoria crítica da sociedade está relacionada com o interesse na análise da sociedade no seu todo. Isto acaba por exigir tanto uma teoria da evolução social como uma teoria da estrutura da sociedade, nas suas implicações sociais, econômicas e políticas. Questões como a das relações da teoria dos sistemas com concepções histórico-filosóficas; como a da unidade entre a teoria e a prática; como a da auto constituição da sociedade e seus subsistemas; como a da discussão atual de uma teoria dos sistemas vivos (sistemas autopoieticos), consubstanciam-se outras tantas problemáticas ulteriores da teoria dos sistemas. Os princípios da teoria sistêmica são na contemporaneidade utilizados com interesse na solução de questões sociopolíticas. Na Ciência do Direito, as contínuas transformações estruturais exigem que se tenha em consideração estes desenvolvimentos de maneira a superar uma concepção relativamente limitada das relações jurídicas (BÜLLESBACH, 2009, p. 409).

A emergência da autopoieses no direito funciona como uma transposição de funções evolutivas do exterior para o interior do próprio sistema, uma internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Este processo transfere o epicentro da dinâmica evolutiva do meio envolvente para o seio do próprio sistema e o submete à lógica autopoietica. Tais elementos extrínsecos passam a exercer um efeito modelador da evolução jurídica, na medida que o protagonismo do processo evolutivo cabe a estruturas sistemicamente internas. Dessa maneira, apenas sistemas autopoieticamente organizados são suscetíveis de evolução (TEUBNER, 1989, p. 113). Com o emprego desta dinâmica o sistema jurídico organiza por intermédio de ferramentas intrínsecas o modelo de evolução que objetiva adotar.

Outro método empregado será o racionalista teleológico-funcional. Ela visa dar maior adequação à resolução dos problemas que permeiam as ciências criminais. Tal método é “[...] fundado na perspectiva de se estabelecer uma conexão direta entre os elementos integrantes do Sistema Jurídico-Penal e a sua respectiva função” (FERNANDES, 2003, p. 80) Funcionalizar os componentes do pensamento sistêmico é essencial para uma melhor absorção da teoria.

Assim, o objetivo específico do presente estudo é refletir acerca dessa compreensão do fenômeno jurídico no campo criminal, dessa escola, procurando agregar às Ciências Criminais as inovações e itens pertinentes produzidos em seu contexto.

1 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Entender a função do direito penal em qualquer teoria jurídico-criminal é essencial para compreender tudo acerca dessa linha de reflexão. O funcionalismo jurídico-penal de Jakobs é a teoria onde o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa e, assim, garantir a constituição da sociedade (JAKOBS, 2003a, p. 1). Ou seja, nessa escola possuímos uma maior atenção para o componente normativo, onde se radicaliza a função dessa área jurídica para a proteção normativa, ou seja, da dogmática jurídico-penal. Chega-se a uma das assertivas básicas desse pensamento, que a função principal do Direito Penal é a proteção de sua dogmática.

Nesse contexto, o Direito Penal restabelece, no plano da comunicação¹, a vigência perturbada da norma, cada vez que se leva a cabo

¹ O que se entende por plano da comunicação será mais bem explicado em breve.

um procedimento que possui o papel de consequência de uma violação da norma. Isso significa que assim representa-se a identidade não modificada da sociedade. Nesse plano, o elemento empírico atua como sendo o campo onde se apreende o delito, o processo e sua relação. Com isso, não se pode compreender empiricamente o fenômeno da confirmação da identidade normativa, porque isso não é consequência do processo, é seu significado (JAKOBS, 2003a, p. 4-5). A partir disso se explica, por exemplo, porque que os estudos empíricos vinculados à análise da prevenção geral positiva aparecem como deslocados. Para Jakobs, a constituição da sociedade se dá por meio das normas (JAKOBS, 2003a, p. 10).

Cada pessoa detém o dever de não praticar nenhum injusto (dever normativo). E entende-se por injusto como sendo aquilo que não se pode praticar para a dogmática criminal. O Direito Penal não garante que não se pratique nenhum delito, como demonstra-se, por indução, a partir da impunibilidade do menor ou do enfermo mental que cometa um injusto; e, por dedução, a partir do princípio reitor do Direito Penal, não se tratando de um princípio do injusto, mas de um princípio de culpabilidade. O Direito penal não consegue garantir a expectativa de que quem está submetido ao direito não irá se comportar de modo culpável, que se portará suficientemente fiel ao direito, e, no caso de não demonstrar fidelidade adequada, esta demonstração será com base em sua culpabilidade e não em um erro de quem tenha uma expectativa de cumprimento do estabelecido juridicamente (JAKOBS, 2003b, p. 37).

No campo dessa teoria, a conduta de alguém que realiza um injusto perturba a vigência da norma. Ou seja, a conduta contradiz a vigência da norma, já que a mensagem que a conduta passa (ou passa até o ponto onde podemos compreender tal como seu significado) é de que aquela norma que dizia ser proibido realizar aquela ação, pois ela estaria em desacordo com o direito, não possui mais validade.

A prestação que o Direito Penal realiza se baseia em contradizer, por sua vez, a contradição das normas determinantes da identidade social. Essa contradição da contradição se dá por meio da sanção criminal. Com tal expediente, o Direito Penal confirma não apenas a norma, mas a identidade da sociedade. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que há de ter uma solução de modo cognitivo, ele é compreendido como falha de comunicação, sendo imputada tal falha ao autor do delito como culpa sua (JAKOBS, 2003a, p. 4).

Com isso conseguimos compreender mais uma assertiva do funcionalismo sistêmico, a função da pena. A pena não é apenas um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção. Pode ser que se vinculem à pena determinadas esperanças de que sejam produzidas consequências em outros planos como da psicologia social ou individual, por exemplo. Sendo elas de características muito variadas, como a esperança de que se mantenha ou se solidifique a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena já possui um significado independente dessas possíveis consequências, ela já significa uma auto comprovação (JAKOBS, 2003a, p. 4). A pena possui o desiderato de favorecer o exercício de fidelidade ao direito, restabelecendo a confiança e conservando a sociedade através da estabilização normativa.

A sanção deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada. A sanção é confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilização da norma que com a pena se alcança, sendo, portanto, sua função principal (JAKOBS, 2003b, P. 51). Jakobs denomina essa finalidade como “manifesta”.

Ao lado dessa função manifesta, pode-se aceitar o que ele compreende como função latente, uma direção e uma motivação. Reiterando-se a marginalização do ato e confirmando-se a identidade social através da pena, excluem-se as formas de comportamento criminoso do repertório das sugestões internas. Explica-se, no planejamento cotidiano normal não se fazem reflexões, inicialmente, acerca da possibilidade de uma conduta criminosa (JAKOBS, 2003b, p. 52), dessa maneira, dissipa-se do imaginário social a vontade de cometer crimes, pois cada vez mais passa-se a mensagem que as normas que proíbem essas condutas criminosas continuam vigentes.

A separação do efeito confirmatório e dos efeitos preventivos da pena, ou seja, a divisão entre função manifesta e função latente, é de grande importância porque a pena dirige-se em cada função a destinatários distintos. O efeito confirmatório da pena está destinado às pessoas, a participantes da comunicação que são apresentadas como dispostos, juridicamente, e a todos eles. A danosidade causada pela pena dirigida ao autor e infligida pela privação de algum meio de desenvolvimento, como a liberdade ou ativos financeiros, por exemplo, não objetiva causar medo ou compaixão, uma vez que é unicamente portador do significado de que não se deve anuir ao fato. O juízo de culpabilidade já possui esse significado. Mas assim como

o ato é mais que uma afirmação, nesse plano, é também sua objetivação. O juízo de culpabilidade, para se fazer duradouro, deve concretizar-se confirmando a necessidade de pena. Essa função, então, está vinculada à comunicação pessoal. Com as funções latentes ocorre a comunicação também, mas de modo distinto. Habituar-se à fidelidade jurídica ou até mesmo a sentir medo (intimidação) não são reações pessoais. As pessoas não necessitam de habitualidade ou intimidação, pois são apresentadas unicamente como partícipes na comunicação, dispostos juridicamente. Apenas é dirigido mediante habitualidade ou intimidação aquele que por si mesmo carece de disposição jurídica, ou seja, é o indivíduo que se debate entre a apetência e a inapetência para ser um real partícipe da comunicação (JAKOBS, 2003b, P. 52-53).

Cabe-se ponderar acerca da reflexão de Jakobs sobre a questão em apreço. Segundo o autor, o tratamento de certos elementos como condições de punibilidade funda-se em vários momentos em que o comportamento do autor é, por si, merecedor de pena, mas apenas quando ocorre a materialização do resultado se verifica também a necessidade de pena. E, dessa forma, surge a distinção entre o merecimento da pena e sua necessidade político-criminal. Nesta distinção entre merecimento de pena e necessidade de pena verifica-se que, para a determinação de todos os pressupostos da punibilidade, só se pode levar em consideração a necessidade de se solucionar mediante sanção criminal um conflito, ou seja, em consideração à necessidade de pena. Antes da função do tipo penal de contribuir na resolução de um conflito não existe tarefa dogmática alguma e, portanto, tampouco possibilidade de determinar o que há de ser castigado, em si, sem consideração a dita função. O que não se tem o que castigar também não é merecedor de pena. Exemplo, se o legislador estabelece que se castigue o furto apenas se cumprido certo requisito, a alteração na significação social da propriedade que se evidenciaria com esse condicionamento surtiria efeito também na determinação do que há de se tratar como injusto típico, não se trataria apenas de uma alteração na punibilidade (JAKOBS, 1995, p. 407-408).

A justificação da pena no funcionalismo sistêmico se dá de um modo completamente diferente do que nas outras concepções. Tomada de modo isolado, a pena não passa de um mal e, visando à sequência externa do ato e pena, se produz, segundo Hegel, a irracional sequência de dois males (JAKOBS, 2003a, p. 3). Sendo que na moderna ciência do Direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte teve, pois para

ela não é suficiente o intelecto, uma vez que o que trata na realidade é da própria essência do conceito. Se o crime e sua eliminação, na medida em que essa for considerada do ponto de vista penal, apenas foram tidos como entes nocivos, poder-se-á julgar como irrazoável que se promova um mal porque um mal já existe. Este aspecto superficial da malignidade é, por hipótese, atribuído ao crime nas mais variadas teorias da pena que detêm base na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, onde tais são consideradas como primordiais, e o que disso deverá resultar é definido de um modo também superficial, como um bem (HEGEL, 1997, p.88). Ou seja, a postura que é dada no caso onde se envolve a compreensão de crime como um mal e a sua sanção como um bem é uma postura maniqueísta dotada de uma superficialidade reducionista. Isso é uma constatação hegeliana que Jakobs trouxe para sua teoria.

Apenas sobre uma base de compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a vigência da norma e da pena compreendida como resposta que confirma a norma é que se consegue encontrar uma relação iniludível entre ambas e, assim, uma relação racional (JAKOBS, 2003a, p. 3). Jakobs busca, com tal posição, resolver uma confusão relacionada com a Teoria da Pena que foi detectada por Hegel, mostrando uma de suas bases teóricas que mais permeiam seu pensamento.

Para o filósofo alemão, o que está em questão não é o que é bem e o que é mal, mas sim o que é justo e o que é injusto. Nos pontos de vista superficiais, esquecem-se a consideração objetiva da justiça, que é o que permite apreender o princípio e a substância de um crime. Procura-se, então, o essencial no ponto de vista da moralidade subjetiva, no aspecto subjetivo do crime, acrescentando-lhe as mais diversas e vulgares considerações psicológicas sobre a força e as excitações dos motivos sensíveis, que não se conectam com a razão, sobre os efeitos da coação psicológica na representação. Essas mais diferentes considerações referentes à pena como um fenômeno, a influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que detêm na representação, ocupam o lugar da questão relativa à justiça da pena em si e para si. Nessa discussão, retomando o ponto da justiça, tendo o crime não como um mal, mas sim como uma injustiça, como uma violação do direito, deve suprimir-se tal mal. Assim, essa supressão dar-se-ia pela pena, porque ela afastaria a injustiça, e nisso reside o ponto essencial. Enquanto existir essa confusão entre mal e bem, enquanto os conceitos não foram claramente elucidados, a confusão reinará na noção

da pena (HEGEL, 1997, p. 88-89). Jakobs, com sua compreensão de pena já exposta, busca resolver esse problema, acabando com a confusão que impera na questão existencial da sanção.

2 BASES DO PENSAMENTO DE JAKOBS

Podem-se elencar três bases teóricas de onde se parte o pensamento de Jakobs, são elas: o já supracitado Hegel, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann (este último é um referencial teórico onde ainda se discute a dimensão real de sua influência na estrutura teórica da Escola de Bonn). Para uma melhor percepção do pensamento do penalista é necessário analisar seus referenciais teóricos, compreendendo de quais matrizes básicas decorrem seu campo epistêmico.

2.1 A conexão com Habermas

Quando se fala de comunicação na teoria de Jakobs, podemos rapidamente conectá-la com os conceitos de comunicação desenvolvidos por Habermas. Quando o penalista diz que o Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação (JAKOBS, 2003a, p. 44) ele transfere para outro plano toda a compreensão desse ramo jurídico.

Cabe inicialmente diferenciar aqui os tipos de comunicação e como o funcionalismo sistêmico a compreende. “Os sujeitos não são eles mesmos ante fundo de objetos, mas apenas perante outros sujeitos” (JAKOBS, 2003a, p. 48), essa afirmação é básica na compreensão de toda a ideia sobre comunicação nesse plano teórico. Nesse ponto, podemos já encontrar um diálogo entre os pensadores. Habermas afirma que a razão comunicativa sobressai na força vinculante do entendimento intersubjetivo e do reconhecimento recíproco; circunscrevendo, ao mesmo tempo, o universo de uma forma de vida coletiva (HABERMAS, 2000, p. 450). Ou seja, através da sobreposição de sujeitos perante sujeitos é que possuímos a possibilidade de defini-los como tal e a comunicação é o caminho de circunscrição da vida coletiva e desse reconhecimento recíproco dos sujeitos.

A comunicação no funcionalismo sistêmico pode ser dividida em dois tipos: o primeiro é a comunicação instrumental, onde a comunicação pode servir a alguma finalidade ou não, mas, em qualquer caso, o participante não possui nenhuma vinculação que o obrigue a qualquer

coisa, ou seja, nesse tipo de comunicação ele não é pessoa. Essa espécie pode ser encontrada, por exemplo, no trato de uma máquina, a máquina não possui direito algum de ser utilizada da maneira correta (JAKOBS, 2003a, p. 46).

Na comunicação instrumental tomamos o sujeito de maneira completamente isolada. Para o indivíduo particular, o mundo exterior surge como nada além de um gigantesco corpo organizado pela sua psiquê. Ela determina todos os contornos, mas nada determina seus limites próprios porque ela, como fundamento da sua determinação, está obrigatoriamente oculta em suas próprias determinações. Nesse contexto, o indivíduo é guiado simplesmente por seus próprios impulsos de satisfação e insatisfação. Ele até pode se relacionar com outros sujeitos, mas para ele nada mais eles são do que signos externos, não alterando em nada seus padrões de condução por satisfação e insatisfação. Nesse ponto, o sujeito não possui identidade subjetiva alguma, como já alertaria Rousseau. Com tal, para esse indivíduo particular, o mundo nada mais é do que um contexto onde ele surge como centro preferencial, onde até poderiam existir outros centros preferenciais, ou seja, outros indivíduos. E nesse caso, o outro não importa, no caso de a satisfação que o primeiro almeja encontra o outro como barreira, não há reconhecimento do outro como pessoa, pois não há balizas para sua própria autodeterminação. Essa é a base da comunicação instrumental, a luta pelo reconhecimento de uma existência em sociedade pressupõe que já não nos encontremos perante a mera atuação de centros preferenciais, mas de sujeitos portadores de autoconsciência, pois só detém valor o respeito daquele a quem o próprio respeitado estima (JAKOBS, 2003a, p. 46-53). Essa luta supera a comunicação instrumental.

A comunicação pessoal é o outro tipo de comunicação. Nela, o outro é mais que o objeto de um cálculo estratégico, é um igual, uma pessoa em Direito. Na comunicação jurídica isto se estabelece por outras construções, como o contrato social ou por essência racional. Esse reconhecimento como igual consiste numa adequação social, mas não de maneira arbitrária. Todo aquele que segue sua própria racionalidade de maneira demasiada, ou seja, é tiranizado por sua psiquê, estabelecendo sua identidade de maneira excessiva independentemente das condições de uma comunidade jurídica não há de ser sujeito, há de ser um centro preferencial (JAKOBS, 2003a, p. 46).

Esse outro tipo de comunicação aparece quando a relação com ao menos outro indivíduo não se baseie somente sobre as próprias

vontades e preferências, mas antes de tudo, define-se mediante ao menos uma regra independente de tais preferências, de tal modo que o outro possa invocar essa regra. Essa regra poderia ser considerada como norma social em sentido estrito, com a infringência de tal norma, significa eleger uma configuração de mundo que exclui o outro. Apenas ante o perfil de outro sujeito pode compreender o sujeito por si mesmo, com o nascimento no mesmo berço lógico que o outro, que é a definição de uma norma em sentido estrito que se encontra entre eles. É com essa norma que os sujeitos se reconhecem como tais, pois é ela que faz com que sejam sujeitos perante sujeitos e não frente objetos. Na maior parte dos casos, vai-se além de uma norma, mas são sempre as normas que constituem a relação entre sujeitos. Essas normas são o mundo objetivo porque determinam a comunicação e o fazem de maneira a operar distante das preferências particulares de cada indivíduo (JAKOBS, 2003a, p. 54-55). A norma, portanto, é o veículo de comunicação que permite que sujeitos sejam reconhecidos uns pelos outros.

Ora, isso se coaduna em perfeita harmonia com o que é compreendido por Habermas. Para ele, em processos comunicativos sistematicamente limitados, ou seja, balizados pelos parâmetros jurídicos que fornecem contornos para a liberdade, os participantes formam convicções subjetivamente não coercitivas, mas ilusórias; a partir disso, geram comunicativamente um poder que pode ser usado contra esses mesmos participantes, no momento que se institucionaliza (HABERMAS, 1980, p. 115-116). Trata-se aqui das normas, institucionalizadas, que podem ser utilizadas, nos moldes ditados por Jakobs, para que se balize a atuação do outro. Aquele que passa por cima delas, ao atender apenas suas necessidades de satisfação, invalida o outro. Isso constitui na falha comunicativa que deve ser reparada mediante a reafirmação da validade da norma não obedecida.

Assim, o sujeito passa a conceber-se, já que, ao se reconhecer de uma maneira mediada pelo normativo, também reconhece o outro, mas sua própria auto referência mantém-se como item particular seu. Frente ao outro constitui-se o sujeito por meio da vinculação à norma e se faz necessária a própria auto referência do outro para que este se converta em sujeito. O mundo vinculante está constantemente restringido forçosamente ao alcance da norma ou das normas concebidas. Os sujeitos aparecem com essa limitação apenas na socialidade, como portadores de funções ou pessoas. Por isso tudo, pelo reconhecimento do outro, é que

a comunicação é pessoal e não instrumental (JAKOBS, 2003a, p. 55). Comunicação então é conduta com sentido.

Habermas infere que a ação comunicativa consegue constituir-se como meio através do qual o mundo da vida se reproduz em seu todo. Os participantes da interação já não surgem mais como os autores que dominam as situações com a ajuda de ações imputáveis, mas sim como o produto das tradições em que se encontram, dos grupos solidários aos quais são pertencentes e dos processos de socialização que desenvolvem. O mundo da vida, aqui, reproduz-se na medida em que se cumprem três funções que ultrapassam a perspectiva do atuante: o prosseguimento das tradições culturais, a integração por meio de normas e valores e a socialização das gerações que se sucedem. Dessa forma, o que nasce com estrondo à nossa frente são, em geral, as propriedades dos mundos da vida comunicativamente estruturados (HABERMAS, 2000, p. 417-418). Em Jakobs, a estruturação social por meio da comunicação é latente, e a norma é o item objetivo que possibilita essa construção. Por isso que o Direito Penal tutela a norma, pois ao fazer isto ele protege a comunicação, sendo essa última o único meio de reconhecimento dos sujeitos como pessoas em direito. O diálogo entre ele e Habermas é incontestável, os dois compreendem a comunicação como instrumento fundamental para que o mundo da vida em sociedade seja possível.

No funcionalismo sistêmico, o tipo penal constitui-se como a comunicação da expectativa cognitiva institucionalizada. Encontramos outra assertiva base do pensamento em apreço. A norma penal é por onde se estabelece a comunicação entre os sujeitos de suas expectativas cognitivas que guardam referências com a estruturação básica da sociedade. As normas de dignidade penal, aquelas que realmente cumprem todos os requisitos principiológicos para estarem dentro da dogmática jurídico-penal, são as que mais devem estar resguardadas da perda de validade, pois é nelas que se encontra a própria validade de uma sociedade num processo comunicativo. “A expectativa normativa se transforma com igual frequência antes numa expectativa cognitiva” (JAKOBS, 2003a, p. 40-41).

Outra assertiva basilar que podemos encontrar nesse momento é quanto ao conceito de ilicitude. A ilicitude, dentro do funcionalismo sistêmico detém o papel de identificar a expressão de sentido imperfeita, ou seja, a quebra da comunicação, e restabelecê-la, solucionando os conflitos socialmente relevantes. Ilicitude e Tipo penal formam o conceito de Injusto. Dentro do funcionalismo sistêmico são itens inseparáveis, já

que é apenas com a conjugação dos dois institutos e seus papéis é que se consegue identificar a falha na comunicação explanada por um sujeito. Como aponta Figueiredo Dias, um dos maiores problemas que ainda se encontra na construção do sistema do fato punível é o de encontrar a concepção mais adequada das relações entre tipo e ilícito ou, melhor, entre tipicidade e antijuridicidade (DIAS, 2007, p. 265). Sendo o tipo penal o primeiro degrau da comprovação do injusto, vinculando uma ação a um tipo, a ilicitude surge como o segundo degrau mostrando que não existe causa de justificação para aquela conduta típica, conferindo então o Injusto. Completado será o Injusto com a Culpabilidade Jurídico-Penal, gerando a imputação. No funcionalismo sistêmico, por mais que dogmaticamente ainda não esteja resolvida toda a discussão sobre como melhor relacionar os dois componentes do Injusto, os limites entre eles tornam-se mais palpáveis, já que remontam a uma questão objetiva.

2.2 O diálogo com Luhmann

Quando analisamos ontologicamente o funcionalismo sistêmico encontramos o diálogo de Jakobs com outro teórico, Niklas Luhmann. Quando este último infere que o homem experimenta os outros homens não apenas como objetos, mas sim como portadores de perspectivas próprias e individualizadas, para os quais ele pode mirar. Ao se deparar com outro sujeito ele pode encontrar no outro e, então, nele, um ponto de vista, a partir de onde ele pode olhar para si mesmo retrospectivamente. Através da aceitação da existência de um papel alheio, ele pode assinalar seu próprio papel, e assim descobrir aqueles aspectos do mundo que apresentam o mesmo significado para ambos. A adoção do papel é um processo de autoidentificação e da criação de um mundo objetivo como uma síntese de perspectivas subjetivas, que aparece acessível a todos (LUHMANN, 1980, p. 72). Nada mais temos aqui do que a manifestação da comunicação pessoal que Jakobs descreve. Além, o penalista alemão também trabalha com o conceito de papéis, ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa seria a máscara, não a expressão da subjetividade de seu portador. Na realidade, o que se apresenta perante o corpo social é a representação de uma competência socialmente compreensível (JAKOBS, 2003a, p. 30).

O pensamento sistemático, no entanto, é o que mais aproxima os dois teóricos. Segundo Luhmann uma das características mais importantes de um sistema é a sua relação com a complexidade do mundo. Aqui,

deve-se entender complexidade como a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real, quer seja no mundo quer seja num sistema. Para cada construção sistemática é significativo que ela apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita uma limitada gama de possibilidades e as efetive. Os sistemas se constituem numa diferença entre interior e exterior, numa diferenciação em complexidade, ou ordem. O seu ambiente é sempre excessivamente complexo, impossível de se distinguir limites e incontrolável, em oposto, sua ordem própria sistemática é extremamente valiosa na medida em que reduz essa complexidade. E as ações inerentes ao sistema só admitem, dentro de comparações, algumas possibilidades. Na ordem do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão subjetiva do mundo, que, entre as possibilidades dele, escolhe apenas alguns relevantes fatos, acontecimentos e expectativas que são mensurados significativos. É através de tal redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação (LUHMANN, 1980, p.72).

Ou seja, os sistemas generalizam a imensa pluralidade para que se opere uma mecanização. Com isso, possibilita-se que sejam eleitas certas inferências como gerais e assim operacionalizar um sistema. Ao selecionar, no âmbito jurídico, quais são os acontecimentos, expectativas e fatos, criam-se os imperativos categóricos que regem o sistema social. Na ordem jurídico-penal, criam-se as normas penais, seguindo um padrão de seleção desses aspectos ditados por seus princípios, construindo um sistema. Esse sistema funciona baseando-se em generalidades, e o elemento empírico faz com que essa generalidade seja acoplada ao elemento sistêmico. Já que é impossível sistematizar toda a pluralidade, forjam-se regras básicas flexíveis que serão completadas com esse elemento empírico.

Jakobs conduz tal reflexão. Para ele, já não se podem formular conteúdos humanísticos inamovíveis da ciência do direito. O direito da atualidade não garante tantos conteúdos fixos, mas, pelo contrário, condições de funcionamento de uma sociedade pluralista (JAKOBS, 2003b, p. 27). Sociedade, esta, que o penalista observa de outra maneira. Ele considera que a desintegração parcial da sociedade é encoberta pela rubrica da sociedade pluralista ou, inclusive, multicultural. Onde seria mais sincero falar de uma sociedade central com distintas sociedades parciais nela contidas. Essa redução setorial da sociedade a uma mera convivência paralela acabaria por excluir a possibilidade de uma constituição social. Esta realidade deve ser compreendida como condição de funcionamento de uma sociedade pluralista, não como vínculo de união (JAKOBS, 2003b, p. 23-24).

A solução de um problema social pelo Direito Penal tem lugar, em todo caso, por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial e isso confere seu lugar dentro da sociedade. Assim, torna-se impossível que se separe Direito Penal e sociedade. O Direito Penal é um expressivo cartão de visitas de uma organização social e sobre a base de outras partes da sociedade é possível derivar conclusões bastante confiáveis sobre esse ramo do direito (JAKOBS, 2003a, p. 7). Um faz remissão ao outro o tempo todo, pois o Direito é um sistema parcial do grande sistema social, detém todos eles a mesma fundamentação, por isso é possível utilizar um como predicado do outro.

Para Luhmann, um sistema social constitui, através do direito, as expectativas de comportamento e utiliza a sua interpretação simbólico-significativa como estrutura comportamental. A função dessa estrutura reside na redução da complexidade das variantes possíveis de comportamento dos indivíduos. Esta função exige que o direito, nos procedimentos estruturados por ele, não possa sofrer alterações. Deve ser pressuposto como invariável, porque, sem tal suposição, perdem-se todos os pontos de referência e anulam-se todas as premissas. Esta irrevogabilidade e indisponibilidade são de importância muito grande, tanto que, para Luhmann, constituem em primeiro lugar o sentido do direito. Prever a par da invariabilidade indispensável, conjuntamente, a sua variabilidade, resulta no surgimento de uma contradição evidente. Defender um direito completamente alterável parece tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas (LUHMANN, 1980, p. 20).

Ora, pois, se com Jakobs pode-se concordar que sem uma sociedade em funcionamento não existe nada mais além do que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante (normas jurídicas) não conhecem o mundo objetivo e, assim, não transpassam o âmbito de suas respectivas percepções individuais (JAKOBS, 2003a, p. 16), esse caráter de conservação social do direito surge como ferramenta de manutenção da própria sociedade. Por isso, que na perspectiva funcional sistêmica, a proteção da norma jurídico-penal conserva a sociedade, já que, sendo o crime a comunicação que atenta contra a vigência da norma e, com Luhmann, essa vigência deve ser assegurada pelo caráter de invariabilidade, acaba-se chegando ao resultado de que com a pena orienta-se a manter vigente não apenas o imperativo categórico, mas também a própria sociedade.

O contexto de comunicação deve ser capaz de manter a configuração diante dos modelos divergentes. Busca-se evitar que qualquer divergência se tome como começo de uma evolução, mas devem ser assegurados os requisitos do que pode ser compreendido juridicamente como evolução, porque, do contrário, não se conseguiria diferenciar o que é evolução do que é casual (JAKOBS, 2003a, p. 11). O sistema jurídico deve conter sim as características dadas por Luhmann, mas também deve conter, sistematicamente, possibilidades de compreender as evoluções e, dessa maneira, ter o direito também um papel de colaboração da própria evolução social. Não sendo como uma âncora que atrela o barco social eternamente no lugar onde foram configuradas aquelas regras do jogo social.

No decurso do desenvolvimento civilizacional aumenta-se a complexidade e variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida, em um processo em que a complexidade crescente da própria sociedade, e do seu direito, constituem uma causa predominante e concorrente. Torna-se, gradualmente, mais inadequada uma estrutura jurídica rígida e aumenta-se a necessidade de conferir a essas expectativas qualidades jurídicas, efetivas, de ordem técnica, que são novas e tem a necessidade de ser alteradas. Numa medida mais modesta no começo e, depois cada vez maior, deve ser possibilitada a variedade das estruturas e depois institucionalizá-las. Altera-se assim o sentido próprio do direito, ele passa a não ser mais obrigado a excluir a variabilidade, mas sim a absorvê-la (LUHMANN, 1980, p. 121).

Portanto, o funcionalismo sistêmico sofre forte influência do pensamento de Luhmann, principalmente no que tange à compreensão do sistema jurídico como um sistema parcial, que pode estar conectado com outros sistemas como, por exemplo, o econômico. O sistema da economia impõe-se, no caso de confronto, com preponderância sobre todos os demais, inclusive o jurídico. Entretanto, o sistema jurídico detém um importante papel na questão dos bens coletivos, que não podem ser deixados nas mãos do sistema econômico, pois este acabaria mercantilizando itens como o meio ambiente. Dessa forma, na relação entre os sistemas, o jurídico demonstra seu importante papel (JAKOBS, 2003b, p. 47-50).

Como aponta Fernandes, dentre os diversos modelos metódicos de realização do Direito, os que se pautam por uma maior racionalidade são os que mais se destacam na contemporaneidade. O pensamento sistemático, com sua respectiva racionalidade de natureza hermenêutica, e o pensamento problemático, e sua racionalidade fundada na tópic-

retórica, prezam por essa racionalidade (FERNANDES, 2001, p, 17). E tal se verifica na conjugação do pensamento de Luhmann e Jakobs.

Na perspectiva funcionalista da Escola de Bonn, essa visão de sistema parcial é conjugada com a compreensão que há em seu interior sobre o funcionalismo. A partir de uma perspectiva funcional, do que se trata é da manutenção de um sistema que acabou gerando, por diferenciação, um sistema jurídico. Essa compreensão funcional detém pretensão de neutralidade (JAKOBS, 2003a, p. 13-14). No contexto dessa escola, os sistemas detêm uma característica funcional extremada, os sistemas são vistos como ferramentas sociais, transportando para outros níveis sistemáticos considerações entendidas como políticas, como o conteúdo das normas penais por exemplo. Sobre isso, Jakobs assevera que a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que, em todo caso, poderia estar configurado de modo diverso de como está (JAKOBS, 2003a, p. 10). A decisão sobre se o conteúdo normativo retrata um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, ao contrário, de necessária defesa do nuclear, é uma decisão puramente política, mas não jurídico-penal (JAKOBS, 2003a, p. 23). Ou seja, sob uma perspectiva funcional, não cabe ao subsistema jurídico-penal valorar o conteúdo de suas normas, esse juízo axiológico cabe em outros níveis sistemáticos.

2.3 A influência de Hegel

Outra interessante e forte conexão teórica do funcionalismo sistêmico é com o pensamento de Hegel. Como já demonstrado acima, Hegel tem um importante papel na compreensão da pena nessa linha teórica, mas não é apenas ali que esse importante filósofo alemão é perene, em vários outros pontos vislumbramos sua influência. Como, por exemplo, na compreensão do Estado. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência em si, na atividade do indivíduo e no seu saber está sua existência. O indivíduo realiza a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como essência, como ao fim e ao produto de suas atividades (HEGEL, 1997, p. 216). A ligação entre indivíduo e Estado é grande também no pensamento de Jakobs.

A ligação maior, e desde já explicitada, refere-se à própria função do direito penal de proteger a validade normativa. Sendo essa a função do Direito Penal, a vinculação dessa concepção ao Estado hegeliano é muito forte, pois cabe ao Estado produzir as normas jurídico-penais (JAKOBS,

2003c, p. 36). Assim, demonstra-se ainda mais o papel funcional do Direito Penal nessa perspectiva. Seria então esse ramo jurídico, uma das ferramentas mais fortes do Estado já que serve a ele o papel de guardião das normas mais importantes produzidas por este elemento. Resguardando a vigência normativa ao mesmo tempo também reafirma o poder estatal.

Como aponta Hegel (1997, p. 217):

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.

A visão de Jakobs de direito como instância comunicativa que proporciona a vida em sociedade vislumbra-se também nessa concepção de Estado como via de conhecimento da liberdade. Sendo a norma estatal o norte que dinamiza os atos humanos em sociedade, é compreensível que só é entendido como liberdade, aquilo que o papel do homem não se confronta em relação ao direito.

A pessoa, nessa linha teórica, determina-se de maneira normativa. Enquanto for possível demonstrar através da comunicação a designação de culpabilidade quando ocorre uma frustração da expectativa normativa, a compreensão social é a de que o delinquente continua materialmente culpável, que o fato por ele produzido representa uma contradição. Assim, ainda é possível concebê-lo como cidadão de pleno direito e, diante da perspectiva da qual têm lugar essa valoração, não existe alternativa no contexto comunicativo. Num sistema da imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade. Nesse momento chega-se à funcionalização de mais um conceito jurídico-penal no funcionalismo sistêmico, e, provavelmente seu elemento mais polêmico, o da culpabilidade jurídico-penal.

O princípio da culpabilidade detém o significado que a culpabilidade é um pressuposto necessário de legitimação da pena, ou seja, se não houver tal item, não há imputação de pena por parte do Estado. Por sua vez, ela é o resultado de uma imputação reprovadora, tendo o sentido de que a defraudação normativa que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa (JAKOBS, 2003c, p.

11). A culpabilidade forma, ao lado do injusto (tipicidade e ilicitude), as necessidades básicas para a imposição de pena.

O que podemos entender como natureza do indivíduo e o que concebemos como sentido determina-se funcionalmente. Esta é a tese base para um conceito funcional de culpabilidade no Direito Penal. O conceito de culpabilidade é o que separa sentido e natureza. Ou o autor de um injusto expressa com seu ato um sentido relevante para a comunicação ou não chega a alcançar o plano do relevante para ela, mantendo-se na natureza, ainda que esse autor considere, privadamente, essa natureza com sentido (JAKOBS, 2003a, p. 38).

O conceito de Culpabilidade Jurídico-Penal em Jakobs é um dos seus temas mais debatidos e é onde se nota uma radicalidade muito grande em sua teoria. O alemão funcionaliza ao extremo esse conceito e retira de seu íntimo todo seu lado axiológico, tendo permanência apenas o aspecto teleológico ou finalístico, dentro de uma visão de total objetividade do instituto.

No funcionalismo sistêmico a culpabilidade em Direito Penal se resume à presença de necessidade de prevenção geral positiva, ou seja, a carência de estabilização contrafática das expectativas de vigência da norma. O grau adequado de fidelidade ao direito não se determina segundo o estado psíquico do agente, é estabelecido sim como parâmetro objetivo por meio de uma pretensão dirigida a cada cidadão. Mais exatamente; em razão dessa pretensão, trata-se de um cidadão, uma pessoa e não um indivíduo sem amarras. Aquele que não é culpável não satisfaz a medida aplicável aos cidadãos, possui um déficit de fidelidade ao direito (JAKOBS, 2003b, p. 38).

Para Jakobs é impossível demonstrar a partir do ponto de vista individual que seja preferível respeitar as normas sociais cognoscíveis, seria assunto de cada sujeito buscar a motivação necessária para se respeitar as normas, ou seja, de prestar fidelidade ao ordenamento jurídico. O que se chama de culpabilidade seria, na verdade, um déficit de fidelidade às normas jurídicas. Assim sendo, culpabilidade material é essa falta de fidelidade ante a essas normas legítimas. As normas não adquirem fidelidade porque os sujeitos vinculam-se de modo direto a elas, mas sim quando se atribui a uma pessoa que pretende cumprir um papel de que faz parte o respeito normativo, especialmente o papel de cidadão, com liberdade na configuração de seu comportamento. O sinalagma dessa liberdade é o fator de ser obrigado a manter-se com fidelidade ao

ordenamento jurídico, no caso, ao ordenamento jurídico-penal (JAKOBS, 2003c, p. 43).

Não existindo culpabilidade, trata-se apenas aparentemente de comunicação, ou seja, de uma conduta com sentido. Na realidade, trata-se de simples natureza, vale dizer, em consequência de uma enfermidade, de um erro inevitável, de uma necessidade absoluta ou de perturbação, medo ou pânico e, em todo caso, são consequências do ser humano como ser natural, como ser emocional e não como um participante idôneo na comunicação, que realiza atos com sentido. Assim, é até certo ponto indiferente se, e, em que medida, deve-se levar em conta os defeitos psíquicos e físicos do autor no momento da imputação. Com isso, chega-se ao núcleo da questão no funcionalismo sistêmico, nesse contexto o Direito Penal só garante que se contradiga toda expressão de sentido que manifeste que a norma carece de validade. Em sequência disso, uma expressão de sentido imperfeito é uma expressão que implica responsabilidade. Afirmada a existência do injusto, toda a ausência de culpabilidade, por falta de capacidade de culpabilidade, por falta inevitável de compreensão do injusto ou, ainda, por falta de exigibilidade, transforma o sentido comunicativamente relevante em algo apenas individual, causal, e, dessa forma, em algo que pertence ao mundo do natural, exterior à comunicação (JAKOBS, 2003a, p. 40-41).

Dessa maneira, a visão funcionalista sistêmica mostra sua radicalização normativo-valorativa. O que abala ou não a vigência da norma em uma conduta é subjetivo ao extremo, sendo que, se é lícito considerar culpabilidade como atentado contra validade normativa, os critérios para auferir essa invalidação recaem em um ambiente extremamente abstrato. Se a sociedade deve vir antes do sujeito no momento da imputação penal, o sujeito torna-se refém do que se compreende como comunicação abalada que atenta contra a constituição social.

Essas são as linhas mestras do pensamento dessa corrente jurídico-penal e, também sua ligação básica com as teorias filosóficas matrizes. Sobre essa ligação mencionada, cumpre ressaltar que aqui se fez apenas um esboço da conexão que existe entre elas, possuindo um oceano de mais contatos teóricos. Entretanto, não é o intuito aqui eleito o esgotamento dessa temática, de forma que as vinculações entre o pensamento de Jakobs, de Habermas, Luhmann e, principalmente de Hegel, estendem-se de rica maneira.

3 OUTRAS CONSTRUÇÕES DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Dentro desse aporte teórico encontramos outras concepções diferenciadas sobre outras categorias do Direito Penal. Essas categorias usam das assertivas básicas expostas acima para desenvolver outros institutos do Direito Penal.

A questão tão controversa dos delitos de perigo abstrato também é trabalhada por Jakobs. Sempre existiu a necessidade de que determinadas modalidades de comportamento, que alguns consideram como inofensivas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando-se a infração dessas normas (JAKOBS, 2003a, p. 25).

Essa consideração deriva da constatação por parte do autor alemão de que vivemos em uma sociedade que possibilita contatos anônimos. A sociedade contemporânea fornece a condição de que cada vez mais exista esse tipo de contato, ou seja, aqueles em que o alcance do dever dos participantes está verdadeiramente determinado por seu papel social, porém, não é possível verificar ou nem sequer existiria essa possibilidade de cognitivamente auferir que aspecto geralmente apresenta o controle do âmbito de organização de cada um (JAKOBS, 2003b, p. 32).

Essa problemática aparece dada a necessidade de se administrar as regras sociais, ao menos em parte, de maneira descentralizada, ou seja, por meio dos cidadãos individualizados. O que há de ser administrado são os padrões objetivos em suas diferentes concreções, predeterminado pela sociedade e às vezes, estabelecidos juridicamente. Entretanto, esta administração realiza-se por pessoas dotadas, em cada situação, de faculdades físicas e psíquicas peculiares, e que, de forma especial, também dispõem em cada caso de um grau de experiência distinto (JAKOBS, 2007, p. 47).

Na sociedade atual é impossível que não se antecipe a intervenção penal por causa da própria configuração da sociedade. Essa antecipação vincula-se à assecuração de cumprimento do papel de cada cidadão dentro da sociedade e isso se dá em diversos âmbitos. Por isso, que sua utilização, na forma de crime de perigo abstrato, deve ser muito bem ponderada, evitando o uso indevido desse expediente.

Jakobs exemplifica com a explicação de que todos sabemos qual papel deve desempenhar uma pessoa qualquer que esbarra em outra em um lugar isolado. Deve-se comportar de acordo com as regras jurídicas, mas, além disso, nada se sabe de relevante sobre essas pessoas que esbarraram, vale dizer, fundamentalmente, ignora-se se elas são propensas a agressões

ou se procuram manter um comportamento pacífico, ou se diante dos riscos mostrar-se-ão mais retraídas ou mais entusiasmadas. Se a esta situação anônima soma-se o fato de os participantes dispõem de objetos perigosos, como o que acontece no trânsito, então para a orientação não é suficiente que a dogmática jurídico-penal fixe somente os resultados desejados de uma ação. Não há de se experimentar o comportamento a partir da confiança no “sadio entendimento humano” das pessoas. Não é suficiente que os postulados normativos se administrem de uma maneira descentralizada. Descentralizadamente, cada indivíduo pode possuir impressões muito diferentes sobre o significado de um determinado comportamento (JAKOBS, 2003b, p. 32-33).

O cabimento, portanto, dos delitos de perigo abstrato se dão por três razões básicas. Na primeira razão, Jakobs utiliza da ideia de bem jurídico, que não lhe é muito cara, dizendo que todo bem jurídico necessita, para realizar as potencialidades nele contidas de uma série de condições acompanhantes e, hoje, já não se tem por pressuposto que essas condições concorram, nem tampouco que seja um destino iniludível ou que venham a faltar. Como exemplo, a segurança no tráfego de automóveis, o meio ambiente intacto e situações similares não são estados naturais, mas resultam sim de decisões sociais e, assim, quem quiser orientar-se há de observar a vigência das normas que configuram essas decisões. Não se descreve adequadamente a identidade da sociedade falando apenas de cidadãos que acumulam bens ao seu redor sem nomear, ao mesmo tempo, aquelas condições sociais sob as quais os bens chegam a ser bons (JAKOBS, 2003a, p. 26-27). Válido ressaltar que nem o próprio Jakobs despreza por completo a noção de Bem Jurídico. Observa-se que, em seu entendimento, apesar dos efeitos intrínsecos da Teoria, não se deve abandoná-la já que ela tem uma função de evidenciar a configuração social (JAKOBS, 1995, p. 57). Ou seja, os crimes de perigo abstrato vêm trabalhar em cima dessas condições acessórias, tutelando os pressupostos que fazem com que o papel social de cada um cumpra com especificações sociais que proporcionam condições para o estabelecimento dos bens jurídicos principais.

A segunda razão pauta-se em que a tendência à justificação, independente de qual seja sua base, já não permite, ao menos em um Estado de prestações, que a segurança seja tida como um mero reflexo da atividade policial, mas passa a possuir caráter de direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado. Os delitos de perigo abstrato não perturbam a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, essa compreendida de uma

maneira normativa. Não se descreve corretamente a identidade social se não se pondera que se trata de infrações de direitos (JAKOBS, 2003a, p. 27-28).

A terceira e última razão para a manutenção dos crimes de perigo abstrato pauta-se em que a fronteira entre o comportamento permitido ou desejado e o comportamento que contraria a norma já não é mais, atualmente, facilmente verificável. Em amplos setores da sociedade essa fronteira fixa-se, mais ou menos, arbitrariamente. A exatidão da fronteira, característica que se mostra de maneira mais chamativa no que diz respeito ao Direito Ambiental, toma parte da identidade social atual. Impulsionada pela necessidade de atender aos anseios econômicos, necessita que se tente tirar todo o benefício possível até chegar ao limite. A diferença entre um astuto comerciante e um criminoso econômico é cada vez mais tênue e abstrata (JAKOBS, 2003a, p. 28).

Nem sempre se centraliza de modo tão radical. Ao contrário, também é possível declarar o tipo de comportamento como não permitido sob algumas cautelas, exigindo que o comportamento deva demonstrar idoneidade para causar dano ou colocar em perigo determinados bens (ou normas), ou ainda, que deva conduzir inclusive a uma exposição a perigo concreto. Esses preceitos, parcialmente descentralizadores, deixam nas mãos do indivíduo a verificação dessa idoneidade ou da exposição ao próprio perigo concreto, mas bastando tal, realiza-se o tipo quando o autor julga, de maneira descuidada que não se vai produzir dano algum (JAKOBS, 2003b, p. 34).

Entretanto, cumpre ressaltar que não é possível legitimar todo tipo de delito de perigo abstrato, tomando-se o cuidado de não se deixar punir diversas condutas de preparação, protegendo um ambiente favorável ao Direito. Esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres; tampouco cabe transformá-los em infrações administrativas. O correto é a sua completa eliminação sistemática (JAKOBS, 2003a, p. 29). O funcionalismo sistêmico entende, portanto, que existe sim a necessidade desse tipo de norma penal que antecipa a presença do Direito Penal, adequando-se a necessidades sociais contemporâneas.

Outro item interessante é a Teoria da Imputação Objetiva desenvolvida por Jakobs. O fato de que o Direito Penal moderno tenha desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica, incorporando conceitos como risco permitido, princípio da confiança, atuação a próprio risco e proibição de regresso, acomoda-se perfeitamente na visão funcionalista do alemão. Contatos sociais

fugazes, como aqueles que se dão entre os participantes do tráfego diário de veículos só poderiam ser organizados se visa proteger a confiança de que cada uma só irá responder por sua própria conduta e não por uma possível conduta alheia. Em uma economia de intensa divisão do trabalho pressupõem que não faz parte da função (papel) de vendedor de um produto padrão o cuidar de que o comprador não o use para fins ilícitos. Se busca-se formular tudo isso de maneira genérica haverá de se dizer que as expectativas garantidas juridicamente só podem ser vistas frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem levar em conta aspectos individuais. Como essas expectativas são dirigidas a pessoas, ou seja, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação desse papel (JAKOBS, 2003a, p. 34).

No marco de toda imputação, e faz parte desse rol a jurídico-penal, vincula-se um resultado que ocorre no mundo dos fatos e um destinatário da imputação. O destinatário aparece como aquele a quem pertence o resultado ou quem deu causa a esse resultado. É ele que o criou ou permitiu que tivesse lugar, tanto para o bem, no marco da imputação a título de algo meritório, como para o mal, na imputação a título de reprovação. Nesse contexto, aquele que dispara projétil de arma de fogo sobre outra pessoa causando-lhe a morte ser-lhe-á imputado o homicídio como um fato meritório se trata de eliminar um perigoso inimigo, e como obra reprovável se isto é feito sem razão alguma (JAKOBS, 2007, p. 19-20).

A imputação objetiva penal, não possui como finalidade garantir que alguém cumprirá positivamente seu papel. O Direito Penal não reúne condições de prestar essa garantia, pois não consegue reagir ante a violação de papéis especiais, como por exemplo, o de motorista, médico, arquiteto, entre outros. A questão especificamente penal da imputação objetiva vislumbra unicamente a limitação das tarefas e, em consequência disso, da responsabilidade a um âmbito determinado (JAKOBS, 2003a, p. 34).

As garantias normativas que o Direito estabelece não possuem como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis. Se assim fosse, possuiríamos uma paralisação completa da vida social. Assim, atribui-se a determinadas pessoas, e não a todas as pessoas, determinados papéis que correspondem a sua posição dentro do corpo social. Desse modo, possibilita-se uma orientação com base em padrões gerais, sem a necessidade de conhecer as características individuais de cada pessoa. Apenas dessa forma são possíveis os contatos anônimos, ou pelo menos, parcialmente anônimos. Não é necessário averiguar o perfil individual de

quem temos em frente, pois essa pessoa é tomada como portadora de um papel (JAKOBS, 2007, p. 21-22).

Assim, para Jakobs, fica claro qual é o alvo da imputação objetiva do comportamento. Imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas sim as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de maneira normativa. É uma instituição que se orienta a partir de pessoas (JAKOBS, 2007, p. 22).

Ela objetiva criar imputações apenas com relação ao papel que cada personagem possui na vida social, ele considera que a imputação permite que sejam responsáveis pelo delito apenas aqueles que realmente cometeram o fato típico e não aqueles que seriam responsabilizados como um todo pelo cometimento do fato em sede mediata e imediata. Um padeiro não pode ser responsável pelo que o comprador de seu pão irá fazer com ele, se irá comê-lo ou envenená-lo e dar para outrem comer, não é responsabilidade dele.

O controle de violação do papel é feito em quatro níveis por Jakobs: o risco permitido, o princípio de confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima. Esses critérios possuem o papel de dizer se o autor do fato típico realmente violou seu papel dentro da sociedade e praticou uma ação que cause perturbação no corpo social (JAKOBS, 2007, p. 25-33).

Conjugando sua interpretação da imputação objetiva com sua concepção de culpabilidade compreendemos o teor normativo de sua visão. Rompendo com o papel social que é imposto ao sujeito e, se esse rompimento atenta contra a vigência normativa, é lícito o cabimento de pena na visão funcionalista sistêmica. Como não é edificada com base no sujeito individual, mas sim como base sua para o fornecimento de um papel, o aspecto interno da culpabilidade é deixado de lado nesse contexto, sendo que a imputação subjetiva comporta-se apenas como expediente de valoração do atentado normativo, ou seja, da defraudação do papel social do agente.

Novidade interessante no pensamento de Jakobs refere-se aos comportamentos uniformes em massa. Compreendido em dois níveis, a familiarização com o risco e a adição de danos. A sociedade contemporânea é uma sociedade de massas. Ou seja, no atual contexto há de se administrar comportamentos de massa distintos e uniformes dos cidadãos, que acarretam dificuldades interessantes e peculiares. Existe a

apreciação de comportamentos uniformes de massa que são perigosos, mas de uma maneira muito mínima, que apenas chamam atenção no caso de um incidente de massas. Como exemplo temos o conduzir carro em estado de embriaguez moderada ou de atirar um cigarro aceso em uma lixeira. Um comportamento como tal, se verificado apenas de maneira isolada, ninguém pensará em uma possível proibição. Mas exatamente por se dar com repetição cotidiana e cada vez mais frequente, é que se nota um perigo coletivo drástico nesses comportamentos. Só que ficar atento a esses riscos impossibilita a vida em sociedade, de modo que a reiteração dessas ocorrências obriga a tornar cada vez mais insignificante o risco derivado da conduta até suprimi-lo. Falta uma dogmática convincente para esses tipos de comportamentos de massa, mas isso passaria por uma total reformulação do que se concebe por crimes culposos porque a reiteração de ocorrências obriga a uma atitude que não permite uma relação subjetiva com o resultado (JAKOBS, 2003b, p. 44-45).

Outro item que Jakobs compreende que não foi dada a devida atenção dentro da dogmática da imputação é a de adição de riscos. É o comportamento uniforme que acarreta um pequeno desprezo de um bem. São os casos em que, precisamente devido a sua massificação, constitui uma parte de um significativo dano total ou de uma considerável exposição ao perigo. Por meio da massificação de pequenos danos, a infraestrutura perde certamente estabilidade de considerável maneira. Os exemplos maiores desse caso estão os furtos de pequeno valor e os pequenos danos ao meio ambiente (JAKOBS, 2003b, p. 26-27). Uma metáfora interessante que ilustra esse pensamento seria o de pequenas rachaduras em uma estátua. Uma pequena rachadura tomada de forma isolada não é mais do que uma ínfima imperfeição que pode ser desconsiderada, mas o conjunto delas pode fazer a estátua ruir.

Existe uma infinidade de outras contribuições que o funcionalismo sistêmico fornece, apresentamos aqui apenas algumas delas, de modo a ilustrar a profundidade de possibilidades que essa visão sistêmica fornece e as interessantes inovações que trazem para as teorias jurídico-penais.

4 REFLEXÕES SOBRE O PENSAMENTO DE JAKOBS

Como aponta José Francisco da Costa Lyra, é razoável afirmar que o funcionalismo de Jakobs fornece um importante elemento axiológico à dogmática jurídico-penal, já que trabalha com a complexidade da

sociedade contemporânea e a fragmentação do código moral. Mas, nessa teoria, podemos questionar a instrumentalização do homem, que vem a ser coisificado em prol de uma prevenção geral e também especial. Outro ponto de reflexão: poder-se-ia afirmar que detém um aspecto negativo, que se encontra na não observância de qual sociedade tal sistema funcional estaria a serviço ou que pretende constituir. Carece, dessa maneira, de aspectos axiológicos e de uma política criminal racional (LYRA, 2011, p. 163).

Outro apontamento que se faz é que o funcionalismo de Jakobs seria insuficiente. Isso decorreria do fato de que o sistema penal é reduzido à função de reafirmar a vigência da norma face ao conflito de expectativas. Esse conceito restaria por carecer de um núcleo descritivo, constituindo-se em um conceito de direito puramente normativo, partindo de uma imputação realizada exclusivamente desde o direito (LYRA, 2011, p. 168).

Além de valorações negativas sobre a teoria de Jakobs, existem também valorações positivas. A visão de Jakobs, de proteção da vigência normativa comportaria maior número de caracteres que teriam maleabilidade para lidar com a realidade atual do Direito Penal. Ela consegue fornecer maior substrato no tratamento dos crimes de perigo abstrato, reduzindo sua proliferação. Também no que tange aos delitos de tentativa e nos crimes de delitos omissivos impróprios (LUZ, 2013, p. 154).

Também há considerações positivas quanto ao princípio da ofensividade, se o foco do direito penal recair sobre a proteção das normas jurídico-penais o próprio conceito de lesão haverá de ser reformulado, transacionando a base empírico-causal que hoje detém, para uma análise normativo-funcional sobre o que seria considerado socialmente danoso. Essa mudança no campo descritivo haveria de ser acompanhada de um esforço de reestruturação dogmática para se aferir adequadamente as diferentes formas de lesão normativa e com isso ter-se-ia dado o primeiro passo para se solucionar a crise do princípio da ofensividade que vigora, dando novo fôlego para os debates sobre legitimidade em matéria jurídico-penal (LUZ, 2013, p. 163-164).

Outro ponto de reflexão sobre o pensamento de Jakobs recaiu sobre sua perspectiva da culpabilidade. Como aponta Roxin, a concepção de Culpabilidade Jurídico-Penal do funcionalismo sistêmico deve ser rechaçada, já que desse conceito só restou o nome, já que baseia a culpabilidade em um mero juízo de necessidade de prevenção geral. A imputação subjetiva, aquela onde é presente a culpabilidade, pode ser sim influenciada por questões dessa prevenção, mas é inaceitável reduzi-

la meramente a essa necessidade, admitindo a culpabilidade e a punição social unicamente porque tal seria socialmente útil para um exercício de fidelidade ao Direito. Nesse caso o indivíduo não seria mais tratado segundo a medida de sua personalidade, mas unicamente como instrumento de interesses sociais. Essa instrumentalização viola o valor da dignidade humana, não fornecendo, assim, uma concepção de culpabilidade eivada de fundamento e adequada ao Estado de Direito (ROXIN, 2008, p. 144).

O equívoco de Jakobs estaria em que para ele e sua escola, a Teoria da Imputação Objetiva só possuiria razão em nomear-se objetiva se ela apenas levasse em conta dados objetivos, ou seja, que guardam referência com a vida social do autor do fato, com a consequência de que qualquer fator exterior ao seu papel social seria, em princípio, completamente irrelevante. Tal concepção erraria “por ignorar que a inclusão de tais dados subjetivos no juízo de perigo é uma exigência dos mesmos fundamentos que subjazem à ideia de criação de um risco” (GRECO, 2007, p. 29).

A visão de Jakobs é vista como funcionalista ao extremo, já que instrumentalizaria o autor do crime para preservar a norma, pouco se importando com o aspecto interno da culpabilidade. Nesse sentido José Francisco Dias da Costa Lyra (2011, p. 28-30) explana que a dogmática jurídico-penal, sendo influenciada pelo positivismo-normativista, aumentou a tensão que já existia entre método e valorações de ordem político-criminais, tensão presente até hoje. Até hoje porque percebe-se que atualmente o Direito Penal vem assumir orientações de funcionalismo extremado como o de Jakobs. Que entende que a função do controle penal estatal é a de manter a vigência da norma ou de seu ordenamento jurídico, dessa maneira não haveria espaço para valorações político-criminais no sistema do controle penal, já que tais restariam por macular a vigência e a idoneidade da norma posta. Para Jakobs a intervenção axiológica no sistema faria a dogmática penal cair na falácia do naturalismo.

O autor segue considerando que uma dogmática reduzida apenas a fórmulas abstratas, que rebaixa o controle penal à mera proteção do ordenamento jurídico é um grande perigo, já que traria um retrocesso de grande magnitude. Principalmente no campo dos Direitos Fundamentais já que “os princípios e as garantias constitucionais não podem ser vistos como obstáculos à ‘luta contra a criminalidade’, nem os princípios limitadores do *ius puniendi* (...) podem ser abandonados”. Sendo completamente desnecessário reduzi-los a um Direito que apenas protege

a norma vigente, “com a exclusão da pessoa e seu submetimento às regras do sistema social” (LYRA, 2011, p. 28-30).

Por outro lado, a concepção de delito como lesão de deveres normativos forneceria aos participantes da prática jurídico-penal um arsenal teórico mais adequado para tratar a problemática da realidade. Sob este ponto, ao tratar grupos que planejam protestar contra a autoridade governamental, seria possível sustentar que a edição de normas penais de caráter preventivo haverá sempre de respeitar o limite-base da esfera privada de que cada pessoa é titular. A punição de atos preparatórios e do planejamento feito por essas pessoas não conseguiria ser legitimado por uma concepção que guarda a norma, mas é possível se pensarmos em tutela de bens jurídicos. Se a intervenção deve respeitar sempre a esfera íntima de cada pessoa, pelo menos que ela consiga exteriorizar sua pretensão de maneira contundente. Essa base só se sustenta adequadamente se ao invés de tomarmos o cidadão como um potencial agressor de bens jurídicos, o considerarmos como alguém dotado de uma esfera mínima isenta de controle estatal, e isso só seria possível se a tutela fosse de normas e não de bens. Ter essa compreensão parece ser a alternativa viável para um Estado de liberdades, onde há de estarem isentas não apenas cogitações, mas toda conduta que se realize num âmbito privado e toda que seja irrelevante (LUZ, 2013, p. 167-168).

Também no que concerne aos casos de dano ambiental, por exemplo, o modelo de Jakobs parece fornecer respostas mais sólidas e uma perspectiva mais adequada à realidade. Se a compreensão for de que cada cidadão possui uma esfera de liberdade e de competência, então não lhe é possível ser imputado qualquer perigo ou dano a determinado bem. Com isso, a criação de crimes de perigo abstrato e crimes omissivos impróprios, em sua fundamentação, haveria de ir além do mero argumento de que estaria a proteger bens jurídicos, fornecendo boas razões sobre o porquê da imputação de um crime omissivo e, a um funcionário de uma empresa, o dever de garantir, como vigilante sem descanso, determinado estado de coisas. Detalhando, também, quais são os limites desses deveres. Assim, partindo de uma concepção que compreende o corpo social como um mundo complexo, os participantes da prática jurídico-penal devem estar aptos a discutirem a formulação de um tipo penal não meramente no modelo de danificação de um bem jurídico, existindo a necessidade de um esforço para que se discriminem quais são os deveres que competem a cada papel social, deveres esses que, se respeitados, isentam de responsabilidade qualquer pessoa, ainda que um bem venha a ser violado (LUZ, 2013, p.

168). Ou seja, a teoria de Jakobs comporta melhor um dos problemas mais atuais do Direito Penal que é a questão da acentuação da garantia da não ocorrência da defraudação normativa.

O penalista alemão comenta certas ponderações feitas sobre sua construção teórica. Aos comentários feitos que se referem ao esquecimento do sujeito no funcionalismo sistêmico, estabilizando apenas a sociedade, é certo que, nessa linha teórica trata-se da manutenção de um sistema social que gerou, por diferenciação, um sistema jurídico, mas não é desconexa do sujeito livre. Ele está presente na medida na qual é transmitida a comunicação em que seja determinante a autodescrição da sociedade. Nessa linha, é considerado errôneo contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições de constituição da sociabilidade, criando um maniqueísmo onde de um lado temos a liberdade e de outro o coletivismo. Sem uma sociedade funcionando faltam as condições empíricas da subjetividade. Portanto, a objeção de que o Direito Penal funcional sistêmico é hostil ao sujeito não é compatível nem com a relação teórica e nem com a prática que existe entre socialidade e subjetividade (JAKOBS, 2003a, p. 13-19).

Outro comentário do penalista confronta a ideia que se faz de suas construções, a de que se pretende estabilizar normas não determinando se são normas que tornam possível a liberdade ou se aterrorizam. Sobre isso, é necessário reafirmar inicialmente, a perspectiva funcional de Jakobs não está atada a nenhum modelo social determinado. O fato de uma sociedade estar configurada de modo funcional não significa que se precisa conhecer o conteúdo das comunicações suscetíveis de incorporação. Essa sociedade possui um instrumental para tratar os conflitos que surgem. A decisão sobre a configuração das comunicações; ou, por exemplo, numa criminalização de condutas, se se trata de um ato excessivo ou, ao contrário, da defesa do nuclear, essa decisão é política e não jurídico-penal. A ciência do Direito Penal pode evidenciar o que é que trazem as novas regulamentações legais e o que deve ser considerado, conforme valoração estabelecida, como algo positivo ou prejudicial. Entretanto, é impotente frente às alterações políticas de valores, e não se opta em favor dessas alterações (JAKOBS, 2003a, p. 20-24). No funcionalismo sistêmico, o Direito Penal é tido como uma ferramenta. A mão que utilizará essa ferramenta não é problema dela.

Finalizando, com o comentário de Luz, a reformulação do conceito de delito, tomando-o como lesão de deveres normativos, guarda um grande potencial crítico e faz refletir a atual tendência de adiantamento

da punibilidade. Incutindo a ideia geral de que a regulamentação penal atual não pode e nem deve estar orientada a proteger bens jurídicos contra todos os riscos. Nesse ponto, até as atuais defesas da Teoria do Bem Jurídico buscam escapar por vias que deságuam na visão de Jakobs sobre a função do Direito Penal. Ao buscar balizar a ideia de proteção de bens jurídicos para a proteção penal dos mais relevantes bens, que recorre ao conceito de tipicidade material, ao invés de dar uma maior sobrevida à teoria, acelera sua corrente até um conceito de delito calcado na lesão normativa. Ao assumir que a conduta seria socialmente danosa apenas se o bem jurídico for afetado de maneira relevante admite-se que por trás do termo relevante existe uma consideração normativa, que já não faz parte dos critérios internos da Teoria do Bem Jurídico. A própria ideia de relevância, que nada mais é do que a danosidade social da conduta, é um elemento externo que está ali sendo introduzido. Com isso, ou a proteção de bens jurídicos é vista como absoluta acarretando a possibilidade de um aumento infinito da intervenção penal visando que os bens sejam protegidos a todo custo ou ela é matizada por critérios normativos e, assim, o bem deixa de ser decisivo por si tornando-se central. Então, o que determinaria se o dano é ou não permitido são as próprias as normas jurídicas e os deveres por ela prescritos (LUZ, 2013, p. 169).

Dessa forma, como aponta Jakobs, se o ponto gravitacional passa a localizar-se na norma jurídico-penal e não no bem jurídico (se não esteve sempre ali), o discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma (JAKOBS, 2003a, p. 27)

CONCLUSÃO

Frente ao exposto, é possível reconhecer, portanto, a função do Direito Penal como tutela da norma penal. Essa possibilidade acarreta um enorme potencial de inovação na área, traduzindo de uma melhor forma, diversos problemas atuais, como a antecipação da intervenção penal, através dos crimes de perigo. Também isso ocorre na acentuação da garantia da não ocorrência de defraudação normativa, como no maior número dos crimes de omissão. A criminalização das infrações de dever, traduzidas como a violação objetiva do dever de cuidado (crimes culposos) ou, ainda, no que tange à despersonalização da responsabilidade penal, como na responsabilização das pessoas jurídicas esse efeito é presente. Concordando com a ideia sistêmica, alterações em áreas como

no processo penal e a cada vez maior desformalização do processo podem ser observadas através desse novo prisma. Tal ocorre também na questão da medida da pena, com a sua atual exasperação, a supressão de benefícios e os expedientes premiais. Tudo isso é possível através da compreensão diferenciada que o funcionalismo sistêmico possui graças a esse elemento sociológico que ele agrega, que é o da adequação à sociedade do risco, que está causando essa expansão na área penal e que a Teoria do Bem Jurídico não vem conseguindo nem explicar, nem conter.

No entanto, rechaça-se aqui a visão de Culpabilidade Jurídico-Penal que advém do pensamento de Jakobs, concordando com Roxin que é uma visão instrumental do indivíduo. A Culpabilidade não pode apenas ser um critério de necessidade de prevenção geral, de modo que a concepção de culpabilidade como “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário da norma penal” (ROXIN, 2008, p. 144) permanece.

Por fim, restam apenas alguns comentários acerca dos comportamentos uniformes em massa. Acredita-se aqui que, principalmente na questão da familiarização com o risco, a ideia de risco reapresenta de maneira indireta e reafirma de modo tácito o pressuposto da regularidade essencial do mundo. É sob esse pressuposto que seria possível calcular os riscos, e apenas enquanto esse pressuposto se sustenta é que é possível tentar calcular, com algum grau de sucesso, e assim minimizá-los através da ação ou inação. O problema reside em que a possibilidade de falha e, assim, de uma calamidade acontecer só pode ser calculado na medida em que a lei dos grandes números aplica-se a sua ocorrência. O conceito de risco, nessa perspectiva, só faz sentido em um mundo rotinizado, monótono e repetitivo. Dessa maneira, as consequências causais apareceriam com frequência e de maneira suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes. Mas o mundo globalizado negativamente não é assim (BAUMAN, 2008, p. 129).

Com isso, considera-se aqui que a preocupação com esses comportamentos uniformes em massa, é o resultado de uma sociedade que não possui expectativas cognitivas asseguradas e, com isso, detém um grande nível de medo. Dessa forma, busca resgatar tais expectativas buscando calcular o incalculável. O que aqui faz considerar que esse tipo de comportamentos agrega sim riscos, mas eles devem ser tidos como riscos permitidos, sob a pena de paralisarmos as sociedades.

Esse medo pode ser considerado um medo derivado definido como estrutura mental que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança, onde o mundo é um lugar cheio de perigos que pode se abater sobre nós a qualquer momento com nenhum ou algum aviso. Também é muito presente o sentimento de vulnerabilidade, onde no caso do perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender, isso decorre mais da falta de confiança nas defesas disponíveis, do que do volume ou da natureza das reais ameaças. Alguém que interioriza essa visão que inclui a insegurança e a vulnerabilidade acabará recorrendo, mesmo sem a presença real de qualquer risco ou ameaça, às reações adequadas ao encontro imediato com esse perigo. O medo derivado, como aponta Bauman, adquire a capacidade de autopropulsão (BAUMAN, 2008, p. 129). Esse sentimento ocorre em diversos níveis, desde o medo de uma pessoa na perda de seu emprego até da completa degradação da sociedade.

Quando tomamos o exemplo do cigarro sendo atirado no lixo, percebemos que esse medo é tomado não mais em escala individual, mas em escala social. Sem o risco permitido não é possível viver em sociedade. A busca por gerenciar esses riscos inerentes à vida em sociedade pelo instrumental jurídico parece impossível e temerário, de forma que esses comportamentos uniformes em massa devem ser entendidos como “efeitos colaterais” da vida em sociedade, não possuindo o Direito Penal capacidade de administrá-los.

O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs é uma construção interessante que merece melhor atenção. Várias inovações trazidas parecem dar novos ares ao Direito Penal, principalmente no que tange a reformas dogmáticas com o fito de uma melhor organização das normas penais para uma otimizada adequação à atual configuração social. Outras novidades do pensamento do alemão são interessantes, mas devem ser observadas com cautela, como é o caso de sua ideia de culpabilidade.

O diálogo entre sua teoria e o pensamento de Luhmann, Hegel e Habermas é importante para a compreensão da própria construção e também para observar a aplicabilidade de diversas estruturas conceituais, como por exemplo, a ideia de sistema e o procedimento comunicativo.

Se nas teorias finalistas Zielinski radicalizou o elemento empírico-finalístico, Jakobs leva ao extremo o elemento normativo-valorativo no plano das teorias funcionalistas, mas seu grande mérito é a crítica contundente que faz à Teoria do Bem Jurídico, abrindo novas

possibilidades de compreensão do fenômeno criminal. Rompendo com preconceitos, analisar a obra de Jakobs é elemento importante para a uma melhor compreensão das possibilidades que a Dogmática Jurídico-Penal contemporânea melhore seu potencial descritivo e, assim, fortaleça seu potencial crítico.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BÜLLESBACH, A. Princípios de teoria dos sistemas. *In*: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). **INTRODUÇÃO à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

DIAS, J. F. **Direito penal**: parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERNANDES, F. A. **Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

FERNANDES, F. A. **Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais**. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

GRECO, L. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2007.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, J. **Habermas: Sociologia**. Organizadores da coletânea B. Freitag e S. P. Rouanet; (seleção e trad. De Bárbara Freitag, Sérgio Paulo Rouanet). São Paulo: Ática, 1980.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. 1ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

JAKOBS, G. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003b.

JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003c.

JAKOBS, G. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUZ, Y. C. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

LYRA, J. F. C. Direito penal, constituição e hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, n. 91, p. 28-30, jul./ago. 2011.**

POZZEBON, P. M. G. As ciências humanas. *In*: POZZEBON, Paulo Moacir Godoy (Org.). **Mínima metodológica**. Campinas: Alínea, 2004.

ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEUBNER, G. **O direito como sistema autopoietico**. Pref. E Trad. José Engrácia Antunes. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

NECESSIDADE DO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A EDUCAÇÃO: INTERDISCIPLINARIDADE NO FOMENTO À CIDADANIA

NEED FOR DIALOGUE BETWEEN LAW AND EDUCATION: INTERDISCIPLINARITY IN FOSTERING CITIZENSHIP

Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende*

Mário Lúcio Quintão Soares**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O diálogo entre a educação e o direito: fomento à cidadania. 3 Da tributação e a cidadania fiscal. 4 Da educação fiscal: um caminho possível. 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar o necessário diálogo entre o Direito e a Educação para a promoção da cidadania. Assumindo como marco teórico a efetivação do direito à educação como condição para o exercício pleno da cidadania, a pesquisa pretende contribuir para o debate acerca da educação fiscal como instrumento de amadurecimento democrático. Assim, para atingir este objetivo, realizou-se, metodologicamente, revisão bibliográfica em legislação sobre o tema e em textos doutrinários, bem como do exercício do Direito Constitucional à educação e dos princípios e diretrizes consentâneos à tributação para fins de se alcançar os fundamentos da República, insculpidos no texto constitucional. A partir da compreensão da relevância da participação e controle social da gestão pública para a construção de uma sociedade mais igualitária, passou-se à análise do contribuinte enquanto figura afastada dos debates sobre a política fiscal e tributária. Verificou-se que há políticas públicas nacionais e internacionais que objetivam diminuir esse distanciamento, fazendo com que o cidadão passe a compreender temáticas ligadas à dinâmica de arrecadação e de alocação dos recursos públicos. Por fim, concluiu-se pela necessidade de disseminação da Educação Fiscal como instrumento de promoção para uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

Palavras-chave: educação. direito. emancipação. participação. democracia. cidadania.

ABSTRACT: *This article aims to demonstrate the necessary dialogue between Law and Education for the promotion of citizenship. Taking as a theoretical framework the realization of the right to education as a condition for the full exercise of citizenship, the research aims to contribute to the debate about fiscal education as an instrument of democratic maturation. Thus, in order to achieve this objective, a methodological review of the literature on legislation on the subject and on doctrinal texts was carried out, as well as the exercise of the Constitutional Right to education and the principles and guidelines consistent with taxation in order to achieve the fundamentals of Republic, inscribed in the constitutional text. Based on the understanding of the relevance of participation and social control of public management for the construction of a more egalitarian*

* Mestranda em Direito Público pela PUC MINAS Belo Horizonte. Bolsista CAPES.

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor do Bacharelado, Mestrado e Doutorado da PUC/MG.

Artigo recebido em 04/08/2020 e aceito em 29/03/2021.

Como citar: REZENDE, Elisângela Inês Oliveira Silva de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Necessidade do diálogo entre o direito e a educação: interdisciplinaridade no fomento à cidadania. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 229-248 jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

society, the taxpayer was analyzed as a figure removed from the debates on fiscal and tax policy. It was found that there are national and international public policies that aim to reduce this distance, making the citizen understand issues related to the dynamics of collection and allocation of public resources. Finally, it was concluded that there is a need to disseminate Fiscal Education as an instrument to promote a just, egalitarian and fraternal society.

Keywords: *education. right. emancipation. participation. democracy citizenship.*

INTRODUÇÃO

A realidade estatal demonstra o quanto a sociedade brasileira encontra-se carente de acesso aos instrumentos adequados de ensino. Ser cidadão, em sociedade democrática, em sua plenitude, pressupõe a capacidade de efetivamente possuir os meios de compreensão e participação das escolhas estatais. É ser consciente de como as opções governamentais impactam no cotidiano.

Nessa linha de argumentação, a concepção do paradigma Estado Democrático de Direito vê-se desvirtuada no Brasil. Não obstante a sua recepção no texto constitucional, grande parte da população não tem acesso ao mínimo conhecimento necessário para compreender a dinâmica estatal e com isso, reinam vontades elitistas que ignoram as desigualdades sociais e concretização de direitos mínimos a todos.

Diante dessa incongruência de acesso ao conhecimento, este artigo se debruça sobre a interdisciplinaridade entre o Direito e a Educação, de forma que se considere que ser cidadão importa também em ser capaz de participar do processo decisório que institui a política fiscal e tributária de um país. Nesse sentido, pretende-se realizar reflexão sobre a promoção da Educação Fiscal enquanto ferramenta de efetivação da cidadania.

Metodologicamente, realizou-se revisão bibliográfica em legislação sobre o tema e em textos doutrinários; bem como sobre o exercício do Direito Constitucional à educação e dos princípios e diretrizes consentâneos à tributação e Educação Fiscal.

Por fim, foram analisados o atual estágio do PNEF-Programa Nacional de Educação Fiscal e as medidas necessárias para que a Educação Fiscal seja disseminadas enquanto mecanismo de fomento à cidadania.

1 O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A EDUCAÇÃO

Com intuito de contextualizar temáticas imprescindíveis para a (in)formação de um cidadão pleno, a Constituição vigente reconhece o

direito à educação como o primeiro dos direitos sociais, assim como um direito pertinente à cidadania e dever do Estado:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Nunca é demais registrar que a educação é um bem público, aberto, circunscrito a certas condições quando delegado à iniciativa privada. Para Cury (2014, p. 66) “o direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural”:

As precárias condições de existência social, os preconceitos, a discriminação racial e a opção por outras prioridades fazem com que tenhamos uma herança pesada de séculos a ser superada. A declaração e a efetivação do direito à educação têm sido e são imprescindíveis para essa superação. E isso se torna mais significativo em países como o Brasil, cuja forte tradição elitista reservou apenas às camadas privilegiadas o acesso a este bem social. (CURY, 2014, p. 65)

Por isso, realça-se a importância de se reconhecer e proclamar que todo cidadão brasileiro deve ter acesso à educação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Contudo, diante da conceituação apresentada pelo art. 205, da CR/88, insta questionar: Em que consiste a cidadania? Qual a sua importância?

A cidadania, para Aristóteles, significava a possibilidade do concreto exercício da atividade política, isto é, ser cidadão no conceito aristotélico implicava poder governar e ser governado. Hannah Arendt (1987), por sua vez, acresce o conceito grego clássico de cidadania e o concebe como “o direito de ter direitos, considerado como o primeiro direito humano fundamental do qual todos os demais derivam-se”.

Portanto, o conceito de Arendt de cidadania está atrelado ao próprio reconhecimento da condição humana digna, sendo corolário dos

demais direitos fundamentais. A partir da seguinte lógica, só se reconhece os demais direitos àqueles tidos como cidadãos.

Na teoria constitucional moderna, é cidadão aquele indivíduo que tem um vínculo jurídico com o Estado, de modo a portar direitos e deveres fixados por uma determinada estrutura legal que lhe confere, também, a nacionalidade (BENEVIDES, 1994, p. 7).

T. H. Marshall (1969) em clássico estudo sobre a cidadania discorre sobre a evolução histórica desse conceito e os direitos envolvidos, no âmbito da Inglaterra. Segundo Marshall, os autores clássicos do liberalismo davam inicialmente grande importância à cidadania com um conteúdo individual, de modo que se estruturava a partir de um homem abstrato e concentrava-se em direitos civis centrados na liberdade individual, no direito de ir e vir, na liberdade de imprensa, na liberdade de pensamento e de fé, no direito à propriedade privada, à justiça e no direito de contrair direitos e obrigações.

Para Marshall, a partir dos séculos XIX e XX, firma-se a cidadania como conteúdo político e, assim, encontra-se as raízes da ideia da cidadania como participação no exercício do poder político ou como membro do corpo político.

Nessa perspectiva, para Marilena Chauí (1984), a cidadania se define pelos princípios da democracia, significando necessariamente a conquista e consolidação social e política, com efeito, a cidadania exige instituição, mediação e comportamentos próprios, revestindo-se na criação de espaços e arenas sociais de debates que permitam o exercício ativo do indivíduo.

Essa perspectiva, portanto, supera a ideia de cidadania passiva clássica do Estado Liberal moderno, isto é, aquela outorgada pelo Estado como uma espécie de tutela (BENEVIDES, 1994, p. 8). Nessa toada, segundo José Murilo de Carvalho (2015), para se exercer plenamente a cidadania, os sujeitos devem ter garantidos alguns direitos básicos: civil, político e social.

Ainda na análise do autor, a participação política é entendida, no senso comum, por meio do direito ao voto: votar e ser votado.

[...] o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira: a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente,

à resolução de problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas, ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico (CARVALHO, 2015, p. 14-15).

Assim, o cidadão somente seria pleno quando titular dessa tríade de direitos: civil, político e social, pois:

Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente, mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a ideia de autogoverno (CARVALHO, 2015, p. 16).

Desta forma, uma nação na qual a democracia seja efetiva e real, em que o exercício da cidadania seja pleno, a luta incessante pela participação popular há de ser contínua, de modo que esta esteja mais presente nos espaços de poder e decisão, para que tais ambientes sejam modificados na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Para Matias-Pereira (2006, p. 15), um Estado inteligente - que seja capaz de cumprir sua função social e garantir os recursos básicos para o exercício pleno da cidadania - é aquele que facilita e complementa a atividade dos cidadãos.

Assim, participação e controle social estão intimamente ligados, vez que por meio da participação na gestão pública, os cidadãos podem intervir na tomada de decisões, a fim de que a Administração adote medidas que realmente atendam ao interesse público. Ao mesmo tempo, os cidadãos exercem o controle sobre a ação do Estado, exigindo que o administrador preste contas dos seus atos de gestão.

Assim, com o advento do Estado de Direito, primeiro o Liberal, depois o Social e, finalmente, o Democrático de Direito, cujos paradigmas passaram a nortear o pensamento moderno, a partir do século XVIII, a sociedade evoluiu num ritmo cada vez mais acelerado e mudanças tornaram-se necessárias com a finalidade de coadunar os ideais

revolucionários que criaram estes paradigmas e a insistência de alguns por manutenção do *status quo*.

SOARES (2011, p. 178) afirma que o “o processo de afirmação dos direitos humanos, como condição para convivência coletiva, exige um espaço público, ao qual só tem acesso por meio da cidadania”. Nesse sentido, retoma-se Hannah Arendt para quem cidadania “é o direito de ter direitos”. E na perspectiva do Estado Democrático de Direito diz:

A cidadania ativa no Estado democrático de direito pressupõe um cidadão político, capaz de influir concretamente na transformação da sociedade e apto a fazer valer suas reivindicações perante os governantes mediante ação política deliberativa.

O cidadão, como sujeito político e dotado de autonomia ativa, deve participar de procedimentos democráticos, decidindo, paradoxalmente, nas diversas instâncias de uma comunidade política, em diversificados papeis, o seu destino social como pessoa humana.

Ao superar as equivocadas visões liberais, republicanas e assistencialistas, a cidadania deliberativa resgata a democracia de identidade, ao exigir, para sua legitimidade, dotada de espaço público necessário para intermediar a interlocução entre a sociedade civil e o aparelho ideológico estatal. (SOARES, 2011, p. 184)

Sampaio (2013) faz uma crítica contundente ao fato de a expressão Estado Democrático de Direito ser empregada, em especial no Brasil, como “espécie de selo único de legitimidade e de correção dos rumos de viés liberal e social do Estado de direito” (SAMPAIO, 2013, p.70).

O autor afirma que a proclamação do artigo 1º da CR/88, no sentido de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, costuma ser mal compreendida, pois é preciso primeiro entender os exigentes impactos dessa proclamação constitucional:

A primeira grande mudança se dá na migração do foco das enunciações para a prática, da norma à realidade, da potência à ação, à efetividade. [...] Cidadão e cidadania deixam de ser vistos apenas como a qualidade do eleitor ou dos direitos de sufrágio, ativo e passivo, mas com a qualidade de ser humano portador de dignidade e titular efetivo de direitos. Não de direitos de papel, mas de direitos na vida real. Direitos liberais, sim; direitos sociais, econômicos e culturais, também; direitos de fraternidade, inclusive; além dos direitos políticos. Todos a compor um só núcleo e ideograma. Não

há liberdade sem igualdade e democracia. Nem democracia sem liberdade e igualdade como a igualdade depende das outras duas. Mas qual o significado de democracia? Político, econômico e social. (SAMPAIO, 2013, p. 72-73).

Portanto, contemporaneamente, um Estado Democrático não se contenta com a existência do direito de voto secreto em eleições livres e periódicas; o princípio democrático está íntima e indissociavelmente ligado à ideia de efetiva participação de todos os interessados/afetados pelos atos estatais. Não se pode, igualmente, identificar a democracia com a simples prevalência da vontade da maioria (classes/grupos dominantes). Não raras vezes, no enalço da promoção da democracia, o que a Constituição determina é, justamente, uma postura contra majoritária (de respeito aos direitos das minorias). Nesse sentido, revela-se importante debate, a saber, a relação entre educação e cidadania.

Nessa linha de reflexão, Pedro Demo (*apud* PALMA FILHO, 1998), dentre os vários autores brasileiros que se debruçaram sobre a questão, foi um dos quais ressaltou o papel desempenhado pela educação escolar, isto é, educação formal, na construção do cidadão para a vida democrática.

Segundo Demo, a principal função da escola é viabilizar à população o acesso ao conhecimento socialmente produzido e historicamente acumulado, o qual tem sido objeto de disputas em torno das relações de poder.

Assim, para Demo (*apud* PALMA FILHO, 1998) a concessão de ampla escolarização formal torna possível a existência do cidadão. Com isso, tem-se na relação escolarização-cidadania o significado do papel social da escola, isto é, da educação formal, na medida em que democratiza o acesso ao conhecimento acumulado. Essa perspectiva de Demo também é acompanhada por Saviani (1983), Libâneo (1985), Mello (1993), Barreto (1989) e Palma Filho (1996).

Sabe-se que a democracia nem sempre se fez presente na realidade do Brasil. Após 20 anos de ditadura civil-militar, a sociedade brasileira voltou a experimentar, muito lentamente, um processo histórico de redemocratização.

Entretanto, ainda que alguns esforços do processo redemocratizado tivessem por objetivo ampliar o acesso à educação e, por via de consequência, garantir o pleno exercício da cidadania, por meio de programas sociais, o que se mantém é uma batalha de vontades antagônicas, que veem estes programas como bengalas sociais. E, aqui apenas para citar alguns: Bolsa

Escola, de Fernando Henrique Cardoso; Bolsa Família e o Programa Universidade para Todos (ProUni), dos governos de Luís Inácio Lula da Silva e o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), dos governos de Dilma Rousseff.

Contudo, conforme afirma Demo (1993 p. 49-45), a relação entre educação-cidadania deve se sobressair a partir de uma perspectiva emancipatória, de modo a superar a visão até então empregada à educação formal de como um processo formador de habilidades profissionais, com um sentido estrito de treinamento. Somente assim, segundo Demo (1993, p.78), será possível passar da cidadania tutelada/assistida para uma cidadania democrática.

No entanto, o que se revela é que mesmo com as medidas ainda empreendidas pelos programas de ampliação a escolarização citados, esses parecem não ter sido capazes de romper essa lógica de educação formal como centro de formação de força produtiva e, com isso, não se revelaram emancipatórias e, sim, reprodutivas.

Quando a educação não é libertadora, o sonho do oprimido é se tornar opressor (FREIRE, 1987). Essa assertiva revela, em última instância, que o sistema educacional deve ser capaz de superar a alienação do sistema produtivo e ser capaz de gerar uma (auto)consciência nos indivíduos para torná-los cidadãos.

Entretanto, ante a ausência de processos emancipadores de formação de uma consciência de classe (MARX; ENGELS, 1989), e até mesmo a verificação de que o Estado de Direito almejado pelos revolucionários está, em verdade, distante de promover igualdade, fraternidade e liberdade é o que evidencia que a educação e a cidadania plena são privilégios conferidos a alguns poucos. Saiu-se, pelo menos em tese, do período Absolutista, mas a ideia de direitos restritos a determinados segmentos sociais permanece.

Enquanto as constituições dizem “para todos”, as manobras das elites políticas e econômicas continuam entendendo “apenas para nós”. Assim, a Constituição Cidadã de 1988, ficaria impedida de atingir seus desígnios, sofrendo bloqueios institucionais, que são:

O processo político-econômico de construção de barreiras – no âmbito do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário – que, de forma direta ou indireta, promovam a obstrução dos instrumentos jurídicos e políticos capazes de transformar a realidade econômica. Em outras palavras, os bloqueios institucionais são obstruções políticas e econômicas que

imobilizam as estratégias normativas de materialização da Constituição brasileira de 1988 e real consolidação de um Estado Democrático de Direito (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2017, p. 687-688).

Como exemplos desses processos de promoção da (in)efetividade do texto constitucional tem-se, primeiramente, que a educação³ se transformou em mercadoria e, assim este que é um direito torna-se propriedade privada do mercado nacional e estrangeiro, retroalimentando as elites econômicas (CLARK; NASCIMENTO, 2009). Semelhante estratégia foi adotada por meio da Emenda Constitucional nº 95/16, que reduziu os gastos estatais com saúde e educação:

Com a EC 95/2016, o Executivo federal não poderá mais expandir seus gastos primários totais em termos reais, o que fará com que a saúde e a educação, muito provavelmente, passem a contar com recursos cada vez menores em proporção do PIB. A única possibilidade de essas áreas sociais continuarem a expandir seus gastos reais que, em outras áreas do Poder Executivo federal (ciência e tecnologia, cultura, forças armadas, transportes, administração tributária), ocorram reduções de gastos (GODOI, 2017, p. 18).

Configura-se, portanto, um permanente estado de exceção⁴ em que a norma existente se encontra suspensa, sem efeito, (in)efetiva. Marcadamente, outro exemplo que afasta o povo⁵ do reconhecimento

³ Após uma onda de protestos em todo o país contra os cortes praticados pelo atual governo no orçamento da educação, destacamos que em 04 de junho de 2019, 06 (seis) ex-ministros da Educação (José Goldemberg, Murílio Hingel, Cristovam Buarque, Fernando Haddad, Aloizio Mercadante e Renato Janine Ribeiro) divulgaram uma nota conjunta sobre o desmonte da educação no Brasil. Os pontos mais preocupantes, apontados na nota, são a perda de autonomia acadêmica e a deterioração do financiamento da educação básica que hoje é amparado pelo FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação e Valorização dos Profissionais da Educação)

⁴ Giorgio Agamben aduz que estado de exceção apresenta-se, verdadeiramente, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo e ainda defende que tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea e, não mais como um medida provisória e excepcional, como propunha os teóricos até então, de modo que se transformar em uma técnica de governo (2004, p. 13), isto é, a exceção tornou-se regra, constituindo o que o autor chama de estado de exceção permanente (2004, p. 131): O estado de exceção, hoje, atingiu seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. (AGAMBEN, 2004, p. 131).

⁵ Em país, como o Brasil, demarcado pela exclusão social, povo torna-se conceito vago, que diante do silêncio da Constituição sobre suas atribuições no Estado democrático de direito, deve ser compreendido à luz da realidade constitucional. Povo, em sentido democrático, pressupõe a totalidade dos que possuem o status da nacionalidade, os quais devem agir conscientes de sua cidadania ativa, segundo ideias, interesses e representações da natureza política. (SOARES, 2011,

e exercício de sua cidadania e, que é o objeto de estudo deste artigo, é o desconhecimento da realidade fiscal e de seus impactos na vida em sociedade. Ironicamente, a estratégia arrecadatória estatal existe antes mesmo de se existir Estado, propriamente dito. Paga-se tributos desde o feudalismo.

Novas e mais contextualizadas regras foram estabelecidas, mas o princípio arrecadatório estatal é o mesmo. E o desconhecimento sobre seus efeitos, também. Por isso, objetiva-se nos tópicos a seguir demonstrar a importância da educação fiscal também com o instrumento para a promoção da cidadania.

2 DA TRIBUTAÇÃO E A CIDADANIA FISCAL

A atuação do Estado na vida das pessoas é uma realidade, pois se paga tributo quando consome, auferir renda ou tem patrimônio, e o Estado tem que aplicar esses recursos para prover as políticas públicas e os serviços públicos que interessam à sociedade, tais como saúde, educação, segurança, entre outros. Assim, entender como se dá esse processo e como se participa dele é extremamente relevante na perspectiva de construção da cidadania.

A tributação deveria funcionar como instrumento poderoso para a redução das desigualdades sociais, aproximando-a a uma concepção solidária e inclusiva de justiça. A CR/88 ao definir claramente os objetivos fundamentais da República Federativa de 1988 inseridos no art. 3º, inciso I e III, não deixa dúvidas de que a estruturação do ordenamento jurídico tributário tem de conduzir à erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, de modo a edificar uma sociedade livre, justa e solidária.

Para GODOI (2013) os estudos de direito tributário não raro se apresentam completamente dissociados do contexto global das finanças públicas em que determinada exigência tributária está inserida. Some-se a isso o fato de se viver um momento de grandes mudanças sociais e políticas no Brasil.

Nesse raciocínio, constata-se que grande parte da doutrina tributarista brasileira adota uma postura tradicional de que a tributação é um fim em si mesmo, analisando-a se (i)legal ou (in)constitucional, olvidando-se, contudo, de que os recursos arrecadados afetam sobremaneira à coletividade, o bem-estar social, já que “a tributação é um aspecto, um

p. 154). Do contrário, a invocação do povo em termos de legitimidade tão somente para sacramentar atos estatais, quando não obedecidos os ditames democráticos, revela-se como práxis icônica.

momento ou uma etapa de uma atividade mais ampla desenvolvida pelo poder público: a atividade financeira” (GODOI, 2013, p. 147).

Significa, nas lições de BALEEIRO e DERZI (2015) que, apesar de todo o sistema coercitivo voltado à correção do pagamento de tributos, o contribuinte não tem sido historicamente chamado a participar e a debater sobre a política fiscal e tributária. Assim, para que o indivíduo possa pagar tributos de bom grado, para que seja exercida efetivamente a cidadania fiscal, o cidadão não pode sentir apenas que faz algo porque lhe é imposto, porque lhe é defeso não fazer.

Para REZENDE (2017) é salutar que o cidadão efetivamente sinta que participa do debate tributário, que é ouvido e tem sua manifestação considerada. Somente o amadurecimento democrático fará com que o cidadão se sinta obrigado a atuar em conjunto com o Poder Público e a entender o quão fundamental é o dever de recolher tributos para fins de uma transformação social.

Vale registrar, desde já, que a simples previsão no texto constitucional de 1988 de cidadania como princípio fundamental não torna seu exercício realidade. Para que tal premissa seja concretizada, faz-se necessário que a população seja instruída.

Dentre as temáticas que necessitam ser visitadas para a consecução desse escopo, encontra-se a educação fiscal, que objetiva educar o cidadão para a compreensão de temáticas ligadas à dinâmica de arrecadação e de alocação dos recursos públicos, a fim de que ele possa conscientizar-se quanto à importância de contribuir e de fiscalizar as atividades estatais.

A atividade financeira do Estado, nas lições de TORRES (2011, p. 3-5), é puramente instrumental e não neutra, tendo em vista que busca atingir os objetivos políticos, econômicos ou administrativos do Estado frente aos valores e princípios jurídicos que o regem.

Em face dessa argumentação, não se deve compreender a tributação como um sistema normativo que se encerra em si próprio, posto que seria uma redução extremamente danosa ao interesse público, uma vez que o estudo do Direito Tributário apenas sob a perspectiva da análise normativa encobre distorções fáticas e políticas fiscais nitidamente indesejáveis para a sociedade. É claro que a cobrança de tributos deve observar todos os princípios e garantias constitucionais e legais, para que não seja uma forma de opressão do Estado contra o cidadão.

Mas, antes da crítica desinformada e dissociada da realidade socioeconômica, de que a carga tributária é alta, que não se pode cobrar

tantos tributos, é preciso lembrar que sem os tributos, não haveria como garantir muitos direitos básicos à população, inclusive àqueles que sequer têm capacidade para pagar tributos.

É de se notar a tendência de simplificação da concepção socialmente reproduzida do que seria o sistema tributário nacional e da atuação estatal. Por um lado, os cidadãos demonstram uma generalizada aversão ao tributo, ao mesmo tempo em que preconizam o dever do Estado de prestação adequada e qualificada de uma vasta gama de serviços públicos.

Não é possível imaginar a existência do Estado como o conhecemos, dissociada da questão relativa aos tributos. Entretanto, apesar desta relação essencial, o tributo nem sempre é entendido como um dever por parte dos cidadãos para garantir a vida em sociedade.

Ora, a receita da arrecadação de tributos não é simplesmente lançada ao mar (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 35-36, 46); é com esta que o Estado consegue meios para atingir seus fins, que devem ter como base fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, mesmo para aqueles que conseguem entender a interdependência entre Tributo/Estado/Garantia de direitos, parece haver a existência de grande tensão entre o desejo do cidadão de gastar tudo o que ganha da forma como lhe aprouver com a obrigatoriedade de pagar os tributos.

Diante dessa tensão, é necessário lembrar um simples fato que em muitas situações é esquecido: viver em sociedade depende de algumas regras e direitos, e isso custa dinheiro⁶.

É neste cenário que se faz necessária a inserção do tema Educação Fiscal. Mas, lamentavelmente, embora haja no Brasil há quase 20 anos o Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF), quase não se encontram estudos e discussões doutrinárias acerca dessa temática, especialmente nas ciências jurídicas.

3 DA EDUCAÇÃO FISCAL: UM CAMINHO POSSÍVEL⁷

De acordo com o material utilizado no Brasil pelo Curso de Formação de Disseminadores da Educação Fiscal, promovido pelo PNEF, pode-se assim definir a educação fiscal:

⁶ É célebre a frase de Oliver Wendell Holmes, juiz associado da Suprema Corte Americana de 1902 a 1932: “Os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada!” (HOLMES apud CASALTA NABAIS, 2005, p. 42).

⁷ Este tópico tem como inspiração parte da pesquisa de dissertação defendida pela autora em fevereiro/2020, no Programa

Educação fiscal deve ser compreendida como uma abordagem didático- pedagógica capaz de interpretar as vertentes financeiras da arrecadação e dos gastos públicos, estimulando o cidadão a compreender o seu dever de contribuir solidariamente em benefício do conjunto da sociedade e, por outro lado, estar consciente da importância de sua participação no acompanhamento da aplicação dos recursos arrecadados, com justiça, transparência, honestidade e eficiência, minimizando o conflito de relação entre o cidadão contribuinte e o Estado arrecadador.

Segundo RIVILLAS, BALTAZAR (2014):

La educación fiscal es un proceso de enseñanza y aprendizaje que tiene como objetivo fomentar una ciudadanía activa, participativa y solidaria, mediante la comprensión tanto de Educación fiscal y construcción de ciudadanía en América Latina sus derechos fiscales, especialmente la adecuada gestión del gasto público por parte de los gobernantes, como de sus obligaciones, de manera específica lo deber fundamental de pagar impuestos (RIVILLAS, BALTAZAR, 2014, p. 329-330).

O conceito de educação fiscal, muitas vezes, não é compreendido na sua plenitude pela maioria dos cidadãos. No estudo feito por GRZYBOVSKI e HAHN (2006), verificou-se que a maioria dos entrevistados entendia que a terminologia educação fiscal estaria relacionada com o ensino de pagar corretamente os impostos.

Outros associaram com a obtenção de informação sobre a cobrança de tributos e a suas contrapartidas. E o mais curioso, nenhum deles relacionou a terminologia educação fiscal com o direito de os contribuintes estarem a par da aplicação dos recursos arrecadados através dos tributos, com a atividade financeira do Estado.

Em um contexto mundial, tem-se que a educação fiscal passou a figurar entre as políticas públicas num período relativamente recente. Refere-se à segunda metade do século passado, quando a Administração Tributária norte-americana instituiu o Programa *Understanding Taxes* em 1954. Influenciados pela política dos Estados Unidos, diversos países da Europa, através de estudiosos alemães, belgas e franceses, passaram a divulgar a experiência norte americana, e deram início ao desenvolvimento de programas de educação fiscal (PEREIRA; CRUZ, 2016).

de Pós-Graduação em Direito da PUC-MINAS.

Já no contexto da América Latina, tem-se que as políticas dessa natureza somente ganharam força a partir da década de 90, após o início dos processos de redemocratização desses países. Isso porque há registros de algumas iniciativas ligadas à educação fiscal, como por exemplo no Brasil, que datam da década de 70⁸. No entanto, elas não ganharam relevo porque políticas democráticas não condizem com o perfil autoritário dos regimes ditatoriais.

Segundo Borja Díaz Rivillas (2010), coordenador da Rede de Educação Fiscal do EUROsocial, a partir de 1990, todas as administrações tributárias da América Latina empreenderam iniciativas relacionadas à Educação Fiscal, conquistando um especial dinamismo em países como Argentina, Brasil, Peru, Guatemala, Chile, México, República Dominicana, Honduras, El Salvador e Uruguai. Ressalta-se que em países como Argentina e Brasil, as ações são sistematizadas por meio de programas institucionais, sendo assim mais bem disseminadas e eficientes.

Em 2014, representantes da Receita Federal do Brasil e das Universidades do Brasil, Peru, Costa Rica, México Paraguai, Chile, Honduras e Equador assumiram o compromisso com a *Red de Educación Fiscal* para compartilhar as experiências do Núcleo de Apoio Contábil e Fiscal (NAF) que tem como objetivo o atendimento pelos universitários, à população de baixa renda. Este documento ficou conhecido como *Carta de Intenciones de Lima*.

Em 21 de novembro de 2017, em Bruxelas, foi realizado o evento de lançamento formal do novo Portal da União Europeia. Trata-se de um Projeto Piloto da União Europeia denominado de TAX EDU (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Lançado em 22 idiomas, incluindo o português, o Projeto foi liderado pelas Administrações Tributárias da Áustria e da Bélgica, com a adesão dos principais países da União Europeia, tendo sido conduzido pelo Parlamento Europeu e pela Comissão Europeia (Direção-Geral da Fiscalidade e da União Aduaneira) com a participação das autoridades tributárias nacionais.

No contexto da Educação Fiscal, o TAX EDU tem como objetivo a formação de crianças e jovens europeus, em cidadãos conscientes da

⁸ A primeira delas ocorreu em 1969, quando a Receita Federal do Brasil criou a **Operação Bandeirante**, que se resumia à saída às ruas dos agentes do Fisco, no intuito de propagar informações sobre os tributos e sua função socioeconômica. Em 1970, foi a vez da **Operação Brasil do Futuro** também capitaneada pela Receita Federal, a qual se utilizava da distribuição de material didático nas escolas, com o intuito de trazer à baila temas como o antagonismo entre Estado e sociedade. Já em 1977, a Receita encampou o **Programa Contribuinte do Futuro**, que, mais uma vez, se utilizava de material didático para discussão de temas nas salas de aulas, dedicando muita atenção apenas ao objetivo de aumentar a arrecadação.

matéria tributária e principalmente, conscientes de como a tributação afeta a vida de todos.

Como visto, as políticas públicas de educação fiscal são comuns em diversos países do mundo, variando quanto à forma de gestão, público alvo, divulgação, mas convergindo quanto à importância do tema para a efetiva cidadania fiscal. E com isso, promove-se intercâmbios entre os países, para que a troca de experiências auxilie no aprimoramento e fortalecimento dessas políticas públicas voltadas para a educação fiscal.

No Brasil, a educação fiscal é (era) de responsabilidade PNEF, que conta com a cooperação de vários órgãos públicos ligados tanto à administração fazendária quanto à educação. Em 2002, a Portaria nº 413, publicada em conjunto pelos Ministros da Fazenda e da Educação, definiu os contornos atuais do PNEF. Esta Portaria instituiu o Grupo de Trabalho de Educação Fiscal (GEF) e seus representantes, além de definir as competências dos órgãos responsáveis, como por exemplo, o Ministério da Educação.

No âmbito nacional, o PNEF desenvolve ações de diversas naturezas: realização de palestras, seminários, *workshops*, mesas redondas, debates, curso de formação de disseminadores, presenciais e à distância, capacitação de monitores, professores, realização de atividades acadêmicas, como projetos pedagógicos e elaboração de peças de teatro, músicas, cordéis, poesias, e realização de concursos culturais versando sobre o tema educação fiscal.

Em um balanço de 17 anos de PNEF, Baptistucci (2017) cita como principais desafios:

Os desafios são de popularizar a Educação Fiscal, torná-la mais visível na mídia, com abordagem franca e diálogo permanente. Ao compreender que os benefícios dos impostos devem ser contabilizados de forma coletiva, o cidadão estará imbuído também do conceito de solidariedade, já que os retornos nem sempre vêm diretamente para seu bairro ou sua cidade, mas serão apropriados pela nação. (BAPTISTUCCI, 2017, p. 11).

É bom lembrar que o financiamento das ações do PNEF deve ser feito, prioritariamente, com recursos orçamentários, sem prejuízo de fontes alternativas. O que tem sido também um dos desafios contínuos para a perenidade do programa, pois a crise financeira que assola o país tem se revelado, sobretudo, prejudicial à educação e à saúde.

Lamenta-se, por fim, o fato de se saber que existe um programa no Brasil que é referência e modelo de inspiração para outros países, principalmente, na América Latina, e que ainda soa estranho para grande parte da população. E lamenta-se, ainda mais, que nos idos de 2019, independentemente de haver ou não redução de gastos públicos - essa foi a tônica do governo para a extinção de algumas pastas ministeriais, cuja análise de mérito não cabe nesta pesquisa -, a MP nº 870/19, posteriormente convertida na Lei nº 13.844/19 interrompeu o programa de política pública até então coordenada pela ESAF, vinculada ao antigo Ministério da Fazenda (atual Ministério da Economia), por mais que seja inconcebível pensarmos na suspensão, quiçá interrupção, de programas de caráter continuado nos termos do artigo 17 da LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal⁹.

Fato é que reagindo à extinção do PNEF, os servidores estaduais e do Distrito Federal atuantes na educação fiscal, decidiram criar em julho de 2019, no âmbito do CONFAZ, por meio da Comissão Técnica Permanente do ICMS, o “GT 66 – Educação Fiscal”. Assim, ressurgindo como uma fênix, o Programa de Educação Fiscal descortinava-se no horizonte por meio do Ato COTEPE/ICMS nº 37/2019 (BRASIL. Ministério da Economia. CONFAZ. COTEPE/ICMS, 2019a) e Protocolo ICMS nº 44/2019 (BRASIL. Ministério da Economia. CONFAZ, 2019), com objetivos concretos de definição, planejamento e avaliação de suas ações, prospecção de recursos, consolidação das ações dos Grupos de Educação Fiscal Estaduais- GEFEs-e dos Grupos de Educação Fiscal Municipais-GEFMs, divulgação do PNEF em âmbito nacional, entre outros; além do compromisso de manter o PNEF nos seus respectivos Estados, por meio de ato normativo específico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado, a promoção da cidadania perpassa pelo exercício do conjunto de direitos civis, políticos e sociais, na perspectiva de que não se pode conceber um Estado Democrático de Direito em que à população é concedida tão somente parte destes direitos.

Ciente desta realidade, devem ser buscados mecanismos de efetivação de todos estes direitos para se construir uma sociedade

⁹ Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000 - Da Despesa Obrigatória de Caráter Continuado [...] **Art. 17.** Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. (BRASIL, 2000).

efetivamente democrática. Entretanto, enquanto este ramo do conhecimento se mantiver encastelado para fora da realidade, pouco ou nada irá mudar.

A própria Constituição de 1988 apresenta a resposta a esta questão quando informa que existem três objetivos do ensino formal brasileiro: o primeiro, que é o desenvolvimento da personalidade, o segundo, preparo para a cidadania e o terceiro, qualificação para o mundo do trabalho.

Assim, consta-se de que por meio da educação que se promove cidadania, mas enquanto o modelo de ensino for estruturado em currículos e disciplinas sem compreender a pluralidade de seres e a dinamicidade da vida em sociedade, haverá um gargalo a ser superado.

Dessa forma, investir esforços para a inclusão da Educação Fiscal desde a tenra idade é fornecer adequada formação pedagógica para o exercício da cidadania.

Apenas um cidadão consciente de seus direitos e deveres, que demonstre consciência política, será capaz de escolher de forma acertada quais governantes, com propostas de gestão responsável e democrática, atenderão às suas necessidades.

Lamentavelmente, nestes tempos sombrios, permanece a ideia de educação enquanto espaço privilegiado de conhecimento e, enquanto este cenário não mudar clamar-se-á que o grande vilão do atual modelo de Estado é a carga tributária.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci. D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BALEEIRO, A.; DERZI, M. A. M. Direito tributário brasileiro. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BAPTISTUCCI, F. F. O. **Programa Nacional de Educação Fiscal: 17 anos de história**. Postado em 02/02/2017 no sítio do Programa Nacional de Educação fiscal. Disponível em: https://issuu.com/pnef/docs/2_artigo_fabiana_fabio_ba. Acesso em 15 ago. 2018

BRASIL. Ministério da Economia. CONFAZ. COTEPE/ICMS. Ato COTEPE/ICMS 37/19, de 29 de julho de 2019. Institui Grupo de Trabalho no âmbito da COTEPE/ICMS. **Diário Oficial da União**, 30 jul. 2019a. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos/2019/ato-cotepe-icms-37-19>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. CONFAZ. Protocolo ICMS 44/19, de 29 de julho de 2019. Dispõe sobre a manutenção e fortalecimento do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF no âmbito Estadual. **Diário Oficial da União**, 30 jul. 2019b. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/protocolos/2019/PT44_19. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Programa Nacional de Educação Fiscal. **Documento Base do Programa Nacional de Educação Fiscal**. Disponível em: <https://receita.fazenda.rs.gov.br/conteudo/7465/documento-base-do-programa-nacional-de-educacao-fiscal>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 413**, de 31 de dezembro de 2012. Define competências dos órgãos responsáveis pela implementação do Programa Nacional de Educação Fiscal – PNEF. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=27597>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 35**, de 27 de janeiro de 1998. Cria o Grupo de Trabalho Educação Tributária. Disponível: http://www.fazenda.mg.gov.br/cidadaos/educacao_fiscal/aspectos_legais/portaria_35.html. Acesso em 18 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2018.

BENEVIDES, M. V. M. Cidadania e Democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 33, p. 5-16, ago. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 ago. 2018.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CHAUÍ, M. **Cultura e democracia**. São Paulo: Ed. Moderna, 1984.

CLARK, G.; CORREA, L. A.; NASCIMENTO, S. P. A constituição econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 71, p. 677-700, 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1886>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CLARK, G. ; NASCIMENTO, S. P. A Privatização do Ensino Superior e os Obstáculos ao Desenvolvimento Nacional. *In*: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá/PR. **As Dimensões da Personalidade na Contemporaneidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4498-4515. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/06_1068.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

CURY, C. R. J. **Educação e direito à educação no Brasil**: um histórico pelas constituições. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2014.

DEMO, P. **Cidadania tutela e cidadania assistida**. São Paulo: Autores Associados, 1995.

DEMO, P. **Participação é conquista**. São Paulo: Cortez, 1993.

FERRAZ, L.; GODOI, M. S.; SPAGNOL, W. B. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GODOI, M. S. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico, **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 5, n. 5, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rftpd/article/view/25565>. Acesso em: 07 fev. 2019.

GODOI, M. S. Tributação e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 50, n. 200, p.137-151, out./dez. 2013. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/thiagolage/files/artigo_marciano.pdf. Acesso em: 07 fev. 2019.

GRZYBOVSKI, D.; HAHN, T. G. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. **Revista de Administração Pública**, v. 40, n. 5, p. 841-864, out. 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122006000500005>. Acesso em: 02 fev. 2019.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

MARX, K.; ENGELS, F. **Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

MATIAS-PEREIRA, J. **Finanças Públicas**: a política orçamentária no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MURPHY, L.; NAGEL, T. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PALMA FILHO, J. C. **Cidadania e Educação**. Cadernos de pesquisa, São. Paulo, v.21, n.104, p. 101-121, 1998.

PEREIRA, D.; CRUZ, S. R. **Educação Fiscal**: Revisão de Literatura. Estudos do ISCA, série IV, nº 14, 2016.

REZENDE, E. I. O. S. Análise crítica do IRPF e a imprescindível consciência fiscal acerca desse imposto como instrumento de políticas públicas. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 26. **Anais...** Brasília, DF: 2017.

VALADÃO, M. A. P. ; RIBEIRO, M. F.; FEITOSA, R. J. **Direito tributário e financeiro I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/v68dkh8w/02XyONKhxH32Tx55.pdf>. Acesso em: 25 de março 2021.

RIVILLAS, B. D. BALTAZAR, A. H. L. Educación Fiscal y Construcción de Ciudadanía en América Latina. **Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros**, Brasília-DF, v. 1, n. 1, p. 326-354, ago./dez. 2014. Disponível em: <http://www.receita.economia.gov.br/publicacoes/revista-da-receita-federal/revista-de-estudos-tributarios-e-aduaneiros-da-receita-federal/view>. Acesso em: 07 fev. 2019

RIVILLAS, B. D.; VILARDEBÓ, A. Educação Fiscal no Brasil e no Mundo. *In*: VIDAL, Eloísa Maia (Org.). **Educação Fiscal e Cidadania**. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2010.

SAMPAIO, J. A. L. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, M. L. Q. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TORRES, R. L. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Imposto constrói meu futuro. **TaxEdu**. [S.I.] 2017. Disponível em: https://europa.eu/taxedu/home_en. Acesso em: 25 ago. 2018.

ACESSIBILIDADE E CIDADANIA: A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

ACCESSIBILITY AND CITIZENSHIP: PERSONS WITH DISABILITIES AND ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES

Danilo Henrique Nunes*

Carlos Eduardo Montes Netto**

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do acesso à justiça como direito fundamental e desdobramento do Estado Democrático de Direito. 3 Das restrições de direitos fundamentais durante a pandemia provocada pelo coronavírus. 3.1 Princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental. 3.2 Fechamento e proibição de funcionamento de estabelecimentos públicos e privados, isolamento social e restrições ao direito de locomoção. 3.3 Das medidas restritivas que afetam o sistema de justiça: o que se denominou “novo normal”. 4. Dos direitos da pessoa com deficiência perante o sistema de justiça sob a ótica das normas em vigor. 4.1 Do usuário do sistema de justiça. 4.2 Da necessidade de inclusão e acessibilidade plena dos portadores de deficiência que exercem suas atribuições perante o Poder Judiciário como exercício de cidadania. 4.3 Do livre exercício profissional por parte dos advogados públicos e particulares, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público portadores de necessidades especiais. 5 Da possível aplicação da teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional”. 6 Considerações finais. Referências.

RESUMO: A pandemia provocada pelo novo coronavírus tem afetado a vida dos portadores de deficiência que atuam direta ou indiretamente junto ao Judiciário e daqueles que necessitam do acesso à justiça para a efetivação dos seus direitos. O estudo objetiva analisar o tratamento

* Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto. Advogado

** Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário da Universidade Paulista - Unip, campus Araraquara e da Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo/SP.

*** Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestre em Direito do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Procurador do Estado de São Paulo n. V. Foi membro eleito do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor Titular do Programa de Doutorado, Mestrado em Direito e graduação da UNAERP, onde atua como Coordenador Geral dos Cursos de Pós-graduação lato sensu em Direito.

Artigo recebido em 02/12/2020 e aceito em 08/03/2021.

Como citar: NUNES, Danilo Henrique Nunes; NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Acessibilidade e cidadania: a pessoa portadora de deficiência e o acesso à justiça em tempos de pandemia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 249-276 jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

dispensado pelo sistema de justiça estatal, durante a atual crise sanitária, às pessoas com necessidades especiais, considerando a possibilidade de lesão a direitos fundamentais, mesmo com a abrangente normatização sobre o tema, inclusive no âmbito internacional, constitucional, legal e infralegal. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e da revisão de literatura, concluindo que as falhas estruturais observadas e a falência ou inaplicabilidade das políticas públicas com relação a esse grupo configuram um “estado de coisas inconstitucional”, demandando a atuação urgente e coordenada de uma pluralidade de atores e órgãos estatais.

Palavras-chave: exclusão. pandemia. PCD. estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT: *A pandemic caused by the new coronavirus has affected the lives of people with disabilities who work directly or indirectly with the judiciary and those who have access to justice to enforce their rights. The study aims to analyze the treatment provided by the state justice system, during the serious health crisis caused by the new coronavirus, to people with disabilities, considering the possibility of injury to fundamental rights, even with the comprehensive regulation on the theme, including at the international, constitutional, legal and infralegal levels. Using the hypothetical-deductive method and literature review methods, it is concluded that the structural failures observed and the bankruptcies or inapplicability of public policies in relation to this social group constitute an “unconstitutional state of things”, demanding the urgent and coordinated action of a plurality of actors and state bodies.*

Keywords: *exclusion. pandemic. PCD. unconstitutional state of things.*

INTRODUÇÃO

A inclusão da pessoa portadora de deficiência sempre representou um desafio, enfrentando agora um cenário ainda mais complexo, com a grave pandemia mundial provocada pelo novo coronavírus, com impactos diretos no sistema de justiça, inclusive com o fechamento das unidades judiciais físicas e a alteração da forma de trabalho presencial para o denominado home office, em brevíssimo espaço de tempo.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica pelos possíveis reflexos no acesso à justiça e na vida dos deficientes físicos que atuam direta ou indiretamente no Judiciário, sob a ótica da inclusão promovida por recentes e importantes normas que foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando alcançar o objetivo pretendido, o estudo utiliza-se do método hipotético-dedutivo e da revisão de literatura com ênfase nas dimensões fática, doutrinária e normativa que envolvem a análise de tratados internacionais, da Constituição Federal, das leis vigentes, de normas infraconstitucionais, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de teses, livros, artigos científicos e notícias.

A problemática central do trabalho será abordar a situação da pessoa com deficiência perante o sistema de justiça, diante da crise provocada pelo novo coronavírus, considerando a possibilidade da ameaça de lesão

e a ofensa, em si, a diversos direitos fundamentais desses indivíduos que deveriam desfrutar da proteção do Poder Público, nos termos da ordem nacional e estrangeira vigente, tanto no plano material como processual.

Apresenta como objetivo geral, investigar as normas aplicáveis e a atuação do Poder Judiciário com relação aos direitos da pessoa com deficiência neste momento de crise e como objetivos específicos verificar se há violações a direitos e garantias fundamentais, a eventual incidência da teoria do estado de coisas inconstitucional e propor possíveis soluções.

O estudo analisará, ainda, a questão do acesso à justiça, a possibilidade de restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia, os direitos dos usuários do sistema de justiça e dos que nele atuam direta ou indiretamente, possíveis violações e promoverá correlação com a teoria do estado de coisas inconstitucional, tendo em vista que a Convenção de Nova York sobre a Pessoa com Deficiência é o diploma paradigmático no ordenamento nacional, integrando o denominado “bloco de constitucionalidade”, já que foi aprovada na forma do artigo 5º, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988).

1 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DESDOBRAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Considerando que a atividade jurisdicional estatal consagra a proteção conferida pelo Estado em caso de lesão ou ameaça a direito, diante da proibição do uso da autotutela, torna-se necessário assegurar ao titular de um direito a possibilidade de obter aquilo que o direito material lhe concede, mas que por algum motivo não se efetivou naturalmente (BEDAQUE, 2009, p. 19). Na impossibilidade de acesso a um mecanismo estatal de resolução de disputas, ainda que ineficiente, restariam apenas as vias extrajudiciais, que ainda não se encontram plenamente desenvolvidas, e a alternativa da lei do mais forte (BEDAQUE, 2009, p. 12), em evidente prejuízo daqueles que mais necessitam ter preservado o seu direito fundamental de acesso à justiça.

O acesso à justiça que Miranda (2018, p. 390) considera como “direito aos direitos ou democratização do direito” abrange o acesso aos tribunais, à via judiciária, ao direito ao processo e à obtenção de uma decisão fundada no ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 498). O que se pretende com o objetivo geral deste trabalho é dimensionar a

garantia prevista no artigo 5º, XXXV da CRFB que pode ser denominada ação, representando a possibilidade de utilização do “mecanismo estatal” de solução de conflitos, denominado “processo”, assegurando a todos a possibilidade de serem ouvidos em juízo (BEDAQUE, 2007, p. 230), constituindo uma das formas de concretização do princípio estruturante do próprio Estado de direito, significando o direito à proteção jurídica por meio dos tribunais (CANOTILHO, 2003, p. 491-492).

Em sua clássica obra sobre o acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 68), apontaram que a denominada “terceira onda” de acesso à justiça deve concentrar os seus esforços na tentativa de tornar efetivos os direitos de indivíduos e grupos que historicamente foram privados dos benefícios de uma “justiça igualitária”.

Sob o método hipotético-dedutivo, a pesquisa aponta ainda, nessa perspectiva, destaca-se que, historicamente, o acesso à justiça sempre apresentou como marcas o formalismo dogmático e a indiferença aos problemas reais, com preocupação de mera exegese ou da construção abstrata de sistemas, situando-se os estudiosos do direito fora do âmbito das preocupações reais da população (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10). Canotilho (2003, p. 501) ainda adverte que a garantia de acesso aos tribunais inclui “dimensões de natureza prestacional”, considerando que o Estado possui o dever de afastar qualquer possibilidade de denegação da justiça, devendo ser norteados pelo “princípio da igualdade de oportunidades”, não possuindo sentido a titularidade de direitos se não existirem mecanismos para a sua efetivação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10), representando o acesso à justiça o mais basilar dos direitos humanos, considerando que os sistemas jurídicos modernos devem garantir efetivamente e não apenas proclamar os direitos dos indivíduos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

Mesmo em tempos de normalidade, são diversos os obstáculos encontrados pelas pessoas que não possuem necessidades especiais para a plena efetivação do acesso à justiça, o que dizer, então, dos usuários do sistema de justiça que são portadores de algum tipo de deficiência física ou mental em tempos normais e, excepcionalmente, de pandemia provocada pela disseminação descontrolada do novo coronavírus?

Assim, o que se observa é que o acesso à justiça, mandamento constitucional mister num Estado Democrático de Direito, fica não só comprometido, mas praticamente nada concretizado, em face desta situação de crise sanitária, econômica e de saúde pública.

2 DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE A PANDEMIA PROVOCADA PELO CORONAVÍRUS

2.1 Princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental

A CRFB/1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como núcleo central dos direitos fundamentais e do Estado democrático, resguardando os valores fundamentais à existência dos seres humanos, com a finalidade de evitar manifestações que busquem aniquilar ou reduzir esses direitos. Nesse sentido, Sarlet (2007, p. 63) destaca que o constituinte não deixou dúvidas com relação à sua intenção de atribuir aos princípios fundamentais o status de normas fundamentadoras e informativas de toda a ordem constitucional.

Mendes (2002, p. 1) aponta que os direitos fundamentais fazem parte da identidade e continuidade da Constituição, sendo ilegítima qualquer reforma constitucional que objetive suprimi-los. Apesar disso, é inegável a possibilidade de restrição aos direitos e garantias fundamentais pela lei, que poderá limitar o âmbito de proteção desses direitos (MENDES, 1998, p. 33), e pela jurisprudência dos tribunais com competência para apreciação de casos envolvendo direitos humanos, que reconhece que não existem direitos ilimitados (SANCHÍS, 1994, p. 86).

Uma vez admitida a limitação dos direitos fundamentais resta, então, investigar quais são os limites que devem ser observados. Na lição de Mendes (1998, p. 34) referida restrição é limitada pelos denominados “limites dos limites” (Schranken-Schranken), decorrente da necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental, observando-se, ainda, a proporcionalidade dessas restrições.

Nessa perspectiva, a proteção do núcleo essencial busca evitar a imposição de restrições desproporcionais ou desarrazoadas que possam o potencial de esvaziar o conteúdo do direito fundamental. No escólio de Silva (2009, p. 27) “significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”.

Diante da ausência de cláusula expressa na CRFB/1988 do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a jurisprudência do STF já reconheceu, por exemplo, a existência de um núcleo essencial no Habeas Corpus nº 82.959/SP (BRASIL, 2006a) consignando que a imposição de regime

integralmente fechado para o cumprimento de pena por condenação em crimes hediondos configura lesão ao princípio do núcleo essencial.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.024/DF (BRASIL, 2007) o STF decidiu que as limitações ao poder constituinte reformador não implicam na intangibilidade literal da Constituição originária, mas apenas na proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos que ela protege. Da mesma forma, no Recurso Extraordinário (RE) nº 387.945/AC (BRASIL, 2006b), o Pretório Excelso assentou que a imunidade do advogado está condicionada aos limites da lei e não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da *libertas conviciandi*, não abrangendo as relações do profissional com o seu próprio cliente. Ainda, no RE 511.961/SP (BRASIL, 2009b) o STF decidiu que a “reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”.

Conforme se observa, a finalidade do princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental é a de rechaçar restrições desmedidas ou desproporcionais que possuam potencial para nulificar ou esvaziar o direito fundamental consagrado pela CRFB.

2.2 Fechamento e proibição de funcionamento de estabelecimentos públicos e privados, isolamento social e restrições ao direito de locomoção

O direito de locomoção está previsto no artigo 5º, XV da CRFB, no entanto, conforme destacado no item anterior, não existem direitos e garantias absolutos, sendo possível a sua restrição tanto pela via legislativa, quando pelo próprio Judiciário, desde que resguardado o seu núcleo essencial, analisado sob a ótica da proporcionalidade.

Nesse sentido, diante da grave crise mundial provocada pelo novo coronavírus, foram editadas algumas normas infraconstitucionais estabelecendo diversas restrições, que vão desde o fechamento e proibição de funcionamento de estabelecimentos públicos e privados, isolamento social e medidas que afetam a locomoção.

No âmbito federal, a Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020d) elencou algumas medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, com o objetivo de promover a proteção da coletividade, como o isolamento (artigo 2º, I da Lei nº 13.979/2020), consistente na separação de pessoas doentes ou

contaminadas e a quarentena (artigo 2º, II da Lei nº 13.979/2020), com possibilidade de restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, dentre outras medidas restritivas de direitos fundamentais que não interessam de forma direta ao presente estudo, de modo a evitar ou ao menos tentar evitar a possível contaminação ou a propagação da doença.

A Lei nº 13.979/2020 foi regulamentada pelo Decreto federal nº 10.282/2020 (BRASIL, 2020b), de 20 de março de 2020, que define os serviços e as atividades públicas essenciais, estabelecendo no seu artigo 3º, § 1º, XXXVIII como essencial as atividades de representação judicial e extrajudicial, prevendo ainda, no seu artigo 4º que cabe ao Poder Judiciário e à Defensoria Pública a definição das suas limitações de funcionamento, no que se refere ao acesso à justiça.

Outra norma editada com a finalidade regulamentação e operacionalização da Lei nº 13.979/2020 é a Portaria nº 356 (BRASIL, 2020g), do Ministério da Saúde, de 11 de março de 2020, que dispõe, dentre outros assuntos, da medida de isolamento, consistente na separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas em investigação clínica e laboratorial, com o escopo de evitar a propagação da infecção do coronavírus.

No plano estadual, diversos Estados, a exemplo do Estado de São Paulo, por meio do Decreto estadual nº 64.881/2020 (SÃO PAULO, 2020a), e do Distrito Federal, Decreto estadual nº 40.539/2020 (DISTRITO FEDERAL, 2020a), posteriormente revogado pelo Decreto estadual nº 40.550/2020 (DISTRITO FEDERAL, 2020b), decretaram a quarentena com a imposição de severas medidas que impactaram diretamente na liberdade de locomoção e também em diversos outros direitos fundamentais que foram restringidos por normas editadas pelos chefes dos Poderes Executivos desses Estados.

A Lei nº 13.979/2020 foi objeto do ajuizamento das ADI nºs 6341 (BRASIL, 2020n), 6347 (BRASIL, 2020o) e 6351 (BRASIL, 2020p). Na primeira delas, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, foram impugnados o caput, os incisos I, II e VI e os §§ 8º, 9º, 10 e 11, do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020, com redação da Medida Provisória (MP) nº 926/2020 (BRASIL, 2020e) e, por arrastamento, do Decreto federal nº 10.282/2020, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da exclusividade competência da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais, resguardando, nos termos

do artigo 18 da CRFB a autonomia de polícia sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o reconhecimento da competência administrativa comum.

Em 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio, deferiu parcialmente a liminar, ad referendum, para tornar explícita a competência concorrente, tendo sido a decisão referendada pelo plenário do STF, por maioria, confirmando o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na MP nº 926/2020 para o enfrentamento do coronavírus não prejudicam a competência concorrente e nem a tomada de providências normativas e administrativas Estados, Distrito Federal e Municípios.

A maioria dos ministros seguiu a tese do ministro Edson Fachin com relação à necessidade de que o artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 seja interpretado de acordo com a Constituição, deixando claro que a União pode legislar sobre o tema, mas deve ser resguardada a autonomia dos demais entes, representando afronta ao pacto federativo a possibilidade de o chefe do Executivo federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos sem observar a autonomia dos entes locais.

A ADI nº 6347, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade, teve como objeto a declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º-B, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, incluído pela Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, sob o fundamento de que a norma limita o direito de informação do cidadão ao permitir a suspensão de pedidos de informação. No mesmo sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, propôs a ADI nº 6351, impugnando artigo 1º da Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei nº 13.979/2020.

Em 26 de março de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu decisão monocrática suspendendo, ad referendum do Plenário do STF, a eficácia da norma impugnada, tendo a decisão sido referendada pelo Plenário do Pretório Excelso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em decisão proferida em 30 de abril de 2020.

As mencionadas normas e decisões judiciais impactam diretamente a vida dos brasileiros que passaram a conviver com um emaranhado de regras federais, estaduais e municipais que afetam o exercício de diversos direitos e garantias fundamentais.

2.3 Das medidas restritivas que afetam o sistema de justiça: o que se denominou “novo normal”

Conforme destacado no tópico anterior, o Decreto federal nº 10.282/2020 incluiu no rol das atividades públicas essenciais a representação judicial e extrajudicial (artigo 3º, § 1º, XXXVIII), prevendo ainda, no seu artigo 4º que cabe ao Poder Judiciário e à Defensoria Pública a definição das suas limitações de funcionamento, no que se refere ao acesso à justiça.

Em 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 313 (BRASIL, 2020h) que estabeleceu, no âmbito do Poder Judiciário, até 30 de abril de 2020, o regime de plantão extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com a finalidade de prevenir o contágio pelo novo coronavírus e garantir o acesso à justiça durante o período emergencial. O artigo 2º da mencionada Resolução determinou a suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurando a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal. Os prazos de suspensão do trabalho presencial foram prorrogados pelas Resolução nº 314 (BRASIL, 2020i), de 20 de abril de 2020, Resolução nº 318 (BRASIL, 2020j), de 07 de maio de 2020 e Portaria nº 79 (BRASIL, 2020f), de 22 de maio de 2020, até 14 de junho de 2020.

Buscando estabelecer regras para a retomada dos serviços presenciais, o CNJ editou a Resolução nº 322 (BRASIL, 2020l), que determina em seu artigo 2º, caput e § 1º, que a retomada das atividades presenciais nas unidades jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário deverá ocorrer de forma gradual e sistematizada, observadas medidas de prevenção ao contágio do novo coronavírus, a partir de 15 de junho de 2020, desde que constatadas condições sanitárias e de atendimento de saúde pública que viabilizem a retomada dos trabalhos.

O STF editou a Resolução nº 677 (BRASIL, 2020m), de 29 de abril de 2020, que estabelece medidas de médio prazo para a gestão das atividades da Corte, adotando no seu artigo 1º um modelo diferenciado de gestão das suas atividades que permite o formato remoto até 31 de janeiro de 2021.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), considerado o maior tribunal do mundo em volume de processos, com número de demandas judiciais que correspondem a 26% do total de processos em andamento em todo o Judiciário brasileiro (PORTAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, [2020?]),

foi editado o Provimento nº 2.545/2020 (SÃO PAULO, 2020c), com a suspensão do atendimento ao público, dentre outras medidas.

O retorno gradual ao trabalho foi previsto a partir de 27/07/2020, de acordo com o Provimento do Conselho Superior da Magistratura (CSM) nº 2.564/2020 (SÃO PAULO, 2020d), com uma série de restrições que foram estabelecidas no seu artigo 2º, horário reduzido de expediente, das 13h às 17h (artigo 4º), com o limite diário de comparecimento de 20% de magistrados por prédio destinado às atividades de primeiro grau (artigo 11) e rodízio entre os servidores que formarão pequenas equipes presenciais de trabalho (artigo 15).

Da mesma forma, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10/2020 (SÃO PAULO, 2020b), prevendo o retorno gradual das atividades presenciais a partir de 27 de julho de 2020, com a primeira fase de retomada prevista até o dia 30 de outubro de 2020, caso sejam mantidas as condições sanitárias favoráveis ao restabelecimento.

Conforme se observa, esse é o que tem sido denominado de “o novo normal” na vida dos brasileiros, com impactos diretos em todo o sistema de justiça, que ensaia, timidamente, o retorno gradativo das atividades presenciais, mas esbarra na realidade do aumento exponencial do número de casos de contaminação e de mortes provocadas pela pandemia mundial desencadeada pela avanço do novo coronavírus e nas restrições que foram impostas e que podem ser determinadas a qualquer momento pelas autoridades públicas.

3 DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PERANTE O SISTEMA DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DAS NORMAS EM VIGOR

3.1 Do usuário do sistema de justiça

Ao longo da história da humanidade, sempre existiram pessoas com algum tipo de limitação física, cognitiva ou sensorial. No entanto, esse grupo de pessoas foi tratado durante muitos séculos com descaso, preconceito, indiferença e vergonha, pelas mais diversas civilizações e culturas.

A busca pelo reconhecimento dos direitos da pessoa com deficiência, no âmbito internacional, existe há mais de 50 anos, com início nos Estados Unidos e na Europa, após o fim da Segunda Guerra Mundial, diante do retorno dos ex-combatentes mutilados, ganhando

impulso a partir de 1960, com a luta pelo reconhecimento dos direitos civis (CRESPO, 2009, p. 10-11).

De acordo com dados do primeiro relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre deficiência e desenvolvimento, existem no mundo aproximadamente 1 bilhão de pessoas com algum grau de deficiência, o que representa uma pessoa a cada grupo de sete (PORTAL NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018). Segundo o secretário-geral da ONU, António Guterres, o relatório elaborado demonstra que os indivíduos com deficiência estão em desvantagem e que em muitas sociedades os portadores de deficiências acabam desconectados, vivendo em isolamento e enfrentando discriminação, com restrições severas no acesso a transportes, à vida cultural e a locais e serviços públicos (PORTAL NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018).

No Brasil, dados do censo demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que mais de 45 milhões de brasileiros possuíam algum tipo de dificuldade para ver, ouvir, movimentar-se ou algum tipo de incapacidade mental, o que equivaleria, num grupo com 100 pessoas, que 7 delas apresentariam deficiência motora, 5 auditiva e 19 visual (PORTAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [2012?]).

Nesse sentido, deve ser destacada a relevância da adesão à Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiências, denominada Convenção de Nova York, aprovada na forma prevista no art. 5º, § 3º da CRFB/1988 e promulgada no ano de 2009 pelo Decreto federal nº 6.949 (BRASIL, 2009a), representando uma significativa mudança de paradigma de um modelo médico, que considerava a pessoa com deficiência como incapaz, para um modelo social, que reconheceu a capacidade do portador de deficiência, em deferência à sua dignidade. Essa alteração de postura colabora para a atribuição de dignidade aos portadores de necessidades especiais e superação de um modelo que proporcionava situações de superioridade-inferioridade e representava a denegação da dignidade de uns indivíduos com relação aos outros, em afronta ao princípio da igualdade e ao sistema de proteção dos direitos humanos (COMPARATO, 2010, p. 303).

Outro documento internacional importante, também aprovado de acordo com o que estabelece o artigo 5º, § 3º da CRFB/1988 é a Convenção de Marraquexe, celebrada perante a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em 2013 e promulgada pelo Decreto federal nº 9.522 (BRASIL, 2018a), de 08 de outubro de 2018, buscando facilitar o acesso

a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso.

A CRFB/1988 trata da pessoa com deficiência em vários dos seus dispositivos. No artigo 227, § 1º, II prevê o atendimento especializado e a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, com a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos e a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação; o artigo 227, § 2º determina que a lei deverá garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência aos edifícios de uso público; e o artigo 244 prevê que a lei deverá dispor sobre a adaptação dos edifícios públicos, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme disposto no artigo 227, § 2º.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 10.048 (BRASIL, 2015a), de 08 de novembro de 2000, determina no seu artigo 1º que as pessoas com deficiência devem ter atendimento prioritário. O artigo 2º estabelece que as repartições públicas estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário aos deficientes, assegurando tratamento diferenciado e atendimento imediato.

Em 2015, entrou em vigor a Lei nº 13.146 (BRASIL, 2020c), de 06 de julho de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando pessoa com deficiência aquele que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, obstruindo a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente o Código Civil com relação à previsão das incapacidades, não existindo mais a presunção de que uma pessoa com deficiência é incapaz, permitindo que a pessoa com deficiência seja auxiliada para tomar as suas decisões por pessoas da sua confiança, de acordo com o artigo 1783-A do Código Civil. O artigo 9º, II da Lei nº 13.146/2015 assegura o atendimento prioritário em todas as instituições e serviços de atendimento ao público.

Com relação ao acesso à justiça, o artigo 79 da Lei nº 13.146/2015 estabelece que o poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, garantindo sempre que forem requeridos, as adaptações e recursos de tecnologia assistiva. Ainda, o artigo 80 do mesmo diploma legal determina que devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o seu acesso à justiça, sempre que figure como parte ou atue como testemunha ou participe da lide.

O Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2019b]) estabelece no seu artigo 199 que os órgãos do Judiciário deverão assegurar às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, bem como meio eletrônico para a prática de atos judiciais, comunicação eletrônica de atos processuais e assinatura eletrônica.

A Resolução nº 230 (BRASIL, 2016), de 22 de junho de 2016, do CNJ, que orienta a adequação das atividades dos órgãos do Judiciário e dos seus serviços auxiliares à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscou adequar as atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e à legislação brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, com a instituição, inclusive, de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão.

Diante da farta legislação sobre o tema, indaga-se se os portadores de deficiência estão tendo acesso efetivo ao Poder Judiciário e aos seus serviços que são essências para o exercício dos seus direitos e garantias fundamentais, especialmente durante o atual momento de crise sanitária.

3.2 Da necessidade de inclusão e acessibilidade plena dos portadores de deficiência que exercem suas atribuições perante o Poder Judiciário como exercício de cidadania

Como qualquer indivíduo e como forma de promover a sua dignidade e inclusão, o portador de qualquer necessidade especial deve ter assegurado o direito ao trabalho. Conforme apontam Bugalho, Peres e Silveira (2019, p. 936-937) a tecnologia assistiva veio para eliminar ou suavizar as barreiras atitudinais (atitudes, preconceitos e estigma) e físicas, de modo a viabilizar uma sociedade mais inclusiva.

No âmbito da Administração Pública, inclusive, a CRFB/1988 estabelece no seu artigo 37, VIII que a lei deve reservar um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência. Nessa perspectiva, de nada adiantaria a promoção do acesso ao trabalho sem a efetivação de condições adequadas ao seu desenvolvimento, nesse sentido, no plano infraconstitucional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência preconiza que: a) a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho que escolher, configurando obrigação das pessoas jurídicas de direito público assegurar ambientes acessíveis e inclusivos (artigo 34, caput e §1º); b) é vedada qualquer restrição ao trabalho, inclusive durante a permanência no

emprego (artigo 34, §3º); c) constitui finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego a promoção das condições de acesso e de permanência no trabalho (artigo 35, caput); e d) deve ser garantido o fornecimento de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho (artigo 37, caput).

Com relação ao Poder Judiciário, foi aprovada a Resolução nº 230/2016 do CNJ que orienta a adequação das atividades dos órgãos do Judiciário e dos seus serviços auxiliares à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência determinando que: a) deverão ser adotadas, com urgência, medidas para eliminar e prevenir qualquer barreira atitudinal ou tecnológica que impeça os servidores, serventários extrajudiciais, terceirizados ou não de desfrutar da acessibilidade plena, vedando qualquer forma de discriminação por motivo de deficiência (artigo 3º); b) a inclusão da pessoa com deficiência deve atender as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável ao ambiente de trabalho (artigo 22, caput); c) os órgãos do Poder Judiciário têm a obrigação de garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos, sendo vedada qualquer discriminação na permanência no emprego (artigo 23, caput e §§ 1º e 3º).

Destarte, o ordenamento jurídico não deixa dúvidas quanto à obrigação de serem observadas todas as medidas necessárias para a completa inclusão das pessoas portadoras de deficiência que exercem as suas atribuições junto ao Poder Judiciário, como forma de promoção da sua dignidade.

3.3 Do livre exercício profissional por parte dos advogados públicos e particulares, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público portadores de necessidades especiais

A liberdade de profissão constitui um direito fundamental previsto no artigo 5º, XIII da CRFB/1988 e assegura o seu exercício desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. No caso específico dos advogados, existe a necessidade do bacharel em direito ser aprovado no denominado “Exame de Ordem”, previsto no artigo 8º, IV da Lei nº 8.906 (BRASIL, 2019a), de 04 de julho de 1994.

De acordo com o artigo nº 27, 1 da Convenção de Nova York, os Estados-parte devem promover o trabalho das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, sendo proibido

qualquer tipo de discriminação, devendo assegurar ainda condições seguras e salubres de trabalho (artigo 27, 1, “a” da mencionada Convenção).

No mesmo sentido, o artigo nº 34 do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que o portador de necessidades especiais “[...] tem assegurado o direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, sendo proibido qualquer tipo de restrição ao trabalho do deficiente e qualquer discriminação em razão da sua condição, sendo finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego a promoção e garantia de condições de acesso e permanência da pessoa com deficiência no trabalho (art. 34, § 3º e artigo 35, caput, do mesmo diploma legal).

Com relação ao exercício da advocacia pelos advogados portadores de necessidades especiais, o artigo 7º da Resolução nº 230/2016 do CNJ determina que os órgãos do Judiciário devem proporcionar aos seus usuários, com urgência, processo eletrônico adequado e acessível a todos os tipos de deficiência, inclusive visual, auditiva e de fala. Os §§ 1º e 2º do mesmo artigo estabelecem que deverão ser oferecidos aos advogados, defensores públicos, magistrados ou membros do Ministério Público, todos os recursos de tecnologia assistiva para garantia do acesso à justiça, assegurando ainda o conteúdo de todos os atos processuais no âmbito do exercício das advocacias.

Da mesma forma do que se verificou no item anterior da pesquisa, não resta a menor dúvida com relação à garantia do livre exercício profissional por parte dos advogados públicos e particulares, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público portadores de necessidades especiais com base na Convenção de Nova York, aprovada com status de norma materialmente constitucional, na CRFB, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Resolução nº 230/2016 do CNJ.

4 DA POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

A inconstitucionalidade surge da contradição entre condutas comissivas ou omissivas dos poderes públicos e as normas constitucionais. Nesse sentido, na inconstitucionalidade por ação há uma conduta positiva incompatível com a norma constitucional, por meio de atos ou normas que destoam do texto constitucional, padecendo do vício da inconstitucionalidade (AFLATIÓN; OLANO; VILANOVA, 1964, p. 201).

Por outro lado, será verificada a inconstitucionalidade por omissão no silêncio ou inércia dos poderes públicos com relação à efetivação de direitos previstos na CRFB, quando não implantadas ou implementadas de maneira insuficiente as medidas que competem aos Poderes Públicos Legislativo ou Executivo. Nas situações em que o Legislativo não cumpre o seu dever de legislar ou deixa de observar a integridade da norma constitucional, observa-se o denominado “fenômeno da erosão da consciência constitucional” (BRASIL, 2001).

A teoria do “estado de coisas inconstitucional” surgiu em 1997, na Corte Constitucional Colombiana, no caso SU-559, no qual quarenta e cinco professores dos municípios de María la Baja e Zambrano alegaram que não estavam afiliados a nenhum fundo de serviço social, permanecendo sem cobertura pelo sistema de saúde, tendo o mencionado tribunal reconhecido que a situação estava em desacordo com a Constituição Colombiana (MONTENEGRO, 2015, p. 50).

Nessa perspectiva, em junho de 2015, por meio do diretório nacional do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), atendendo ao disposto no artigo 103, inciso VII, da CRFB/1988, em petição inicial que teve como nascedouro a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sob a coordenação de Daniel Sarmiento, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2015b), na qual pleiteava que, aos moldes da experiência colombiana, fosse declarado o Estado de Coisas Inconstitucional concernente ao sistema carcerário do Brasil.

Nessa ação, objetivava-se a adoção de medidas estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro para sanar lesões decorrentes de ações e omissões dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal, tendo sido destacada a expressão “estado de coisas inconstitucional”, utilizada pela primeira vez pela Corte Constitucional da Colômbia, conforme mencionado anteriormente. O STF entendeu cabível a ADPF diante da constatação da situação degradante das penitenciárias do país, com superlotação carcerária e condições desumanas de custódia, reconhecendo a violação massiva e persistente de direitos fundamentais, em razão de falhas estruturais e falência de políticas públicas, cuja alteração demanda medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, obrigando os juízes e tribunais a observar os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e realizarem em até noventa dias audiências de

custódia, com o comparecimento do preso perante o juiz em até 24 horas, a partir do momento da prisão. No caso da ADPF nº 347 MC/DF, o STF estabeleceu medidas de coordenação que já deveriam ter sido adotadas pelos diversos órgãos estatais envolvidos, estipulando prazo para a atuação das autoridades públicas na proteção dos direitos fundamentais básicos dos presos que não estavam sendo atendidos.

Depois dessa decisão, o CNJ aprovou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213 (BRASIL, 2018b), que determina no seu artigo 1º que toda pessoa presa em flagrante de delito deve ser obrigatoriamente apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente, possuindo o direito de ser ouvida sobre as circunstâncias que envolveram a sua prisão ou apreensão. O artigo 15 estipulou o prazo de 90 dias para a implantação das audiências de custódia pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do país, contados a partir da entrada em vigor da Resolução.

A normatização do que foi decidido pelo STF na ADPF nº 347 MC/DF por meio da Resolução nº 213/2015 do CNJ foi tão bem sucedida que até julho de 2020, de acordo com dados do CNJ já foram realizadas 725.779 audiências de custódia, com 291.890 concessões de liberdade (PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020), contribuindo para o fim almejado pelo STF, tratando de uma medida de difícil implantação que envolveu todos os órgãos do Judiciário brasileiro e se revelou exitosa, alcançando efetivação em todo o território nacional.

De acordo com Neri (2018, p. 98) o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional emerge de uma situação de grave e massiva violação a direitos fundamentais, diante da omissão do Poder Público que deixa de promover medidas estruturais que abrangem a colaboração dos agentes do Estado e devem contar com a fiscalização da sociedade.

Campos (2015, p. 131-133) estabeleceu os pressupostos centrais para a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, quais sejam: a) a constatação de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais com relação a um elevado e indeterminado número de pessoas; b) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias configuraria uma “falha estrutural” que causa violação sistemática dos direitos, a perpetuação e o agravamento do problema; c) a superação das violações exigir a atuação de uma pluralidade de órgãos; e d) a potencialidade de um grande número de

lesados transformarem a violação aos seus direitos em demandas judiciais, agravando o já questionado funcionamento da máquina judiciário com relação à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, receosa quanto à sua funcionalidade, a corte intenta solucionar de uma única vez o problema, beneficiando o maior número de lesados possível.

Passa-se, então, à análise dos pressupostos centrais para a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, de acordo com a sistematização de Campos (2015, p. 131-133), em tempos de pandemia provocada pelo novo coronavírus, com relação aos direitos dos portadores de deficiências físicas usuários do sistema de justiça, dos que atuam direta ou indiretamente perante o Judiciário (servidores de carreira, terceirizados e estagiários), e dos advogados.

Quanto ao primeiro pressuposto, o fechamento repentino e por tempo indeterminado das unidades do Poder Judiciário e a ausência de adaptação dos portais de internet dos nossos tribunais e dos processos eletrônicos em desatendimento ao artigos 4º, I e 7º da Resolução nº 230/2016 do CNJ, representa não apenas proteção deficiente, mas sim violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afetam um número expressivo de pessoas, considerando que em 2010, de acordo com censo realizado pelo IBGE, ao menos 45 milhões de indivíduos afirmaram possuir algum grau de deficiência, traduzindo a violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais.

Com relação ao segundo pressuposto, é evidente a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, considerando que a Resolução nº 230, aprovada em 22 de junho de 2016 pelo CNJ, apesar de determinar a adoção de diversas medidas em caráter de urgência (artigos 3º e 7º, da mencionada Resolução, por exemplo), ainda está longe de ser atendida pelos órgãos do Judiciário, mesmo antes da pandemia, a exemplo de notícia veiculada no portal do CNJ, em alusão aos três anos da Resolução nº 230, destacando apenas que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) promoveu em novembro de 2018 o I Seminário de Acessibilidade e Inclusão, com o objetivo de promover a conscientização para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência e que o Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), em fevereiro de 2018, instalou a Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão e a partir daí vem desenvolvendo programas para garantir o cumprimento da norma editada pelo CNJ (PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019), tendo sido a situação agravada com as medidas de isolamento social e quarentena adotadas

recentemente pelo Poder Público, revelando a ausência ou a deficiência das medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que configuram uma “falha estrutural” grave.

No que se refere ao terceiro pressuposto, é evidente que a superação das violações exige a expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos, inclusive ao Poder Executivo que deve prover os recursos necessários para a plena implementação dos direitos em estudo, em atendimento a demanda fundamental de um grupo minoritário que sofre, historicamente, violação generalizada e massiva dos seus direitos fundamentais, agravada pela grave crise mundial que se vivencia.

Por fim, a situação é ainda muito mais dramática quando analisado o quarto e último pressuposto, que é a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em ações judiciais, considerando que a violação em estudo diz respeito ao próprio direito de acesso à justiça, que é considerado por Cappelletti e Garth (1988, p. 10) como o mais basilar e fundamental dos direitos humanos, já que os sistemas jurídicos devem garantir a concreta efetivação e não apenas proclamar os direitos dos indivíduos.

Apesar do grande número de normas que disciplinam os direitos das pessoas portadoras de deficiência, no plano internacional, constitucional, legal e infralegal, não resta dúvidas de que se configura o denominado estado de coisas inconstitucional, sendo imprescindível uma atuação muito mais incisiva por parte do Poder Público para a desejável concretização dos direitos em estudo, a exemplo do que ocorreu com os direitos dos presos, em que a decisão proferida na ADPF nº 347 MC/DF e a edição da Resolução nº 213/2015 do CNJ, foram essenciais para a exitosa implantação das audiências de custódia em todo o país.

Destarte, para a efetivação de medidas concretas com relação aos direitos do portador de deficiência física perante o Poder Judiciário, aponta-se como possíveis soluções: a) uma atuação mais incisiva do Poder Legislativo, com a aprovação de Lei que fixe prazo e metas que deverão ser efetivadas pelo Poder Judiciário; b) a dotação de orçamento para o Poder Judiciário implementar as medidas necessárias, não sendo possível sequer invocar qualquer restrição orçamentária provocada pela pandemia, diante a essencialidade dos direitos envolvidos que atinge expressivo número de pessoas que mais necessitam de assistência do Poder Público, especialmente nesse momento de crise; c) o ajuizamento de ADPF por parte de qualquer um dos legitimados perante o STF; d) a alteração da

Resolução nº 230/2016 do CNJ, para se espelhar no que foi determinado na Resolução nº 213/2015 do CNJ, que implantou as audiências de custódia em todo o país, fixando prazos para a efetiva implantação das medidas determinadas na Resolução nº 230/2016, ao invés de se valer da expressão vaga “com urgência”, a exemplo do que consta no artigo 3º e 7º, caput, que estão longe de ser satisfatoriamente atendidas, apesar de já terem se passado mais de quatro anos da edição da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo destacou a importância do acesso à justiça, considerado por parte da doutrina como a mais importante garantia fundamental, por representar, muitas vezes, a única via adequada para assegurar a concretização dos direitos fundamentais que venham a ser violados, especialmente diante da grave crise mundial provocada pelo novo coronavírus.

Além disso, muitas pessoas exercem direta ou indiretamente as suas atividades profissionais perante o Judiciário, sendo estimulada a contratação de pessoas com deficiência física pela legislação, inclusive com a reserva de vagas específicas, especialmente nos concursos públicos realizados para a seleção de novos servidores.

Mesmo antes da pandemia, o Poder Judiciário falhou sistematicamente em assegurar os direitos das pessoas com deficiência, deixando de cumprir a Resolução nº 230 do CNJ e, conseqüentemente, de promover o acesso à justiça, o trabalho como forma de inclusão social e a liberdade de escolha e exercício profissional, tendo a situação sido agravada pelas medidas restritivas adotadas pelo Poder Público, incluindo o fechamento das unidades de atendimento presencial do sistema de justiça.

Esse quadro afeta direitos básicos dos portadores de deficiência física, configurando os pressupostos centrais da teoria do “estado de coisas inconstitucional”, com a violação massiva e persistente de direitos fundamentais em razão de falhas estruturais e da falência de políticas públicas para a inclusão da pessoa portadora de necessidades especiais.

Desta forma, a superação das apontadas falhas demanda a atuação coordenada de vários órgãos públicos, com a adoção de medidas efetivas e concretas, inclusive com a estipulação de metas e prazos, a exemplo do sucesso verificado com a implantação das audiências de custódia por meio da Resolução nº 213/2015, que indica um possível caminho a ser seguido.

REFERÊNCIAS

AFLATIÓN, E. A.; OLANO, F. G.; VILANOVA, J. **Introducción al Derecho**. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BEDAQUE, J. R. S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Decreto n. 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 União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 ago. 2009. [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n. 9.522, de 08 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 out. 2018. [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020. [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 jul. 1994 [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.048, de 08 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 nov. 2000. [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2016. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 jul. 2015. [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 fev. 2020. [2020d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020 [2020e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Portaria n. 79, de 22 de maio de 2020. Prorroga o prazo de vigência das Resoluções CNJ nº 313/2020, nº 314/2020 e nº 318/2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 22 mai. 2020. [2020f]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3326>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 08 jan. 2016. [2018b]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 mar. 2020. [2020g]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 230, de 22 de junho de 2016. Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio – entre outras medidas – da convalidação em resolução a Recomendação CNJ 27, de 16/12/2009, bem como da instituição de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 23 jun. 2016. [2016]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2301>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 313, de 9 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2020. [2020h]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 20 abr. 2020. [2020i]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 318, de 07 de maio de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 08 mai. 2020. [2020j]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 322, de 01 de junho de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Presidência do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 02 jun. 2020. [2020l]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Resolução n. 677, de 29 de abril de 2020. Estabelece medidas de médio prazo para gestão das atividades do Tribunal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020m]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-67720.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1484/DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT e Partido dos Trabalhadores - PT. Relator: Min. Celso de Mello, 21 ago. 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1647917>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2024/DF**. Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 03 mai. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89658/false>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341/DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020n. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6347/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020o. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881595>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6351/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - DF/OAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020p. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 fev. 2006a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 set. 2015b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário n. 387.945/AC**. Recorrente: Solange Lins Ribeiro de Matos. Recorrido: Marinho da Costa Gallo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 fev. 2006b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92971/false>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Recorridos: União; FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e Outro (a/s). Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 jun. 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BUGALHO, A. C.; PERES, E. V.; SILVEIRA, S. S.. A concretização do direito ao trabalho e as pessoas com deficiência. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA (RE)PENSANDO O TRABALHO CONTEMPORÂNEO: O FUTURO DO TRABALHO, p. 2019, Franca. **Anais Eletrônicos**. p. 931-953. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Departamentos31/direitoprivado/anaisdeeventos/anais-repensando-2019.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

CAMPOS, C. A. A. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_9f19cd145c250c99ac13c9ee7b1f94b9. Acesso em: 25 mai. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRESPO, A. M. M. **Da invisibilidade à construção da própria cidadania: os obstáculos, as estratégias e as conquistas do movimento social das pessoas com deficiência no Brasil, através das histórias de vida e seus líderes**. 2009. 399 f. Tese de doutorado – Faculdade de História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-28052010-134630/pt-br.php>. Acesso em 12 jul. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Decreto n. 40.539, de 01 de abril de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, e dá outras providências. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, DF [2020a]. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ac087b76d5f34e38a5cf3573698393f6/Decreto_40539_19_03_2020.html. Acesso em: 11 jul. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Decreto n. 40.550, de 23 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, e dá outras providências. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Distrito Federal, DF [2020b]. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/2daec529965741e29602314371cc37bf/exec_dec_40550_2020.html#art12. Acesso em: 11 jul. 2020.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, G. F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisM%C3%BAtiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MIRANDA, J. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MONTENEGRO, Germán Santiago. **Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá.** Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5499/c8999e3de523fdb656d99dd9b3b160ad5968.pdf>. Acesso em: 04.ago.2020.

NERI, B. G. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p. 92-114, jul. 2018. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856/pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional.** [Brasília], [2020]. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC. Acesso em: 14 jul. 2020.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inclusão de pessoas com deficiência: resolução do CNJ completa três anos.** [Brasília], [2019]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-resolucao-do-cnj-completa-tres-anos/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PORTAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. CONCLA: **Comissão Nacional de Classificação.** [S.l.], [2012?]. Disponível em: <https://cnae.ibge.gov.br/en/component/content/article/95-7a12/7a12-vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/16066-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PORTAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Quem somos.** São Paulo, [2020?]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PORTAL NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Primeiro relatório da ONU sobre deficiências e desenvolvimento aponta lacunas na inclusão.** [S.l.], [2018]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/primeiro-relatorio-da-onu-sobre-deficiencias-e-desenvolvimento-aponta-lacunas-na-inclusao/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SANCHÍS, L. P. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994.

SÃO PAULO. Decreto n. 64.881, de 22 de março de 2020. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 23 mar. 2020. [2020a]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em: 11 jul. 2020.

SÃO PAULO. Portaria Conjunta PRES/CORE n° 10, de 03 de julho de 2020. Dispõe sobre as medidas necessárias ao restabelecimento gradual das atividades presenciais no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e Mato Grosso do Sul, em razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (COVID-19), tendo em vista a edição da Resolução n° 322, de 1º de junho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, SP: **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, [2020b]. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/acom/imagens/SEI_TRF3_-_5889659_-_Portaria_Conjunta_PRES_CORE_10__3_.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

SÃO PAULO. Provimento n° 2.545, de 16 de março de 2020. Estabelece o sistema especial de trabalho. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, [2020c]. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=118858>. Acesso em: 11 jul. 2020.

SÃO PAULO. Provimento n° 2.564, de 06 de julho de 2020. Estabelece o sistema especial de trabalho. São Paulo, SP: **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, [2020d]. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/ComunicadoSGP_Teletrabho.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

**LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

AINDA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CONFLITO NÃO RESOLVIDO ENTRE O STF E A CORTE IDH

STILL THE TRANSITIONAL JUSTICE: THE UNRESOLVED CONFLICT BETWEEN STF AND ICHR

Adriana Timoteo dos Santos*

Vinicius Mendes da Silva**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As decisões: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. 3 as decisões: Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil ou ‘Caso do Araguaia’. 4 O objeto: a Lei de Anistia brasileira. 5 as obrigações internacionais do Brasil no cumprimento das sentenças da corte IDH. 6 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320/DF: um lampejo de esperança? 7 Conclusões. Referências.

RESUMO: A problemática deste trabalho é conflito entre as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no último decênio sobre a Lei de Anistia. Teve como objetivo geral encontrar uma solução para esse impasse e como objetivos específicos apresentar as duas decisões, analisar alguns aspectos controversos da Lei de Anistia, as obrigações do Estado brasileiro no cumprimento da sentença da Corte Interamericana e as possibilidades de a ADPF nº 320/DF ser um espaço para a resolução do conflito. Este trabalho utilizou o método dedutivo e utilizou como marco teórico doutrinas de direito internacional, direitos humanos e direito constitucional. Por fim, concluiu-se pela prevalência da sentença da Corte Interamericana, em decorrência das obrigações internacionais do Estado Brasileiro no cumprimento de tratados.

Palavras-chave: Lei de Anistia. justiça de transição. direitos humanos.

ABSTRACT: *The research problem of this article is the conflict between decisions of Brazil's Supreme Federal Court (STF) and Inter-American Court of Human Rights (ICHR) in the last decade, concerning Brazil's Amnesty Law of 1979. The main goal of this research is to find a solution to the conflict. Others goals are: to present the two decisions, to analyse some controversial topics of Amnesty Law, Brazil's international obligations surrounding the enforcement of Inter-*

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC PR (Capes 6). Possui graduação em direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1993) e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Atualmente é professora da Universidade Estadual de Ponta Grossa em regime de dedicação exclusiva e facilitador/mediador perante do CEJUSC em Ponta Grossa/PR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, direitos humanos, políticas públicas, judicialização da política.

** Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Estagiário no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Pesquisador voluntário de Iniciação Científica nos períodos 2019/2020 e 2020/2021. Bolsista de extensão no Núcleo de Prática Jurídica - UEPG no ano de 2020. Tem pesquisado na área de Direitos Humanos.

Artigo recebido em 14/12/2019 e aceito em 02/03/2021.

Como citar: SANTOS, Adriana Timoteo dos; SILVA, Vinicius Mendes da. Ainda a justiça de transição: o conflito não resolvido entre o STF e a corte IDH. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p.279-304. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

American Court's ruling and the possibilities of ADPF 320 being a locus for the solution of the conflict. This article used deductive reasoning and it was based on scientific work in the fields of international law, human rights and constitutional law. Ultimately, the conclusion of this article is that ICHR's ruling must prevail as a consequence of Brazil's international obligations regarding treaties fulfillment.

Keywords: *Brazilian Amnesty Law. transitional justice. human rights.*

INTRODUÇÃO

“Se para fazer jorrar o sangue inocente é de mister declará-lo culpado, para esconder a face culpada será preciso declará-la inocente ou... anistia-la”.

(Nilo Batista)³

Assim como diversos países latino-americanos, o Brasil foi palco de uma brutal ditadura civil-militar. Iniciada pelo golpe contra o presidente João Goulart, prosseguiu na forma de uma sucessão de presidentes gerais e de construção de uma ordem jurídica-moral de condenação à esquerda, às liberdades de uma maneira geral e à democracia; e favorável à repressão, a crimes de lesa-humanidade como arma política, de ufanismo, e de tentativas de uniformização da vida em sociedade. Mas o passado nunca termina, sempre deixando reminiscências para o presente, fazendo com que diversas questões envolvendo a ditadura brasileira ainda gerem controvérsias. Uma das mais notáveis envolve a Lei de Anistia, sancionada em 1979 e visando conduzir o país à redemocratização através de um perdão coletivo, entre outras medidas, o que acabou por suplantar as possibilidades de realização da faceta penal da justiça de transição. Porém, nas décadas seguintes, a lei passou por intensa discussão doutrinária sobre os seus efeitos, sua aplicabilidade, sobre a sua constitucionalidade e, mais recentemente, sua convencionalidade. A redação um tanto confusa da lei contribuiu para esse debate, no qual há posições das mais diversas.

Mas o fato é que a lei vem sendo aplicada de maneira a estender a anistia tanto aos opositores do regime militar quanto àqueles que praticaram crimes em nome do mesmo regime. No último decênio, no mesmo ano de 2010, a lei foi objeto de dois processos judiciais em dois tribunais de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais: o Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito nacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no âmbito internacional. Mas os processos

³ Ainda que posteriormente Nilo Batista tenha revisto algumas de suas concepções sobre a Anistia, sua reflexão feita em 1979 continua marcante e digna de nota. Cf. nota 4.

acabaram por dar novos contornos à controvérsia sobre a Lei de Anistia: o STF entendeu, por maioria, que a referida lei é constitucional e ainda válida no ordenamento jurídico pátrio, enquanto a Corte IDH declarou, de maneira unânime, a lei inconvençãoal e inválida perante os postulados do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As decisões são contrárias e ao mesmo tempo vinculantes. Eis a problemática do presente trabalho: se as duas decisões são contrárias, qual das duas deve prevalecer?

Para essa tarefa, a pesquisa utilizará o método dedutivo, a partir de uma pesquisa exploratória de caráter bibliográfico e documental indireto. O objetivo geral da pesquisa é encontrar uma solução para o impasse gerado pela disparidade de conclusões dos dois processos. Os objetivos específicos são: apresentar as duas decisões, com seus argumentos e fundamentações; analisar alguns aspectos pertinentes ao objeto dos processos, (a Lei de Anistia), como sua interpretação, sua alegada caracterização como lei-medida, sua suposta inclusão constitucional e sua inconvençãoalidade, analisar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil para com o cumprimento da sentença da Corte Interamericana, e, por fim, apresentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320/DF como um espaço adequado para a solução do impasse. Como referências, foram utilizadas obras doutrinárias de direito internacional, de direitos humanos e de direito constitucional.

O problema trazido por esta pesquisa continua relevante, pois, mesmo passada uma década das duas decisões, o impasse ainda não foi resolvido. Os Embargos de Declaração opostos na APDF nº153/DF ainda não foram julgados, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund ('Caso do Araguaia') ainda não foi cumprida e foi ajuizada no STF nova ADPF, de número 320, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pedindo ao STF que reconheça o dever que o Estado brasileiro tem de cumprir a decisão da Corte Interamericana. Esta ADPF também não foi julgada. Em 2018, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana, no Caso Herzog e outros vs Brasil, novamente por conta dos efeitos da Lei de Anistia, decisão que também não foi cumprida. Por isso, mesmo com o tempo decorrido, o conflito entre as decisões continua latente e digno de ser abordado pela ciência jurídica, visto que ainda é questão a ser debatida pelo STF em embargos e em nova ação constitucional, e por que há duas decisões da Corte Interamericana aguardando o devido cumprimento.

O presente trabalho se insere em uma série de estudos voltados a algumas tensões sofridas entre os direitos humanos e o Direito Interno brasileiro. Além da relevância destes estudos e do tema aqui proposto, o trabalho também se mostra relevante por trazer alguns pontos pouco abordados por aqueles que enfrentaram a mesma problemática (ou, ainda, o mesmo tema) já que a maior parte desses estudos analisou o conflito entre as decisões pelo prisma da inconveniência da Lei de Anistia ou por soluções próprias (conforme será abordado adiante), enquanto este artigo, ainda que aborde estas questões (e se baseia em vários desses autores), prefere visualizar o conflito a partir de questões referentes ao Direito dos Tratados e concepções jusfilosóficas sobre o Direito Internacional.

1 AS DECISÕES: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF

Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs esta ADPF para declarar que o § 1º do art. 1º da Lei de Anistia Brasileira (BRASIL, 1979)⁴ não foi recepcionado pela Constituição de 1988, sustentando controvérsia jurídica existente sobre o tema, em especial se os agentes estatais da ditadura militar foram ou não anistiados pela lei. O Conselho da OAB alegou que caso o STF mantenha a interpretação de que todos foram anistiados pela Lei, incluindo os agentes do Estado, estariam ocorrendo violações “[i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade humana” e também à isonomia. Por isso, pede que a corte dê interpretação conforme para excluir do âmbito da Lei os crimes comuns praticados pelos agentes estatais contra os opositores do regime. (BRASIL, 2010, p. 5-7). A Advocacia Geral da União, o Senado Federal e o Ministério da Defesa suscitaram preliminares, como a falta de comprovação de controvérsia constitucional, o esgotamento dos efeitos da lei, a falta de indicação de autoridades responsáveis e a suposta inutilidade de uma decisão precedente. Todas foram rejeitadas.

No mérito, para o relator, Ministro Eros Grau, não existiu ofensa à isonomia como alegou a inicial, pois: “A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia – que consiste também em tratar desigualmente os desiguais – anistiá-los [os crimes políticos e conexos], ou não, desigualmente”. Também recusa a ofensa ao direito à informação, alegada pela inicial, que

⁴ § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

considerava que por a Lei de Anistia não se dirigir a pessoas determinadas, ocultou aqueles que praticaram crimes na ditadura. Para o Ministro: “A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas. Não vejo, de outra parte, como se possa afirmar que a Lei n. 6.683/79 impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão”. (BRASIL, 2010, p. 17-18). O Conselho também alegou ofensa ao princípio democrático e republicano, porque os agentes estatais que cometeram crimes eram funcionários públicos remunerados, não podendo assim receber anistia vinda do próprio governo; e porque a lei foi aprovada por um Congresso cujos membros eram eleitos indiretamente e sancionada por um presidente general de exército, escolhido por seus pares; argumento que foi desconsiderado pelo Relator. (BRASIL, 2010, p. 19-20).

O último preceito fundamental que o Conselho acredita ter sido violado é a dignidade da pessoa humana, ferida por um estado autoritário, cuja transição para a democracia se deu por um suposto acordo, cujas partes são desconhecidas. Para Grau, essa argumentação seria mais política do que jurídica e acaba entrando em contradição com a História (BRASIL, 2010, p. 21). Esse é um dos principais argumentos trazidos pelos Ministros, o de que a Lei de Anistia, e consequentemente a própria transição para a democracia foram frutos de um acordo político entre as forças antagônicas do período. Para a Ministra Ellen Gracie: “Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas”. Para ela, a anistia “foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização” (BRASIL, 2010, p. 153).

Por essa razão, como afirmou o Ministro Celso de Mello, “foi com esse elevado propósito [a transição] que se fez inequivocadamente bilateral (e recíproca) a concessão de anistia” (grifo do autor). O resultado dessa bilateralidade foi a construção de um consenso, “sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil **naquele** particular e delicado momento histórico da vida nacional” (grifo do autor). Para o Ministro relator, “o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral” (BRASIL, 2010, p. 174, 26).

Outro argumento trazido foi o de que a Lei de Anistia constitui uma Lei-medida, ou seja, um ato administrativo especial trazido na forma de uma norma jurídica. “Um comando concreto é então emitido, revestindo

a forma de norma geral”. Por isso, segundo o Ministro Relator, a Lei de Anistia “é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade, há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada” (grifo do autor). O ministro também argumentou que a anistia, sendo também estendida na Emenda Constitucional nº 26/85 (a mesma que convocou a Assembleia Constituinte) foi constitucionalizada e, por isso, faz parte da nova ordem constitucional. “Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova ordem fundamental”. (BRASIL, 2010, p. 31-34, 44). Assim, ao STF “não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais” e a própria Constituição da República. Para Eros Grau, a revisão da Lei de Anistia deveria ser feita pelo Legislativo e não pelo Judiciário. (BRASIL, 2010, p. 39). No mesmo sentido se posiciona a Ministra Carmen Lúcia, para quem

O disposto no § 1º do art. 1º da lei n. 6683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não se pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam.

O direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se - em termos de legitimidade política - que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social. (BRASIL, 2010, p. 92).

A divergência à posição dominante baseada no voto do relator veio dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para o primeiro, o momento de aprovação da Lei de Anistia era um momento de baixa legitimidade do regime militar, resultando um acordo de partes duvidosas. (BRASIL, 2010, p. 107). Para o Ministro, a Lei de Anistia é dotada de uma “atecnia” que “vem causando, por sua inegável equivocidade, desde quando veio a lume, considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo [o § 1º do art. 1º]”. Por isso, do ponto de vista técnico, “não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame [políticos e conexos], conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia”. (BRASIL, 2010, p. 107, 110, 113).

O Ministro vai recorrer à vasta jurisprudência do Supremo Tribunal para demonstrar que este

(...) vem fazendo uma clara distinção entre crimes políticos típicos, identificáveis *ictu oculi*, praticados, *verbi gratia*, contra integridade territorial de um país, a pessoa de seus governantes, a soberania nacional, o regime representativo e democrático ou o Estado de Direito, e crimes políticos relativos, que a doutrina estrangeira chama de *hard cases*, com relação aos quais, para caracterizá-los ou descartá-los, cumpre fazer uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). Essa abordagem, na jurisprudência da Corte, como registrado, deve guiar-se por dois critérios, a saber: (i) o da preponderância e (ii) o da atrocidade dos meios.

Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos. (grifo do autor) (BRASIL, 2010, p. 126-127).

O Ministro Ayres Britto, na mesma linha de Lewandowski, defende que a Lei de Anistia não é dotada do caráter amplo e geral que muitos veem. Para ele, a Lei não teria anistiado crimes hediondos e os crimes equiparados. O ministro também recusa a ideia defendida por Eros Grau de que a Anistia teria se integrado à nova ordem constitucional através da Emenda Constitucional 26/85, porque a Assembleia Constituinte, em sua concepção, não pode ser limitada nem pelo ato legislativo que a convoca (BRASIL, 2010, p. 137,145). Dessa forma, o Tribunal, por maioria de sete Ministros (Grau, Lúcia, Gracie, Mendes, Aurélio, Peluso, Mello) contra dois (Lewandowski e Britto), declarou a Lei de Anistia válida perante a nova ordem constitucional, mantendo a interpretação de que constitui uma anistia ampla e geral.

2 AS DECISÕES: CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL OU ‘CASO DO ARAGUAIA’

O caso envolve a Guerrilha do Araguaia, “episódio marcante da luta clandestina contra o regime militar”. (BRASIL, 2007, p. 195). Ela

formou-se na conhecida região do Araguaia, no norte do país, que abrange áreas dos estados de Tocantins e Pará. As estatísticas variam, mas em geral é apontada como sendo composta por 70 membros, dentre eles, membros do Partido Comunista do Brasil e de camponeses da região. As Forças Armadas Brasileiras, entre os anos de 1972-1975, realizaram missões no local:

89. (...) um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de ‘sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação’; para isso, eram ‘fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva’. No entanto, após uma ‘ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência’, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a ‘Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação’ dos capturados.

90. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, ‘[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia [e p]roibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento’ (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 32-33).

Diante da omissão estatal na apuração dos acontecimentos, e da subsequente impunidade causada pela Lei da Anistia, os familiares das vítimas do desaparecimento peticionaram perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1995, representados pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch. Como explica Bruno Bernardi, até o acionamento da Comissão, os familiares viveram em isolamento e com suas reivindicações sendo ignoradas. O estigma sofrido por essas pessoas era grande, já que havia a crença de que esses familiares “romperiam, segundo o discurso dominante, o acordo

implícito de impunidade então existente em torno da Lei de Anistia, pondo em risco a institucionalidade democrática do país” (2017, p. 58).

“Em 6 de março de 2001, a Comissão expediu o Relatório de Admissibilidade nº 33/01 e, em 31 de outubro de 2008, aprovou o Relatório de Mérito nº 91/08”, com recomendações ao Estado brasileiro. Mesmo notificado, e com vários prazos prorrogados, o Brasil não deu implementação às recomendações. Em 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à apreciação da Corte. No mesmo ano, os familiares das vítimas, através do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentaram o escrito de solicitações, argumentos e provas. Em outubro, o Brasil apresenta três exceções preliminares. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 3).

Na primeira delas, o Estado alegou que a Corte não teria competência temporal para o julgamento do caso, já que o Brasil só reconheceu sua competência em 1998, data posterior ao cometimento das violações imputadas ao Estado. O Tribunal desconsiderou esta argumentação, ao explicar que a principal violação a ser julgada, o desaparecimento forçado de pessoas, tem caráter permanente e, sendo assim, a vigência do Pacto de São José e o reconhecimento da competência da Corte se deram enquanto o crime estava sendo cometido, já que este só estaria consumado a partir do encontro dos restos mortais. A Corte também reafirma sua competência para julgar todos os feitos correlatos posteriores a 1998. Por isso, excluiu de sua apreciação uma execução acontecida durante os eventos de repressão à guerrilha, já que constitui homicídio, crime que não tem caráter permanente. Na segunda exceção, o Estado alegou falta de interesse processual da Comissão, dizendo que esta não especificou medidas a serem tomadas pelo Brasil e que, segundo o próprio, teria adotado várias medidas reparatórias, considerando assim inoportuno o envio do processo à Corte. Esta desconsiderou essa argumentação ao explicar que a submissão dos casos ao Tribunal é uma decisão autônoma da Comissão e, por isso, não pode ser objeto de exceção preliminar. E sobre as supostas iniciativas tomadas pelo Brasil, a Corte afirmou que os esforços internos de reparação não impedem que um caso seja conhecido (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 8-9, 14).

Na última das exceções, o Estado alegou que não foi observada a regra do esgotamento dos recursos internos, condição essencial de

submissão de um caso à Corte, que age de maneira complementar em relação às jurisdições de cada país. A Corte desconsiderou esta argumentação, ao explicar que este tipo de alegação deveria ter sido apresentada no momento em que o caso foi submetido à Comissão, ou seja, em 1995. Outro argumento trazido pelo Estado brasileiro é o de que o julgado da Corte ofenderia a chamada regra da quarta instância, que proibiria a Corte de revisar sentenças judiciais do país acusado, principalmente advindas de Tribunais Superiores. A alegação feita pelo Brasil vem do julgamento proferido pelo STF na ADPF nº 153/DF onde, por maioria, declarou a Lei de Anistia brasileira como sendo constitucional. A Corte Interamericana afasta esta argumentação ao novamente explicar que esta alegação deveria ser feita em momento oportuno e, principalmente, porque “a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal”, além de ser possível que a Corte analise processos internos, inclusive de tribunais superiores para aferir sua compatibilidade com a Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 20).

A sentença do caso foi proferida no dia 24 de novembro de 2010. Em julgamento unânime, a Corte decidiu pela condenação do Brasil. O Estado foi condenado por quatro violações ao Pacto de São José da Costa Rica. A primeira delas se refere à violação ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3 do Pacto), à vida (art. 4.1), à integridade (art. 5.1), à liberdade (7.1), todas estas em relação às obrigações de respeito e garantia aos direitos humanos (art. 1.1). Essas violações aconteceram nas ações do Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia, resultante no desaparecimento forçado das vítimas. Como explica a Corte,

no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando

faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 38).

O desaparecimento tem como elementos: privar a liberdade de alguém, feito por intervenção ou conivência de agentes estatais e a negação em revelar o paradeiro das vítimas. A Corte continua a explicação ao afirmar que o desaparecimento forçado de pessoas é contrário a diversos princípios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e que a vedação ao desaparecimento adquiriu o status de norma *jus cogens*. Por isso, a Corte considerou o Estado do Brasil responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas e pela falta de respostas conclusivas sobre o paradeiro de 60 dessas vítimas, já que nas diversas expedições, só foram encontrados dois corpos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 38-39).

A segunda condenação sofrida pelo Brasil foi sobre a falta de prestação jurisdicional para o caso, já que os militares responsáveis pelo desaparecimento nunca foram punidos por força da Lei de Anistia, o que viola os artigos 2, 8.1 e 25 do Pacto de São José, todos garantidores de prestação judicial para violações de direitos previstos no Pacto. Por isso o Tribunal declara a Lei de Anistia brasileira inválida e carente de efeitos jurídicos, reafirmando não só sua extensa jurisprudência sobre o tema, mas também a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, do Tribunal Especial para Serra Leoa e das Salas Extraordinárias das Cortes do Camboja, além de algumas cortes nacionais, como a Suprema Corte de Justiça do Chile, a Suprema Corte da Argentina, o Tribunal Constitucional do Peru, a Suprema Corte do Uruguai e a Corte Suprema e o Tribunal Constitucional, ambos da Colômbia (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 58-64).

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de

investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 64).

A terceira condenação sofrida pelo Brasil se deve a falta de informação sobre o caso, já que as famílias das vítimas e a sociedade não receberam informações devidas sobre o caso durante uma boa quantidade de tempo, e quando a receberam, foi após muitos recursos e esquivas da União para entregar documentos sobre o caso. Essa situação constitui afronta aos artigos 13, 8.1 e 25, em relação aos artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José. Conforme a Corte explicou, a liberdade de expressão (art. 13) não engloba somente a liberdade de opinião, mas também a liberdade de buscar e de receber informações, principalmente quando advindas do Estado. Por mais que os familiares tenham ajuizado ações para obter documentos, estas se arrastaram por décadas, prolongadas por inúmeros recursos que a União interpôs. Essa resistência estatal em prestar informações de maneira efetiva e célere foi interpretada pela Corte como ofensa aos referidos artigos do Pacto (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 68-85).

A quarta condenação do Brasil se refere à integridade psicológica dos familiares das vítimas do desaparecimento que passaram décadas sem ter notícias de seus familiares e viveram todo esse tempo vendo a inefetividade do Estado em investigar a fundo e esclarecer as circunstâncias, além da impunidade dos criminosos que vitimaram seus pais, filhos, amigos etc., constituindo, pois, violação do art. 5 da Convenção. Nessa situação, a Corte considerou que os familiares diretos das vítimas do desaparecimento também são vítimas, dado todo o sofrimento psíquico que passaram por todo esse tempo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 85-92).

Diante destas condenações, a Corte ordenou que o Estado brasileiro, na forma de reparações, conduza investigações sobre os fatos do caso, de forma a punir os responsáveis; que realize buscas para determinar o paradeiro das vítimas; ofereça tratamento médico e

psicológico para os familiares das vítimas; publique a sentença da Corte; realize uma cerimônia pública de reconhecimento de responsabilidade internacional pelo desaparecimento forçado; que ofereça cursos de direitos humanos em todos os níveis das Forças Armadas; que adote medidas para tipificar o desaparecimento forçado de pessoas; continue as iniciativas de busca de informações sobre a Guerrilha e que pague indenizações aos familiares das vítimas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 114-115).

3 O OBJETO: A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Conforme Carlos Artur Gallo, a impunidade dos crimes cometidos na ditadura e a sua continuidade demonstram que a anistia é um tema que ainda não foi devidamente digerido pelo nosso sistema (2017, p. 107). Mesmo autores que tecem críticas às tentativas contemporâneas de justiça de transição no Brasil, como Lauro Joppert Swensson, reconhecem que a Lei de Anistia impediu tanto a punição criminal dos agentes da ditadura como impôs silêncio e conformismo sobre o passado (2011, p. 84). Esse silêncio e conformismo também acabam por gerar uma versão oficial da História, pensada principalmente através da vitoriosa transição brasileira conquistada através de um grande acordo nacional conseguido através da Lei de Anistia. Uma análise mais atenta dos fatos desmente esta tese, pois a iniciativa para a Lei só poderia vir do presidente e o processo de aprovação da Lei foi por estreitíssima maioria, num Congresso Nacional fortemente controlado pela ditadura (NIEMEYER, 2016, p. 274, 277-278).

A interpretação da extensão da Lei é assunto polêmico e multifacetado. Mesmo que tenha mudado de ideia ao longo do tempo, Nilo Batista, na década de 70, defendeu que a Anistia não encobriu o homicídio e a tortura, por não serem crimes políticos nem conexos (BRASIL, 2010, p. 37, 193-194).⁵ Segundo ele, são repugnantes crimes comuns que ainda aguardam punição (1979, p. 42). Conforme referido na primeira seção deste trabalho, os Ministros Lewandowski e Ayres Britto acreditam que a Anistia não anistiou certos crimes. Valerio Mazzuoli defende que a Lei alargou o conceito de conexão para anistiar os agentes estatais perpetradores de violações de direitos humanos (2017, p. 399). Essas posições demonstram a grande disparidade de opiniões sobre a extensão das expressões empregadas pela Lei, principalmente sua definição de conexão no art.

⁵ Isso fica claro nas citações que são feitas de um texto seu pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello.

1º § 1º.⁶ Assim, esperar do STF um consenso sobre os significados da Lei de Anistia, diante de toda essa discussão é desejar o mesmo consenso inexistente quando da edição da Lei (MEYER, 2012, p. 27).

Pela leitura do texto legal, a ideia de que a Lei anistiou de maneira ampla tanto agentes do regime como opositores parece ser a interpretação mais adequada. Se a Lei, em seu retrocitado § 1º do art. 1º, definiu aquilo que deve ser entendido como conexão, está deixando claro que não está a usar do conceito comumente conhecido e estudado pela doutrina penal. Porque se o utilizasse, não haveria a preocupação em definir o instituto da conexão. Assim sendo, usando as categorias que a própria Lei utilizou, resta claro que ela efetuou uma anistia também para os agentes do regime, cobrindo os crimes comuns (conexos a políticos) por estes praticados, mesmo que tenha excluído alguns crimes de sua incidência. E o fato é que a Lei vem sendo interpretada de maneira a estender seus efeitos de maneira ampla, o que foi chancelado pelo STF na ADPF nº 153/DF.

Outra questão pertinente é a definição da Lei de Anistia como uma lei-medida, defendida pelo Ministro Eros Grau em seu voto, como abordado na primeira seção deste trabalho. O ministro chega a dizer que a noção de interpretação jurídica como um processo que se atualiza continuamente aos conflitos e à realidade não se aplica às leis-medida, por faltar-lhes a abstração e a generalidade. (BRASIL, 2010, p. 30).

Se adotarmos essa posição, chegaríamos ao absurdo de dizer que uma lei-medida não precisa ter sua validade constitucional e convencional avaliada, por ser instantânea e concreta. Se entendermos como verdade o fato de a Constituição conformar todo o Direito Interno, então uma lei-medida também pode ter sua constitucionalidade questionada. E também pode ter sua convencionalidade questionada, pois todas as normas, independente de origem, devem ser interpretadas em conformidade com os direitos humanos, conforme a precisa lição de Mazzuoli (2017, p. 36). Emilio Peluso Meyer apresenta várias críticas à definição da Lei de Anistia como uma lei-medida. Para ele, negar a possibilidade de interpretá-las, como fez o Ministro Eros Grau, é “negar à hermenêutica o papel universal a ela imputada; pois se interpretação e aplicação coincidem, a Lei de Anistia só poderia mesmo ser interpretada à luz do presente” (2012, p. 73).

E mais, dizer que a Anistia só pode ser revisada pelo Legislativo, como afirmaram Eros Grau e Carmen Lúcia, é dizer que o STF, erigido constitucionalmente como guardião da Constituição, poderia abdicar deste papel para que o Legislativo o faça se desejar. Ao Supremo, dentro de suas

⁶ Cf. nota 2.

competências, cabe velar pela Constituição frente a violações de seu texto pelo direito infraconstitucional. E isto é inquestionável, pois é comando vindo da própria Carta Federal.

Outro ponto polêmico é a inclusão constitucional da Lei de Anistia através da Emenda Constitucional 26/85, defendida pelo Ministro Eros Grau em seu voto, tal como apresentado na primeira seção deste trabalho. Mesmo que se considere que a anistia foi constitucionalizada pela EC 26/85, sua constitucionalização pertence à ordem constitucional de 1967/69, pois a nova ordem constitucional de 1988 começa justamente com a promulgação da Constituição, e não com o ato que constituiu a Assembleia Constituinte. Por isso a assertiva do Ministro Ayres Britto, já referida, de que a Assembleia não é vinculada nem mesmo pelo ato de sua criação. Assim, não se pode esperar que a nova Constituição também se vinculasse ao ato que chamou a Assembleia. Como bem disse Pedro Octavio Niemeyer, a EC 26/85 foi uma emenda à Constituição de 67/69 e deve ser entendida nestes termos (2016, p. 283). Além disso, como uma ordem constitucional baseada na dignidade da pessoa humana, no acesso à justiça, pautada internacionalmente na proteção aos direitos humanos e que expressamente declara que a lei punirá as violações a direitos fundamentais poderia incluir uma lei que abona graves violações a direitos humanos?

Como reconhece Deisy Ventura, o Direito Internacional, num primeiro momento, não se opõe a anistias a crimes políticos (2010, p. 197). O que torna o caso da Lei de Anistia brasileira delicado é que se interpreta que ela também anistiou graves violações de direitos humanos perpetradas durante o regime militar (e como demonstrado acima, ela de fato anistiou). Para o Direito Internacional pouco importa a qualificação da Lei de Anistia, se a entendemos como bilateral ou não, autoanistiantes ou não (NIEMEYER, 2016, p. 280), pois a sua inconveniência não depende exclusivamente de sua classificação, e sim de seus efeitos. O argumento trazido pelos ministros (em especial Celso de Mello) de que a anistia foi bilateral poderia fazer crer que a jurisprudência da Corte Interamericana não se aplicaria ao Brasil, mas esquece que anistiar outras pessoas não exclui a responsabilidade de também se autoanistiar. (VENTURA, 2010, p. 221).

Estas observações se tornam mais palpáveis quando observado o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seus artigos 1.1 e 2 que:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

(...)

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras naturezas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992).

Mesmo que não estejam explícitos os deveres de investigar e punir as violações de direitos humanos no Pacto de São José da Costa Rica, o mais correto é interpretar que estes deveres estão implícitos nas obrigações do Pacto (MAZZUOLI, 2017, p. 154-155). Assim, uma Lei de Anistia que impede o cumprimento desses deveres implícitos, mesmo que vigente, é inconveniente, inválida perante o Direito Internacional, como declarou a Corte Interamericana na sentença do ‘Caso do Araguaia’ e em toda a sua extensa jurisprudência. (MAZZUOLI, 2017, p. 409). “Logo, se admitirmos a Corte Interamericana como responsável por dar a última palavra sobre a Convenção Americana, a Lei de Anistia, declarada inválida pela Corte IDH frente à Convenção, não mais vigora no ordenamento jurídico brasileiro” (NIEMEYER, 2016, p. 284).

O próprio Supremo Tribunal, no ‘Caso do Depositário Infel’, o Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, entendeu que os tratados de direitos humanos que não seguiram o rito de aprovação do § 3º do art. 5º da Constituição tem hierarquia supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias. Como destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto,

diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto a Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (grifo do autor) (BRASIL, 2008, p. 1160).

O que resta incompreensível é como o mesmo STF, que reconheceu a eficácia supralegal dos tratados de direitos humanos em julgado histórico, não tenha atribuído essa mesma eficácia para o Pacto de São José da Costa Rica em se tratando da Lei de Anistia, contrária a vários de seus postulados e hierarquicamente inferior. Dentro da própria jurisprudência do STF há argumentos que possibilitariam ao Tribunal reconhecer a inconveniência da Lei de Anistia.

Mas não se pode aplicar a decisão da Corte Interamericana em detrimento da decisão do Supremo Tribunal simplesmente porque aquela argumentou melhor do que esta ou porque trouxe uma melhor compreensão da situação jurídica dos institutos que foram objeto dos julgamentos. Devem-se analisar também as formalidades referentes a observância de alguns princípios de Direito dos Tratados e ao cumprimento de uma sentença internacional, a serem abordados nos próximos tópicos.

4 AS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL NO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE IDH

Dispõe o art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. E o artigo 27 dispõe que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Ainda que estes artigos não se apliquem, por causa da irretroatividade inscrita no art. 4 da mesma convenção⁷, ao Brasil em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, ela traduz um princípio basilar do Direito Internacional, que independe de sua positivação nesta Convenção para reger o cumprimento dos tratados, que é a *pacta sunt servanda* (o pactuado deve ser cumprido). Ou seja, mesmo que não se possa aplicar o texto da Convenção de Viena, o princípio será aplicado por sua imperatividade, há muito tempo conhecida pelos internacionalistas e pela prática internacional. O princípio deve ser entendido como uma obrigação assumida por um Estado no momento da ratificação de um tratado: deverá cumpri-lo fielmente e em sua inteireza, conformando

⁷ Sem prejuízo da aplicação de quaisquer regras enunciadas na presente Convenção a que os tratados estariam sujeitos em virtude do Direito Internacional, independentemente da Convenção, **esta somente se aplicará aos tratados concluídos por Estados após sua entrada em vigor em relação a esses Estados.** (grifo nosso). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

seu Direito Interno para tanto, sujeito a sanções diversas em caso de descumprimento destes deveres.

Segundo Nguyen Quoc Dihn, Daillier e Pellet, a *pacta sunt servanda* é o “princípio fundamental do direito dos tratados”, intimamente ligado com a boa-fé, sendo esta um instituto regulador das relações internacionais, excluindo toda execução que tente fraudar o tratado e exigindo a execução com “fidelidade e lealdade aos compromissos assumidos” (DIHN, DAILLIER, PELLET, 2003, p. 222-223). Como consequência, cabe aos Estados executarem as sentenças internacionais proferidas por Tribunais Internacionais capacitados para tal (decorrentes de tratados que os Estados assumiram), em conformidade com a boa-fé, orientadora da ordem internacional (PIOVESAN, 2010, p. 284).

Em virtude da jurisprudência internacional que vem desde a Corte Permanente de Justiça Internacional, para descumprir uma obrigação internacional não podem ser invocadas disposições de Direito Interno, pois perante o Direito Internacional estas são meros fatos (RAMOS, 2016, p. 381-382). Sendo assim, nem a Lei de Anistia, nem a Constituição brasileira ou decisões do STF podem ser usadas para justificar o inadimplemento de obrigação internacional decorrente de tratado ratificado pelo Estado brasileiro.

Eis porque a permanência da vigência da Lei de Anistia no ordenamento brasileiro e a sua chancela pelo STF constituem uma afronta a estes dois princípios basilares de Direito Internacional. Se o Estado brasileiro se submeteu ao regime jurídico do Pacto de São José da Costa Rica, deve cumpri-lo em sua inteireza, e havendo norma jurídica interna que o impede de fazê-lo, esta deve ser eliminada do ordenamento jurídico para possibilitar o cumprimento do Pacto e conseqüentemente a plena observância da *pacta sunt servanda*. E se o Estado brasileiro assumiu obrigações internacionais, não deve praticar atos contraditórios com este compromisso como se este não existisse. Se o Estado se obrigou a proteger os direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição, seus atos devem ser coerentes com este objetivo, sob pena de incidir no *estoppel* (ou *venire contra factum proprium*), faceta do princípio da boa-fé que veda comportamentos contraditórios.

As obrigações internacionais de cumprimento de uma sentença da Corte Interamericana ficam claras quando analisados alguns dispositivos jurídicos. O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 68.1 que: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a

decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1992). O próprio Pacto não deixou nenhuma dúvida sobre a imperatividade das decisões do Tribunal (GUERRA, 2012, p. 349).

O decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, que internalizou o Pacto de São José da Costa Rica, institui em seu art. 1° que esta Convenção “deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. (BRASIL, 1992). O decreto n° 4463, de 8 de novembro de 2002, que reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, institui que é “reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (BRASIL, 2002).

E o art. 4°, inciso II da Constituição institui a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios em se tratando de relações internacionais. (BRASIL, 2018). Também deve ser levado em conta o art. 7° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe que: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (BRASIL, 2018). Rodrigo Janot, quando Procurador-Geral da República, em parecer sobre a ADPF n° 320/DF entendeu que

Houve, pois, decisão constitucional originária de inserir o Brasil na jurisdição de uma – ou mais – cortes internacionais de direitos humanos, o que constitui vetor interpretativo de conciliação do Direito e da jurisdição internos com o panorama normativo internacional a que o país se submeta, um processo interpretativo também previsto nos §§ 2° e 4° do artigo 5° da Constituição. (BRASIL, 2014, p. 40).

Vê-se que são vários os instrumentos, internos ou internacionais, que obrigam o Brasil a cumprir as sentenças da Corte Interamericana nos casos em que for parte, porque a partir do momento em que os Estados aceitam as obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos, se submetem à autoridade das instituições internacionais no exercício de suas funções de fomentador e fiscalizador do respeito aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 9).

Segundo Wagner Menezes, os Tribunais Internacionais atuam “por meio de um rito processual e procedimental judiciário que tem seu fim em uma sentença que deve ser obrigatoriamente cumprida pelas partes” (2013, p. 151). Assim, na própria definição da atuação de um Tribunal Internacional está inscrita a obrigatoriedade de suas sentenças,

pois não há sentido na instituição de um Tribunal cujas sentenças são opcionais, ainda mais quando versam sobre questões delicadas atinentes a violações de direitos humanos. Uma sentença de Tribunal Internacional não é carta de intenções, conselho ou meta moral, é comando jurídico, revestido de imperatividade.

O Estado é obrigado a cumprir integralmente as sentenças da Corte Interamericana, até porque “não pode alegar impedimento de Direito interno, como podem alegar seus pares europeus”. (RAMOS, 2016, p. 260). Caso uma sentença da Corte Interamericana seja descumprida, terá ocorrido uma nova violação de direitos humanos, que pode ensejar nova responsabilização do Estado no plano internacional, podendo levar à nova condenação na Corte Interamericana e até a exclusão do país da Organização dos Estados Americanos (OEA). (GOMES; MAZZUOLI, 2012, p. 88). Pois o cumprimento de um tratado é obrigação de todos os órgãos do Estado, incluindo o Judiciário, “porque a obrigação de executar impõe-se ao Estado tomado no seu conjunto como sujeito de direito internacional” (DIHN; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 233).

Por essas razões, o Judiciário brasileiro (incluindo o STF) está obrigado, juntamente com todos os demais órgãos estatais, a dar efetividade ao Pacto, e assim investigar e punir as violações de direitos humanos abonadas pela Lei de Anistia, tal como determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando em conta a interpretação do Pacto feita por esta, já que constitui a intérprete última do tratado. E por isso a decisão da Corte deve ser cumprida em detrimento da sentença do STF na ADPF nº 153/DF, pois a obrigação decorrente daquela torna inaplicável os efeitos desta, por vincularem todo o Estado, e não só alguns órgãos dele. Os efeitos da sentença do STF não podem ser efetivados sem violar as obrigações internacionais do Brasil referentes a proteção aos direitos humanos e ao cumprimento das sentenças da Corte.

Ainda que alguns autores preferam visualizar a resolução do conflito pela teoria do duplo controle (RAMOS, 2016; BRASIL, 2014, p. 30) ou por um diálogo de fontes entre os dois tribunais, levando em conta a norma mais favorável (MAZZUOLI, 2017, p. 37)⁸ (e em ambas as soluções o conflito é resolvido pela prevalência da decisão da Corte IDH), a concepção deste trabalho se aproxima mais com a tese defendida por Pedro Baptista Martins ao refletir jusfilosoficamente sobre a relação

⁸ O autor também destaca a inconveniência da Lei ignorada pelo STF (2017, p. 406). Flávia Piovesan (2010, p. 104) não aborda o conflito entre as decisões, mas explica que em conflito entre um comando interno e um internacional deve prevalecer aquele que mais favorável à proteção de direitos humanos da vítima.

entre Direito Internacional e Direito Interno. Para esse autor: “O direito interno repousa, efetivamente, sobre o direito internacional, porque este, como ordem jurídica total, é que fixa os limites da competência do Estado, determinando em última instância o domínio reservado à sua liberdade”. Sendo assim, “só ele [o direito internacional] poderá restringir ou alargar a esfera das liberdades estatais”, porque “o direito interno (e consequentemente a Constituição nacional) é mera delegação do direito internacional”. (MARTINS, 1998, p. 64-65). Partindo desta concepção e reconhecendo que o Direito Internacional estabeleceu a obrigação internacional do Estado brasileiro como um todo cumprir a sentença da Corte Interamericana, não resta dúvida da prevalência desta última, como corolário lógico da supremacia do Direito Internacional, principalmente se tratando de proteção a direitos humanos.

5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 320/DF: UM LAMPEJO DE ESPERANÇA?

Esta APDF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2014, em face da sentença da Corte Interamericana no ‘Caso do Araguaia’, pedindo que o STF declare que a Lei de Anistia não se aplica aos casos envolvendo graves violações de direitos humanos e crimes permanentes e que se determine a todos os órgãos estatais, o cumprimento da sentença da Corte Interamericana. (BRASIL, 2014, p. 4).

“Por fim, [o PSOL] sustentou que foram afrontados os preceitos fundamentais dos arts. 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988”. (MAZZUOLI, 2015, p. 223). O Procurador-Geral da República (PGR) de então, Rodrigo Janot, se manifestou pela procedência parcial da arguição para reconhecer a não aplicabilidade da Lei de Anistia para as graves violações de direitos humanos e para os crimes permanentes. (BRASIL, 2014, p. 93-94).

Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que não fossem os preceitos constitucionais, o PSOL não poderia entrar com a ação embasando-se no Pacto de São José da Costa Rica, pois para entrar com uma ação de controle abstrato, “necessário se faz ‘equivaler’ o tratado de direitos humanos em causa às normas constitucionais em vigor, tal como prevê o art. 5º, § 3º, da Constituição” (2015, p. 223). Essa ideia vem da concepção do autor sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos que, em sua visão, se dividem

entre aqueles aprovados pelo rito do retrocitado § 3º, que seriam, portanto formalmente constitucionais; e aqueles aprovados pelo processo legislativo ordinário, que possuiriam status de materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º da Constituição (2017, p. 226-227).

A discussão sobre a hierarquia constitucional dos tratados é rica e profunda, mas de maneira breve, este trabalho adota a concepção de que sendo o controle de convencionalidade um dever *ex officio* de todos os juízes nacionais, (como reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos), também cabe ao STF, tanto de maneira abstrata quanto concreta, declarar a (in)convencionalidade de leis e atos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010; MEYER, 2012, p. 221). Independente de como classifiquemos os tratados internacionais, como material ou formalmente constitucionais, a guarda da Constituição, como atribuição constitucional do Tribunal, não pode ser limitada somente àquelas hipóteses que tenham a Constituição formal como parâmetro, mas também deve abranger aquelas normas que são materialmente constitucionais. E justamente por essa concepção, este trabalho reconhece na ADPF nº 320/DF um espaço ideal para que o Supremo Tribunal, num gesto de humildade, reveja a sua posição sobre a Lei de Anistia, reconhecendo que a referida Lei tem vícios de inconvenção e não se aplica à graves violações de direitos humanos e crimes permanentes.

Por fim, deve-se dizer que a atuação do STF na ADPF nº320/DF deveria se dirigir para a mudança de sua própria jurisprudência em torno da Lei de Anistia, compatibilizando sua interpretação com a interpretação da Corte Interamericana. É desnecessário que o STF declare que a sentença da Corte deve ser cumprida, pois isto o Estado brasileiro já sabe desde o momento em que assinou e posteriormente ratificou o Pacto de São José da Costa Rica. Se o fizer, será somente para reforçar a obrigação do Estado brasileiro. A partir do momento em que a sentença da Corte foi proferida, esta já é revestida de eficácia, independente de chancela por órgãos judiciários nacionais, pois como bem pontuou Valério de Oliveira Mazzuoli, uma sentença da Corte Interamericana é sentença internacional, não sentença estrangeira, independente, pois, de homologação. (MAZZUOLI, 2017, 153-154).

CONCLUSÕES

O título deste trabalho evidencia que está a tratar de um processo inconcluso, no qual a decisão da Corte Interamericana (e toda a sua jurisprudência) surge como um pontapé para a finalização do processo de justiça de transição brasileiro, que conseguiu adotar medidas reparatórias e voltadas à memória (ainda que parcas ou tardias), mas continua carente de uma faceta criminal, que possibilite investigar e punir as violações de direitos humanos do período.

Pelas razões aqui expostas, chega-se a conclusão da prevalência da decisão internacional frente à decisão do STF. A Lei de Anistia brasileira de fato anistiou os agentes do regime e é nessa característica que repousa a razão de sua inconveniência. Conforme apresentado, a Lei pode ter sua constitucionalidade e sua conveniência questionada independente de como a classifiquemos e não deve ser entendida como incorporada à nova ordem constitucional. A sentença da Corte Interamericana deve ser cumprida por força de uma obrigação internacional assumida pelo Brasil (*pacta sunt servanda* e boa-fé) e também assimilada pelo direito interno (art. 4º, II da Constituição; art. 1º do Decreto 4.463 etc.), porque vincula todo o Estado brasileiro, incluindo o próprio STF e porque, como defendido neste trabalho, o Direito Internacional é supremo frente o Direito Interno. Neste trabalho se reconheceu a possibilidade de a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320 ser um espaço adequado para o STF rever sua posição e assim compatibilizar sua jurisprudência com a sentença da Corte Interamericana e os postulados básicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cientificamente, existe uma solução para o conflito. O que resta é sua aplicação, e não faltam oportunidades para tanto, conforme já comentado na Introdução. Sua aplicação passa pelo reconhecimento da importância e legitimidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para tutelar as violações de direitos humanos que o Brasil não conseguiu proteger. E isto depende não só do STF e de todo o Judiciário, mas também da doutrina em apontar e reforçar o papel cada vez mais crescente do Direito Internacional, principalmente por entendermos que o Direito Internacional é supremo frente ao Direito Interno.

REFERÊNCIAS

BATISTA, N. Aspectos Jurídico-Penais da Anistia. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 26, p. 33-42, jul./dez. 1979.

BERNARDI, B. B. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 22, p. 49-92, jan./abr. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n° 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL, Ministério Público Federal. **Parecer do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 320/DF**. Brasília, 24 ago. 2014.

BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 abr. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário n. 466.341-1/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008.

DIHN, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GALLO, C. A. O Brasil entre a memória, o esquecimento e a (in)justiça: uma análise do julgamento da ADPF n° 153 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, n. 24, p. 81-114, set./dez. 2017.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. Crimes da ditadura e aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. Erechim, Edição Especial Dr. Rômulo Gonçalves, p. 85-102, ago. 2012.

GUERRA, S. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 341-366, jul./dez. 2012.

MARTINS, P. B. **Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional**. Atualizado por Luís Ivani de Amorim de Araújo. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZZUOLI, V. O. Podem os Tratados de Direitos Humanos Não ‘Equivalentes’ às Emendas Constitucionais Servir de Paradigma ao Controle Concentrado de Convencionalidade?. **Revista Direito Público**. Porto Alegre, v. 12, n. 64, p. 222-229, jul./ago. 2015.

MENEZES, W. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEYER, E. P. N. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2012. 303 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

NIEMEYER, P. O. A validade da Lei de Anistia e as decisões do STF e da CIDH. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 264-288, mar. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 2009. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund ('Guerrilha do Araguaia') e outros vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. São José da Costa Rica, 24 nov. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Pacto de São José da Costa Rica)**. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 9 jul. 2019.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, A. C. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SWENSSON JUNIOR, L. J. 'Ao julgar a justiça, te enganas'. Apontamentos sobre a justiça de transição no Brasil. **Revista Anistia: Política e Justiça de Transição**. Brasília, n. 4, p. 78-107, jul./dez. 2011.

VENTURA, D. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. **Revista Anistia: Política e Justiça de Transição**. Brasília, n. 4, p. 196-227, jul./dez. 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS BASADOS EN EVIDENCIA: UNA PROPUESTA PARA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES COMPLEJOS POR VÍA JUDICIAL

PUBLIC POLICIES WITH AN EVIDENCE-BASED RIGHTS APPROACH: A PROPOSAL FOR THE RESOLUTION OF COMPLEX SOCIAL DISPUTES THROUGH THE JUDICIAL WAY

Luis Esteban Caro Zottola*

SUMÁRIO: 1 Introducción. 2 Acceso a la justicia y casos estructurales. 3 Modelos de intervención judicial en políticas públicas. 4 Conflictos tradicionales y estructurales. 5 Los remedios judiciales. 6 Hacia un giro científico-tecnológico en la elaboración de políticas públicas. 7 Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: Un desafío actual del Poder Judicial de Argentina, tanto a nivel nacional como provincial, es el de componer conflictos sociales otrora resueltos por los otros poderes del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo. Entre estos nuevos conflictos se hallan aquellos en los cuales las políticas públicas son la causa de la vulneración de derechos ¿Cuáles deben ser los contenidos básicos que debe contemplar un remedio judicial para lograr la reforma estructural de políticas públicas? La práctica jurisprudencial avanzó en el diseño de esquemas decisionales innovadores como son los de tipo dialógico en donde las partes interesadas confeccionan la solución de forma participativa en una mesa de trabajo. Sin embargo los problemas técnicos para la elaboración y reformulación de políticas con cierto grado de éxito en su implementación no ha sido superado. De esta forma este trabajo propone una salida a través de un giro científico-tecnológico para la elaboración de la respuesta judicial a través de la implementación de lo que denominamos Políticas Públicas con Enfoque de Derechos Basadas en Evidencia (PEDBE).

Palabras clave: poder judicial. políticas públicas. casos estructurales.

ABSTRACT: *A current challenge for the Argentine Judiciary, both at the national and provincial levels, is to compose social conflicts once resolved by the other branches of government, the Executive and the Legislative. Among these new conflicts are those in which public policies are the cause of the violation of rights. What should be the basic contents that a judicial remedy must contemplate to achieve the structural reform of public policies? The jurisprudential practice advanced in the design of innovative decision-making schemes such as those of a dialogical type where the interested parties prepare the solution in a participatory way at a work table. However, the technical problems for the elaboration and reformulation of policies with a certain degree of*

* Investigador Asistente del CONICET. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina.

Artigo recebido em 17/06/2020 e aceito em 08/03/2021.

Como citar: CARO ZOTTOLA, Luis Esteban. Políticas públicas con enfoque de derechos basados en evidencia: una propuesta para solución de conflictos sociales complejos por vía judicial. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 305-320. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

success in their implementation have not been overcome. In this way, this work proposes a way out through a scientific-technological turn for the elaboration of the judicial response through the implementation of what we call Evidence-Based Rights-Based Public Policies (PEDBE).

Keywords: *judiciary. public policy. structural cases.*

INTRODUCCIÓN

La permanencia de ciertos colectivos de personas en situación de pobreza evidenciados principalmente en los llamados “asentamientos urbanos” o “villas” ubicadas en las periferias de los aglomerados capitales de las provincias argentinas, revitaliza los debates sobre la brecha entre norma y realidad, que motiva la necesidad de generar nuevos conocimientos al respecto para su superación.

La falta de acceso a una vivienda digna, a la salud, a la educación, al trabajo y a una alimentación adecuada, desde el punto de vista del derecho, señala una masiva insatisfacción de derechos sociales junto con la insatisfacción de derechos civiles y políticos. En este sentido se puede decir que los avances normativos tales como la aprobación de textos constitucionales que reconocen y tutelan un completo y complejo sistema de derechos, no se han visto necesariamente acompañados por una mayor protección efectiva de los mismos (ABREGÚ, 2008).

Desde la reforma constitucional de 1994 se ha podido observar un particular tipo de reclamo judicial tendiente a la transformación estructural de instituciones del Estado para la superación de la pobreza y otros estado de cosas inconstitucionales (BERGALLO, 2005; GARCÍA JARAMILLO, 2015).

Los tribunales se han convertido de esta forma, en nuevos espacios de participación para motivar cambios sociales, y una alternativa de acción de ciertos grupos o colectivos en la esfera política, que reemplaza o complementa otros canales institucionales del juego democrático (ABRAMOVICH, 2006). En este marco, el problema del acceso a la justicia reaparece no sólo como una posibilidad en el uso de los medios formales o informales para garantizar un derecho o resolver un conflicto de tipo individual, sino como instrumento para la transformación de las relaciones de poder y la solución de problemas estructurales públicos.

Una manifestación del proceso antes mencionado es la judicialización de conflictos colectivos que antes eran dirimidos en otros ámbitos o espacios sociales. El problema de la pobreza constituye un claro ejemplo de ello: de ser concebida sólo como un problema económico y

centrado en el análisis de las necesidades básicas insatisfechas que debía solucionarse políticamente, se ha convertido en un problema jurídico y susceptible de ser llevado ante los tribunales para su resolución.

Sin embargo el principal problema a resolver es de qué manera el Poder Judicial puede propiciar una reforma estructural de políticas y prácticas que subyacen en las situaciones de pobreza y cuál debería ser el diseño del sistema de decisiones para solucionar problemas complejos y a largo plazo, que tenga en cuenta las condiciones personales y estructurales de los damnificados.

1 ACCESO A LA JUSTICIA Y CASOS ESTRUCTURALES

En la revisión bibliográfica acerca del acceso a la justicia, en tanto disponibilidad efectiva de los cauces institucionales destinados a la protección de derechos o a la resolución de conflictos, encontramos diversos temas relacionados.

Numerosos trabajos centraron su análisis en la administración de justicia y los obstáculos o barreras existentes en las diferentes etapas del proceso judicial, como pueden ser, las de tipo económicas, socioculturales, procesales o geográficas y físicas.

El análisis de las barreras de tipo económicas constituye una preocupación central tanto en trabajos clásicos como en los más actuales. Estos examinan en términos generales, las dificultades que ocasionan los costos de los servicios jurídicos profesionales o las tasas de justicia, indagando las diferentes instituciones encargadas de posibilitar el acceso a personas de escasos recursos, como por ejemplo los consultorios jurídicos gratuitos.

Teniendo en cuenta las barreras de tipo socioculturales, las investigaciones indagaron temas como la falta de información de los sujetos damnificados, el desconocimiento de los derechos o de los lugares dónde reclamar, así como las dificultades creadas por el lenguaje complejo empleado en estas instancias. Por su parte, los estudios sobre los obstáculos procesales incorporaron temas como la falta de acciones para la exigencia y defensa de derechos y la complejidad de los procedimientos, dando lugar a propuestas de reformas legislativas tanto en códigos de forma como de fondo. Los trabajos centrados en barreras geográficas o físicas incorporaron temas novedosos en la problemática del acceso a la justicia estudiando las dificultades referidas a la arquitectura de los

edificios y los inconvenientes causados por la distancia de los tribunales, órganos administrativos, etc. Junto con las barreras se estudiaron al mismo tiempo, las instituciones o acciones encaminadas a superarlas, como por ejemplo la alfabetización jurídica, el asesoramiento y patrocinio letrado gratuito, los medios alternativos de solución de conflictos, las reformas legislativas y judiciales, entre otros (CAPPELLETTI, 1981; THOMSON, 2000; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 2009; BIRGIN; KOHEN, 2006; PNDU, 2001; CORREA SUTIL, 2000).

El tema del acceso a la justicia para la efectivización de los derechos sociales no constituye un objetivo aislado, sino un medio para modificar la realidad existente. Es decir, la posibilidad de utilización de los cauces institucionales se convierte en un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la dependencia de determinados grupos (PNDU, 2005).

En este sentido, una de las barreras principales que se presentan son las ubicadas en el mismo sistema de decisiones judiciales.

La Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 se coloca en una visión integralmente igualitaria, que exige un orden jurídico y un Estado más activo en la rectificación de desigualdades (GARGARELLA; ALEGRE, 2007). El acceso a la justicia como instrumento de participación en la esfera política y la interposición de problemas complejos, pone en crisis las formas adoptadas hasta hoy por los poderes judiciales para abordar la protección de derechos y la resolución de conflictos. Esto justifica centrar el análisis en las decisiones judiciales en tanto etapa sustancial, dentro de las involucradas en el acceso a la justicia donde transita un sujeto: luego de vencidas las barreras socioculturales, procesales, geográficas y físicas e incluso económicas, nos encontramos con la decisión judicial que finalmente garantizará el derecho o resolverá el conflicto.

Dentro de los estudios centrados en las diferentes “barreras” mencionadas, nuestro trabajo se inserta en el estudio de las “barreras” existentes en los sistemas de decisiones, las estructuras decisionales o las modalidades de intervención del Poder Judicial. De esta forma al interrogante sobre si las decisiones judiciales pueden reducir los niveles de desigualdad y discriminación que presentan las sociedades en América Latina (CORREA SUTIL, 2000) y en Argentina en particular, debe sumársele otro respecto de cómo dichas decisiones pueden lograrlo.

La insuficiencia de las acciones judiciales tradicionales para solucionar problemas complejos, ha motivado un conjunto de prácticas

por parte de los poderes judiciales, tanto en Argentina como en derecho comparado, que crearon instrumentos procesales aptos para este tipo de reclamos. Se ha comenzado a ensayar, por ejemplo, procedimientos estructurados en una colaboración constructiva y diálogo democrático entre los poderes del Estado. Aparecen nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos (LUJOSA VADELL, 1994).

En esta dirección se encamina la bibliografía más actualizada de esta problemática en donde diferentes trabajos han abordado el tema del nuevo rol de los tribunales de justicia en la realización de los derechos constitucionales y las posibilidades del cambio social por vía judicial, a través de debates vinculados a la justificación de la intervención de los jueces en asuntos de conflictos estructurales, el procedimiento adecuado para esta intervención, y los efectos de la misma.

Respecto de la justificación de la intervención judicial, los debates se refieren a las críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del Ejecutivo y el Legislativo que son elegidos popularmente y por tanto, resulta injustificado en una democracia. En la Argentina históricamente los protagonistas del diseño y la implementación de políticas públicas fueron los Poderes Ejecutivos y Legislativos. En este esquema, el rol del Poder Judicial quedó usualmente marginado por interpretarse que las políticas públicas son potestad exclusiva de los poderes electos popularmente y, por ende, son “cuestiones no justiciables”, ajenas al control judicial. La discusión de la legitimidad del rol de los jueces en el control del accionar del Estado se encamina al análisis de lo que éstos pueden o deben hacer para controlar la conducta administrativa. Estas posiciones asumen una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al poder judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras (BADENI, 2014; MARCHIONNI, 2005).

En esta última perspectiva desde una perspectiva pragmática ya es tarde para cuestionarnos si las Cortes deberían intervenir en el cuestionamiento en el aseguramiento de los derechos porque lo están haciendo a diario; la pregunta más importante ahora es cómo tienen que hacerlo (BRINKS; GAURI, 2014).

En relación a los debates acerca de los procedimientos adecuados para cumplir este rol, se enmarcan debates acerca de los nuevos desafíos

de los tribunales para la garantía de los derechos vinculados a los modelos o paradigmas de intervención judicial o el análisis casuístico de grados de interferencia del Poder Judicial en las políticas públicas (ABRAMOVICH; PAUTASSI, 2009). Entre estos modelos se encuentran trabajos que se enmarcan en el análisis de los modelos clásicos de intervención y otras modalidades alternativas de tipo dialógicas, participativas o experimentales.

2 MODELOS DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN POLÍTICAS PÚBLICAS

Como ya lo mencionamos, los responsables de la elaboración y ejecución de políticas públicas han sido históricamente los llamados poderes políticos, esto es, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y a ellos les corresponde en primer lugar su diseño, implementación y evaluación. Pero el problema reside en qué sucede cuando el diseño de estas políticas no consigue sus objetivos, y por el contrario, vulneran derechos humanos. Ante estos casos, se comenzó a observar la intervención del Poder Judicial para resolver estos conflictos, antes resueltos en la misma dinámica política en que se generaban, ya que, como lo ha resaltado Abramovich (2006) la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. De esta manera, se puede observar diferentes intervenciones del Poder Judicial para la resolución de conflictos de incidencia colectiva causadas por un deficiente diseño o funcionamiento de políticas públicas llevadas a cabo por los poderes políticos.

Los autores analizan diferentes acciones de este poder jurisdiccional, que se han reflejado en las sentencias de los tribunales durante las últimas décadas. Se observan así casos en que i) las sentencias sólo se limitan a hacer cumplir lo establecido en las leyes; ii) sentencias en los que el tribunal al comprobar que la acción u omisión no se adecua a lo establecido en las leyes, reenvía el problema a fin de que rediseñe su conducta para que se amolde a tales parámetros normativos de acuerdo a su criterio, y iii) sentencias que en determinados casos, dada la urgencia o la absoluta falta de colaboración de los poderes políticos, los propios

tribunales establecen su propio criterio para determinar la solución del conflicto (ABRAMOVICH, 2006).

De esta forma, de la práctica jurisprudencial se desprende que se manifiestan diferentes grados de intervención del Poder Judicial en las políticas públicas diseñadas por los poderes políticos. En un primer caso de intervención, el poder judicial no cuestiona la política pública, sino que por el contrario, la acepta, indicando solamente su incumplimiento en un caso particular; en el segundo caso sí la cuestiona por no adecuarse a los parámetros legales y/o constitucionales, por lo que ordena una revisión de la misma; y en el tercer caso el propio tribunal exige la creación de una nueva política pública acorde a los principios constitucionales.

De esta forma se pueden observar una variedad de órdenes judiciales con distinto grado de interferencia judicial en la gestión de la administración pública. Como ejemplo de esto, se observan sentencias que han ordenado a dependencias estatales suministrar o evitar la interrupción de la entrega de medicamentos y tratamientos médicos¹, crear o cubrir permanentemente cargos de enfermería mediante la contratación del personal para una unidad de cuidados intensivos pediátrica de un hospital², contratar el personal médico para rehabilitar el normal funcionamiento de un área de salud³, entre otras. Pero la situación que presenta mayor polémica a nivel teórico y práctico, es la modalidad de intervención del Poder Judicial cuanto éste cuestiona o manda revisar el diseño de las políticas públicas, por ser la situación más compleja en cuanto a su resolución ya que exige reformas estructurales de la propia burocracia estatal.

3 CONFLICTOS TRADICIONALES Y ESTRUCTURALES

Las políticas públicas, como acciones encaminadas a resolver los problemas y alcanzar fines colectivamente construidos, cuando no son eficientes, pueden constituir la causa de la afectación de derechos humanos y la generación de conflictos de tipo colectivo. En dichos conflictos aparecen los elementos de esta nueva forma de litigio (BASCH, 2010) que los principales autores que teorizaron sobre sus

¹ Por ejemplo en los casos “Asociación Benghalensis y otros v. Estado Nacional, C.S.J.N., 1/6/2000, Fallos 323:1323” y “Campodónico de Beviacqua, Ana v. Estado Nacional, C.S.J.N., 24/10/2000, JA 2001-I-464”.

² Por ejemplo en el caso “Defensoría de Menores Nro. 3 Cám. Civil de Neuquén, Sala I, 10-/3/1998, Expte. 77/ca 1998”.

³ Véase caso “Médicos Municipales de Buenos Aires v. Gobierno de la Ciudad C.Cont. Adm.y Trib.Cdad.Bs.As., Sala 2, 22/8/2002, JA 2003-I-611”.

notas características los denominan como litigio de derecho público (CHAYES, 1976), de reforma estructural (FISS, 1979) o litigio policéntrico (FULLER, 1978), poniendo en crisis las estructuras judiciales tradicionales basadas en una noción de litigio bipolar.

El litigio tradicional, de tipo bilateral, tiene como principal finalidad la determinación de los hechos ocurridos, el daño causado y la consecuente reparación, de manera de restablecer las cosas al estado anterior como si el hecho dañoso no hubiera ocurrido. En contraposición, el litigio estructural tiene como finalidad la modificación de las condiciones sociales que afectan derechos fundamentales, es decir, tienen como objeto principal la modificación de estado de cosas, de instituciones o de prácticas, para sustituirlas por otras, acordes con los estándares constitucionales.

Además en esta nueva forma de litigio, no existe una parte actora claramente determinada, sino colectivos de personas que sufren la violación de sus derechos por sufrir las mismas condiciones estructurales, de allí de su denominación de litigio policéntrico. Asimismo, es difícil determinar una única persona o agencia estatal como responsable del daño, pues la parte demandada está vinculada con las complejas dinámicas burocráticas existentes.

Estas características tendrán un gran impacto en el diseño y la ejecución de las decisiones del Poder Judicial que debe tomar para revertir la afectación de derechos. Esto es así por cuanto, en estos casos complejos, para buscar una solución que realmente ponga fin al conflicto, no sólo se trata de determinar un acto en particular dañoso, sino modificar las condiciones por las cuales se arribó a esta situación a través de prácticas sostenidas y arraigadas, en muchos casos en distintas jurisdicciones y bajo distintas autoridades, de allí la importancia de analizar los procesos que rodean al caso.

En este aspecto, el rol del juez es crucial, por cuanto debe abandonar su postura pasiva de mero receptor de las informaciones que las partes acercan, para tomar un rol protagónico en esta búsqueda de información, tanto para determinar el derecho afectado y cómo se llegó a su afectación, como para dilucidar cuál es el remedio adecuado para solucionarlo.

De esta forma, a diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de

la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los afectados (BERGALLO, 2005).

4 LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES

La solución de estos conflictos por parte del Poder Judicial se lleva a cabo a través de órdenes coactivas, llamadas por algunos autores como “remedios” definidos como “la medida concreta que el tribunal mandará a implementar para lograr la plena satisfacción de los derechos en juego” (BERGALLO, 2005:8). En este punto, el tipo de orden que adopten los tribunales en cada caso, reflejará el grado de incidencia y de intervención de este poder en las actividades de la administración pública, por eso los autores afirman que una parte central del debate judicial está referido al alcance del remedio (ABRAMOVICH, 2006).

Estos remedios o medidas ordenadas por el tribunal para la solución del problema pueden ser: i) preventivos, orientadas a evitar daños futuros, ii) reparatorios, reservados a la reparación de daños pasados; y iii) estructurales, destinados a reorganizar instituciones sociales (BERGALLO, 2005). Este último es el más álgido ya que se presenta como el mecanismo más apropiado para solucionar un problema estructural, pero sin embargo, se encuentra entre la frontera misma entre la competencia de uno y otro poder estatal, o sea la injerencia más profunda en la esfera de la administración pública y del diseño de políticas públicas. Específicamente, siguiendo a BERGALLO (2005) los remedios u órdenes estructurales son los medios que utiliza el juez para dirigir o administrar la reconstrucción de la organización burocrática. Asimismo indica que persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional, el daño que la propia estructura de las agencias públicas puede producir al violar ciertos derechos constitucionales. Asimismo el litigio complejo o de reforma estructural está dirigido a obtener la revisión judicial de una violación de gran escala, que involucra una situación colectiva, y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual, y evaluación de la implementación.

Frente a la conceptualización general sobre este tipo de órdenes de los tribunales o remedios, la cuestión será perfilar una conceptualización más detallada acerca de este tipo de órdenes que sería necesario para la

solución de conflictos estructurales. Avanzando en este sentido, hay que tener en cuenta que en ocasiones, la multiplicidad de intereses en juego en la resolución del conflicto y la complejidad de las cuestiones examinadas en un caso colectivo que refiere problemas de índole estructural, aconsejan no sólo un margen de deferencia mayor a las instancias políticas, sino la habilitación de determinados mecanismos de diálogo o concertación social que aseguran que ciertas voces e intereses estarán representados al momento de definirse las acciones y políticas destinadas a cumplir la instrucción general fijada por el órgano judicial. Este tipo de modelo de remedio es propio del denominado litigio de reforma estructural, y procura asegurar no sólo un margen prudente de actuación de la instancia judicial frente a las competencias propias de las instancias políticas, sino también la participación ciudadana (ABRAMOVICH, 2006).

Dada la complejidad en el abordaje de dichos casos, en donde es difícil determinar una única persona o agencia estatal como responsable del daño, ya que la parte demandada está vinculada con las complejas dinámicas burocráticas existentes, y que incluso, pertenecen a distintas jurisdicciones y se encuentran bajo distintas autoridades, un formato difundido para su resolución han sido las mesas de diálogo entre las partes intervinientes.

En dicho modelo dialógico, las partes con la supervisión de juez, ensayan diferentes propuestas para resolver el problema. Como casos paradigmáticos de estos formatos son los casos “Mendoza” y “Verbitsky”, aunque el desarrollo de los mismos ha puesto en evidencia la escasa capacidad técnica del Poder Judicial para administrar conflictos complejos de tipo estructural. Al respecto Mariela Puga (2008) al analizar los casos estructurales más paradigmáticos de Argentina mencionados, refiere que el efecto transformativo específico que tiende a desarraigar instituciones o prácticas injustas a través del litigio público, carga a la operación hermenéutica de los jueces con más preguntas que respuestas, por cuanto la transformación de una práctica injusta que afecta derechos humanos no es algo que ocurra en un solo momento y de una única manera, sino que por el contrario, implica procesos complejos a largo plazo. Suponen, como expresa la autora, dinámicas de relación en las que están comprometidos más actores que aquellos que son partes del procedimiento judicial.

Por el contrario, la modificación de este estado de cosas inconstitucional requiere una tecnología de intervención social compleja y reflexiva, con metas y contenido diversos y mixtos, de orden económico,

social, cultural y/o político, independientes del contenido explícito del derecho que habilita el litigio. Asimismo expresa que tal tecnología no sólo no está disponible en los tribunales, sino que lo arraigado de la práctica injusta demuestra que tampoco es evidente para la administración pública o las legislaturas involucradas. Además la producción de esta tecnología puede demandar una previa reestructuración burocrática que desestabilice las idiosincrasias en las que se recuesta la práctica injusta, o que invisibilizan las opciones de transformación.

Lo que queda claro es que en la mayoría de los casos, la práctica justa que desplazaría a aquella injusta es aún desconocida, tanto por la administración responsable como por la judicatura que debe resolver el conflicto de acuerdo a derecho. Esta situación de perplejidad nos conduce a la búsqueda de nuevos paradigmas o enfoques que permitan la superación de este vacío de conocimiento y una propuesta para avanzar en la materialización de una propuesta concreta para la efectivización de los derechos humanos.

5 HACIA UN GIRO “CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO” EN LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Desde nuestro punto de vista, una de las causas de esta perplejidad, en donde la solución a la violación estructural de derechos humanos no está siendo visualizada ni por los poderes políticos responsables ni por el poder encargado de solucionarlo, radica en que las estructuras estatales no han realizado las adecuaciones pertinentes que requieren los nuevos derechos consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Si observamos la definición de los derechos y las interpretaciones autorizadas en la materia por los diferentes organismos internacionales, podemos advertir la urgente necesidad de la recreación de un nuevo Estado, de una nueva infraestructura y de capacidades estatales que permita la efectivización y goce de tales derechos.

En este aspecto nos preguntamos qué infraestructura es necesaria para, por ejemplo, materializar y controlar el cumplimiento de los principales estándares internacionales en los derechos económicos sociales y culturales, como el 1) contenido mínimo de los derechos y universalidad; 2) utilización al máximo de los recursos disponibles; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia

y mecanismos de reclamo; 6) producción de información y acceso; y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas.

De allí la propuesta de avanzar y realizar un giro “científico y tecnológico” para la creación, implementación y evaluación de políticas públicas, a través de la incorporación del enfoque de Política Basada en Evidencia (PBE). Este enfoque se enmarca en un conjunto de programas y proyectos de indagación que estudian la vinculación entre la investigación social y políticas públicas. Estas líneas de trabajo han sido impulsadas por una serie de organizaciones que han asumido un rol protagónico en la realización de trabajos orientados a promocionar la noción de “políticas públicas basadas en evidencias”, entre las que destacamos el programa “Management of Social Transformation (MOST)” impulsado por la división Ciencias Sociales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el proyecto “Bridging Research and Policy” de Global Development Network, el Overseas Development Institute (ODI) en el Reino Unido y el International Development Research Centre (IDRC) en Canadá (STUBRIN; KABABE, 2014).

La idea central del enfoque radica en la utilización de conocimiento científico para la elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas. Este enfoque se basa en que si la función de las políticas públicas es la de resolver problemas públicos, el uso de la información y de los resultados de las evaluaciones de los diferentes subsistemas sociales debería traer consigo mejores resultados de las políticas. La noción de política pública está asociada a la noción de capacidad como “eficacia administrativa del aparato estatal para instrumentar sus objetivos oficiales” (DÍAZ, 1998, p.78).

Un modo clásico de analizar las políticas públicas es utilizando el modelo “fásico” o “del ciclo”. Con variantes, las subdivisiones de la dinámica del proceso contemplan: la construcción de la agenda, que supone la emergencia del problema, su definición y su inserción en un conjunto de cuestiones priorizadas en el programa de decisión y actuación del poder público); la formulación de la política, es decir, la fase en que una vez consideradas alternativas de intervención se adopta una decisión sobre la estrategia fundamental a concretar; la implementación del programa o programas establecidos y su evaluación.

De esta forma, nuestra propuesta de interrelación entre el Enfoque de Derechos Humanos y el de Políticas Basadas en Evidencia nos debe

permitir responder preguntas como: 1) ¿Cómo se incorpora la evidencia en la formulación de políticas con enfoque de derechos humanos? La evidencia requerida en esta primera etapa debe permitir al o los actores involucrados: a) identificar el o los problemas sobre la afectación de derechos o la falta de cumplimiento de los estándares internacionales; y b) conocer la magnitud de éstos. 2) ¿Cómo se incorpora la evidencia en la formulación de políticas con enfoque de derechos humanos? La evidencia requerida en esta segunda etapa debe permitir al o los actores involucrados conocer: a) los vínculos instrumentales entre un plan o programa y su resultado respecto del cumplimiento de los derechos humanos; b) el costo esperado; y c) el impacto de una intervención en la efectivización de los estándares internacionales. 3) ¿Cómo se incorpora la evidencia en la implementación de políticas públicas con enfoque de derechos? La evidencia requerida en esta tercera etapa es fundamentalmente de tipo operativo, a fin de mejorar la efectividad de las iniciativas. Esto incluye al trabajo analítico, el aprendizaje sistematizado sobre las capacidades técnicas para su efectivización, el conocimiento experto y la experiencia práctica. Es importante en esta etapa, agrupar evidencias surgidas de trabajos de investigación-acción y los proyectos experimentales. 4) ¿Cómo se incorpora la evidencia en la evaluación de políticas? El objetivo principal refiere al desarrollo de mecanismos de monitoreo y evaluación y la generación de información sobre los indicadores de derechos humanos de resultado

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta el concepto de política pública, y los supuestos en que se basa, es que consideramos que el remedio de tipo estructural que debe adoptar el Poder Judicial para lograr la modificación también estructural de las mismas, debe contener la interacción entre el gobierno, la sociedad civil y el objetivo público, por cuanto la política pública supone un acto de voluntad política, que se desarrolla en un entorno abierto y democrático, en donde el gobierno no actúa sólo, sino interactúa con otras instituciones públicas y con grupos o personas de la sociedad civil, en un espacio público. Pensamos por lo tanto que las políticas públicas, pese a que en un conflicto complejo debe desenvolverse y estar bajo la supervisión del Poder Judicial, debe conservar los supuestos políticos que encierra y que le es propio, de otra manera carecería de eficacia.

Si bien, el camino transitado para la intervención judicial de políticas públicas demuestra un camino posible para rediseñar políticas públicas acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, no resulta suficiente. Como expresamos, la falencia de políticas públicas para la garantía de derechos humanos es la demostración de la falta de adecuación de burocracia estatal a dichos estándares. Esto pone en evidencia que si bien la resolución política y jurídica está resuelta con los tratados de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional en nuestro país, no está resuelto el problema técnico de la elaboración e implementación de la respuesta judicial que pueda ser eficaz. De allí la necesidad de incorporar nuevos paradigmas y proponer nuevos esquemas de resolución que permitan una salida que postulamos puede representar la incorporación de políticas públicas con enfoque de derecho y basadas en evidencia científica.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, V. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *In*: BIRGIN, Haydee ; KOHEN, Beatriz. **Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas**. Buenos Aires: Biblos, 2006.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *In*: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

ABRAMOVICH, V.; PAUTASSI, L. (ed.). **La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

ABREGÚ, M. Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva, *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 5, n. 8, jun. 2008. Disponible en: <http://ojs.cib.unibo.it/riviste/index.php/puenteeuropa/article/viewFile/5205/4953> Acceso 1 jul. 2019.

BADENI, G. **Tratado de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2014.

BASCH, F. **Breve Introducción al Litigio de Reforma Estructural**. Documento base para el Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural. Buenos Aires, noviembre de 2010.

BERGALLO, P. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina, 2005. Yale: **Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política** (SELA) Yale Law School, Paper 15.

BIRGIN, H.; KOHEN, B. **Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas.** Buenos Aires: Biblos, 2006.

BRINKS, D.; GAURI, V. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. *In*: GARGARELLA, Roberto (org.). **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Access to Justice and the Welfare State.** Firenze: Le Monnier, 1981.

CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, may. 1976.

CORREA SUTIL, J. Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina. ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, p. 293-308, 2000.

DÍAZ, C. El ciclo de las políticas públicas: notas para su abordaje y reestructuración. *In*: DELGADO, Daniel García et al. **Políticas públicas y desarrollo local.** Rosario: CLACSO-Centro de Estudios Interdisciplinarios-Instituto de Desarrollo Regional, 1988.

FISS, O. M. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov, 1979.

FULLER, L. L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 94, 1978.

JARAMILLO, L. G. La doctrina jurisprudencial del Estado de Cosas Inconstitucional: respuesta judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social. *In*: JARAMILLO, L. G. **Constitucionalismo deliberativo.** México: UNAM, 2015. p. 171-207.

GARGARELLA, R.; ALEGRE, M. (coord.) **Derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario.** Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Acceso a la justicia y derechos humanos de grupos vulnerables y excluidos en Guatemala.** San José de Costa Rica: IIDH, 2009.

MARCHIONNI, J. M. La división de poderes y las cuestiones políticas no justiciables. **Anales de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP**, v. 3, n. 36, 2005.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia.** Lima, Ediciones del Instituto, 2001.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe.** Buenos Aires: Ediciones del Instituto, 2005.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe.** Buenos Aires: Ediciones del Instituto, 2005.

STUBRIN, L.; KABABE, Y. La interrelación entre la investigación científica y las políticas públicas en ciencia, tecnología e innovación en la Argentina. **Redes**, v. 20, n. 39, p. 73-103, dic. 2014.

THOMSON, J. (coord.). **Acceso a la justicia y equidad:** estudio en siete países de América Latina. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2000.

ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA? UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NA ADPF N.º 123 E NA ADI N.º 4.277

JUDICIAL ACTIVISM OR JUDICIALIZATION OF POLITICS? AN ANALYSIS OF STF'S ROLE IN RECOGNIZING UNIONS BETWEEN PEOPLE OF THE SAME SEX IN ADPF N.º 132 AND ADI N.º 4.277

Gabriele Zini de Oliveira*

Isadora Ferreira Neves**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Diferenças centrais entre ativismo judicial e judicialização da política a partir dos pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito. 3 Análise de caso: ADPF N.º 132 e ADI N.º 4.277 – o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo foi ativismo ou judicialização? 4 Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política a partir das decisões proferidas na ADPF n.º 132 e na ADI n.º 4277 sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito fundada por Lenio Streck. Para atingir tal objetivo, primeiramente são abordados os contornos da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito para que num segundo momento seja feita a análise da decisão proferida na ADPF n.º 132 e na ADI n.º 4. 277, tendo em vista que houve substancial modificação do texto constitucional, insculpido no § 3º do art. 226, ao ser reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo. Colocados os pressupostos teóricos básicos, passa-se à crítica à atuação do Poder Judiciário a partir do debate sobre os efeitos deletérios na democracia brasileira em decorrência da atuação (e consubstancial interferência) de julgadores solipsistas. Desse modo, no intuito de desmistificar a premissa de que o conteúdo de decisões ativistas é sempre progressista - imaginário que permeia considerável parte da doutrina brasileira, revisou-se os pressupostos teóricos de Clarissa Tassinari e Lenio Streck acerca da diferença entre ativismo judicial e judicialização da política.

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS. E-mail: gabizini@hotmail.com).

** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) como bolsista CAPES/PROEX e membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. E-mail: isadoraneves@gmail.com. Celular: (73) 99101-5756. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6778278829147343>.

Artigo recebido em 03/12/2020 e aceito em 15/03/2021.

Como citar: OLIVEIRA, Gabriele Zini de; NEVES, Isadora Ferreira. Ativismo judicial ou judicialização da política? Uma análise da atuação do STF no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo na ADPF n.º 123 e na ADI n.º 4.277. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 321-341. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Palavras-chave: ativismo judicial. judicialização da política. Poder Judiciário.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the decisions handed down in ADPF n.º 132 and in ADI n.º 4277 under the perspective of a proposal to distinguish between judicial activism and judicialization of politics, with contributions from the Hermeneutic Criticism of Law founded by Lenio Streck. To achieve this objective, contours of the distinction between judicial activism and the judicialization of politics from the perspective of the Hermeneutic Criticism of Law are approached, so that in a second moment the analysis of the decision made in ADPF n.º 132 and ADI n.º 4277, considering that there was a substantial modification of the constitutional text, inscribed in § 3 of art. 226, when the union between persons of the same sex is recognized. Having placed the basic theoretical assumptions, the paper develops the criticize of the performance of the Judiciary from the debate on the deleterious effects on Brazilian democracy as a result of the performance (and consubstantial interference) of solipsist judges. Thus, in order to demystify the premise that the content of activist decisions is always progressive - an imaginary that permeates a considerable part of Brazilian doctrine - the paper uses the theoretical assumptions of Clarissa Tassinari and Lenio Streck about the difference between judicial activism and judicialization of politics.*

Keywords: *judicial activism. judicialization of politics. Judicial power.*

INTRODUÇÃO

Não obstante as inúmeras análises existentes acerca do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4.277, o tema certamente ainda não foi esgotado. Isso porque, além de ser um dos casos mais complexos julgados pela Corte, trata-se de uma emblemática situação em que a discussão perpassa pela diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, bem como se apresenta como um concreto exemplo acerca do papel contramajoritário do STF.

Da mesma forma, imprescindível a análise de julgados que, diante do conteúdo emancipador, fomentaram a premissa no campo progressistas de que a atuação do judiciário - independentemente se coerente com suas atribuições - seria democraticamente aceita, o que ocorreu nas considerações teóricas acerca do julgamento da ADPF n° 132 e da ADI n° 4.277. Nesses termos, considerando tanto o caráter emancipador do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como a complexa relação entre Direito e a Política, o objetivo geral do presente trabalho é analisar em que medida a decisão do STF na ADPF n° 132 e na ADI n° 4.277 trata de uma postura ativista ou compreende judicialização da política.

Em se tratando dos objetivos específicos, pretende-se estudar a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política a partir das considerações de Clarissa Tassinari e Lenio Streck; explorar os votos dos ministros na ADPF n° 132 e na ADI n° 4.277, a fim de investigar

se a atuação dos julgadores se tratou de ativismo judicial ou configurou judicialização da política. No que tange à hipótese, afirma-se que, embora os efeitos do julgamento tenham sido convergentes à judicialização da política, o meio pelo qual foi efetivado o direito e a argumentatividade do Ministro torna a decisão ativista.

O presente trabalho tem como base epistemológica a investigação abordagem fenomenológico-hermenêutica, que possui amparo nas obras filosóficas de Martin Heidegger e com as contribuições do filósofo Hans-Georg Gadamer. O ponto central da adoção desta metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, o que significa que a metodologia empregada implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio (STEIN, 1991).

Esta perspectiva se apresenta na medida em que se propõe o enfrentamento do problema das fronteiras entre o ativismo judicial e a judicialização da política a partir do modo como a doutrina tradicionalmente construiu, visando a apresentar uma leitura hermenêutica que possibilite o aprofundamento dessa distinção. Por esse motivo se justifica a análise da ADPF n.º 132 e da ADI n.º 4.277, no sentido de assentar essa distinção tendo como referência um tema que gera repercussão não somente por sua relevância para a sociedade, mas pelo desafio em oferecer uma resposta jurídica que supere o marco legal pré-existente, sobretudo para uma minoria social historicamente oprimida pelas estruturas sociais.

Essa base epistemológica estrutura o trabalho por permitir uma perspectiva crítica ao fenômeno analisado, e essa crítica se dá na medida em que se aprofunda o tema ao levar em conta não só que ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos complexos e distintos mas também que o tema analisado demanda outros desafios a essa distinção, por colocar em pauta um ponto primordial no que tange à própria função da jurisdição constitucional, que é o seu papel na proteção dos direitos fundamentais atinentes às minorias.

No sentido metodológico se trabalha com pesquisa de natureza qualitativa, com delineamento que se dá pela pesquisa documental-bibliográfica por meio da coleta de dados atinentes à análise da argumentação desenvolvida no julgamento da ADPF n.º 132 e da ADI n.º 4.277, bem como pela composição de um lastro teórico que constrói as premissas e permite a análise do caso em tela.

1 DIFERENÇAS CENTRAIS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DOS PRESSUSPOSTOS TEÓRICOS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Com o fundamento de impedir atrocidades que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, intensificou-se nos países a cautela e a proteção de direitos fundamentais, o que acarretou avanços significativos na dogmática constitucional com a positivação desses novos direitos (TASSINARI, 2012b). Nesse aspecto, as constituições passaram a cumprir papel dirigente, tendo em vista que de uma cartilha de normas negativas passaram a determinar as metas e diretrizes que a nação deveria seguir, influenciando, conseqüentemente, no processo de legislação ordinária e nas decisões da administração (BERCOVICI, 1999; 2004). Logo, “Estas constituições não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social” (VIEIRA, 2008, p. 444). No Brasil, devido ao período da ditadura militar, esse processo ocorreu apenas com a redemocratização e a Constituição de 1988, a qual “[...] potencializou o papel do Judiciário, ao reforçar o compromisso do Direito com o cumprimento do que estava previsto no texto constitucional” (TASSINARI, 2012a, p. 39). Diante dessa nova estrutura, tornou-se incumbência dos juizes não apenas atuarem como legisladores negativos, mas também efetivarem as promessas insculpidas na Constituição (VIEIRA, 2008). Contudo, diante da insuficiência do Estado em concretizar essas novas garantias, intensificou-se um processo de enfraquecimento na confiança do cidadão em relação ao executivo e ao legislativo, havendo, conseqüentemente, uma sacralização do judiciário e a expansão das suas competências (JARAMILLO, 2015).

Somado a isso, estão as inúmeras atividades acumuladas ao STF desde a redemocratização do país, quais sejam, “[...] tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado [...]” (VIEIRA, 2008, p. 444), além de ter o seu “[...] papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos [...]” a outras Cortes. Devido a essas questões, Viera (2008) denominou essa nova fase do STF como supremocracia, o que justifica por dois motivos: o primeiro, em decorrência da “[...] autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário” (VIEIRA, 2008, p. 444), especialmente em decorrência da possibilidade de legislar mediante

súmulas vinculantes; o segundo, devido à “[...] expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p. 445). Em síntese, a partir da leitura da obra de Garapon, Vieira conclui que “[...] o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de ‘proteção de regras’ constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de ‘criação de regras’” (VIEIRA, 2008, p. 446).

Observando as mudanças advindas com a redemocratização do país, o ativismo judicial é considerado por grande parcela de juristas como consequência própria da jurisdição brasileira, o que justificam, na maioria dos casos, devido à ineficiência do Estado na concretização das promessas existentes na Carta Cidadã, ou seja, tratar-se-ia o ativismo uma alternativa de reparo para os problemas sociais (TASSINARI, 2012a). Na sua maioria, essas respostas são embasadas a partir da recepção (problemática e acritica) de teorias, cuja aposta seja o protagonismo do julgador, tais como a jurisprudência de valores, o realismo norte-americano e a teoria de Robert Alexy (STRECK, 2014; 2017a). Esse novo imaginário, embora imperceptível para parte considerável dos doutrinadores brasileiros, intensifica os poderes concentrados na figura dos juízes, o que implica problemas para a democracia brasileira:

Si antes el intérprete estaba sometido a una estructura preestablecida, ya a partir del siglo XX, el dilema pasó a ser: cómo establecer controles a la interpretación del derecho y evitar que los jueces se apoderen de la legislación democráticamente construída? (STRECK, 2014, p. 31).

A expansão da atuação do judiciário, dependendo da forma e motivação, pode acarretar ativismo judicial ou judicialização da política. Em que pese sejam fenômenos de natureza e consequência distintas, na doutrina brasileira e pelos próprios julgadores ainda são tratados como se sinônimos fossem, sendo discorrido, portanto, que seus efeitos à democracia são idênticos. Ocorre que, diante da interferência na política pelo judiciário, o que se acentua nos últimos anos, inclusive com juízes atuando papéis de heróis populares, é premente estabelecer nas discussões jurídicas essa diferenciação, sendo necessária, ainda, que essa distinção transcenda os muros da academia para incorporar as arenas discursivas do mundo dos fatos, até porque “[...] no interior de uma cultura

democrática, os atos judiciais estão sujeitos a uma espécie de prestação de contas para o fortalecimento da democracia” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 53).

Para discorrer sobre os aspectos centrais desses dois fenômenos - ativismo judicial e judicialização da política, recorre-se aos pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do direito, matriz teórica fundada por Lenio Streck e utilizada por Clarissa Tassinari para aprofundar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

No que tange à judicialização, define-se como um fenômeno que se localiza além das fronteiras do judiciário, não estando imbricada à vontade do julgador, trata-se, pois, de uma questão social, decorrente da “[...] (in)competência - por motivo de inconstitucionalidades - de poderes ou instituições” (STRECK, 2016c, p. 724).

A sua existência está imbricada às insuficiências da atuação do legislativo e executivo, concretizando-se como uma resposta aos vazios que deveriam ser preenchidos pelo Estado, de modo que “[...] envolve toda a construção de um imaginário social e político que transcende as fronteiras daquilo que se pode considerar sob seu domínio” (TASSINARI, 2012b, p. 43). Em outras palavras, a judicialização é derivada de

[...] uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade - característica da sociedade de massas (TASSINARI, 2012b, p. 22).

Observando tais parâmetros, o jurista Lenio Streck elucida que a judicialização da política “[...] é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes” (STRECK, 2017a, p. 87), ou seja, “Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições” (STRECK, 2016c, p. 724). Entre as causas de sua ocorrência, Tassinari aponta cinco principais delas, quais sejam o dirigismo constitucional, a criação e atuação dos Tribunais Constitucionais na Europa, o aumento da litigiosidade nas relações sociais, o crescimento do acesso à justiça e a existência de crises democráticas. (TASSINARI, 2012b).

Nesses termos, a redução da judicialização “[...] não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de

uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos” (TASSINARI, 2012b, p. 22). Inclusive, para Streck (2016c), a judicialização, mesmo que em ínfima intensidade, existirá em regimes democráticos regidos por uma Constituição normativa, pois “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado” (STRECK, 2016c, p. 724).

Em contrapartida, o ativismo judicial apresenta “[...] a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (TASSINARI, 2012b, p. 25). Portanto, está imbricado à figura do julgador no exercício das suas competências, isto é, “[...] decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade” (TASSINARI, 2012b, p. 44).

Por romper os limites que estão insculpidos constitucionalmente acerca de sua competência, não há controle democrático para decisões ativistas, de modo que sempre será prejudicial à democracia, pois permeia “[...] comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública” (STRECK, 2016c, p. 724). A decisão ativista, portanto, utiliza fundamentos subjetivos do julgador, substituindo o debate público sobre o que será decidido indo de encontro aos processos dialógicos que são necessários em regimes democráticos (STRECK, 2016a).

Nesse interim, possibilita-se ao julgador a elaboração de uma fundamentação discricionária calcada em argumentos exógenos ao direito, tais como a economia, a moral e a política¹ (TASSINARI, 2012b). Por não estar mais restrito à literalidade da lei e ter a liberdade de fundamentar com elementos externos, o julgador, sob o pretexto de interpretar, extrai qualquer sentido da leitura do texto, esquecendo-se que a linguagem “[...] é condição de possibilidade, de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva” (STRECK, 2017b, p. 60). Nesse viés, o julgador criará o direito ao invés de aplicá-lo, estabelecendo uma relação de poder semelhante ao déspota no sistema pré-Estado Liberal, pois há “[...] uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo

¹ Como adverte Streck, “Esse é o maior problema, na maior parte das vezes, dos juristas, na medida em que não são filósofos morais, políticos ou sociólogos. Nem economistas. Entretanto, geralmente, tendem a achar que são” (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Judiciário” (STRECK, 2017a, p. 73). Em síntese, o poder discricionário “[...] é uma ‘autorização’ para o juiz atuar como ‘legislador intersticial’. E isso não é democrático, no plano de qualquer teoria contemporânea” (STRECK, 2017b, p. 61).

Ainda sobre decisões discricionária, Streck complementa que:

[...] no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer ‘espaço’ de sentido - vaguezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. - o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Mais grave ainda, quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. (STRECK, 2017a, p. 74-75).

A fim de tornar mais didática a classificação entre decisões ativistas e as que configuram judicialização da política, Streck (2018a) elaborou uma fórmula para auxiliar na distinção a partir da criação de três perguntas que devem ser respondidas pelo julgador (de forma positiva) precedente à decisão:

[...] se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado - quer dizer, concedido às demais pessoas - e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia. (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Superada a distinção entre ativismo e judicialização da política, prossegue-se o trabalho sobre o falacioso imaginário acerca da discussão aqui elencada no Brasil. Isso porque, erroneamente, criou-se a ideia de que o judiciário atuaria sempre de forma progressista nas decisões ativistas, de modo que - ludibriado pelo canto da sereia - o próprio campo progressista revestiu de legitimidade democrática as transgressões legais da Corte Superior. Contudo, da mesma forma como ocorreu nos Estados Unidos², direitos constitucionais já foram severamente violados em decisões ativistas, o que se pode evidenciar com o julgamento nas

² É preciso recordar que o ativismo judicial nos Estados Unidos não assumiu somente caráter progressistas, havendo retrocessos na sociedade americana em decorrência da interferência do judiciário, o que se exemplifica com a postura da Suprema Corte em relação às medidas intervencionistas do governo de Roosevelt (STRECK, 2017a).

Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n° 43 e 44, em que o STF, ignorando a literalidade do inciso LVIII do art. 5o da Constituição Federal (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), definiu um novo sentido para a garantia constitucional, indicando que poderá ser considerado culpado o sujeito após decisão do segundo grau. Como evidencia Streck, “engendrou-se um novo tipo de ativismo: o ativismo às avessas, de índole conservadora (no sentido de reacionário), espécie de motim hermenêutico (hermeneutic riot)” (STRECK, 2018b).

No momento em que a Corte Superior viola garantias constitucionais, questiona-se: quem poderá nos salvar da vanguarda iluminista quando arbitrária? (STRECK, 2013). Não obstante o sarcasmo da questão, é premente a pergunta, haja vista que não há mecanismos democráticos para impedir o avanço dessas incongruências, “[...] na medida em que a postura ativista do Judiciário consiste numa decisão fundamentada em um ato de vontade de quem julga, a democracia (e a concretização de direitos) fica refém de crenças e preferências dos juízes, de seu poder discricionário” (TASSINARI; LIMA, 2011, p. 108-109), motivo pelo qual “[...] ativismo judicial e Estado Democrático de Direito não se coadunam” (TASSINARI; LIMA, 2011, p. 109).

Desse modo, independente dos efeitos da decisão, é preciso, no mínimo, respeitar a literalidade do texto constitucional, sob pena de se permitir a ocorrência de retrocessos devido à permissividade do solipsismo do julgador, o qual se coloca em posição além dos limites democráticos. Como afirma Streck, “[...] no texto escrito da Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente positivista [...]” (STRECK, 2017a, p. 84).

2 ANÁLISE DE CASO: ADPF N° 132 E ADI N° 4.277 - O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO FOI ATIVISMO OU JUDICIALIZAÇÃO?

Precedente à análise se a decisão do STF configurou judicialização ou ativismo, com a escusa do leitor, discorrer-se-á acerca do conceito de minoria social antes de adentrar novamente nos limites da teoria do direito. Entende-se necessária essa intervenção, considerando que os sujeitos afetados pela decisão constituem um grupo que se encontra subordinado nas relações de poder, inclusive institucionalizadas pelo Estado. Não

obstante a pluralidade que a Constituição Federal impõe à sociedade brasileira, a heteronormatividade ainda regula a existência dos indivíduos, sendo que tudo o que se localiza fora dos limites culturais é tachado como anormal, sendo legitimada a sua correção ou extermínio.

O Brasil não se encontra entre os países que mais matam LGBTQ+ por mera causalidade, esse padrão cultural assola inclusive o funcionamento das instituições. O Congresso Nacional, em que pese devesse ter como premissa norteadora a promoção de igualdade, é reduto de uma bancada conservadora, marcada majoritariamente pelos setores armamentista, evangelista e ruralista, havendo, portanto, empecilhos para a aprovação de projetos progressistas, ainda mais quando atingem diretamente o interesse LGBTQ+. Exemplificando a situação, há mais de vinte anos tramita no congresso projeto de lei cujo objeto é o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo (PL nº 1151/1995), sendo travada a sua aprovação especialmente pela bancada evangélica. A leitura lógica é que o capital político de setores conservadores impede o reconhecimento de direitos de indivíduos que não se enquadram na heteronormatividade, motivo pelo qual o processo democrático falha na efetivação de garantias constitucionais.

Feitas tais considerações, retoma-se à discussão central do trabalho, devendo, contudo, ser feita uma advertência ao leitor: situar os sujeitos que serão beneficiados por uma decisão judicial não quer dizer que somente por essa razão o judiciário deverá tomar a postura A ou B. Como já evidenciado, até mesmo para garantir a continuidade de direitos e evitar arbitrariedades, é importante que a Constituição seja o limite e o norte para aqueles que julgam, até porque essa funciona “[...] como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas)” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 76).

No entanto, deve-se recordar que uma das funções da Corte Superior é exercer o papel contramajoritário, de modo que, se não interfere no resultado do julgado, ao menos deve ser considerada a posição social desses sujeitos. Quanto a esse aspecto, Streck elucida que:

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso - *no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição* - do resgate das promessas da modernidade, que aprontará, ao

mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isso, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade feral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente” (STRECK, 2017a, p. 113-114).

Contudo, em que pese evidente o papel contramajoritário do STF, a efetivação de direitos não pode se dar por vias ativistas. Desse modo, imprescindível o questionamento: a decisão do STF, embora cumprindo o papel contramajoritário, configurou ativismo ou judicialização da política? A resposta dessa questão, especialmente diante da condição social dos afetados, é complexa, o que inclusive foi afirmado pelo jurista Lenio Streck ao indicar que “este é um caso peculiar e extremamente polêmico, uma vez que, paradoxalmente, uma atitude ativista acabou sendo transformada em uma judicialização da política, se levarmos em conta a diferenciação entre ativismo e judicialização” (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Pois bem, para melhor compreensão, precedente à análise principal, cabe situar as demandas. A ADI nº 4.277 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), enquanto a ADPF nº 132 foi ajuizada pelo governador do Rio de Janeiro, na época Sérgio Cabral. Na primeira ação, o objeto compreendia a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como a igualdade de tratamento e de direitos em relação às uniões heterossexuais. Na segunda, foi alegado que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, pedindo, assim, que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homossexuais de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Na perspectiva de Streck (2018a), os argumentos centrais elencados na propositura das demandas foram (A) a violação do princípio da igualdade na diferenciação entre uniões homossexuais e

heterossexuais; (B) a proibição constitucional da discriminação em relação à orientação sexual, nos termos do inciso IV do art. 3º da CF; (C) o Brasil ter firmado o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, através do Decreto nº 592/92, que preceitua o direito à igualdade; (D) a laicidade do Estado e a impossibilidade de argumentos religiosos definirem o reconhecimento (ou não) de união com configurações diferentes da heterossexual; (E) a ausência de reconhecimento da união homossexual caracterizar uma ofensa à segurança jurídica; (F) a manutenção do tratamento diferenciado entre uniões ofender o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade.

São inúmeros os textos que o doutrinador Lenio Streck analisou o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, sendo o último texto publicado no livro 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Para melhor compreensão das implicações da decisão, o Professor dividiu em cinco principais reflexões, as quais serão retomadas no presente trabalho. A primeira, a utilização de uma ADPF como mecanismo para suprir a omissão do legislador está equivocada. Isso porque, consoante o inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ou seja, havendo efetiva omissão, caberá a propositura de um mandado de injunção (no âmbito do controle de constitucionalidade difuso) ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no sentido de um controle de constitucionalidade concentrado).

Contudo, mesmo se no caso fossem apresentadas as irresignações em mandado de injunção, não caberia a apreciação do pleito, tendo em vista que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal não possui omissão ou lacuna a ser suprimida (STRECK, 2018a), como se verifica na leitura do dispositivo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A segunda, na decisão, os principais argumentos utilizados pelo Ministro Relator Ayres Britto são exógenos ao direito, tangenciando,

principalmente, a órbita da política-moral, secundarizando o julgador a questão jurídica posta em pauta, qual seja, o que a Constituição estabelece acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, para Streck (2018a), a diferenciação no tratamento direcionado aos sujeitos, por si só, não é motivação satisfatória para declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo constitucional, tampouco seria pelo pluralismo político. Isso porque reconhecer as idiosincrasias dos sujeitos para o fim de definir tratamento específico as suas necessidades é condição para não ocorrência de injustiças, o que se pode exemplificar em relação à diferença de idade para aposentadoria entre homens e mulheres. Ademais, o Professor constitucionalista aduziu que, diferente do que exposto pelo Ministro Relator Ayres Britto, interpretar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo estariam subentendidas no inciso V do art. 10 da CF, que indica que um dos fundamentos da República é o pluralismo político, extrapola os limites semânticos do dispositivo. Em suas palavras,

Extractar o reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas de um inciso que diz que a República tem como fundamento o pluralismo político não aparenta ser uma leitura logicamente coerente. Aliás, seria muito mais fácil sustentar o contrário: já que a República tem como fundamento o pluralismo político, as decisões tomadas por meio de deliberação política, como o caso do reconhecimento de uniões estáveis apenas entre homem e mulher, devem ser respeitadas pelo Poder Judiciário. Hermeneuticamente, faria muito mais sentido. (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Além disso, como já referido anteriormente, “o Direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que ‘devemos levar o texto a sério’”. (STRECK, 2018a, não paginado). Nesses termos, não haveria como situar omissões em dispositivos que não possuem qualquer necessidade de complementação, tal como o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

A terceira, Streck (2018a) aponta que, embora se possa anuir que a afetividade possua preponderância à biologicidade, o argumento não é passível de comprovação, pois “[...] a afetividade vem sendo alçada a princípio jurídico, sem que isso, todavia, possa ser demonstrado, na medida em que sua aplicação - por falta de normatividade - acabe ficando refém de atitudes meramente ativistas” (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado). Avança, ainda, ao questionar que o não reconhecimento

da união entre pessoas do mesmo sexo não é impeditivo para no mundo dos fatos elas existirem, não havendo mais a criminalização como outrora existia, de modo que o reconhecimento (ou não) interfere somente nos aspectos patrimoniais dos casais, não havendo nenhum prejuízo à liberdade para constituir a união³.

A quarta, ao invés de fundamentar sua decisão pautado em parâmetros jurídicos, o Ministro Relator Ayres Britto recorreu a argumentos morais, criando espécie de epistemologia do amor ao recorrer inclusive a poemas e letras de música. Desse modo, uma decisão com impacto incisivo na Constituição (considerando a modificação da literalidade do dispositivo) foi discorrida como se um romance fosse. Evidente, pois, que o julgador, discricionariamente, utilizou argumentos morais para corrigir a Constituição Federal. Sobre essa conduta, Lenio Streck adverte que

[...] um argumento moral não pode corrigir a Constituição (por exemplo, o clamor das ruas não pode ter o condão de fragilizar a presunção da inocência). Por isso, meu receio de que, se concordarmos com a moralização do Direito em boas causas, fatalmente chegará o momento em que a correção moral virá para afetar direitos fundamentais (seriam as causas ruins). É preciso, portanto, guardar coerência. (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

E continua,

É por isso que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa - e quem, a não ser fundamentalistas religiosos e políticos conservadores, poderia ser contra? - é necessário esperar pelo Legislador. Aplicar o Direito quer dizer “fazer interpretação com base em argumentos de princípio”, e não “por argumentos pessoais” etc. Portanto, quando se pergunta ao Judiciário sobre alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais,

³ Nesse aspecto há divergência com a análise realizada pelo jurista. Isso porque, em que pese aparentemente o reconhecimento das uniões tenha caráter meramente patrimonial, é subversivo o impacto que o reconhecimento implica na sociedade, uma vez que desconstrói padrões que outrora tornavam anormais ou promíscuos os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Amparando-se pela teoria de Fraser (2006), poder-se-ia, inclusive, afirmar que o reconhecimento da união homossexual é uma prática afirmativa com caráter transformativo, isto é, apesar de não possuir força para modificar a estrutura social, ao longo prazo poderá auxiliar no desmantelamento dos padrões que causa subordinação de status.

políticos, morais etc. Em uma democracia, não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do Direito. (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado)

A quinta, é notório que sociedade está em constante mutação, o que é intensificado pela tecnologia e novas formas de relações sociais. Contudo, não se pode atribuir ao judiciário as mudanças necessárias no ordenamento jurídico em decorrência da atuação do legislativo ser mais morosa, porque, além de haver prejuízo a tripartição dos poderes, atribuir-se-ia a competência de legislar para aqueles que não são representantes do povo: o STF modificaria a legislação - e, pior, a Constituição Federal - por meio da jurisprudência, “[...] como se fosse possível fazer um ‘terceiro turno’ no processo constituinte” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 77).

[...] em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). Esse é o ônus do aludido pluralismo político. O fato de o Judiciário - via justiça constitucional - efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle stricto sensu de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”. (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Desse modo, incorporar ao julgador o papel de legislador incorre na fragilização da produção democrática do direito, pois “[...] vamos admitir que o direito - produzido democraticamente - possa a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 78).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a categoria de análise para enquadrar a postura do STF na ADPF nº 132 e na ADI nº 4.277 limitar-se apenas aos efeitos da decisão perante a comunidade LGBTQ+ e ao reconhecimento de direitos de minorias sociais que estava travado pelo conservadorismo do legislativo, seria coerente falar em judicialização da política? A resposta somente será positiva, caso o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo seja tratado como uma questão além do patrimônio do casal, definindo-se, portanto, como um direito do indivíduo de ter reconhecida a sua união perante o Estado, independentemente se adequada a sua orientação

sexual à heteronormatividade. Inclusive, comprova-se por meio de uma prova real a partir da fórmula de Streck, veja-se: (1) se está diante de um direito fundamental com exigibilidade (ter reconhecida a união pelo Estado, independente se a orientação sexual seja hetero); (2) é possível universalizar a decisão (todos os casais entre pessoas do mesmo sexo); (3) não se está fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos. Corroborando essa análise, no livro 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF, Streck, ao discorrer sobre o referido julgamento, conclui que “O resultado mostrou-se positivo, porque, mesmo em casos que podem ser classificados como ativistas, o produto final não provocou efeitos deletérios no País” (STRECK, 2018a, livro eletrônico não paginado).

Em outra perspectiva, se a análise para enquadrar uma decisão como ativista avaliar, não apenas o resultado, mas os limites semânticos da Constituição Federal, o uso de mecanismos adequados para efetivação de direitos (exemplo, a natureza das ações) ou a argumentatividade utilizada pelo julgador para fundamentar a decisão não ser exógena ao direito, certamente a postura do STF no julgamento referido será enquadrada como ativista. Isso porque, para reparar um erro do constituinte, a Corte Superior transgrediu o seu papel constitucionalmente previsto, atuando como um terceiro turno no processo constituinte e, pior, corrigindo o erro com fundamentos morais. É importante ressaltar que, não obstante a efetivação de direitos de minorias sociais (isto é, reconhecimento pelo Estado do casamento entre pessoas do mesmo sexo), é fundamental iniciar a discussão partindo de uma análise se a fundamentação dos Ministros é ou não ativista, tendo em vista que não se trata de uma discussão meramente procedimental, mas fundamental para manutenção do Estado Democrático de Direito, especialmente em períodos como o presente que um governo de ultradireita indicará Ministros para compor a Corte Suprema.

Desse modo, se a análise compreender todo o contexto, torna-se uma tarefa hercúlia afirmar se a decisão é ativista ou configura judicialização da política, pois, embora fundamentada por argumentos externos ao direito e efetivada por meios equivocados, a luta pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo há anos vem sendo tolhida pelo capital político de seguimentos conservadores: a PL nº 1.151/1995 tramita há mais de 20 anos, não havendo previsão para se tornar lei ordinária; se não bastasse, são várias as propostas dos deputados contra o reconhecimento da união homossexual, entre elas está o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 639/2017, cuja proposta é proibir o casamento homossexual no Brasil.

Contudo, em que pese a decisão tenha viés emancipatório, é necessário frisar que não se trata de uma legislação infraconstitucional injusta perante uma interpretação constitucional, ou seja, uma decisão da Corte Superior para estabelecer integridade no ordenamento jurídico a partir de pressupostos constitucionais. Pelo contrário, o novo sentido atribuído ao § 3º do art. 226 da Constituição Federal foi substancialmente modificado através de uma decisão discricionária. Nesse aspecto, diante da problemática atuação do STF nos últimos anos, o que inclusive interferiu no processo eleitoral de 2018, corre-se um risco de a própria Constituição estar fadada ao subjetivismo dos 11 Ministros da Corte Superior, tendo em vista que, além de inexistir garantias de uma postura progressista, o STF já demonstrou oscilar nas suas decisões, pendendo para um conservadorismo reacionário, especialmente nos casos em que se envolve direito penal. Pelas ressalvas até aqui formuladas, apesar de a decisão ter efeitos claramente progressistas e emancipadores, diante do corriqueiro ativismo às avessas, ecoa as advertências de Tassinari e Streck quanto à necessidade de expurgar decisões ativistas, sob pena de se colocar em risco a democracia brasileira.

Vale ressaltar ainda que essas questões levantadas demonstram complexidade exatamente por revelar a base epistemológica de um paradigma hermenêutico, que demanda o enfrentamento do fenômeno em toda a sua complexidade. Essa opção revela a profundidade do tema: não obstante a questão do ativismo judicial se mostre premente num primeiro momento, existe outra camada na discussão, que é o efeito dessas decisões para o asseguramento de um mínimo de direitos fundamentais para grupos minoritários. Nesse sentido que a judicialização da política irrompe uma análise superficial que apenas estigmatiza uma postura ativista do STF. É necessário também levar em conta que se trata de um momento jurisprudencial em que foi preservada a atuação contramajoritária do STF no exercício do seu papel de corte constitucional.

É exatamente por essa razão que, apesar da variedade de abordagens possíveis e da complexidade do tema tratado no presente trabalho, o que se propõe é um olhar novo. Esse avanço só é viável se, primeiramente, for reconhecida a imprescindibilidade de se enfrentar a questão partindo de uma distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, mas também reconhecendo o inconveniente de que as fronteiras dessa diferenciação não são estanques, pelo contrário, elas possuem espaço para serem problematizadas. É nessa lacuna que se insere a presente discussão.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, G. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua nova**, n. 61, p. 05-24, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>. Acesso em: 24 nov. 2020.

FRASER, N. La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *In*: FRASER, Nancy; FIONNETFI, Axel (org.). **Redistribución o Reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madri: Ediciones Morata, 2006.

FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribución o Reconocimiento?**: Un debate político-filosófico. Madri: Ediciones Morata, 2006.

GALLI, V. **Projeto de Decreto Legislativo nº 639, de 2017**. Susta a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2132541>. Acesso em: 05 nov. 2020.

JARAMILLO, L. G. **Cómo pensar** hoy la tension entre constitucinalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 67-95, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41005>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STEIN, E. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

STRECK, L. L. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

STRECK, L. L. A crítica Fiermenética do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016a. Disponível em: https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_eLiberdade/article/view/1181. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em Terrae Brasilis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, jul./set. 2016b. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.05.PDF. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. **Dicionário de Flermenética**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017b.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **EJLL**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016c. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 dez. 2018b. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 jan. 2016d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. Poder Judicial y constitucionalismo democrático: la necesidad de na teoria de la decision judicial para preservar la autonomia dei derecho. **Estúdios constitucionales**, Santiago, v. 12, n. 2, p. 29-54, 2014. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n2/art03.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a.

STRECK, L. L.; BARRETO, V. P.; OLIVEIRA, R. T. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um ‘terceiro turno da constituinte’. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 29 nov. 2020.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 51-61, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SUPLICY, M. **Projeto de Lei n.º 1151, de 1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília: Câmara de Deputados, 1995. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1632>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SUPLICY, M. **Projeto de Lei n.º 1.151, de 1995**. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 05 nov. 2020.

TASSINARI, C. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012a. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TASSINARI, C. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547/1826%20tassinari%202018>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TASSINARI, C. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012b.

TASSINARI, C. Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americana. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, v. 4, p. 60-78, 2010. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TASSINARI, C.; LIMA, D. P. A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: o estado patrimonialista e o ativismo judicial. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 3, p. 98-113, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/problematicaClarissaDanilo.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

TASSINARI, C.; LOPES, Z. F. A nova era do STF e os custos políticos do ativismo judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-08/diario-classe-stf-custos-politicos-ativismo-judicial>. Acesso em: 24 nov. 2020.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

INTERSEXUALIDADE: RECONHECIMENTO DO TERCEIRO SEXO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

INTERSEXUALITY: RECOGNITION OF THE THIRD SEX IN THE PERSONALITY LAW

Valéria Silva Galdino Cardin*

Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dos direitos da personalidade. 3 Do reconhecimento da sexualidade como um direito da personalidade decorrente do direito à identidade. 4 A abordagem médica da intersexualidade. 5 Do reconhecimento do terceiro sexo. 6 Conclusão. Referências

RESUMO: A intersexualidade é uma condição física-biológica sob a qual o indivíduo apresenta características relacionadas a ambos os sexos, não podendo, portanto, ser enquadrado nem como feminino e nem como masculino. Cediço que os direitos da personalidade tutelam os direitos considerados essenciais à manutenção da dignidade humana e ao livre e pleno desenvolvimento do indivíduo, tem-se que a sexualidade deve ser encarada como um direito personalíssimo. Atualmente, os corpos intersexos são tratados como doentes e, em virtude disso são submetidos à cirurgias para “correção dos órgãos sexuais”. Além disso, inexistem, no Brasil, legislações que tratem do assentamento civil destas pessoas. Diante disso, o presente estudo se propõe a investigar a interferência da sexualidade na formação do ser humano e a possibilidade do reconhecimento do terceiro sexo pelo ordenamento jurídico brasileiro à luz da dignidade humana e dos direitos da personalidade, como medida de reconhecimento das pessoas intersexo. Utilizou-se da metodologia teórica bibliográfica mediante a consulta em legislações, doutrinas, artigo e sites relacionados à temática proposta.

Palavras-chave: intersexo. direitos da personalidade. terceiro sexo.

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora e Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná.

** Mestranda em Ciências Jurídicas, com ênfase em Direitos Da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR (Bolsista CAPES/PROSUP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Graduada em Direito pela mesma instituição (Bolsa ProUNI). Membro do grupo de pesquisa “Proteção Integral da Pessoa: Interações dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos da Personalidade”. Advogada.

Artigo recebido em 31/01/2020 e aceito em 18/03/2021.

Como citar: CARDIN, Valéria Silva Galdino; SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos. Intersexualidade: reconhecimento do terceiro sexo à luz dos direitos da personalidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 343-366. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: *Intersexuality is a physical-biological condition under which the individual has characteristics related to both sexes, therefore, it cannot be framed either as a female or as a male. Granted that the rights of the personality protect the rights considered essential to the maintenance of human dignity and to the free and full development of the individual, sexuality must be seen as a very personal right. Currently, intersex bodies are treated as sick and, as a result, undergo surgery for “correction of sexual organs”. In addition, there are no laws in Brazil dealing with the civil settlement of these people. In light of this, the present study aims to investigate the interference of sexuality in the formation of human beings and the possibility of the recognition of third sex by the Brazilian legal system in the light of human dignity and personality rights, as a measure of recognition of intersex people. The bibliographic theoretical methodology was used by consulting legislation, doctrines, articles and websites related to the proposed tenatic.*

Keywords: *intersex. personality rights. third sex.*

INTRODUÇÃO

A concepção do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral dos direitos da personalidade torna possível o reconhecimento do indivíduo em sua totalidade e impõe ao Estado a garantia da proteção passiva e ativa de todo elemento que se demonstre como essencial para o livre e pleno desenvolvimento do ser humano.

Esta noção não é unânime e enfrenta resistência sob o argumento de que a partir disto haveria uma banalização do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, apenas seriam considerados como direitos da personalidade os positivados na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, conforme será melhor explanado no tópico que trata dos direitos da personalidade.

Assim, se de um lado este posicionamento se preocupa em garantir a segurança jurídica e preservar o princípio maior da dignidade da pessoa humana, de outro, ele se mostra reducionista e não oferece proteção satisfatória à personalidade humana, em especial, no que se refere ao seu desenvolvimento. Isso porque, a noção do que é essencial e necessário à manutenção da sua dignidade humana compete apenas ao próprio indivíduo se manifestar.

A partir desta crítica, expõe-se a situação das pessoas intersexo que possuem ambiguidade genital, mas especificamente, dos recém-nascidos sob esta condição, os quais, em decorrência de fatores de ordem físico-biológica, não podem ser enquadrados nem como feminino ou masculino, uma vez que, no Brasil, o sexo de uma pessoa é definido com base nos aspectos físicos dos seus órgãos sexuais.

A dificuldade do reconhecimento destas pessoas está no fato de que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei

n.º 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), exige que no momento do assentamento do registro civil, os genitores indiquem o nome e sexo da criança, sem, contudo, mencionar quais os sexos serão considerados válidos. Entretanto, na prática, observa-se que apenas é possível o reconhecimento de corpos que possam ser definidos como feminino ou masculino.

Verifica -se que a lacuna legal no que se refere ao registro de nascimento das pessoas intersexo está intrinsecamente ligada ao reconhecimento da sexualidade como um direito da personalidade, haja vista que, por meio desse entendimento, tornaria-se inadmissível a modificação dos corpos intersexo sem o consentimento do paciente e, em se tratando de menor, os pais teriam o seu poder familiar limitado pelo princípio do melhor interesse da criança, o qual deveria ser invocado para assegurar que nenhuma medida médica de cunho inaviso e irreversível seja tomada, com o intuito de permitir ao menor, quando capaz, que decida sobre o seu próprio corpo.

A intersexualidade é um fenômeno social - ela ocorre e existe - contudo, poucas são as pesquisas que abordam esta questão, principalmente na seara do direito, o que colabora para que estas pessoas sejam marginalizadas social e juridicamente.

O presente estudo se divide em quatro tópicos: o primeiro buscar conceituar e apresentar os fundamentos dos direitos da personalidade; o segundo tem por finalidade expor a sexualidade como um direito da personalidade; posteriormente, conceitua-se o que é a intersexualidade e qual a atual abordagem médica acerca dessa; e por fim, o último tópico trata da possibilidade do reconhecimento do terceiro sexo à luz dos direitos da personalidade como mecanismo de proteção das pessoas intersexuais.

A metodologia utilizada é a teórica, por meio de pesquisa bibliográfica em revistas científicas como a *Jurídica da Cesumar*, por contemplarem relevante arcabouço no que tange aos estudos voltados aos direitos da personalidade. Pesquisa em Revistas como a *Direito em Debate*, *Argumentum*, *Brasileira de Direito*, entre outras, dada as pesquisas voltadas para o estudo dos direitos humanos e fundamentais e, a *Revista Cadernos Pagu*, em virtude de sua ampla publicação em temáticas voltadas ao estudo de gênero. A pesquisa também contemplou plataformas de busca de artigos em língua estrangeira, como a plataforma da biblioteca virtual da Unicesumar, a SSRN, entre outras, além de sites de notícias, leis e doutrina voltadas para a temática.

1 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para a Psicologia, a personalidade “é uma estrutura dinâmica integrativa e integrante, que assegura uma unidade relativa e a continuidade no tempo do conjunto dos sistemas que explicam”, bem como “as particularidades próprias de um indivíduo, de sua maneira de sentir, de pensar, de agir e de reagir em situações concretas”. (VALLADON, 1988, p. 1).

Por sua vez, para o Direito, o conceito de direitos da personalidade associa-se à ideia de “faculdade, assegurada a qualquer pessoa, de que sua personalidade possa se desenvolver em seus aspectos físicos, psíquicos e morais, de forma plena e com a mais ampla liberdade possível” (BARRETO; SANTOS, 2006, p. 475).

Desse modo, os direitos de personalidade são, em resumo, aqueles que derivam da personalidade de cada indivíduo e abrangem os direitos relacionados à individualidade e à própria condição de ser humano, com destaque ao direito à vida, à integridade física e psíquica, ao próprio corpo, à privacidade e intimidade, ao nome, à imagem, à honra, à voz, à propriedade intelectual, entre outros (SCHEIBE; SILVA FILHO, 2010, p. 155). O Código Civil destacou que tais direitos “são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Dirceu Pereira Siqueira e Robson Aparecido Machado (2018) discorrem que os direitos da personalidade começam e terminam com o indivíduo e, portanto, caberia renúncia ao exercício destes, entretanto, não a renúncia ao direito em si. Para os autores, os direitos da personalidade não estão apenas ligados à individualidade, mas também à liberdade e dignidade, vez que são inatas à pessoa humana.

A tipificação dos direitos da personalidade exige uma compreensão “operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral de personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica” (CORTIANO JÚNIOR, 1998, p. 47).

Esta proteção genérica implica na compreensão de que o “fundamento constitucional dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Isso significa dizer que o valor da dignidade alcança a todos os setores da ordem jurídica” (VAZ;

REIS, 2007, p. 190). Acerca do princípio da dignidade humana, Nicola Abbagnano afirma que:

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. (ABBAGNANO, 1998, p. 277).

A visão do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral dos direitos da personalidade impõe que o indivíduo deverá ser protegido em sua totalidade, ainda que o direito que julgue essencial ao desenvolvimento da sua personalidade não figure no rol de direitos reconhecidos como da personalidade.

A proposta de uma Teoria Geral dos Direitos da Personalidade enfrenta resistência por parte de alguns doutrinadores, como é o caso de José de Oliveira Ascensão (1999), pois, para o autor, a visão genérica colocaria o homem como objeto de si mesmo, o que seria ilógico, além de que, poderia incorrer em surpresas para terceiros, que se veriam surpreendidos por consequências não mensuráveis de um direito incerto, podendo acarretar em ilícito sem prévio conhecimento e, por derradeiro, isto daria ensejo a uma instabilidade jurídica, diante da incerteza do que seria ou não considerado com direito da personalidade.

Elimar Szaniawski, em opinião favorável à da Teoria Geral dos Direitos da Personalidade, avalia que a Constituição Federal consolida o direito geral da personalidade por meio de determinados princípios fundamentais, advindos do princípio matriz, a dignidade da pessoa humana e, portanto, teria o condão de figurar como cláusula geral dos direitos da personalidade. Para ele:

Apilastra central, a vigamestra, sobre a qual se sustenta o direito geral da personalidade, está consagrado no inciso III, do art. 1º da Constituição, consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana. As outras colunas de sustentação do sistema da personalidade, consistem no direito fundamental de toda a pessoa possuir um patrimônio mínimo, previsto no Título II, art. 5º, inciso XXIII, e no Título VII, Capítulo II e III; e os demais princípios consagrados no Título VIII, garantindo,

no Capítulo II, a toda pessoa, o exercício do direito à saúde; no Capítulo VI, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de poder exercer seu direito à vida com o máximo de qualidade de vida; e, no Capítulo VII, o direito de possuir uma família e de planejá-la, de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes princípios, asseguram a tutela da personalidade humana segundo a atuação de uma cláusula geral. (SZANIAWSKI, 2005, p. 138-139).

A teoria geral dos direitos da personalidade “pugna pelo reconhecimento de que a personalidade deve ser protegida de forma global, considerando a própria natureza da pessoa, que representa um valor unitário” (GARCIA, 2007, p. 73). Os direitos da personalidade dedicam-se a salvaguardar o que o indivíduo possui de mais valioso, as características que permitem que ele se conecte aos demais, ao mesmo tempo em que consiga espaço para manifestar a sua individualidade enquanto ser dotado de racionalidade.

2 DO RECONHECIMENTO DA SEXUALIDADE COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE DECORRENTE DO DIREITO À IDENTIDADE

O ser humano, enquanto unidade na vida em sociedade, e para o mundo jurídico, reclama a necessidade de se autoafirmar, com o fito de se diferenciar dos demais indivíduos e ser reconhecido por quem realmente é (CUPIS, 2004). Para Adriano de Cupis, o bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual se consolida justamente na distinção das outras pessoas nas relações sociais. A “identidade será formulada no modo como o indivíduo se relaciona no universo sociocultural, não se tratando de uma experiência única, sendo distinta para cada pessoa” (CAMPELLO, 2017, p. 157).

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 245) discorre que a identidade objetiva protege justamente o bem que habita “na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de reciprocidade”. Ainda, para o autor, a identidade permite que o ser humano afirme o seu “particular modo de ser e de se afirmar e impondo aos outros

o reconhecimento da sua identidade de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica” (SOUZA, 1995, p. 245).

O conceito de “identidade pode ser usado para tratar de uma individualidade que é construída na relação com outras pessoas, ou seja, é relacionando-se com os outros que o sujeito poderá diferenciar-se, e, ao mesmo tempo, individualizar-se” (MADERS; WEBER, 2016). Assim, por ser uma característica intrínseca do ser humano e, que não obedecer a um padrão, não é possível pensar no direito à identidade como um direito fixo, já que faz-se necessária a compreensão de que este compõe um processo complexo “multifacetado, marcado pela alteridade, e, por essa razão, não se pode admitir a concepção de identidades impostas ou herdadas, visto que cada indivíduo tem a possibilidade de construir e desconstruir sua(s) identidade(s)” (VERONESE; BOHNENBERGER, 2019, p. 151).

A identidade é mutável e formada “ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento”. (HALL, 2006, p. 38). Desse modo, diante da nobreza do bem jurídico tutelado pelo direito à identidade e, por ser este diretamente ligado à personalidade humana, resta claro a conclusão de que este direito possui *status* de direito da personalidade, eis que a identidade para o homem é “o que mais lhe individualiza e identifica como um particular, o qual sendo respeitado em sua particularidade certamente resultará em uma melhor convivência entre os homens” (OLIVEIRA; BARRETO, 2010, p. 2013).

Ao discorrer sobre o que é a identidade e a essencialidade do direito à identidade, inevitável não vislumbrar que a sexualidade compõe elemento indispensável para a formação da personalidade humana, bem como se comunica diretamente com o direito à personalidade. Nesse sentido, tem-se que a sexualidade se configura como experiência que pode ser expressada por intermédio de pensamentos, fantasias, desejos e outras condutas. Todavia, embora todas essas facetas possam ser percebidas na sexualidade, nem todas são expressadas ou vividas, porquanto, a sexualidade, sobre influência de diversos fatores, quais sejam: sociais, biológicos, de ordem cultural e política e, portanto, se revela diferente de pessoa para pessoa (WAS, 2017).

Neste contexto, observa-se a “possibilidade de articulação dinâmica entre identidades social e sexual encontram seu substrato na hipótese construtivista, que postula o caráter cultural e histórico da conduta

sexual” (LAGO, 1999, p. 158) e, se contrapõe à ideia de que a sexualidade é a mesma em todos os lugares e em todas as épocas.

Guacira Lopes Louro pondera que a identidade se verifica numa relação de afirmação e negação simultânea. Quando alguém afirma quem é, está ao mesmo tempo a negar aquilo que difere de sim – o outro. Todavia, para a autora, este “outro” mantém o seu caráter indispensável, pois, “a identidade negada é constitutiva do sujeito, fornece-lhe o limite e a coerência e, ao mesmo tempo, assombra-o com a instabilidade” (LOURO, 2004, p. 46).

Para Paola Alexandra Sierra Zamora e William Yeffer Lloreda é possível dizer que:

La identidad de género y sexual, constituyen aspectos fundamentales para la autodeterminación de las personas, su dignidad y libertad, ya que toda persona tiene la facultad de definir estas por si sola; para la Corte IDH el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad, con lo que se garantiza el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y a la intimidad, los que implican el reconocimiento de los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de éstos la persona se proyecta como la sociedad lo puede ver (ZAMORA; LLOREDA, 2019, p. 373)³.

Há a necessidade de compreensão de que os assuntos relacionados ao sexo e à sexualidade não podem ser reduzidos à uma visão determinista que tem por conta apenas os fatores biológicos, isto porque, tal discurso exclui aqueles que não se enquadram no binômio masculino/feminino e os sujeitam à rejeição e ao não reconhecimento social, e no caso dos sujeitos intersexo, ao reconhecimento jurídico (SCHEIBE; SILVA FILHO, 2010).

³ A identidade de gênero e orientação sexual constituem aspectos fundamentais para a autodeterminação das pessoas, sua dignidade e liberdade, uma vez que cada pessoa tem o poder de defini-las isoladamente; para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o direito das pessoas de definir sua própria identidade sexual e de gênero é autônomo, garantindo que essas definições correspondam aos dados de identificação inseridos nos diferentes registros e nos documentos de identidade com os quais é garantido o livre desenvolvimento da personalidade e o direito à privacidade e à intimidade, o que implica no reconhecimento dos direitos à identidade pessoal, sexual e de gênero, pois a partir deles a pessoa se projeta como a sociedade pode ver (ZAMORA; LLOREDA, 2019, p. 373, nossa tradução).

Assevera-se que “a existência ou não de reconhecimento do indivíduo pela comunidade em que ele está inserido é um aspecto fundamental para a sua constituição identitária” (VERONESE; BOHNENBERGER, 2019, 142). Não basta que a pessoa se perceba e se identifique de determinada forma, é necessário que, social e juridicamente, ela seja reconhecida também, pois, conforme já apontado, o processo de construção de identidade se faz tanto a partir da autopercepção do sujeito como pelas relações interpessoais que esse mantém. Segundo Bauman (2003, p. 75), “sempre que a questão do reconhecimento é levantada é porque certa categoria de pessoas se considera relativamente prejudicada e não vê fundamento para essa privação”.

No intento de garantir proteção ao direito à liberdade e identidade de gênero e sexual, em 2006, surgiu a declaração, da qual o Brasil é signatário, conhecida como “Princípios de Yogyakarta”, sendo esta “uma reformulação dos direitos humanos definidos como universais nas convenções e leis existentes, articuladas em relação à orientação sexual e identidade de gênero para tornar clara sua aplicabilidade” (LENNOX; WAITES, 2016, p. 31).

Mesmo que o ordenamento jurídico não tenha dispensado nenhum artigo específico para regular a sexualidade, parece correta a visão de que ela deve ser encarada como um direito fundamental e da personalidade, porquanto, está intimamente relacionada com o desenvolvimento humano. E é sob esta premissa que se conceitua a sexualidade como um direito absoluto, oponível de forma erga omnes, inerente a todo ser humano, bem como irrenunciável e intransmissível (CARDIN; SEGATTO; CAZELATTO, 2017).

A concepção dos direitos da personalidade sob a ótica de uma tutela geral amparada no princípio da dignidade humana permite compreender a sexualidade como elemento essencial do direito à identidade e, portanto, ela mesma como um direito da personalidade. Essa concepção é indispensável para o reconhecimento das pessoas intersexo e, se põe como impedimento às condutas médicas de cunho cirúrgico e irreversível nos casos em que não há risco à vida do recém-nascido.

Delineados os contornos dos direitos da personalidade e a visão da sexualidade como um direito da personalidade, passa-se à análise da intersexualidade e do possível reconhecimento do terceiro sexo no ordenamento jurídico brasileiro em comparação às legislações estrangeiras já existentes.

3 A ABOARDAGEM MÉDICA DA INTERSEXUALIDADE

A intersexualidade é caracterizada pela medicina como uma anomalia de diferenciação sexual (ADS), ou seja, neste caso, o indivíduo apresenta características pertinentes a ambos os sexos (feminino e masculino), o que impede que ele seja identificado como pertencente a apenas um deles (FRASER; LIMA, 2012).

Segundo Andrea Tavares Maciel-Guerra:

a intersexualidade humana constitui um fenômeno orgânico, oriundo de um desequilíbrio entre os fatores e eventos responsáveis pela determinação e diferenciação sexuais, que se configura quando o indivíduo apresenta ambiguidades, anomalias ou incongruências no componente biológico da sua identidade sexual, ou seja, no seu sexo cromossômico, endócrino e/ou morfológico. (MACIEL-GUERRA apud FRASER; LIMA, 2012, p. 01).

As questões envolvendo a intersexualidade podem estar associadas a duas causas: 1) uma falha no atendimento aos critérios típicos de qualquer um dos fatores; ou 2) oriunda de uma incongruência em vários fatores. Dentro da primeira situação, é possível verificar os casos conhecidos como: a) ambiguidade cromossômica; b) ambiguidade gonadal; c) sexo morfológico externo; d) sexo morfológico interno; e) sexo hormonal; f) sexo fenotípico; g) sexo atribuído/gênero de reaprendizado e h) identidade sexual. Por sua vez, a segunda situação engloba uma desordem em mais de um fator, e envolve casos com grau superior de complexidade, haja vista que alguns fatores podem se revelar claramente masculinos e outros claramente femininos. (GREENBERG, 1999).

Nestes casos, destacam-se as seguintes situações: a) distúrbios sexuais cromossômicos; b) distúrbios sexuais gonadais; c) anomalias de órgãos internos; d) anomalias de órgãos externos; e) distúrbios hormonais; e) distúrbios de identidade de gênero e g) criação cirúrgica de uma condição intersexuada. (GREENBERG, 1999, p. 281-283).

No Brasil, de acordo com a Resolução nº 1664/2003, editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), serão considerados como caso de anomalia de diferenciação sexual (ADS) os casos clínicos conhecidos como genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, etc (CFM, 2003).

Pode-se afirmar, portanto, que a sexualidade não é definida apenas pelos órgãos sexuais, mas por um conjunto de fatores e elementos que acabam por identificar uma pessoa como do sexo feminino ou masculino (SCHEIBE; SILVA FILHO, 2010)

Enquanto na transexualidade há uma incompatibilidade entre o sexo biológico do indivíduo e seu psíquico: a pessoa não se reconhece como sendo daquele sexo e, na maioria dos casos, não se identifica com os elementos do gênero comumente associado ao seu sexo biológico, na intersexualidade, há uma incongruência de ordem física, isto é, as características biológicas, morfológicas e endócrinas não se alinham numa única direção – masculino ou feminino.

Diferentemente do sexo que é determinado pelas condições físicas, o “gênero significa, tanto um elemento constitutivo de relações sociais, quanto uma forma de dar significado às relações de poder, às quais induzem ao controle dos corpos”. (VERONESE; BOHNENBERGER, 2019, p. 147). De igual modo, Heloísa Helena Barboza (2012) pontua que o gênero está associado àquilo que é atribuído a cada sexo e, portanto, afirma o papel que é considerado como padrão a homens e mulheres no contexto social.

O gênero é um conceito dual, atrelado à dicotomia do que é considerado feminino e masculino, motivando um processo de construção de identidades, em que homens e mulheres se desenvolvem diante de papéis sociais pré-determinados. Por outro lado, enquanto o gênero se vincula a este dualismo, ele também abre espaço para que os indivíduos passem por estes papéis e os questionem, porquanto impõem comportamentos que serão considerados como aceitos dentro da sociedade (VERONESE; BOHNENBERGER, 2019).

Neste sentido, o Brasil revela-se atrasado no que diz respeito à proteção dos grupos sexuais vulneráveis. A título exemplificativo, foi apenas em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4275, reconheceu o direito das pessoas transexuais de alterarem seus nomes na via administrativa, mediante averbação em cartório, dispensando-se, para tanto, a realização de cirurgia de redesignação sexual, bem como a apresentação de demais documentos de cunho médico, como laudos e pareceres (BRASIL, 2018).

Diferente do que ocorre com a transexualidade que é tratada pela medicina como uma situação psicológica em que a identidade psíquica do indivíduo não corresponde ao seu sexo biológica, a intersexualidade é considerada como uma anomalia da diferenciação do sexo, ou seja, o

corpo foge ao que é considerado, medicamente, normal e, em decorrência disto, carece de correção cirúrgica, sendo que estas práticas ganharam popularidade a partir da década de 1950 (BEN-ASHER, 2006)⁴.

Para Guacira Lopes Louro (200, p. 15), a própria declaração “é uma menina” ou “é um menino” já implica na confirmação de um “processo que, supostamente, deve seguir um determinado rumo ou direção. A afirmativa, mais do que uma descrição, pode ser compreendida como uma definição ou decisão sobre um corpo”.

Até meados dos anos 1990, as pessoas intersexo eram conhecidas como hermafroditas, entretanto, em razão do estigma social sob esse termo, tal nomenclatura deixou de ser utilizada. Esclarece-se que Intersexo é um termo que surgiu no meio médico, mas foi “assumido pelos ativistas para nomear as pessoas que nascem com corpos que não se encaixam no que é estabelecido socialmente como corpos masculinos ou femininos” (BENTO, 2011, p. 132).

Quando se verifica o nascimento de uma criança intersexo com genitália ambígua, tanto o meio médico, quanto a seara jurídica concordam que deverão ser realizados exames preliminares, a fim de que se determine o sexo do menor e que este seja submetido a uma cirurgia “corretiva”, para adequar o seu sexo ao que for apontado como predominante nos exames.

De acordo com o artigo 2º da Resolução 1664/2003 do CFM, “pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil”, o qual se dará por meio da cirurgia de designação sexual. Além disso, a resolução em comento também garante que, o paciente que tiver condições de se manifestar, será ouvido no processo de escolha do seu sexo, no entanto, é comum que a cirurgia ocorra logo nos primeiros meses de vida, logo, não haverá a participação do paciente na tomada de decisão acerca do seu sexo.

Paula Sandrine Machado (2005, p. 2) menciona que:

[...] no que se refere à cirurgia, a principal preocupação é com o resultado ‘estético’ ou ‘cosmético’ dos genitais construídos. As técnicas cirúrgicas são empregadas no sentido de tornar a genitália da criança ‘o mais próximo possível do normal’, de acordo com determinados padrões de tamanho, forma,

⁴ “Unlike transsex identities that are portrayed in medicaid litigation as a medicalized psychological condition, intersex conditions are characterized by current dominant medical standards as a physical anomaly that demand surgical. The practice of genital surgeries for “corretive” purposes has becomes ince the 1950s, a prominet course of treatment for intersexed infants” (BEN-ASHER, 2006, p. 60).

‘terminação do trajeto urinário’ (mais na ponta do pênis para os meninos; mais abaixo nas meninas) e uso (construir vaginas ‘penetráveis’ e pênis ‘que penetrem’).

No caso dos recém-nascidos intersexo, observa-se que, biologicamente, “estes pacientes não possuem identidade sexual estabelecida no nascimento. Esta apenas será definida após toda a investigação etiológica, mediante os achados clínicos baseados em exames” (HEMESATH, 2010, p. 16). Nota-se que, para a medicina, em consonância com os valores sociais, o corpo intersexo padece de uma designação sexual que o defina, não sendo admissível a própria condição intersexo como um sexo válido.

A opção médica por procedimentos cirúrgicos invasivos de cunho irreversíveis quando se fala de recém-nascido intersexo, com ênfase nos casos que envolvem genitália ambígua, é questão que levanta o debate quanto até onde vai a necessidade médica, objetivando o melhor interesse da criança, e até onde essa conduta é mero reflexo dos padrões impostos pela sociedade, a qual se nega a aceitar que a sexualidade possa ir além do binarismo masculino e feminino.

Acerca disso, a *Intersex Society of North America* (ISNA)⁵, uma organização norte-americana voltada para o combate de práticas cirúrgicas em crianças intersexo, considera a abordagem médica praticada em recém-nascidos, onde inexistem quaisquer riscos de vida em decorrência da intersexualidade, como invasiva, desnecessária e um desrespeito aos direitos das pessoas intersexo, sobretudo tendo em vista a impossibilidade da criança se manifestar sobre seu interesse ou não em se submeter à cirurgia.

Não há estudos que confirmem que a realização precoce da cirurgia de “correção” da genitália é o ideal para o bem-estar e desenvolvimento da criança, por outro lado, há relatos de pacientes que apresentaram rejeição ao sexo designado, demonstrando a importância de se aguardar que a pessoa tenha condições de decidir sobre o que é melhor para si (VIEIRA; GONÇALES, 2019).

Ametz Sues pontua que:

Ante esta situación de limitación de los derechos ciudadanos, situaciones de patologización, discriminación y violencia, vulneración del derecho a la integridad personal y falta de autonomía en los procesos de toma de decisión clínica, a lo largo de las últimas décadas han surgido movimientos y activismos trans e intersex con un discurso crítico sobre el

⁵ <http://www.isna.org>.

modelo biomédico de la transexualidad e intersexualidad en diferentes partes del mundo, con una creciente articulación a nivel internacional. (SUESS, 2014, p. 132)⁶.

Pela citação acima, observa-se que a maneira como os corpos intersexo são tratados têm sido encarada como uma legítima afronta aos direitos humanos e personalíssimo dessas pessoas, pois, ao modificarem seus corpos na primeira infância, a equipe médica, com o consentimento dos pais, está retirando daquela pessoa o direito de exercer a sua autonomia e liberdade sobre o próprio corpo. As cirurgias corretivas também representam uma ofensa à integridade física e psíquica do menor intersexo, o qual terá seu corpo modificado e o seu processo de identificação lesado apenas por seus caracteres físicos não corresponderem ao se espera socialmente.

Nesse sentido, enfrentar a forma como a intersexualidade é tratada, além de uma reivindicação por direitos, é também um ato político, pois, combate de frente o discurso cisheteronormativo⁷ responsável por disseminar a ideia dual de que existem apenas corpos masculinos e femininos, homens e mulheres e, que a única orientação aceitável é a heteroafetiva.

4 DO RECONHECIMENTO DO TERCEIRO SEXO

O pleno desenvolvimento de cada pessoa e a integral realização de sua dignidade estão condicionados à compreensão de que as situações jurídicas existenciais exigem um tratamento atento, cuidadoso e sensível às diferenças. Faz-se necessário reconhecer o diferente e aceitar o (não tão) novo existente (SCHEIBE; SILVA FILHO, 2010). O gênero não é binário, mas sim uma construção social, e não pode seguir interpretação essencialista e estática, sob pena de ignorar toda as características a ele inerentes e, fatalmente, enquadrá-lo em padrões heterossexuais condizentes com práticas de preconceito e exclusão social (CAMPELLO, 2017).

A concepção de sujeitos que transitam entre os dois sexos pode soar como algo novo, resultado de uma visão pós-moderna caótica e fragmentada. Todavia, esclarece-se que não há pretensão de se “instaurar

⁶ “Diante dessa situação de limitação dos direitos dos cidadãos, de patologização, discriminação e violência, violação do direito à integridade pessoal e falta de autonomia nos processos clínicos de tomada de decisão, nas últimas décadas movimentos e ativismos trans e intersex emergiram com discurso crítico sobre o modelo biomédico de transexualidade e intersexualidade em diferentes partes do mundo, com uma crescente articulação em nível internacional” (SUESS, 2014, p. 132, nossa tradução)

⁷ Entende-se por cisheteronormatividade as políticas e os estudos que se baseiam na ideia de “naturalização do elo entre determinado genital, sexo, gênero e orientação sexual” (MATTOS; CIDADE, 2016, p. 135).

novo projeto a ser perseguido, não há intenção de produzir nova referência. Nada seria mais anti-pós-moderno” (LOURO, 2004, p. 22). Conforme dito anteriormente, a intersexualidade se caracteriza por um não alinhamento de todos os elementos que compõe a sexualidade humana e, em virtude disto, as pessoas sob esta condição são marginalizadas em diversos campos da vida em coletividade.

Atualmente, no Brasil, inexistem mecanismos legais que reconheçam a possibilidade de o registro de nascimento conter a informação intersexo como resposta ao quesito ‘sexo’. De acordo com a Lei de Registros Públicos (Lei. n.º 6.015/1973), no momento do assentamento civil os genitores deverão indicar o nome e o sexo do recém-nascido⁸. A lei não especifica qual(is) sexo(s) poderão ser indicado(s) para a confecção da certidão de nascimento, entretanto, a prática social e jurídica apenas aceita como válido os sexos masculinos e femininos.

Diante disso, objetivando promover o reconhecimento das pessoas intersexo, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 5255/2016, de autoria da Deputada Federal Laura Carneiro, o qual acrescenta à Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6,015/1973), em seu artigo n.º 54, o parágrafo 4º, com a seguinte redação:

O sexo do recém-nascido será registrado como indefinido ou intersexo quando, mediante laudo elaborado por equipe multidisciplinar, for atestado que as características físicas, hormonais e genéticas não permitem, até o momento do registro, a definição do sexo do registrando como masculino ou feminino. (BRASIL, 2016).

Outro Projeto de Lei que visa dar reconhecimento às pessoas intersexo é o Projeto n.º 5002/2013, que assim como o anteriormente citado, também busca alterar a Lei de Registros Públicos, contudo, diferentemente do primeiro, aborda a situação do assentamento do registro civil propriamente dito, visando facilitar a alteração do nome em casos que envolvam a discordância entre o nome e o sexo constantes no registro civil. E, por conseguinte a Lei de Registro Públicos passaria a conter o seguinte artigo:

Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero.

⁸ Art.54, § 2º da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973): “O assentamento do nascimento deverá conter: o sexo do registrado” (BRASIL, 1973).

Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Enquanto no Brasil existem apenas projetos de lei, outros países se destacam por já possuírem legislação em vigência voltados à proteção das pessoas intersexo, os quais reconhecem a possibilidade de um terceiro sexo para fins de registro civil, bem como pela inviabilidade da realização de cirurgias corretivas logo após o nascimento.

Na Alemanha, desde 2018, é permitido que no local do gênero feminino ou masculino seja inserida a opção “diverso” como uma terceira possibilidade (WELLE, 2018). Com essa decisão, a Alemanha se tornou o primeiro país europeu a reconhecer, oficialmente, o terceiro gênero. No entanto, desde de 2013 a Alemanha já previa a possibilidade da opção sexo constar em branco nos registros como uma forma de não padronização binária e em respeito às pessoas intersexo. (WELLE, 2018).

A mudança de cenário na Alemanha que possibilitou constar nas certidões nascimento a opção “diverso” no lugar de feminino e masculino ou deixar em branco adveio de um julgamento realizado pela Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2017, o qual declarou inconstitucional a decisão de 2013 que apenas previa a possibilidade do documento constar em branco, isso porque, para o referido Tribunal, a opção em branco não se tratava de reconhecer as pessoas intersexo, mas de continuar lhes negando notoriedade, bem como uma violação ao direito geral de personalidade. (BONIS, 2018).

A decisão Alemã de reconhecer um terceiro gênero foi algo inovador e significativo para luta em prol do reconhecimento das pessoas intersexo e de seus direitos, além de representar um avanço na ruptura do sistema binário de gênero e sexo, contudo, isso não a impediu de sofrer duras críticas em virtude de exigir, para o registro do terceiro gênero, que os genitores ou a pessoa intersexo apresente documento médicos atestando o seu sexo. Para Federação de Lésbicas e Gays da Alemanha, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão é decepcionante, pois, para definição do sexo, o Tribunal levou em consideração apenas os caracteres físicos do sujeito. Segundo Henny Engels, membro do Conselho da federação, “o gênero não é apenas definido pelas características físicas, mas também por fatores sociais e psicológicos” (WELLE, 2018).

Por seu turno, o Canadá, desde 2017, prevê a possibilidade de as pessoas indicarem a opção “X” no passaporte ao invés de colocarem se pertencem ao sexo masculino ou feminino. Já Malta vai além e, em

decorrência de sua legislação de proteção à “Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e Características Sexuais” a indicação do gênero no ato do assentamento civil pode ser adiada até que o menor tenha condições de manifestar por si mesmo, sendo que as cirurgias para fins de “correção” da genitália são proibidas em recém-nascidos e crianças. (ARPEN BRASIL, 2017).

Na pesquisa acerca das inovações legislativas internacionais referentes à proteção das pessoas intersexo é comum notar que no exterior a intersexualidade é tratada como um terceiro gênero. Todavia, diante de tudo que foi exposto e, uma vez esclarecido que o gênero parte de uma construção social e da livre manifestação do indivíduo, enquanto que o sexo está atrelado à fatores biológicos e físicos, opta-se por abordar a intersexualidade como um terceiro sexo (e não gênero).

Nesse norte, tramita junto ao Senado o Projeto de Lei n.º 134/2018, que busca instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, no intento de servir de instrumento para a luta pelo reconhecimento das pessoas LGBTQI+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, trans, intersexuais, *queer* entre outros grupos que possam existir), com o fito de coibir atos de intolerância sexual e possibilitar o devido reconhecimento destas pessoas perante a sociedade e o mundo jurídico. (BRASIL, 2018).

Caso seja aprovado, o Estatuto da Diversidade Sexual e do Gênero figurará como um importante mecanismo para a proteção dos grupos LGBTQI+, e se tornará o primeiro documento legal a tratar da situação das pessoas intersexo. Determinar, em qualquer cultura, que alguém pertence ao sexo masculino ou feminino não significa apenas lhe impor um sexo, mas lhe atribuir todos os ônus e bônus advindos dos papéis que estes representam. Afinal, numa sociedade em que corpos são tão importantes, definir alguém como pertencente a este ou àquele sexo é limitar o seu próprio desenvolvimento (LOURO, 2004).

Logo, a visão da sexualidade como um direito da personalidade impõe dizer que esta goza de todas as características atribuídas àqueles direitos e, neste sentido, qualquer tomada de decisão referente à sexualidade não pode ser realizada por outra pessoa senão o titular deste direito, fazendo-se necessário o reconhecimento do terceiro sexo em favor da proteção das pessoas intersexo, isso porque, a ausência de uma lei que reconheça a intersexualidade como um terceiro sexo favorece a predominância dos discursos médicos que atrelam à pessoa intersexo o *status* de doente, cuja a única ‘cura’ está em modificar os seus corpos,

mesmo que sem o consentimento do indivíduo, apenas para adequá-lo aos parâmetros sociais.

CONCLUSÃO

A ausência de estudos sobre a intersexualidade nos âmbitos social e jurídico faz com que, ainda hoje, estas pessoas se encontrem marginalizadas e não reconhecidas, visto que, ao fugirem do que é compreendido como padrão e ‘normal’, são invisibilizadas e ignoradas.

Conforme exposto, a intersexualidade é uma condição física que independe da escolha do indivíduo – a pessoa nasce assim - entretanto, por divergirem do padrão de normalidade que cinge em torno do binômio masculino-feminino, os corpos intersexo são vistos como defeituosos e carentes de correção, culminando no atual posicionamento médico pelas cirurgias corretivas, e na falta de um mecanismo jurídico que reconheça as pessoas intersexo.

A sexualidade é elemento essencial para a constituição e formação da personalidade de toda pessoa e, justamente em decorrência desta visão é que se propõe que esta seja encarada como um direito da personalidade decorrente do próprio direito à identidade, visto que, tanto o gênero quanto o sexo são elementos essenciais para o pleno desenvolvimento humano.

Os direitos da personalidade visam proteger os elementos que são essenciais ao livre e pleno desenvolvimento do indivíduo e, por isso, guardam profunda relação com a dignidade da pessoa humana, sendo esta, inclusive, vista como cláusula geral de proteção destes direitos.

A ausência de dispositivo legal que discorra acerca da possibilidade de realização do registro de nascimento do recém-nascido intersexo sem, que para tanto, este seja apontado como feminino ou masculino, leva-os à uma situação de total descaso, eis que, sem este documento, a pessoa inexistente para o mundo jurídico e, portanto, queda-se limitada em seus direitos, como, por exemplo, não ter acesso à vacinas e acompanhamento pediátrico pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Do mais, esta falta de resposta jurídica sobre a intersexualidade, reforça a abordagem médica e propulsiona que cirurgias invasivas e reversivas continuem sendo realizadas.

Ressalta-se que a realização da cirurgia com o intento de adequar a genitália do menor, além de destoante quando vista sobre a ótica dos direitos da personalidade, uma vez que é uma violação à integridade física do menor, também gera um quadro de incertezas, pois, aquele corpo poderá

vir a se desenvolver em sentido contrário ao do sexo adotado pela equipe médica e familiares, o que acarretaria em grave dano a pessoa intersexual, a qual se veria presa num corpo que não a representa.

Num cenário em que tanto tem se discutido e avançado em direção à proteção das pessoas transexuais, a falta de reconhecimento dos intersexo se mostra desproporcional e em desacordo com a dignidade da pessoa humana e seus direitos de personalidade.

Conclui-se que a sexualidade compõe um direito da personalidade e, por derradeiro, tudo aquilo que a cerca também é visto da mesma forma e, portanto, não se verifica qualquer óbice que impeça o Estado brasileiro de reconhecer o terceiro sexo em favor dos intersexuais.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. Tradução Antônio Ramos Rosa e Antônio Borges Coelho. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1978.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS. Clipping – Jornal Deutsche Welle (Alemanha) - Onde o terceiro gênero é reconhecido no mundo. **ARPEN BRASIL**, 2017. Disponível em: <http://arpenbrasil.org.br/noticia/6024>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2009. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 23 nov. 2019.

BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de mobbing ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 473-487, dez. 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: A busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BEN-ASHER, Noa. The necessity of sex change: a struggle for intersex and transsex liberties. **Havard Journal of Law & Gender**. v. 29, p. 51-98, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267783. Acesso em: 24 nov. 2019.

BENTO, Berenice; SILVA, Mikelly Gomes da; NUNES, Kenia Almeida. Corpos marcados: a intersexualidade como (des) encaixes de gênero. **Cronos**. v. 12, n. 2, p. 128-142, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/3133>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5255 de 23 de maio 2016**. Acrescenta § 4º ao art. 54 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que “dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências”, a fim de disciplinar o registro civil do recém-nascido sob o estado de intersexo. Deputada Federal Laura Carneiro. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456906. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 134/2018**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&disposition=inline>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI n.º 4275/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BONIS, Gabriel. O que muda na Alemanha com a lei que cria o ‘terceiro gênero’, para proteger pessoas intersexuais. **BBC News**. 25 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45292522>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Cultura e multiculturalismo: identidade LGBT, transexuais e questões de gênero. **Revista Jurídica**. v. 1, n. 46, Curitiba, PR, p. 146-163, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2003>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. **Revista Jurídica**. Curitiba, v. 1, n. 46, 2017, p. 30-118. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001/1282>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n.º 1.664 de 13 de maio de 2003**. 2003. Define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. 2003. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm. Acesso em: 24 nov. 2019.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Edson Luiz (coord.). **Fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Journal of Human Growth and Development**, v. 22, n. 3, p. 1-7, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v22n3/pt_12.pdf. Acesso em: 25 nov. 2019.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GREENBERG, Julie A. Defining male and female: Intersexuality and the collision between law and biology. **Arizona Law Review**, v. 41, p. 266-328, 1999. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896307. Acesso em: 24 nov. 2019.

HALL, Stuart. **Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. São Paulo: DP&AEDITORIA, 2006.

HEMESATH, Tatiana Prade. **Anomalias da diferenciação sexual:** as narrativas dos pais sobre a constituição da identidade de gênero. 2010. 107 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/55065>. Acesso em: 24 nov. 2019.

LAGO, Regina Ferro do. Bissexualidade masculina: uma identidade negociada?. *In:* HEILBORN, Maria Luiza (org.). **Sexualidade:** o olhar das ciências sociais. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

LENNOX, Corinne; WAITES, Matthew. Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero *na commonwealth:* da história e do direito ao desenvolvimento de diálogos ativistas e internacionais. Jayr de Andrade Pimentel (trad). **Revista Estudos de Sociologia**, Recife v. 2, n. 2, p. 21-117, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/viewFile/235742/28582>. Acesso em: 25 nov. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho:** ensaios sobre a sexualidade e teoria *queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MACHADO, Paula Sandrine. O sexo dos anjos: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. **Cadernos Pagu**, n. 24, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cpa/n24/n24a12.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

MADERS, Angelita Maria; WEBER, Ana Laura. Identidade(s): Uma Reflexão diacrônica acerca de suas diversas concepções. *In:* GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa (org.). **Diálogo e entendimento:** direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito. t. 7. Campinas: Millennium, 2016.

MATTOS, Amanda Rocha; CIDADE, Maria Luiza Rovaris. Para pensar a cisheteronormatividade na psicologia: lições tomadas do transfeminismo. **Revista Periódicus**, Salvador, v. 1, n. 5, p. 132-153, maio/out. 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/viewFile/17181/11338>. Acesso em: 16 out. 2020.

OLIVEIRA, Maria Izabel Pinto de; BARRETO, Wanderlei de Paula. Direito à identidade como direito da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 10, n.1, p. 199-215, jan.-jun., 2010. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1439/1005>. Acesso em: 23 nov. 2019.

SCHEIBE, Elisa; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transexuais e direitos de personalidade sob o prisma da repersonalização do direito privado. **Argumenta Journal Law**, v. 12, n. 12, p. 145-162, 2010. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/164/164>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. A proteção dos direitos humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 6, n. 11, p. 167-201, 20 abr. 2018. Unijui. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6814>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. São Paulo: Coimbra, 1995.

SUESS, Amets. Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex. **Revista de Estudios Sociales**, n. 49, p. 128-143, 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revestudsoc/8481>. Acesso em 24 nov. 2019.

SZANIASKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

VALLADON, Simone Clapier. **As teorias da personalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

VAZ, Wnaderson Lago; REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan.-jun. 2007. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/522/380>. Acesso em: 26 nov. 2019.

VERONESE, Osmar; BOHNENBERGER, Gustavo. Identidade e diversidade na (des)construção cultural de gênero. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho, n. 30, p. 131-155. jan./jun. 2019 Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1513/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; GONÇALES, Anderson Aguiar. Intersexo: implicações de um corpo em desacordo com as normas sócias. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues Vieira (org.). **Transgêneros**. Brasília: Zakarewicz, 2019.

WAS, World Association for Sexual Health. **Declaração dos Direitos Sexuais**. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

WELLE, Deutsche. Parlamento alemão aprova ‘terceiro gênero em certidões de nascimento’. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/14/parlamento-alemao-aprova-terceiro-genero-em-certidoes-de-nascimento.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ZAMORA, Paola Alexandra Sierra; LLOREDA, William Yeffer Vivas. La comunidad lgtbiq en relación con el derecho al nombre y de identidad de gênero. **Revista Argumentum**. Marília, v. 20, n. 1, p. 359-379, jan/abr. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1112/710>. Acesso em: 22 nov. 2019.

HERMENÊUTICA PENAL E DIREITOS HUMANOS: A HOMOTRANSFOBIA COMO FORMA CONTEMPORÂNEA DE RACISMO

CRIMINAL HERMENEUTICS AND HUMAN RIGHTS: THE HOMOTRANSFOBIA LIKE A CONTEMPORANEOUS RACISM

Thales Braghini Leão*

Paulo César Corrêa Borges**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Criminalização da homotransfobia pelo STF. 3 Raça e racismo: alcance dos conceitos. 4 Hermenêutica penal. 4.1 Lei penal incriminadora e interpretação. 4.2 Entre interpretação e integração do direito. 4.3 Interpretação evolutiva: formas contemporâneas de racismo. 5 Conclusões. Referências.

RESUMO: O artigo propõe-se a analisar o julgamento relativo à criminalização das condutas de discriminação baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas. Pretende-se demonstrar que não houve qualquer violação de garantias penais, não havendo sentença aditiva e nem adoção de analogia contra réu. Para fins de demonstração da hipótese, será promovida uma exposição sucinta do contexto do julgamento do caso no Supremo Tribunal Federal brasileiro (ADO 26 e MI 4.733), seguida do aprofundamento teórico a respeito do alcance e significado de raça e racismo, finalizando-se com o deslocamento da análise do problema para a hermenêutica penal, campo próprio para averiguação da conformidade da decisão com as regras específicas das ciências criminais, levando em conta suas proteções mínimas de índole liberal e garantista. Também se buscará uma primeira análise a respeito da eficácia da decisão e sua repercussão quanto à proteção de direitos humanos. O vocábulo “homotransfobia” é um neologismo originado da fusão entre os termos homofobia e transfobia, que se referem a homossexuais e transexuais, com o acréscimo do sufixo “fobia”, o qual caracteriza o preconceito e a discriminação.

Palavras-chave: homofobia. homotransfobia. formas contemporâneas de racismo. STF ADO 26. STF MI 4.733.

ABSTRACT: *The present paper aims to analyze the judgment about the criminalization of the discrimination based on the sexual orientation or gender identity of the victims. Our purpose is to demonstrate that there was not any violation of criminal guarantees. Neither additive sentence nor adoption of analogy against defendant. For reach that goal, we will promote a analysis of the*

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp Franca.

** Possui graduação (1990), é mestre (1998) e doutor (2003) em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla (Departamento de Filosofia del Derecho) - Espanha (2012) e na Universidade de Granada (Departamento de Derecho Penal). Atualmente é Professor Assistente-doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Público da UNESP. Promotor de Justiça do MPSP.

Artigo recebido em 19/08/2020 e aceito em 24/04/2021.

Como citar: LEÃO, Thales Braghini; BORGES, Paulo César Corrêa. Hermenêutica penal e direitos humanos: a homotransfobia como forma contemporânea de racismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 367-396. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

case judged by the Brazilian Supreme Court (ADO 26 and MI 4.733), followed by a deep analysis about the scope and the meaning of race and racism. Lastly, we pretend to move the discussion to the criminal hermeneutics, which is the proper field to verify the conformity of the decision with the special rules of the criminal sciences and its minimal protections, fruits of the liberal thoughts. We will also seek a first analysis about the effectiveness of the decision and its impact on the protection of human rights. The word “homotransphobia” is a neologism originated from the fusion between the words homophobia and transphobia, related to homosexuals and transsexuals, with the suffix “phobia”, which characterizes prejudice and discrimination.

Keywords: *homophobia. homotransphobia. contemporaneous forms of racism. STF ADO 26. STF MI 4.733.*

INTRODUÇÃO

Pretende-se fazer uma análise jurídica, focada na hermenêutica da lei penal, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26 e do Mandado de Injunção (MI) número 4.733, cuja tese final foi editada pelo Plenário daquela corte de justiça em 13 de junho de 2019.

Tratava-se de julgamento em sede de processo constitucional objetivo no qual se pretendia a declaração de mora do Congresso Nacional em tipificar condutas consideradas homofóbicas ou transfóbicas e, por consequência do reconhecimento da inércia do parlamento, determinar a subsunção das referidas condutas ao tipo penal do racismo.

Discute-se se a solução adotada pelo STF conflita com a proteção mínima conferida pelo garantismo penal, especialmente no que se refere à parte da decisão em que se entendeu possível a superação da mora legislativa para fins de conferir uma tutela penal positiva dos direitos humanos envolvidos no caso. O presente artigo pretende trabalhar esta questão do ponto de vista da hermenêutica da lei penal incriminadora e suas especificidades, ampliando-se as bases de discussão encontradas nos votos condutores da decisão, que não aprofundaram as questões metodológicas das ciências penais.

Não se adota neste artigo a concepção de que a tutela penal de direitos humanos autorize a relativização ou a total eliminação das questões procedimentais ou mesmo daquelas referentes às garantias penais caracterizadoras da tutela penal negativa, entendendo-se aqui que “A tutela penal dos direitos humanos implica na observância do garantismo penal negativo, que limita a atuação da persecução criminal, contrapondo os direitos fundamentais à intervenção estatal [...]” (BORGES, 2012, p. 87).

Parte-se do princípio de que os limites à atuação do Estado-penal não são apenas puro formalismo ou reflexo do excesso positivista. Não se

pretende negar a importância do garantismo penal liberal na consolidação da racionalização do poder punitivo, embora não haja espaço neste trabalho para fins de ampliação do debate envolvendo especialmente a questão de seletividade de classes no sistema penal e outros relevantes pontos de reflexão a respeito de suas notórias deficiências e insuficiências para fins de proteção de bens jurídicos.

Cabe apenas pontuar que a utilização das ferramentas próprias do direito penal pode se mostrar de alguma utilidade para o respaldo do Estado na incessante luta pelos direitos humanos, não havendo aí qualquer índole punitivista (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 82-83). E por isso mesmo tem-se a importância de adotar-se a postura de equilíbrio entre o garantismo penal (tutela negativa) e a tutela penal dos direitos humanos (tutela positiva).

Além de não se poder desprezar que qualquer prática flexibilizadora de direitos fundamentais, ainda que a pretexto de proteção de minorias fragilizadas, invariavelmente se volta contra o objeto de proteção, servindo mais àqueles que detêm o poder jurídico e social.

Adverte-se, aqui, que a abertura do sistema penal com total desprezo a garantias mínimas poderia ensejar, por exemplo, a tentativa de utilização do precedente objeto deste artigo para o fim de criminalização da atividade dos movimentos sociais, como as lutas por terra e moradia, uma vez que a inclusão ou não dessas mobilizações nas condutas típicas de terrorismo é algo que se tenta no Congresso Nacional, embora ainda sem êxito. Poderia um partidário dessa ideia promover uma ADO solicitando que o STF declarasse a inércia parlamentar na proteção da propriedade e colmatasse a lacuna com uma sentença aditiva penal criando lei incriminadora.

Portanto, não se adota na presente pesquisa a concepção de que a tutela penal de direitos humanos autoriza ou até mesmo incentiva o desrespeito das garantias mínimas penais, motivo pelo qual se justifica uma análise mais aprofundada da decisão a respeito da criminalização da homotransfobia e a existência ou não de frustração do garantismo penal na forma como construído no Brasil, tentando afastar as críticas que entenderam que o STF fez o certo mas por meios equivocados.

Metodologicamente, a análise será feita por meio da exposição detalhada do julgamento sobre a criminalização da homotransfobia, passando-se por uma importante conceituação de raça, ocasião em que será rememorado o precedente no qual o STF se baseou para a adoção do conceito amplo de racismo.

Então, avança-se para a análise das questões específicas de direito penal, vistas do ponto de vista da hermenêutica das leis penais incriminadoras, para tentar demonstrar que não houve qualquer violação das garantias penais mínimas por ocasião do referido julgamento. Nem houve criação de tipo penal por meio de decisão judicial aditiva, o que violaria diretamente o princípio penal da legalidade, e nem mesmo houve criminalização por analogia, o que indiretamente afrontaria a noção decorrente da própria legalidade de que não se pode admitir analogia contra o réu (*in malam partem*).

Necessária, por fim, uma prévia explicação a respeito da terminologia utilizada inclusive no título do presente artigo.

O vocábulo “homotransfobia” é um neologismo originado da fusão entre os termos homofobia e transfobia, que se referem a homossexuais e transexuais, com o acréscimo do sufixo “fobia”, o qual tem referência direta com preconceito ou atos de discriminação e não propriamente o seu outro significado, de medo. (VECCHIATTI, 2017, p. 88) Busca-se apenas facilitar a representação gráfica das agressões direcionadas a pessoas que não necessariamente possuem identidade de comportamentos sociais e concepções de vida entre si.

Inegável, assim, que a pesquisa adota a noção de que a vivência humana não se esgota na relação binária entre os sexos (homem e mulher). A questão da sexualidade é muito mais complexa do que a simples contemplação da natureza de corpos humanos e envolve comportamentos e visões de mundo. Admite-se neste trabalho a concepção de que o sexo biológico pode ou não ser determinante para as afinidades sexuais da pessoa.

Surge daí a importante noção de que quando se fala em homofobia, trata-se de ação discriminatória perpetrada contra pessoas homossexuais, como sendo aquelas que se identificam com o respectivo gênero biológico, mas demonstram afetividade pelo mesmo gênero que elas, ainda que apenas eventualmente (de modo a também se incluir nesta categoria os chamados bissexuais).

Ao seu turno, quando se fala em transfobia refere-se à ação discriminatória contra as pessoas que não possuem a identidade entre o gênero biológico e o seu comportamento social efetivo. São aquelas pessoas que, embora tenham nascido com órgãos genitais tipicamente masculinos, por exemplo, entendem-se pertencentes ao gênero feminino. Para fins de facilitação de estudo, incluem-se aqui tanto transexuais quanto travestis, não se desprezando as peculiaridades de cada caso e de outras situações

ainda mais específicas na expressão da sexualidade humana, para além do binarismo do sistema sexo-gênero. (BRAGA; SERRA, 2018, p. 85).

Ilustrativo o resumo elaborado por Paulo Roberto Vecchiatti (2017, p. 88), que é um dos advogados signatários das petições dirigidas ao STF (ADO 26 e MI 4.733) e cujos ensinamentos na obra em referência também foram utilizados como fundamentação nos votos dos ministros. Para o citado autor:

[...] a orientação sexual refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, por se referir ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica.

Como bem lembrado no voto do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019, p. 15) no julgamento em análise neste artigo, a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis) é útil para facilitar a discussão, embora não seja suficiente para integrar todas as pessoas e suas formas de vivência. Mesmo assim, é importante considerar a necessidade de adoção de terminologia que seja ao mesmo tempo inclusiva e não excludente, mas sem desprezar a importância de se centrar o debate no ponto que mais interessa, que é a discriminação praticada contra essas pessoas.

Por tais motivos, o presente trabalho deixará de discorrer a respeito de aprofundadas questões terminológicas e passará à abordagem do assunto que interessa no âmbito penal. A ideia é que apenas não haja qualquer visão excludente das pessoas na proteção jurídica que ora se debate, sejam elas homossexuais, transexuais ou travestis ou quaisquer outras pessoas que se sintam representadas nesta importante discussão sobre direitos humanos.

O vocábulo homotransfobia (ou mesmo LGBTfobia) surge assim como uma forma de simplificar a nomenclatura para fins de debate, mas sem menosprezar a importância das lutas diárias vivenciadas por todas as pessoas que se tenta representar nessa simbologia gráfica.

1 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF

No julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733, o Plenário do STF acolheu em parte as referidas ações e decidiu que o Congresso Nacional encontra-se em mora em relação ao seu dever constitucional de tipificar

criminalmente condutas atentatórias à população LGBT, bem como pela possibilidade de suplantação desse quadro de ineficiência legislativa por meio de declaração de interpretação conforme a Constituição Federal no sentido de adoção do chamado conceito amplo de racismo, de modo a entender como possível a utilização das sanções penais da Lei 7.716/1989 (Lei do Racismo) para os casos de discriminação homotransfóbica.

Embora não seja o ponto central da presente pesquisa, tem-se como necessária a explanação ainda que sucinta a respeito de características essenciais das ações em referência, especialmente porque essas análises possuem direta correlação com a temática central desta pesquisa.

Referidas ações constitucionais integram o chamado processo constitucional objetivo, dada a natureza especial da lide, que não se sujeita aos interesses particulares de partes específicas. A atribuição do STF como corte constitucional está prevista no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto às alíneas “a” e “q”, bem como nos parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo. Não se pretende neste artigo maior aprofundamento dos requisitos específicos do processo objetivo, cabendo apenas realçar que em nosso sistema jurídico-republicano é da essência do STF a atribuição de proteção da Constituição Federal, incluindo o dever de combater as omissões inconstitucionais, quando devidamente provocado a tanto.

A Lei 9.868/1999 dispôs sobre o processo e julgamento das ações objetivas, tendo sido incluída por meio da Lei 12.063/2009 a possibilidade expressa de o STF admitir e processar ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, que têm por finalidade determinar o cumprimento de dever constitucional de legislar ou adotar a providência necessária, quando de índole administrativa (art. 12-B da Lei 9.868/1999).

Por sua vez, o mandado de injunção é ação também voltada ao controle das omissões do poder público, no entanto há algumas diferenças entre os referidos mecanismos de controle da inércia inconstitucional.

Pode-se pontuar que se diferenciam pela abrangência da proteção, visto que a ADO é o meio abstrato de combate da omissão realizado principalmente pelo STF e cujo resultado do julgamento é necessariamente geral e vinculante, ao passo que o mandado de injunção tem natureza mais concreta, que tem como intenção permitir o imediato exercício do direito constitucional a despeito da omissão de regulamentar. Naturalmente, as ações muito se aproximam em diversas situações, especialmente quando se trata de mandado de injunção coletivo.

Também há distinções quanto ao rol de legitimados a propor as respectivas ações, sendo ele muito mais restrito no que tange à ADO, conforme se verifica do art. 12-A da Lei 9.868/1999, o qual iguala os legitimados à propositura da ADO àqueles previstos no texto constitucional para ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Por outro lado, podem propor o mandado de injunção quaisquer interessados que se vejam impedidos de exercer um determinado direito constitucional por conta da mora em legislar ou regulamentar.¹ Entretanto, a admissibilidade das ações depende da demonstração de uma “correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado [...]” (BRASIL, 2019, p. 42).

Ainda em sede preliminar a respeito da admissibilidade das ações, os votos dos ministros discorreram fartamente a respeito da situação concreta da população LGBT no Brasil e a ausência completa de proteção jurídica, em desacordo com as exigências constitucionais. Em resumo, houve menção a inúmeros fatos retratados em notícias de jornal nos quais houve violência física ou psicológica decorrentes de intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero.

É que não se admite qualquer omissão como objeto de controle constitucional pelo Poder Judiciário. São apenas as lacunas sensíveis e impeditivas do exercício de direitos fundamentais que são vistas como possíveis de serem objeto da proteção jurídica no sistema objetivo de controle das omissões.

No âmbito específico do direito penal, fala-se dos “mandados constitucionais de criminalização” (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 109), que seriam as obrigações previstas no texto constitucional para que o legislador infraconstitucional crie tipos penais, por meio de leis, para os fins de proteção específica de determinados bens jurídicos eleitos na constituição, tais como ocorre quanto às condutas de tráfico de entorpecentes (artigo 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988) e, o que nos importa nessa análise, as condutas de “discriminação atentatória dos

¹ No caso em análise, não houve polêmica a respeito da legitimidade dos postulantes, reconhecida no julgamento sem grandes resistências. Também não houve grandes embates quanto à admissibilidade das ações, sendo amplamente aceita a tese da necessidade de intervenção no quadro inconstitucional de omissão do parlamento. Todavia, o mesmo não se diga em relação ao mérito e as consequências da decisão, palco de intensa discussão no julgado.

direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI do citado artigo), bem como a prática de racismo (inciso XLII).

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes recordou que em tais hipóteses de existência de mandado constitucional de criminalização, o uso do direito penal para fins de proteção não é uma faculdade do legislador infraconstitucional, mas sim um padrão protetivo mínimo que precisa ser necessariamente respeitado (BRASIL, 2019, p. 25).

Em decorrência deste raciocínio, tem-se que havendo mandamento constitucional de criminalização a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal foi admitida pelo próprio legislador constituinte, não havendo espaço para qualquer discussão a respeito destes importantes princípios quando há no texto da constituição ordem para criação de tipos penais específicos. É a constituição que define a importância do bem jurídico a ser protegido (fragmentariedade), bem como que embora possam existir meios não penais que sejam eficazes no caso concreto, o Estado tem o comando constitucional para se valer da proteção penal diante de determinadas situações em que sua aplicação seja necessária, por insuficientes os demais (subsidiariedade).

Entendeu o STF que os inúmeros projetos de lei propostos à discussão no Congresso Nacional para proteção da população LGBT não conseguiram render frutos aptos à proteção dos direitos daquelas pessoas, havendo menção nos votos dos ministros às infundáveis idas e vindas de projetos de lei que sequer chegavam à votação final. Vale dizer, entenderam os ministros que não basta a simples discussão jurídica do problema, sendo necessária a criação real do sistema protetivo, o que não ocorreu até o momento da prolação da decisão pelo Plenário do STF, embora passadas três décadas da promulgação da constituição.

Em sede de controle concreto da omissão sempre se discutiu a respeito do resultado do julgamento, surgindo uma primeira corrente de pensamento que sustentava a possibilidade de apenas se declarar a mora do congresso, em respeito à separação de poderes. Essa visão era defendida pela maioria dos integrantes do STF na década de 1990, principalmente nos votos do ministro Moreira Alves. Também era sustentada em sede doutrinária, especialmente por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (PFEIFFER, 1999, p. 80).

Em seu voto no caso ora em análise, o ministro Luís Edson Fachin (BRASIL, 2019, voto do Min. FACHIN, p. 21 e seguintes) fez uma interessante digressão histórica a respeito do posicionamento adotado pelo STF ao longo dos tempos, lembrando que a primeira corrente foi superada pelo STF, havendo precedentes em que se autorizou o imediato exercício

do direito cuja regulamentação é omissa, como no paradigmático caso do exercício de greve por servidores públicos (BRASIL, 2007).

Referido julgamento foi o precursor da chamada corrente concretista direta geral no sistema constitucional das omissões, visão esta que se sustenta principalmente na inafastabilidade do controle jurisdicional, cujo resultado do julgamento precisa ter efetividade para que se obtenha “tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito de conseguir.” (PFEIFFER, 1999, p. 84).

Essa perspectiva concreta, de certo modo, já era defendida pelos críticos da primeira corrente, como Celso Agrícola Barbi e o ministro Barbosa Moreira (PFEIFFER, 1999, p. 84). Ela aponta que o Judiciário tem o poder de não apenas declarar a mora inconstitucional, mas também de resolver diretamente o problema e com efeitos vinculantes para todos (*erga omnes*). Embora o Congresso Nacional não tenha cumprido o seu dever de editar norma regulamentadora do direito de greve de servidores públicos, o STF entendeu que essa categoria de trabalhadores poderia exercer o direito à paralisação inobstante à inércia congressual, sendo então aplicável por meios analógicos o quanto está disposto na lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei 7.783/89).

Portanto, não se trata propriamente de atuação como legislador positivo, na medida em que o STF não editou uma regulamentação contendo artigos e incisos a respeito de como deve ser exercitado o direito e suas limitações. Embora houvesse pensamento sustentando até mesmo a possibilidade de o judiciário editar uma sentença aditiva, nos moldes do que seria autorizado pelo direito italiano (MENDES et al., 2008, p. 1.215).

O que se fez foi apenas declarar que há uma omissão inconstitucional que poderia ser suprida com a aplicabilidade temperada de dispositivo legal já existente, ao menos até que o congresso exerça sua competência precípua e regule a matéria com suas especificidades. Curioso que isso ainda não foi feito, mesmo após mais de uma década do julgamento dos referidos mandados de injunção garantindo aos servidores públicos o exercício do direito de greve.

Voltando-se ao caso central do presente artigo, foi decidido por maioria de votos que seria possível aplicar de imediato as disposições contidas na Lei do Racismo para criminalização de condutas atentatórias aos direitos da comunidade LGBT, cujos delineamentos a respeito de tipicidade, ilicitude e antijuridicidade naturalmente devem ser observados em cada caso concreto.

Conforme se infere da análise dos votos vencedores, foi resgatado precedente histórico do STF sobre sua interpretação a respeito do alcance da palavra “racismo”, conforme restou consagrado no chamado Caso Ellwanger, originário de julgamento em sede de *Habeas Corpus* (BRASIL, 2003), o qual será objeto de análise no próximo item.

2 RAÇA E RACISMO: ALCANCE DOS CONCEITOS

O HC 82.424/RS foi impetrado no STF, em 2002, em favor do paciente Siegfried Ellwanger, que havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 1996 a dois anos de reclusão em regime aberto, com pena privativa de liberdade convertida em prestação de serviços, porque teria ele publicado e feito publicar artigos e livros discriminatórios contra a comunidade judaica, inclusive negando a existência do holocausto judeu (LAFER, 2005, p. 97-98).

O mérito principal da referida impetração no STF consistia no argumento de que agressões por motivos religiosos não podem ser consideradas como racismo, eis que ausente previsão expressa ao elemento religião no texto constitucional quando fala de combate ao racismo.

A questão envolvia, portanto, a amplitude do vocábulo “racismo” na forma como previsto no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que além de estipular um mandado de criminalização ainda determinou a imprescritibilidade do crime correlato. O impetrante pleiteava que fosse adotado um conceito restrito do termo, que englobaria apenas a discriminação decorrente do preconceito pela cor da pele, embora a Lei do Racismo tenha tipificado criminalmente também a conduta violadora de direitos de origem religiosa (artigo 1º da Lei 7.716/1989).

Explicando tal questão, André de Carvalho Ramos (2019, p. 784) assim leciona:

Para aqueles que defendem o conceito restrito de racismo, este consistiria em preconceito baseado em cor da pele e outros traços fenotípicos. Assim, os crimes previstos na Lei n. 7.716/89 (vista acima) teriam tratamento jurídico desigual: os crimes de discriminação por raça ou seriam inafiançáveis, imprescritíveis e sujeitos à pena de reclusão, por ordem expressa da CF/88 (art. 5º, XLII). Já os crimes de discriminação por religião ou procedência nacional não sofreriam tal rigor. Seriam, por exemplo, prescritíveis.

A adoção de tal entendimento significaria, então, dizer que a prática delitiva pela qual o paciente havia sido condenado em 1996 encontrava-se já prescrita quando impetrou o seu *Habeas Corpus* no ano de 2002 (LAFER, 2005, p. 98).

Contudo, o STF não aceitou a tese. Por maioria de votos, a corte adotou o conceito amplo de racismo, visto do ponto de vista social e histórico e não meramente biológico, “consistindo em uma prática que visa inferiorizar, ultrajar e estigmatizar um determinado agrupamento humano por motivo odioso” (RAMOS, 2019, p. 784).

Desta maneira, entendeu-se que todas as condutas tipificadas na Lei do Racismo (discriminação ou preconceito contra raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) fazem parte do estatuto constitucional referente ao combate ao racismo, que inclui o tratamento mais severo da inafiançabilidade, imprescritibilidade e imposição de pena de reclusão.

O ponto determinante para adoção da tese ampla residiu na constatação de inexistência de base científica para a categorização de raças humanas, tal como se pensava. A esse respeito, Ísis Aparecida Conceição (2010, p. 26) bem elucida a questão a respeito da origem do uso da palavra:

Em 1758, o botânico sueco Carl Von Linné, ou Carolus Linnaeus, - criador do atual sistema de classificação dos seres vivos - deu à humanidade o nome científico de *Homo sapiens* e a dividiu em quatro subespécies: os vermelhos americanos, “geniosos, despreocupados e livres”; os amarelos asiáticos, “severos e ambiciosos”; os negros africanos, “ardilosos e irrefletidos”, e os brancos europeus, “ativos, inteligentes e engenhosos”. Assim, diante dessa noção de que dentro da espécie humana existiriam raças, surge também a ideia do valor de cada uma em relação a outra. Etimologicamente, a palavra raça é um termo de origem italiana, “razza”, a sua raiz latina já trazia a ideia de espécies, tipos.

Daí que esta noção científica de raça passou a ser utilizada de maneira nociva, como elemento apto a subsidiar a suposta supremacia de uma das raças humanas em detrimento das outras. Ocorre que ao final da segunda guerra a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu nos anos 1950 um estudo multidisciplinar incluindo cientistas de diversos países e áreas de pesquisa, “que concluiu que não existe raça humana, mas apenas adaptações do corpo ao regime local de cada população.” (CONCEIÇÃO, 2010, p. 28).

Interessante é que o referido estudo concluiu que a antiga divisão em raças não tem utilidade nem mesmo para a área da saúde:

Mesmo para analisar doenças e perfil genético o conceito de raças não mais tem utilidade biológica, porque pode ocorrer de um povo ter em comum com outro apenas a cor da pele e pouca carga genética a respeito da predisposição para a doença investigada. E ser possível achar a mesma predisposição entre africanos e europeus, embora com a cor da pele diferente. (CONCEIÇÃO, 2010, p. 28).

Como se vê, admitiu-se que a palavra raça pouco significa do ponto de vista biológico, uma vez que os seres humanos possuem características genéticas oriundas de um mesmo grupo ancestral, o que supera a noção de um racismo científico. O fenômeno é estritamente político e histórico:

Raça não é um termo fixo, estático. Seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado. Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas.

Foram, portanto, as circunstâncias históricas de meados do século XVI que forneceram um sentido específico à ideia de raça. A expansão econômica mercantilista e a descoberta do novo mundo forjaram a base material a partir da qual a cultura renascentista iria refletir sobre a unidade e a multiplicidade da existência humana. Se antes desse período ser humano relacionava-se ao pertencimento a uma comunidade política ou religiosa, o contexto da expansão comercial burguesa e da cultura renascentista abriu as portas para a construção do moderno ideário filosófico que mais tarde transformaria o europeu no homem universal (atentar ao gênero aqui é importante) e todos os povos e culturas não condizentes com os sistemas culturais europeus em variações menos evoluídas. (ALMEIDA, 2019, p. 24-25).

Daí já se observa que a definição de raça é algo flutuante na história e não um conceito biológico e que “Os eventos da Segunda Guerra Mundial e o genocídio perpetrado pela Alemanha nazista reforçaram o fato de que a raça é um elemento essencialmente político, sem qualquer sentido fora do âmbito socioantropológico.” (ALMEIDA, 2019, p. 31).

Por sua vez, assim explica Celso Lafer (2005, p. 101):

O sequenciamento do genoma humano confirmou que só existe uma raça - a raça humana. Assim, é certo que os judeus não são uma raça, mas não são uma raça os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos, os árabes e quaisquer outros integrantes da espécie humana.

Entender o termo raça previsto em nosso ordenamento jurídico como um elemento de natureza puramente biológico esvaziaria por completo o seu conteúdo, trazendo à tona a figura do “crime impossível pela inexistência do objeto: as raças, até mesmo a ‘raça negra’ à qual se endereçaria especificamente o preceito constitucional [...]” (LAFER, 2005, p. 102).

A inexistência de uma noção científica de raça não significa ser desnecessária a proteção contra as práticas de racismo, pois “não existe raça do ponto de vista biológico, mas ela é inegável na sociedade, existem no mundo social na cabeça daqueles que acreditam que há diferenças entre humanos e tratam grupos de modo inferiorizado.” (CONCEIÇÃO, 2010, p. 27).

Em sua obra “Racismo recreativo”, Adilson José Moreira concorda que o racismo é decorrência de um processo histórico colonial em que o homem branco europeu se impôs como centro e parâmetro do mundo (MOREIRA, 2019b, p. 42-43) e alerta que as práticas discriminatórias não são apenas aquelas explícitas, não se podendo esquecer daquelas estruturais (embutidas no sistema) e também aquelas camufladas no pano de fundo do humor e da descontração. O autor reforça que a sociedade não nega que existe racismo. Mas paradoxalmente ao mesmo tempo ninguém se vê como racista, criando o curioso fenômeno de um “racismo sem racistas” (MOREIRA, 2019b, p. 31).

O contexto brasileiro é ainda mais marcante e diretamente reflexo dos raciocínios eurocentristas acima expostos:

Com a Proclamação de 1889, ano e meio após a abolição, e a extensão da cidadania nacional (limitada pela renda e excludente das mulheres) em 1891 a todos os grupos populacionais aculturados, o Brasil descobriu a “raça”. Descobriu e apavorou-se. Ao contrário do império escravocrata, “caucasiano” trigueiro com poucas exceções entre os cidadãos ativos, a República reconhecia-se constitucionalmente policrômica, mas não gostava do que via. Para “civilizar-se” - e suplementar a mão-de-obra faltante desde o fim do tráfico negreiro - recorreu à imigração européia dirigida (apenas a contragosto abriu as portas à imigração japonesa). Isso porque, conforme então se entendia como verdade evidente, teorizada por ideólogos

ilustres, cultura e civilização somente poderiam ser brancas. Assim o mostrara eternamente a Europa, e o confirmava no presente sua filha mais bem sucedida: a “América” - do Norte. (ALVES, 2013, p. 66-67).

Naturalmente a decisão naquele caso não ficou imune a críticas, apontando-se que os votos se valeram mais “dos argumentos pessoais e das razões de foro íntimo do decididor do que dos termos da normatização posta.” (OLIVEIRA, 2015, p. 54).

Voltando-se ao caso da criminalização da homotransfobia, verifica-se que a maioria de votos que se formou no sentido de ser possível o enquadramento das práticas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero na Lei do Racismo apenas promoveu o resgate do Caso Ellwanger e aplicou o mesmo raciocínio jurídico anteriormente adotado pela corte no que tange à noção ampla de raça e racismo. E, naturalmente, a concretude dos efeitos do julgamento teve como base o citado precedente a respeito do direito de greve dos servidores públicos. Contudo, pouco se aprofundou nas sutis diferenças entre as situações fáticas postas a julgamento, as quais não devem ser desprezadas.

No Caso Ellwanger havia lei expressa e abstratamente tipificando a conduta discriminatória de fundo religioso. O efeito concreto foi apenas quanto à aplicabilidade do regime jurídico mais severo previsto no texto constitucional, quanto à prescrição. Claramente não se poderia falar ali em sentença aditiva de tipo penal em desrespeito à legalidade estrita, pois o tipo estava expressamente previsto na lei.

O mesmo se diga quanto ao paradigmático julgado quanto ao exercício do direito de greve. Embora inexistente lei para os trabalhadores do serviço público, ela existia para os trabalhadores em geral. E o STF não criou um estatuto próprio, com regras e delineamentos de como um servidor público poderia exercer o seu direito à greve. Apenas determinou que a regra geral dos trabalhadores deveria ser utilizada para salvaguardar os direitos dos trabalhadores em regime especial até que houvesse criação de lei própria. Não existisse a lei geral, provavelmente o STF não teria determinado a concretude dos efeitos naquele julgado. Aqui houve uso de analogia para suplantiar a falta de lei para o caso, mas que refoge ao campo penal.

No caso da homotransfobia, a princípio, a situação parece ser diversa porque ausente qualquer referência na lei quanto à proteção da orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, por se tratar de estatuto afeto à liberdade dos indivíduos tem-se que o poder estatal é mais

temperado, com a incidência de regras e princípios de índole garantista da sociedade como a legalidade estrita, que exige que uma punição criminal seja previamente descrita em lei federal.

Dadas as peculiaridades do sistema penal no que tange à criminalização de condutas, tem-se como pertinente o maior aprofundamento das questões próprias da interpretação da lei penal incriminadora, na tentativa de afastar o entendimento de que houve sentença aditiva e reafirmar o necessário equilíbrio entre a tutela penal de direitos humanos (aspecto positivo) e o garantismo penal (aspecto negativo) como forma de legitimar o uso do direito penal para a proteção de direitos realmente importantes para a sociedade e não meramente aqueles de índole tipicamente patrimonial. Com isso, tem-se “uma noção de incremento do nível geral de proteção dos direitos humanos pelo conjunto do sistema penal, o que impõe, como consequência, maiores cuidados na busca de esclarecimento das lesões aos valores fundamentais das sociedades democráticas”. (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 71).

Anota-se mais uma vez que isso não significa que esteja sendo adotada a concepção de que o sistema penal é suficiente para a efetividade de direitos humanos, pensamento este que tem gerado críticas da doutrina quanto aos julgamentos da Corte Americana de Direitos Humanos, a qual vem reiteradamente condenando os Estados-parte pela ausência de proteção específica de direitos humanos. Embora a pesquisa de Raquel da Cruz Lima (2018, p. 127) tenha apontado que o chamado neopunitivismo não é verdadeiramente a tônica dos julgamentos daquela corte internacional, sendo tais afirmações decorrentes de defeitos de amostragem de casos. A autora aponta que as conclusões a tal respeito partem “de decisões da Corte em alguns poucos casos para generalizar a conclusão de que o Sistema Interamericano confia cegamente na justiça criminal para proteger os direitos humanos.” (LIMA, 2018, p. 128).

3 HERMÊUTICA PENAL

Considerando que foi adotado o conceito amplo de raça e racismo desde o julgamento do Caso Ellwanger e posteriormente levada tal noção às situações de homotransfobia, com adoção de efeitos concretos nos julgamentos, conforme acima descrito, surge a importância de melhor investigar a respeito da técnica de interpretação da lei penal, especialmente aquela de natureza incriminadora.

3.1 Lei penal incriminadora e interpretação

De início, não se pode perder de vista que é decorrência óbvia da adoção de uma tripartição de poderes (ou de funções do mesmo poder, para ser mais técnico), na forma como arquitetado no iluminismo e fartamente utilizado nas revoluções liberais, que o Poder Judiciário não pode editar normas de efeitos gerais e abstratos, dado que a sua função precípua é a de julgar e não legislar, o que cabe ao Poder Legislativo (SILVEIRA, 1968, p. 25).

Mais do que isso, em se tratando de lei penal incriminadora, incide a lógica da máxima taxatividade, que “implica a proscrição de qualquer integração analógica de lei penal, impondo sua interpretação rigorosa como regra geral.” (ZAFFARONI, 2018, p. 239). Isso é, no campo da incriminação de condutas o respeito à lei reflete-se como uma garantia do Estado Democrático de Direito, sendo a legalidade traduzida como garantia de que somente a lei pode imputar sanção penal e descrever condutas e, indo mais além, vedando-se subterfúgios interpretativos que possam tornar imprevisível a incidência da norma penal.

Ocorre que a tensão entre as atividades de julgar e legislar não tem nada de novo na história do direito:

Ainda que na Grécia clássica e em Roma, se tentasse, em certas épocas, cercear os poderes dos juizes, a fim de não se prejudicar a liberdade e a segurança dos indivíduos, esta tendência só triunfou de forma acabada com a Revolução francesa, através das declarações de direitos, das constituições escritas, das codificações, dos métodos de interpretação - clássico e exegético - enfim: da limitação máxima aos poderes do juiz. (SILVEIRA, 1968, p. 25).

Com as revoluções liberais do século XVIII foi amplamente disseminada a noção de que a lei deveria encerrar o conteúdo e alcance do direito, pouco espaço cabendo à atividade interpretativa do juiz, cujo arbítrio oriundo da tradição feudal então reinante se buscava enfrentar naquele contexto histórico, sendo ele reduzido a mera “boca da lei”. Daí o resgate do conceito medieval do brocardo *in claris cessat interpretatio* (sendo clara, não se interpreta a lei) como expressão máxima do “receio ao arbítrio do juiz e do respeito religioso ao texto da lei, apanágio do liberalismo revolucionário” (SILVEIRA, 1968, p. 31).

Ocorre que o sonho da limitação da interpretação nunca passou de um mero devaneio, porque até mesmo para se compreender alguma prescrição como sendo clara e, por consequência, não sujeita à

interpretação, alguém tem que promover a sua compreensão de significado e alcance ao caso concreto, o que significa interpretar. Isso para não falar de inúmeras outras situações que demandariam a atividade concreta em razão da impossibilidade fática de se prever abstratamente todas as situações da vida cotidiana em textos de papel, o que tornou sempre irreal o sonho de codificação da vida.

A clássica lição de Carlos Maximiliano (1984, p. 320) aponta que “um texto não pode ser casuístico, incluir em fórmulas gerais ou típicas os casos múltiplos e variadíssimos da vida real.” A intervenção do hermenauta é imprescindível até mesmo para a existência de um sistema penal com possibilidade de se condenar alguém.

Por sua vez, Rubens Limongi França (1999, p. 169-170), falando das funções da jurisprudência assim assevera:

Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra é a lei analisada, ativada, humanizada e adaptada pelo julgador. É quando as imprecisões se evidenciam, as incongruências emergem, as asperezas se realçam, e as falhas se tornam patentes.

Os exageros da escola da exegese foram ciclicamente sendo temperados com estudos a respeito de como deveria ser promovida a atividade hermenêutica sem que houvesse violação e arbítrio dos juízes. A vedação de interpretação logo se transformaria em um conjunto de métodos aptos a validar uma interpretação judicial, ao que se pode chamar de métodos hermenêuticos.

Aníbal Bruno (1984, p. 214-215) recorda apenas que não pode o juiz:

[...] na função de intérprete, desprezar o sentido próprio da norma existente e fazer verdadeira inovação de Direito. Deve-se recordar sempre que a lei é que é a manifestação precisa da vontade do Estado, refletindo aquela consciência coletiva, na regulação dos fatos jurídicos, e que, por mais que se alargue a visão do intérprete, o ponto de partida do momento interpretativo, e o seu constante ponto de referência, é o texto legal.

Cumprido analisar se a decisão adotada pelo STF quanto à possibilidade de criminalização da homotransfobia por meio do estatuto da Lei do Racismo é decorrência do uso legítimo de método hermenêutico

ou se violou proibições específicas do direito penal, tal como a analogia *in malam partem*, fazendo então uso de subterfúgios argumentativos.

A lei penal não apenas pode como deve ser interpretada pelo juiz (SILVEIRA, 1968, p. 32), podendo fazer uso dos tradicionais métodos como o sistemático, lógico, teleológico, histórico, sociológico, dentre outros. Apenas deve-se observar as peculiaridades próprias do sistema, especialmente no que tange aos princípios penais de índole garantista.

A título exemplificativo da atividade interpretativa em matéria penal, extrai-se da clássica doutrina hermenêutica de Alípio da Silveira (1968, p. 249-252) curioso fato histórico surgido com as sucessivas invenções de novos materiais de uso bélico, cuja seção do livro foi denominada “da pólvora à bomba atômica”. Inicialmente previa-se apenas o crime de fabricar armas ou pólvora. Isso não englobaria dinamite e outros explosivos ainda mais poderosos que a pólvora, porque não se compunham desta substância. O texto foi aperfeiçoado no Código Penal vigente (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940), que previu conduta mais genérica em seu artigo 253, falando em “substância ou engenho explosivo. Mas o problema é que isso ainda não seria suficiente para englobar o uso de energia atômica, por exemplo. Explica o referido autor:

Sob o ponto-de-vista estritamente técnico, a bomba atômica, baseada na desintegração de átomos da substância empregada, não é um explosivo, no sentido estrito do termo, que abrange os explosivos químicos. Êstes últimos se baseiam em transformações químicas de certas substâncias, com produção de calor e gases, embora não se trate, em absoluto, de desintegração atômica. (SILVEIRA, 1968, p. 251).

O autor defende que a solução para o caso seria compreender que o sentido da lei é a proibição geral de substâncias que possam colocar em tal risco a população, seja explosão ou desintegração atômica. Essa distinção seria científica e não jurídica. A ideia seria então compreender o texto da lei em seu sentido amplo, buscando-se a sua finalidade e, portanto, promovendo-se uma interpretação teleológica.

Ainda revisitando a doutrina clássica de hermenêutica, tem-se na obra de Carlos Maximiliano (1984, p. 320) que a consolidação do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime, nem pena, sem previsão na lei) foi o resultado da reação contra o arbítrio dos juizes do regime feudal, de forte origem nobre. Mas lembra o autor que como normalmente ocorre em toda reviravolta de pensamento, a nova corrente caiu em grande exagero ao pregar a total proibição da atividade interpretativa do juiz.

O apego desmedido à taxatividade do texto da lei conduziu a absurdos como “o de se julgar isento de culpa e pena o que desposara três mulheres, porque o texto só previa o casamento com duas, a bigamia” (MAXIMILIANO, 1984, p. 320), ou ainda “o de absolver o que obtivera, por dinheiro, um depoimento favorável, por se referir a lei ao suborno de testemunhas, no plural.” (MAXIMILIANO, 1984, p. 320).

Em arremate, o autor aponta que não faz sentido exigir-se interpretação totalmente restritiva apenas por se tratar de lei penal incriminadora, sendo o caso de aplicação estrita da interpretação:

[...] proibiram as ilações, a interpretação extensiva; logo exigiram a restritiva. Com evitar um erro, incide-se em outro, embora oposto. Se um extremo prejudica, o contrário arrasta a deslizes talvez mais danosos para a coletividade. A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nem de menos. Em uma palavra, será declarativa, na acepção moderna do vocábulo. (MAXIMILIANO, 1984, p. 324).

A partir de tais exemplos e raciocínios fica claro que a atividade interpretativa do juiz penal não pode ser completamente impedida, cabendo a ele determinar o alcance e sentido da norma incriminadora mas sem que seja lícito lançar mão de raciocínios anacrônicos, desvirtuando-se a natureza das coisas: não se pode chamar de veículo um carro de brinquedo.

Embora isso não seja algo tão simples de se descrever no mundo real, tal como ocorre quanto a busca de definição da palavra “livro” no âmbito do direito tributário para fins de incidência ou não da imunidade contida no artigo 150, VI, da Constituição Federal. A multiplicidade de objetos que poderiam ou não ser considerados como um livro (*e-reader*, gibis, panfletos e etc) leva o intérprete a ter que se socorrer dos chamados jogos de linguagem dos conceitos (NEIVA, 2017, p. 294).

De se concordar, então, com as afirmações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 253), para quem a letra de uma lei é apenas o ponto de partida da atividade de interpretação, que consiste em promover-se uma paráfrase do texto escrito anteriormente. Assim, “a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equívocas proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica.”

3.2 Entre interpretação e integração do direito

Como se viu, mesmo se tratando de lei penal incriminadora ainda há o necessário espaço interpretativo do juiz. Todavia, esta atividade de compreensão de sentido e alcance do texto da lei não pode ser confundida com a integração do direito. Integração e interpretação não são a mesma coisa ou relações de gênero e espécie.

Quando se fala em integrar o direito automaticamente afirma-se que há algo faltante nele, que necessita ser complementado, integrado. Não há aqui “um texto de lei obscuro ou incerto, cujo exato sentido se procura descobrir ou esclarecer. O que há é ausência de lei que regule diretamente a hipótese.” (BRUNO, 1984, p. 222).

Dentre as técnicas de se cobrir essa lacuna da lei, tem-se o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme dicção do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, com redação dada pela Lei 12.376/2010). É o próprio direito positivado que prevê a possibilidade de se complementar o seu sistema quando constatada a imperfeição dele.

A analogia é assim definida pela doutrina:

A analogia é um processo que visa a cobrir essa lacuna, não pela criação de nova lei, mas pela aplicação de lei que regule casos semelhantes ou, melhor, subindo até os princípios que informam esta lei, para fazer derivar deles a regra aplicável ao caso vertente. O que mostra que a analogia não importa na criação de nova norma de Direito, mas no reconhecimento de um Direito já existente no sistema jurídico. (BRUNO, 1984, p. 223).

A clássica lição sobre analogia afirma que ela “significa aplicar às hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos”, orientando-se pelo princípio de que “onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito” (RODRIGUES, 2003, p. 22) e traz o exemplo ilustrativo das questões relativas ao surgimento do sistema de transporte por meio do trem, em uma época em que só havia normas jurídicas sobre acidentes ocorridos nos bondes elétricos. Considerando-se a similaridade concreta entre o trem e o bonde elétrico, naturalmente admitiu-se que a lacuna do direito fosse suprida por meio da aplicação da analogia.

No âmbito penal, a analogia é recurso de uso mais limitado, todavia. Não se admite no direito brasileiro a aplicação da analogia para desfavorecer o réu (*in malam partem*). Carlos Maximiliano lecionava, a

respeito dessa limitação, comparando o juiz penal com o juiz aplicador do direito privado, que se vê:

[...] sempre obrigado a resolver a controvérsia, apesar do silêncio ou da linguagem equívoca dos textos; no segundo, não; por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o ímprobo não visado por um texto expresso. (MAXIMILIANO, 1984, p. 323).

No entanto, nem todos ordenamentos jurídicos proibiram a analogia contra o réu, devendo ser rememorados como principais exemplos de possibilidade expressa de uso de tal recurso o Código Soviético de 1926 e a Lei Alemã sobre Analogia de 1935 (MAXIMILIANO, 1984, p. 322). De se ver até pelos exemplos citados que a possibilidade de uso da analogia para desfavorecer o acusado não é uma característica de Estados Democráticos de Direito, mas sim recurso usado em estados totalitários, de esquerda ou de direita, para fins óbvios de se camuflar licitude em perseguições a opositores do regime.

A conquista liberal da legalidade estrita em matéria penal impede, portanto, que a analogia seja utilizada para fins de incriminação, podendo ser útil apenas como recurso para favorecer o réu (*in bonam partem*). A intenção é evitar a surpresa e imprevisibilidade quanto à conduta que o direito penal busca evitar por meio de suas normas, bem como o uso desvirtuado do sistema.

Situação diversa, por oportuno dizer, ocorre naquilo que é chamado de interpretação analógica. Aqui não é integração do direito, porque não se reconhece a existência de qualquer lacuna a ser preenchida. É uma simples interpretação extensiva da regra, determinada pela própria norma jurídica que se interpreta. Explica-se:

Isso ocorre quando a norma dispõe que o seu preceito, além dos casos especificados, se aplique também a outros semelhantes, usando esta expressão ou expressões equivalentes. Então, se completa o conteúdo da norma por meio de um processo de interpretação das expressões extensivas do preceito, levando-o, por analogia, a aplicar-se aos casos que se apresentem como semelhantes, segundo prescreve a própria norma.

Trata-se, em verdade, de uma hipótese de interpretação extensiva, em que a própria lei manda que se estenda o seu conteúdo e fornece o critério para isso. (BRUNO, 1984, p. 227).

O uso da interpretação analógica é frequente em nosso vigente Código Penal, tal como se verifica no §4º do art. 155 no qual o legislador aponta que a pena do crime de furto deve ser aumentada se tiver ele sido cometido com uso de “explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum”. Ao falar em artefato análogo, abre-se expressamente o campo interpretativo para que o juiz possa compreender quaisquer outras substâncias que tenham a mesma finalidade que o explosivo. Curioso notar, aqui, que o uso desta técnica legislativa resolveria o problema apontado acima a respeito da pólvora à bomba atômica.

3.3 Interpretação evolutiva: formas contemporâneas de racismo

Conforme se vislumbra da fundamentação dos votos vencedores no julgamento do caso da homotransfobia, o STF não adotou a possibilidade de analogia contra réu.

Embora no momento de análise quanto à admissibilidade das ações tenham os votos mencionado a respeito da existência de lacuna jurídica quanto à proteção específica da comunidade LGBT por meio de normas penais, reconhecendo-se a omissão do legislador e a possibilidade de processamento daquelas ações, tem-se que o julgamento pautou corretamente a questão a respeito da natureza ampla do conceito de raça e racismo, abandonando a suposta noção científica que atrela o seu conteúdo apenas às características fenotípicas como a cor da pele. Abandonar um posicionamento jurídico anteriormente adotado ou pelo menos visto como o correto pelos meios correntes de uma época significa, naturalmente, romper com o passado. Tem-se, então, claro o uso do método da interpretação evolutiva, que é exatamente uma das funções da jurisprudência: rejuvenescer a lei (FRANÇA, 1999, p. 169).

Carlos Maximiliano (1984, p. 325-326) alerta que a possibilidade de uma interpretação evolutiva decorre inclusive da necessidade de se evitar a ilusão de uma exegese restrita ao extremo, pois “até mesmo no campo do Direito Penal a interpretação adapta-se à época, atende aos fatores sociais, afeiçoa a norma imutável às novas teorias, à vitoriosa orientação da ciência jurídica. Todo Direito é vivo, dinâmico.”

O julgamento em questão deu uma nova compreensão aos termos de raça e racismo, em resgate ao que já havia sido decidido no importante precedente do Caso Ellwanger. Os referidos termos passaram a ser vistos

não mais a partir de um suposto ponto de vista biológico, mas sim partindo-se de uma noção jurídica mais ampla.

Na essência, considerou-se que a palavra “raça” contida no artigo 1º da Lei do Racismo é um gênero e não uma espécie. E o acerto de tal posicionamento vem demonstrado no próprio texto do dispositivo legal ora em análise, porquanto na sequência imediata do vocábulo “raça” vem o termo “cor” como outro objeto jurídico de proteção da lei penal, o que parece apontar que nem mesmo o legislador ordinário tenha compreendido raça como sendo um conceito limitado à cor da pele.

Neste ponto, é curioso observar que alguns dos votos vencedores (Gilmar Mendes e Celso de Mello) chegaram a mencionar que nem mesmo o legislador constituinte originário tinha a intenção de limitar o termo racismo contido na Constituição Federal ao seu sentido de espécie. Retomaram o julgamento do Caso Ellwanger para rememorar que por aquela ocasião ainda se encontravam no STF tanto o ministro Nelson Jobim quanto o ministro Maurício Corrêa, ambos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, os quais deixaram claro que não havia qualquer intenção em se limitar a proteção contra o racismo apenas às questões relativas à cor da pele ou outras características de cunho eminentemente fenotípico.

Para Celso Lafer (2005, p. 103), “Os depoimentos dos ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, que foram constituintes, são importantes para esclarecer a *voluntas legislatoris*. Cabe, no entanto, também dizer que ela está em sintonia com a *voluntas legis*.”

E essa compreensão de raça e racismo com um sentido mais genérico remonta importantes casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e da Câmara dos Lordes na Grã-Bretanha, ambos da década de 1980. No caso *Shaare Tefila Congregation vs. Cobb* (EUA, 1987 *apud* LAFER, 2005, p. 106) houve reconhecimento de que judeus poderiam ser objeto de proteção contra racismo, assim como no caso *Mandla and another vs. Dowell Lee and another* (INGLATERRA, 1983 *apud* LAFER, 2005, p. 106) admitiu-se que a comunidade dos *sikhs* estaria igualmente protegida.

Importante também asseverar que a interpretação do racismo como um gênero está ainda em consonância com o chamado bloco de convencionalidade, na medida em que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada em nosso país em 1968 e com entrada em vigor a partir de 04/01/1969. As definições previstas no artigo 1º do referido instrumento

internacional não deixam qualquer margem para uma compreensão restrita da palavra raça.

Por isso mesmo a necessidade de se falar em formas contemporâneas de racismo, pois:

Como o fenômeno do racismo tem uma dinâmica capacidade de renovar-se permitindo assumir diferentes formas de expressão nos campos político, social, cultura e linguístico, há o desafio adicional de implementar o direito à igualdade enfrentando as formas contemporâneas de racismo, como racismo na internet, nos esportes, na mídia, bem como a discriminação baseada em informação genética, dentre outras formas. (PIOVESAN, 2016, p. 300-301).

André de Carvalho Ramos (2019, p. 785) concorda com tal compreensão, afirmando que “Todos os seres humanos podem ser vítimas de racismo, que possui facetas contemporâneas, como a do antissemitismo, xenofobia, islamofobia, entre outras.”

Nesse contexto, embora a homotransfobia não seja propriamente uma prática nova na sociedade, pelo menos não tão atual como a referência acima referente às discriminações pela *internet*, tem-se que a sua criminalização como uma manifestação de racismo é algo inovador se levado em consideração o contexto engessado que marcava a interpretação anterior do conceito de raça.

Este fenômeno evolutivo da interpretação é uma tônica quanto à proteção específica de direitos humanos por meio da legislação penal, que deve ser orientada pelo princípio da aplicabilidade em favor da pessoa (*pro personae*). É também verificado quanto à interpretação que se dá ao conceito de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo. Não se poderia visualizar a escravidão nos dias atuais como ela era categorizada há alguns séculos, sob o enfoque no direito de propriedade. Deve-se observar as formas contemporâneas de escravidão, conforme amplamente admitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (CIDH, 2016, p. 76-77):

289. Em atenção ao exposto acima, a Corte Interamericana considera que, à luz do desenvolvimento ocorrido no Direito Internacional nas últimas décadas, a expressão “tráfico de escravos e de mulheres” do artigo 6.1 da Convenção Americana deve ser interpretada de maneira ampla para referir-se ao “tráfico de pessoas”. Da mesma forma que a finalidade do tráfico de escravos e de mulheres é a

exploração do ser humano, a Corte não poderia limitar a proteção conferida por esse artigo unicamente às mulheres ou aos chamados “escravos”, sob a ótica da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio *pro personae*. Isso é importante para dar efeito útil à proibição prevista na Convenção Americana, de acordo com a evolução do fenômeno do tráfico de seres humanos em nossas sociedades. (destacamos).

Retornando-se ao citado exemplo do advento do trem em um cenário de regulação jurídica apenas para bondes elétricos, tem-se que também não haveria ali qualquer lacuna a ser preenchida por meio da analogia no caso de as disposições jurídicas então existentes não falassem da espécie bonde elétrico, mas sim do gênero sistemas de transportes por trilhos. E dizer o que é gênero e o que é espécie é tarefa do hermenêuta: o conceito é jurídico.

CONCLUSÕES

A análise um pouco mais aprofundada do conceito de raça e racismo e seu conteúdo histórico permitiu a sua visualização num ponto de vista mais amplo do que o corriqueiramente utilizado. Racismo interpretado do ponto de vista jurídico e não conforme seu suposto conceito biológico, ou mesmo aquele da crença popular.

A partir da constatação de que o racismo deve ser visto em sua faceta contemporânea, com o uso da técnica da interpretação evolutiva, conclui-se que o STF não promoveu o uso de analogia contra réu ao decidir a respeito da possibilidade de criminalização das práticas homotransfóbicas.

Também não houve sentença aditiva penal porque a decisão não criou qualquer nova regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas conferiu interpretação conforme à constituição para dizer que as disposições penais sobre racismo previstas na lei própria são também aplicáveis a situações outras que não apenas as discriminações decorrentes da cor da pele. O conceito é amplo e não restrito. Contudo, não se pode negar nessas considerações finais a existência de uma contradição entre a parte da admissibilidade das ações de controle de omissão legislativa e a conclusão final do julgamento.

Embora tenha o STF admitido na análise preliminar que o quadro era de omissão do legislador em regular especificamente a necessária proteção criminal das pessoas LGBT, ao final do julgamento ele concluiu que existia regra jurídica válida e capaz de determinar a responsabilização

criminal de infratores homotransfóbicos, a qual deveria ser utilizada pelos tribunais pátrios para fins de atendimento do sentimento constitucional de proteção das minorias.

A conclusão do julgamento parece demonstrar que na realidade a omissão não era puramente legislativa, mas também dos órgãos relativos à segurança pública, Ministério Público e Judiciário, os quais já poderiam estar adotando providências para a persecução penal dos infratores. Contudo, não se pode perder de vista a insegurança jurídica causada pela inexistência de termos expressos na legislação que garantissem a proteção específica das pessoas em referência neste artigo, além da consolidada posição de que o direito brasileiro não tutelava criminalmente as questões de discriminação por causa da sexualidade.

O STF no máximo promoveu uma relativização das regras para acesso ao controle objetivo da constitucionalidade das leis e das omissões do legislador (devido processo objetivo), não tendo havido qualquer flexibilização ou frustração de garantias penais. Mas é de se compreender que a mudança brusca do paradigma até então consolidado justifica a adotada modulação dos efeitos da decisão, determinando-se que apenas os fatos posteriores ao julgamento possam ser enquadrados na Lei do Racismo para fins de persecução penal. Prioriza-se, assim, a segurança jurídica e a noção de que a norma jurídica não é apenas a lei, mas sim o resultado de sua interpretação pelos tribunais. A decisão foi prudente, neste ponto.

Conquanto se admita que a luta histórica dos negros não possui a mesma origem que a luta pelos direitos relativos à sexualidade, conclui-se que a visão da homotransfobia como forma contemporânea de racismo não enfraquece ou diminui a batalha travada há séculos pelo fim do racismo. Na realidade, coloca mais pessoas nas mesmas trincheiras de modo a incrementar a guerra contra a intolerância e a discriminação, inclusive não desprezando a questão interseccional envolvida, porquanto pessoas negras homossexuais ou transgênero passam a estar duplamente respaldadas pelos mecanismos jurídico-criminais.

Já no que se refere à difícil questão da efetividade da proteção de direitos humanos, verifica-se que seria necessária pesquisa detalhada a tal respeito, inclusive promovendo-se colheita de dados fáticos a partir do julgamento para fins de compreensão do problema. Todavia, partindo-se de uma visão crítica de direitos humanos, é possível de imediato não adotar posição otimista a respeito, o que seria por demais ingênuo, dadas as dificuldades estruturais para se combater a discriminação em nosso país.

Questiona-se até mesmo se as instâncias integrantes da persecução penal vão mesmo adotar as devidas providências que lhes cabem por força do julgado e a amplitude de seus efeitos.

Embora não se tenha negado aqui a importância do julgado objeto do debate, receia-se que se torne apenas mais um exemplo do chamado efeito encantatório dos direitos humanos, na lição de David Sánchez Rubio (2014), ao passar uma falsa sensação de que o julgamento resolve por si só a questão da discriminação contra as pessoas LGBT. No entanto, o que se tem como evidente no momento é que a hipotética adoção de posicionamento contrário por parte do STF poderia significar o total respaldo aos violadores de direito para a continuidade de suas práticas, e até mesmo um incentivo indireto ao ódio, independentemente das questões formais envolvidas no caso em julgamento.

É mesmo possível que a decisão não se torne eficaz na proteção de direitos humanos, inclusive por não ter sido a criminalização uma resultante legítima da pressão da sociedade para a atuação de seus representantes eleitos, como fruto de amplos debates e diferenciações das situações envolvidas no racismo. Mas, no mínimo, não poderá ela ser usada em sentido inverso ao que se pretendia no controle da omissão inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. L. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

ALVES, J. A. L. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BARBA, R. G. D. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

BORGES, P. C. C. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 12, n. 134, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15059/9457>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRAGA, A. G.; SERRA, V. S. O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico. *In*: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da (org.). **Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 85-120.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 17 set. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 670**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 25 out. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRUNO, A. **Direito penal, parte geral**: introdução, norma penal, fato punível. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 05 nov. 2019.

CONCEIÇÃO, I. A. **Racismo estrutural no Brasil e penas alternativas**: os limites dos direitos humanos acrílicos. Curitiba: Juruá, 2010.

FALEIROS JÚNIOR, R. G. **Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos**: uma intersecção crítico-dialética marginal. 2012. 204 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/98952>. Acesso em 10 nov. 2019.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FISCHER, D.; PEREIRA, F. V. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

FRANÇA, R. L. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LIMA, R. C. **O direito penal dos direitos humanos**: paradoxos no discurso punitivo da corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, G. F. et al. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017.

MOREIRA, A. J. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019a.

MOREIRA, A. J. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019b.

NEIVA, H. L. M. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, E. P. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Y. W. O STF e o “Caso Ellwanger”: a interferência dos fatores extralegais no processo de delimitação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 46-56, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/757>. Acesso em: 20 jan. 2020.

PIOVESAN, F. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Impacto das decisões da corte interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 281-305.

PFEIFFER, R. A. C. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, S. **Direito Civil: Parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUBIO, D. S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 2 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

VECCHIATTI, P. R. I. Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87-140.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 90, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NOS CUMPRIMENTOS INDIVIDUAIS DE SENTENÇAS COLETIVAS

THE APPLICATION OF ARTICLE 90, PARAGRAPH 4, OF THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE IN THE INDIVIDUAL ENFORCEMENTS OF COLLECTIVE SENTENCES

Fabio Paulo Reis de Santana*

Camila Perissini Bruzzese**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A súmula 134 do TRF4 e o enunciado 10 do CJF. 3 A interpretação adotada pela Corte Especial do TJ/SP. 4 A interpretação conferida pela Corte Especial do STJ e a natureza cognitiva do cumprimento individual de sentenças coletivas. 5 O legislador racional: a interpretação jurídica mais adequada. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO: O estudo visa a investigar a adequada interpretação a ser conferida ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil brasileiro, quando aplicado ao cumprimento de sentença coletiva que impõe obrigação de fazer, valendo-se, sobretudo, da experiência verificada na Cidade de São Paulo nas demandas por vaga em creche. A justificativa da pesquisa funda-se na constatação de que as demandas individuais lastreadas em sentenças coletivas apresentam vicissitudes que as apartam da fase de cumprimento de sentenças individuais. Nesse caminho, parte-se da hipótese de que a exigência de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico conduz à conclusão de que o referido dispositivo se aplica às demandas individuais de sentenças coletivas, permitindo a redução da verba honorária sucumbencial pela metade, a despeito do uso do termo “réu” pelo legislador processual. A pesquisa se destaca pelo enorme potencial de redução significativa do gasto público com despesas processuais em todos os níveis da federação, haja vista a massificação de demandas dessa natureza.

Palavras-chave: cumprimento individual; sentença coletiva; obrigação de fazer; interpretação sistêmica; vaga em creche.

ABSTRACT: *The study aims to investigate the proper interpretation to be given to article 90, paragraph 4, of the Brazilian Civil Procedure Code, when applied to the individual enforcements*

* Professor Convidado do curso de pós-graduação em Direito Administrativo da PUC/SP (Cogeae) e dos cursos de extensão do TCM/SP. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Pós-graduado em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti pela Università di Pisa/Itália. Procurador do Município de São Paulo.

** Procuradora do Município de São Paulo.

Artigo recebido em 13/04/2020 e aceito em 18/03/2021.

Como citar: SANTANA, Fabio Paulo Reis de; BRUZZESE, Camila Perissini. A aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil brasileiro nos cumprimentos individuais de sentenças coletivas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 397-412. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

of collectives sentences that imposes an obligation to do, using, above all, the experience verified in the City of São Paulo in the demands for daycare places. The research justification is based on the observation that individual demands based on collective sentences present vicissitudes that separate them from the enforcement of individual sentences. In this way, we start from the hypothesis that the necessity to attribute a systemic interpretation to the legal system leads to the conclusion that the law article applies to individual enforcements of collective sentences, allowing the reduction of the succumbent honorary fee in half, despite the use of term “defendant” by the procedural legislator. The research stands out for the enormous potential for significant reduction of public spending on procedural expenses at all levels of the federation, given the widespread demands of this nature.

Keywords: *individual enforcement. collective sentence. obligation to do. systemic interpretation. daycare place.*

INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras inovações legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), colhemos a previsão do artigo 90, parágrafo 4º o qual dispõe sobre a redução, pela metade, no valor dos honorários advocatícios fixados pelo juiz, acaso haja reconhecimento do pedido pelo Réu e, simultaneamente, cumpra ele integralmente a prestação reconhecida.

Observe-se a redação da regra processual em comento:

Art. 90.

[...]

§4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

Apesar de a regra demonstrar simplicidade em sua interpretação, temos que a questão vem apresentando controvérsias acerca dos limites de sua incidência.

A celeuma acerca da interpretação do referido dispositivo se assenta no uso do termo “réu” pelo legislador processual. Para alguns, o permissivo contido no texto legal somente se aplicaria à fase de conhecimento do processo, já que a expressão “réu” se refere comumente àquele que compõe o polo passivo na fase de conhecimento. Assim, caso o legislador quisesse ter incluído outros atores, deveria ter se valido da técnica jurídica e utilizado outros termos, tais como, executado, embargado, recorrido*etc.* Para outros, a interpretação jurídica parte da compreensão de que texto e norma não se confundem, de modo que, enquanto o texto seria o conjunto das palavras utilizadas pelo legislador, a norma afigurar-se-ia o resultado da interpretação do texto. Assim, o sentido da norma aplicável ao

caso concreto consistiria no resultado do processo interpretativo do texto legal levado a efeito pelo intérprete.

Eros Grau (2006), por exemplo, esclarece que “da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e Norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. [...] Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete”.

Portanto, o estudo visa a perscrutar a interpretação mais adequada ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, quando aplicado às ações individuais de sentenças coletivas que impõem obrigação de fazer.

Para isso, a pesquisa analisa, não apenas mas principalmente, a experiência das demandas por vaga em creche na Cidade de São Paulo, que, em sua maioria, são apresentadas em juízo por meio de cumprimento de sentença individual com esteio em sentença coletiva prévia.

Do ponto de vista teórico, o estudo lança mão da literatura nacional e estrangeira, com vistas a contribuir para esclarecer o sentido do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, a partir da compreensão do estado da arte acerca do fenômeno interpretativo no âmbito do direito, notadamente a partir da perspectiva da interpretação literal e da interpretação sistêmica.

Com essas linhas introdutórias, passe-se a discorrer sobre o objeto da investigação.

1 A SÚMULA 134 DO TRF4 E O ENUNCIADO 10 DO CJF

De início, vale registrar que Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) editou a Súmula nº 134 acerca do tema para fixar o seguinte entendimento:

Súmula 134, TRF4. A ausência de impugnação pela Fazenda Pública ao cumprimento de sentença não enseja a redução pela metade dos honorários advocatícios por ela devidos, não sendo aplicável à hipótese a regra do artigo 90-§ 4º, combinado com o artigo 827-§1º, ambos do CPC 2015.

Nas razões do voto que serviu como precedente para a edição da aludida súmula, colhem-se os seguintes argumentos utilizados no voto vencedor para justificar a *inaplicação* do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, em se tratando de cumprimento de sentença em ações coletivas, até porque serão enfrentados no presente artigo:

[...] a regra do § 4º do artigo 90 do CPC-2015 não pode ser destacada do restante do artigo e lida sozinha, como se norma autônoma fosse. Ao contrário, é parágrafo do artigo e, como tal, é dependente e deve ser lido em consonância com o respectivo caput. A relação que existe entre parágrafo e caput não é de autonomia nem independência, mas de principal e acessório. O acessório não tem sentido sozinho, depende do principal para ter sentido e para significar. Ou seja, quando o § 4º do artigo 90 estabelece que é possível reduzir os honorários pela metade (acessório), isso não significa que essa redução possa acontecer em todos os casos (regra geral), ficando tal possibilidade restrita, a princípio, apenas aos casos previstos naquele artigo, que são as hipóteses de que trata o caput do artigo 90, que envolvem sentença proferida com fundamento em desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido. No caso, o preceito contido no parágrafo dirige-se especificamente à hipótese de reconhecimento do pedido.

[...]o processo legislativo não foi feito de forma caótica, assistêmica ou desordenada, como acaba acontecendo em outros diplomas legislativos (...). As opções do legislador foram feitas e estão explicitadas no texto aprovado, sem muita margem para interpretações extensivas ou restritivas do que o legislador escolheu.

[...]existe regra específica para tratar dos honorários advocatícios nas ações em que a Fazenda Pública seja parte (artigo 85-§ 3º do CPC-2015), que se destina justamente a dar o tratamento diferenciado que o legislador entendeu necessário emprestar à regra geral de arbitramento de honorários advocatícios (caput do artigo 85 do CPC-2015). (...). Isso é o que deve ser observado, resolvendo-se o arbitramento dos honorários advocatícios dentro das regras do artigo 85 do CPC-2015, sem possibilidade de buscar soluções ou limitações fora daquela norma própria, ainda que a título de interpretação sistemática ou integradora.

[...]quando a lei processual quis isentar ou reduzir os honorários advocatícios em alguma situação particular ou específica, o fez de forma expressa. (...) Não temos uma lacuna aparente da norma, de forma que são devidos honorários advocatícios segundo a regra geral, não se lhe aplicando a restrição do artigo 85-§ 7º por se tratar de execução individual de sentença, e muito menos se podendo buscar pedaço de outra regra (artigo 90-§ 4º), de forma assistemática e incoerente com o projeto de código processual.

[...]não é possível que o intérprete amplie ou restrinja o direito de uma das partes em detrimento da outra sem ter

a suficiente e necessária base legal para fazê-lo. Quando a lei processual quis que os honorários advocatícios fossem fixados num determinado patamar ou fossem reduzidos, assim o fez expressamente, e o próprio artigo 85-§ 7º do CPC-2015 assim disciplina para determinadas hipóteses (precatório sem impugnação).

Também o Conselho da Justiça Federal (CJF), quando do início da vigência do atual Código de Processo Civil, debruçou-se sobre o tema editando o Enunciado nº 10, cuja redação é: “O benefício do § 4º do art. 90 do CPC aplica-se apenas à fase de conhecimento”.

De outra feita, alega-se ainda ser incabível a aplicação do art. 90, §4º, do CPC, sob a justificativa de se tratar de incidente de cumprimento de sentença, de forma que o devedor seria executado e não réu e, portanto, não possuiria o direito de gozar da redução sucumbencial do artigo em questão, eis que o artigo em comento fala expressamente em réu.

Ocorre que, como ficará demonstrado adiante, a posição adotada pelos precedentes acima não parece ser a interpretação mais adequada a ser feita acerca da regra.

2 A INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELA CORTE ESPECIAL DO TJ/SP

A Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou o entendimento pela *aplicação* do artigo 90, parágrafo 4º tanto nas hipóteses de cumprimento de sentença quanto de procedimento comum.

Nessa toada, cabe colacionar o posicionamento de cada um dos seus membros, a fim de que a experiência paulista, no bojo das milhares de demandas por vaga em creche, possa subsidiar a investigação sobre a adequada interpretação do dispositivo normativo. *In verbis*:

EMENTA: O disposto no art. 90, §4º, se aplica em qualquer fase processual em que caibam honorários advocatícios”. (SÃO PAULO [Estado], 2019g).

EMENTA: Seguindo o disposto no artigo 90, parágrafo 4º, do CPC”, expressamente manifestou entendimento na esteira de que “ao contrário do alegado pela autora em contrarrazões, *in casu*, a interposição do recurso não se deu de forma abusiva ou protelatória, valendo-se o apelante do direito de ter a matéria apreciada nos termos da lei de

regência e em consonância com entendimento firmado por esta Col. Câmara Especial. (SÃO PAULO [Estado], 2019h).

EMENTA: Deve ser aplicada a norma contida no artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil, reduzindo-se pela metade a verba honorária fixada na r. sentença. (SÃO PAULO [Estado], 2019b).

EMENTA: Uma vez que não houve resistência da Municipalidade ao pedido, nos termos do art. 90, §4º, do C.P.C., a verba honorária será reduzida pela metade [...] E não se diga que não é aplicável a referida norma ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, pois não se trata de hipótese de exigência de obrigação de pagar mediante expedição de precatório ou RPV, mas de obrigação de fazer, que pode ser cumprida integralmente pela Fazenda Pública assim que reconhecer o pedido. (SÃO PAULO [Estado], 15/03/2019a).

EMENTA: Esclarece-se que o embargante pretende realizar uma interpretação literal da norma, quando o adequado seria uma interpretação sistemática, em prestígio à lógica jurídica e ao espírito da nova norma processual, a qual prevê a diminuição do valor arbitrado a título de honorários advocatícios em homenagem à celeridade processual, evitando-se um longo e desgastante litígio, inexistindo motivos para afastar sua aplicação, em especial nos casos em que o cumprimento individual decorre de ação coletiva. (SÃO PAULO [Estado], 2019d).

EMENTA: Todavia, sem embargo de sua posição, hoje, superada nesta C. Câmara Especial, ressalvada a sua convicção, curva-se ao entendimento majoritário desta Douta Turma Julgadora, no sentido de que, diante do cumprimento integral da obrigação pelo Município-embargante, sem opor resistência ao pedido (fls. 19/21) e nos termos da regra elencada pelo artigo 90, § 4º, do Estatuto Processual, a verba honorária será reduzida pela metade. (SÃO PAULO [Estado], 2019c).

EMENTA: [...] reconhecendo-se, *in casu*, a incidência da previsão contida no artigo 90, §4º, do atual Diploma Processual Civil, uma vez que a Municipalidade cumprira integralmente

a obrigação, sem opor resistência, referida quantia deve ser reduzida à metade. (SÃO PAULO [Estado], 2019e).

EMENTA: [...] entendimento desta Colenda Câmara Especial para admitir a aplicação da regra do artigo 90, §4º, do Código de Processo Civil ao caso. (SÃO PAULO [Estado], 2019f).

Assim, como verificado acima, a Corte de Justiça paulista tem privilegiado a interpretação sistêmica, em lugar da interpretação literal, que, como se verá, encontra-se em linha com a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELA CORTE ESPECIAL DO STJ E A NATUREZA COGNITIVA DO CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇAS COLETIVAS

Apesar de se tratar de cumprimento de sentença, o título que dá suporte ao pleito é uma sentença coletiva *genérica*, de forma que aquele que queira usufruir do seu conteúdo deverá demonstrar que a ela faz jus, traduzindo, pois, na instauração de uma *nova lide*. Ou seja, trata o cumprimento de sentença de *relação jurídica inaugural* entre as partes, de forma que ainda que o direito esteja reconhecido no título judicial coletivo, imperioso se faz analisar sua aplicação ao requerente.

Portanto, o que se verifica na fase de cumprimento individual de sentença coletiva é a realização de um juízo de natureza típica da fase de conhecimento. Vale dizer, o intérprete terá – necessariamente – que verificar se o demandante, no caso concreto, possui aquele direito concedido genericamente na ação coletiva.

A questão pode ser verificada nas hipóteses de sentença coletiva que condena o município a fornecer vaga em creche a *todas* as crianças em idade para tanto e abrangidas pelos limites territoriais do ente público. Isso porque o demandante pode, por exemplo, (i) *não possuir a idade abrangida* pela r. decisão coletiva; (ii) *ter recusado vaga anteriormente disponibilizada*, de modo que estaria escolhendo *escola específica*, o que é vedado, tendo em vista que a escolha da vaga compete ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, respeitado o limite máximo de distância da residência do infante; (iii) estar *fabricando a urgência* alegada, ao ajuizar demanda sem conceder tempo minimamente

razoável para o cumprimento espontâneo pela Administração; (iv) *não residir no município*.

Assim, embora se trate de fase de cumprimento de sentença, a atividade do intérprete possui natureza de *acertamento do direito* (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 171), o que é de feição típica da ação de conhecimento.

Em suma, evidencia-se uma grande carga de conhecimento nos cumprimentos de sentença de tal natureza.

Na esteira do reconhecimento da *natureza cognitiva exauriente* das execuções individuais de sentenças coletivas, segue o entendimento fixado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos autos do Recurso Especial nº 1.650.588/RS (2017/0018594-1), julgado em 20/06/2018, afeto como tese a ser fixada em Recurso Repetitivo. Observe-se o trecho do voto condutor do acórdão:

[...] Isso sopesado, tenho que a interpretação que deve ser dada ao art. 85, § 7º, do CPC/2015 é a de que, nos casos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública em que a relação jurídica existente entre as partes esteja concluída desde a ação ordinária, não caberá a condenação em honorários advocatícios se não houver a apresentação de impugnação. Isso porque o cumprimento de sentença de que trata o referido diploma legal é decorrência lógica do mesmo processo cognitivo.

Entretanto, quando o procedimento de cumprimento individual de sentença coletiva, ainda que ajuizado em litisconsórcio, almeja a satisfação de direito reconhecido em decisão judicial condenatória genérica proferida em ação coletiva, ele não pode receber o mesmo tratamento de uma etapa de cumprimento comum, visto que traz consigo a discussão de nova relação jurídica, cuja existência e liquidez será objeto de juízo de valor a ser proferido como pressuposto para a satisfação do direito vindicado. E isso naturalmente decorre do fato de os sujeitos processuais que a compõem não serem os mesmos da ação cognitiva, uma vez que o exequente, logicamente, não fez parte da fase de conhecimento.

Em outras palavras, nessas decisões coletivas – lato sensu – não se especifica o quantum devido nem a identidade dos titulares do direito subjetivo, sendo elas mais limitadas do que as que decorrem das demais sentenças condenatórias típicas. Assim, transfere-se para a fase de cumprimento a obrigação cognitiva relacionada com o direito individual

de receber o que findou reconhecido no título judicial proferido na ação ordinária.

Em face disso, a execução desse título judicial pressupõe cognição exauriente, cuja resolução se deve dar com estrita observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, a despeito do nome dado ao procedimento, que induz a indevida compreensão de se estar diante de mera fase de cumprimento, de cognição limitada.

[...] Tem-se, pois, que a contratação de advogado é indispensável, uma vez que, conforme já demonstrado, também é necessária a identificação da titularidade do direito do exequente em relação ao direito pleiteado, promovendo-se a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito, o que torna indúvidoso o conteúdo cognitivo exauriente dessa específica fase de cumprimento. A imperiosa presença do causídico revela, por consequência, o direito à sua devida remuneração (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia reconhecido a *natureza cognitiva da execução de sentença coletiva*, quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 720.839/PR:

A execução destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação ordinária de natureza meramente coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. (BRASIL, 2006).

Portanto, demonstrada a divergência de entendimento na aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, faz-se necessário esclarecer que, consoante o disposto no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça tanto proferir a última palavra acerca da correta aplicação de tratado ou lei federal quanto dirimir as divergências de interpretação entre os tribunais.

Assim, considerado que se trata de divergência sobre a aplicação de artigo da Lei Federal 13.105/2015 (Código de Processo Civil), conclui-se que o referido entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça deverá prevalecer sobre os demais.

Contudo, a despeito da existência da mencionada norma constitucional de organização judiciária, faz-se mister demonstrar a

adequação da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no tocante à aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil às demandas individuais decorrentes de sentença coletiva nas ações que pleiteiam vaga em creche.

4 O LEGISLADOR RACIONAL: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA MAIS ADEQUADA

A *interpretação literal* pressupõe a clareza do texto legal (*interpretatio cessat in claris*), motivo pela qual basta perquirir o sentido da norma por meio da investigação do significado das palavras que o compõem.

Assim, para se concluir que a interpretação literal seria suficiente para se alcançar o sentido da norma, faz-se necessário admitir, em primeiro lugar, que as palavras utilizadas pelo legislador possuem *apenas um único sentido* bem como que o *contexto de aplicação* da norma se manteve *imutável* desde a época de sua elaboração.

Isso porque, se a palavra usada pelo legislador possuir mais de um sentido, torna inviável a interpretação literal, exigindo perquirição acerca do sentido adequado para a palavra empregada, já que há mais de um significado possível.

No mesmo sentido, a interpretação literal pressupõe que o contexto de aplicação da norma continuou intacto desde a confecção do texto normativo até o momento de sua aplicação, sob pena de desvirtuar completamente a intenção do legislador.

Como identifica Marcelo Dascal (2003, p. 343), existe na língua uma esfera de “*compreensão ‘problemática’*, devido a fenômenos como obscuridade, ambiguidade, metáfora, implicitude, indiretividade, alteração de significado etc.”.

E, prossegue o autor (DASCAL, 2003, p. 343), aduzindo que

A prática legal enfrenta esses problemas com frequência e há, conseqüentemente, uma tendência a ver esse tipo de ‘interpretação’ como a única relevante para o direito. A pragmática, em seu sentido estrito, também tende a enfocar exclusivamente a interpretação problemática, isto é, os casos em que somente a semântica não é o bastante para determinar o significado de um signo linguístico e nos quais, por isso, a informação contextual deve ser tomada em consideração.

Assim, resta nítido que, diante da divergência de interpretação conferida pelos tribunais ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo

Civil, está-se diante de uma compreensão problemática do dispositivo, o que demanda uma atividade interpretativa para se extrair seu sentido.

A ambiguidade ou obscuridade do termo “réu” pode ser atribuída a dois fatores: (i) a imprecisão da linguagem legal e (ii) utilização da mesma palavra com outros sentidos.

Marcelo Dascal (2003, p. 355) esclarece que “um texto legal é formulado em uma linguagem legal, que é concebida como uma espécie ou registro da linguagem cotidiana natural”. E, para os objetivos deste estudo, é indispensável relembrar as duas características da linguagem natural: “imprecisão (*fuzziness*) e dependência do contexto”.

Dessa forma, a imprecisão e a dependência do contexto se afiguram elementos inerentes à comunicação entre as pessoas. Assim, para extrair o sentido da mensagem comunicada, faz-se necessário considerar a imprecisão do significado das palavras e a apreensão do contexto cultural e social em que elas foram proferidas.

Como o texto legal visa a comunicar uma norma de conduta a pessoas, por meio da língua escrita, tem-se que os seus dispositivos também são imprecisos e dependem do contexto de aplicação.

Porém, como adverte o autor (DASCAL, 2003, p. 357), “o que complica a situação é que a imprecisão pode surgir a qualquer momento, em qualquer situação”. E, prossegue, preconizando que “não é possível decidir a priori se um termo é impreciso ou não, pois [...] não é possível prever todas as características da realidade que podem se tornar relevantes para a aplicação de um termo em diversas situações”.

Para ilustrar o que se afirma, o autor (DASCAL, 2003, p. 357) traz um exemplo de que o termo “homem” não é tradicionalmente considerado impreciso, porém a imprecisão surgiu com o avanço tecnológico que possibilitou a manutenção de organismos humanos sem atividade cerebral. Nessas condições, será que o ato de desligar uma máquina que o alimenta equivale a lhe tirar a “vida”? Deve esse organismo “vivo” ser considerado homem ou não?

Além disso, a imprecisão também pode advir da utilização, pelo legislador, da mesma palavra com outros sentidos.

Como exemplo do que se afirma, a expressão “réu”, comumente atrelada ao processo de conhecimento, é encontrada no mesmo Código de Processo Civil, em vários momentos, com sentidos distintos, dentre eles: (i) com o sentido de *recorrente/recorrido* (artigo 1.037, parágrafo

4º; artigo 1.038, parágrafo 2º) ou (ii) com *sentido genérico* (normas sobre litigância de má-fé no artigo 79).

Portanto, demonstrada a imprecisão do termo “réu” contido no artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, faz-se indispensável analisar o seu contexto de aplicação.

Entre os fatores contextuais relevantes a serem considerados a fim de se obter a interpretação adequada, o autor destaca que os *contextos sistêmico e funcional*.

Por *contexto sistêmico*, Dascal (2003, p. 358) identifica que “um texto legal que formula regras legais é sempre compreendido no contexto do sistema legal aos quais essas regras pertencem”. E, continua, “quando a leitura direta de um texto legal não se coaduna com tais supostas propriedades, pode-se dizer que o contexto sistêmico gera a dúvida que dá início à busca por uma interpretação mais apropriada”.

Assim, diante de uma leitura do dispositivo legal que contraria as demais regras do ordenamento, deve-se questionar se esse texto foi interpretado corretamente.

Além disso, Dascal (2003, p. 358) aponta também a existência de um *contexto funcional*, ao preconizar que “um texto legal no qual as leis são formuladas é criado e atua em um determinado contexto funcional. [...] Os componentes normalmente reconhecidos são os objetivos de determinados atos normativos [...]”.

Para se analisar os *objetivos relevantes* dos atos normativos, o autor (DASCAL, 2003, p. 359) afirma que esses objetivos podem ser determinados pelo *legislador histórico*, pelo *legislador presente* ou pelo *legislador racional*.

Apurar os objetivos do *legislador histórico* se afigura impossível, uma vez que “não é observável nem recuperável pelos procedimentos lingüísticos empíricos” (DASCAL, 2003, p. 348). Assim, o intérprete não pode se pautar pelos objetivos dos representantes do povo, porque são inúmeros (513 deputados federais e 81 senadores, no âmbito federal, por exemplo) e com interesses divergentes entre si, o que tornaria a atividade interpretativa inviável.

Além disso, conferir primazia aos objetivos do legislador histórico implica admitir o governo dos mortos sobre os vivos, de modo a impedir, no limite, o desenvolvimento social.

Por sua vez, adotar como premissa epistemológica o *legislador presente* significaria conferir um cheque em branco para o intérprete,

permitindo a substituição dos objetivos do povo pelas visões de mundo do intérprete.

Ademais, admitir o legislador presente como critério interpretativo implica sempre a realização de uma pergunta hipotética: “o que o legislador presente *teria* dito se tivesse se deparado com esse caso?” (DASCAL, 2003, p. 372), o que termina por reconhecer indesejada insegurança jurídica.

Por fim, o autor (DASCAL, 2003, p. 372) sustenta que a premissa do *legislador racional* se afigura mais apropriada à interpretação jurídica. Nessa abordagem, “o receptor *reconstrói* o significado do emissor, projetando no emissor (ou no texto) uma noção de racionalidade. Ele não pergunta o que o emissor quis dizer e sim o que o emissor *deveria querer* dizer”.

Dessa maneira, cabe ao intérprete, sem desconsiderar o texto legal (imprecisão), investigar o que o legislador *deveria querer* dizer (dever de *racionalidade* do ordenamento jurídico), observadas as demais normas do ordenamento jurídico (contexto sistêmico) e os objetivos daquela normatização (contexto funcional).

Assim é que, conforme o autor (DASCAL, 2003, p. 353), “os tribunais estão interessados em uma leitura ‘objetiva’ do texto legal, que não é necessariamente idêntica ao seu significado literal”.

Nessa linha de raciocínio, é clássica a lição de Grau (2006) no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”, de maneira que “um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.

Dito isso, passa-se a perscrutar qual a intenção do legislador racional acerca da interpretação mais adequada ao artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, ao criá-lo, o objetivo do legislador racional foi *tutelar a celeridade do processo*, fazendo com que aqueles que reconhecem o direito pleiteado pela parte contrária, renunciem a um rito processual prolongado e, em troca, recebam a premiação da redução de honorários advocatícios.

Isso porque, dada a natureza cognitiva dos cumprimentos individuais de sentenças coletivas, o reconhecimento do pedido, de fato, encurta o trâmite processual e, por conseguinte, reduz a atividade do patrono da parte.

Com isso, a redução à verba honorária não encontra suporte apenas nas ações exclusivamente de conhecimento, mas em toda e qualquer ação ou fase em que esteja inserida uma discussão acerca de um direito.

Vale registrar que a Fazenda Pública Municipal, por vezes, se vale dessa estratégia processual mais benéfica ao demandante (porque *não há resistência à pretensão autoral*), unicamente com vistas à aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, que prevê a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais pela metade.

Assim, essa estratégia de redução de perdas sucumbenciais da Fazenda Municipal visa a permitir que valores, outrora destinados a pagamentos de honorários, sejam revertidos às necessidades da coletividade, notadamente aos notáveis esforços para a ampliação da oferta de vagas em creche.

CONCLUSÃO

Portanto, ficou demonstrado que, em que pese a existência de entendimento divergente contidos na Súmula 134 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e no Enunciado 10 do Conselho da Justiça Federal (CJF), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) possui jurisprudência consolidada, no âmbito de sua Corte Especial, pela aplicação do artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil às demandas individuais com esteio em sentenças coletivas que impõe obrigação de fazer.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes, também oriundos de sua Corte Especial, no sentido de aplicação do referido artigo à hipótese.

Diante disso, fez-se indispensável perquirir a interpretação mais adequada ao dispositivo legal exclusivamente para a situação analisada.

Passou-se pela interpretação literal e as suas ilusões de sentido único das palavras utilizadas pelo legislador e de imutabilidade do contexto de aplicação pensado à época, o que inviabiliza a utilização da interpretação literal.

Após analisar o problema da imprecisão vocabular e dos fatores contextuais, chegou-se à conclusão pela adoção da premissa do legislador racional, como vetor de interpretação dos textos normativos.

Dessa maneira, verificou-se a imprecisão do termo “réu” contido no artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil decorrente da ambiguidade e obscuridade de seu sentido bem como da utilização da mesma palavra com sentidos distintos.

Ademais, levando em consideração o contexto sistêmico e funcional, verificou-se que a natureza cognitiva dos cumprimentos

individuais de sentenças coletivas aliada ao objetivo do legislador racional pela celeridade processual, conclui-se que o artigo 90, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil deve ser aplicado também a esses casos.

Não apenas por esses motivos, mas também porque o reconhecimento do pedido reduz o trabalho do patrono da parte e permite a aplicação de recursos públicos aos objetivos finalísticos da coletividade, com a ampliação da oferta de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.650.588/RS**. Relator: Min. GURGEL DE FARIA. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 720.839/PR**. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em: 08 fev. 2006.

DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. Tradução de Marcia Heloisa Lima da Rocha. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos. 2003.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 59 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. Versão eletrônica.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1012686-59.2018.8.26.0007**. Relator: Des. Artur Marques da Silva Filho. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 14 mar. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1025245-66.2018.8.26.0001**. Relator: Des. Evaristo dos Santos. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 24 abr. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1001929-94.2018.8.26.0010**. Relator: Fernando Torres Garcia. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 04 fev. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1001669-14.2018.8.26.0011**. Relator: Des. Campos Mello. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 15 mar. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1004583-54.2018.8.26.0010/50000**. Relator: Des. Dora Aparecida Martins. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 23 mai. 2019).

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1002986-59.2018.8.26.0007**. Relator: Des. Lidia Conceição. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 08 mai. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1006772-02.2018.8.26.0011**. Relator: Des. Issa Ahmed. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 09 mai. 2019.

SÃO PAULO [Estado]. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1009959-18.2018.8.26.0011**. Relator: Des. Ana Lucia Romanhole Martucci. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento em: 30 abr. 2019.

RESENHA DA OBRA: “A GUERRA DAS PATENTES: O CONFLITO BRASIL X EUA SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL” DE MARIA HELENA TACHINARDI

REVIEW OF MARIA HELENA TACHINARDI'S “THE PATENT WAR: THE BRAZIL VS. USA CONFLICT ON INTELLECTUAL PROPERTY”

Victor Luiz Pereira de Andrade*

Luciana Lopes Canavez**

RESENHA

A crise generalizada causada pela pandemia de COVID-19 fez com que os agentes políticos e econômicos nacionais fossem, novamente, chamados à discussão de uma problemática já, há muito, debatida em nossos espaços decisórios: as patentes farmacêuticas.

Neste cenário, a obra “A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual” de Maria Helena Tachinardi ressurge com nova importância, mostrando-se imprescindível para a compreensão do panorama histórico da política nacional, apresentando a forma como se

* Bolsista DS da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) entre 2019 e 2021, é graduado e mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, especialista em Direito do Consumidor e Direito Processual Civil pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) e advogado (OAB/SP 455.601). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3172009565979544>.

** Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho, da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É docente nos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito, supervisora titular da Unidade Auxiliar Centro Jurídico Social (CJS) e líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) da UNESP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2799438446436625>.

Artigo recebido em 16/05/2021 e aceito em 16/05/2021.

Como citar: ANDRADE, Victor Luiz Pereira de; CANAVEZ, Luciana Lopes. Resenha da obra: “A guerra das patentes: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual” de Maria Helena Tachinardi. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 413-420. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

entrelaçam interesses nacionais e estrangeiros quanto ao tratamento dos monopólios concedidos através de patentes.

A obra foi produzida a partir da dissertação de mestrado¹ defendida pela autora em março de 1993, ao Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília (UnB), e expõe uma detalhada pesquisa acerca das distintas permeações históricas, políticas e econômicas do conflito travado entre o Brasil e os Estados Unidos da América na questão da propriedade intelectual.

Resultado de extensa pesquisa bibliográfica, documental e de campo realizada em ambos os países, o objeto central da obra é a chamada “guerra do comércio”, a “guerra contemporânea”. Tachinardi se dedica à análise de dois principais momentos do conflito entre os dois países: a questão protecionista no setor de informática e o caso do não patenteamento de produtos farmacêuticos, o último sendo responsável por provocar retaliações diretas por parte do país norte-americano.

Fiel à proposta científica que dá origem ao trabalho, conforme expressa em seu prefácio o ex-presidente da república Fernando Henrique Cardoso, a autora não constrói sua obra no intento de torná-la um “panfleto contra a aprovação de uma lei de patentes”.

Ao contrário, Tachinardi se dedica à construção de uma profunda análise² acerca dos avanços e reveses da instauração de um regime patentário ao paradigma político-industrial nacional, contextualizado ao contexto econômico de sua época.

Assim, o livro propõe uma análise a partir de categorias encontradas na teoria do comércio, teoria da inovação e na chamada *appropriability*

¹ Mestra em Relações Internacionais pela UnB, a autora é graduada em jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1973).

² A autora elenca nove principais questionamentos que norteiam sua pesquisa: “1. Por que os EUA adotaram políticas comerciais destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual de suas empresas? 2. Por que o Brasil concebeu legislações para proteger a sua indústria de informática e para isentar a produção de medicamentos de patentes? 3. Por que se verificou um choque no desenvolvimento de políticas nacionais entre os dois países? 4. A suspensão da concessão de patentes para produtos farmacêuticos, em 1945, teria mesmo sido a causa principal para uma redução progressiva dos investimentos em P&D de novos medicamentos pelos laboratórios de capital estrangeiro, conforme alegado pela Associação da Indústria Farmacêutica no Brasil (Interfarma)? 5. Por que a ausência de proteção às patentes farmacêuticas não foi, em si, um fator de capacitação tecnológica das empresas nacionais às quais foi facultada a cópia de produtos? 6. Quais foram as reais causas da desnacionalização do setor farmacêutico no Brasil? 7. Que papel teve o Estado na desnacionalização da indústria farmacêutica? 8. Por que os EUA retaliaram as exportações brasileiras no conflito ligado às patentes farmacêuticas e não fizeram o mesmo no caso relacionado à informática? 9. Por que os EUA não levaram em consideração a situação interna do Brasil, em 1988, quando efetuaram as retaliações?” (p. 36).

theory, originando um trabalho dividido em três capítulos, acrescidos de quatro entrevistas e um depoimento.

Em sua seção introdutória, Tachinardi realiza uma sucinta exposição dos acontecimentos compreendidos entre 1990 e o fechamento do livro em 13 de maio de 1993. A autora atenta para as diversas idas e vindas³ ocorridas no processo de discussão daquela que se tornaria, três anos depois, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, o atual Código de Propriedade Industrial brasileiro⁴.

A autora expõe que mesmo com a proposta inicial vinculada a uma promessa feita ao governo estadunidense, o projeto inicial era polemizado por nacionais e estrangeiros, ao passo que acabou por receber mais de mil emendas e se converter em dois projetos substitutivos.

A descrição do processo legislativo do período demonstra que o Brasil foi alvo constante de pressões realizadas pelo governo estadunidense⁵, além dos respectivos setores interessados, que acabaram por dividir a matéria em quatro principais frentes políticas que buscavam respectivamente: a) a adoção integral das demandas estrangeiras, estabelecendo o reconhecimento integral dos direitos de propriedade industrial até então não reconhecidos; b) a não cessão às pressões internacionais com vistas à manutenção da soberania nacional em matéria industrial; c) o estabelecimento de mecanismos de transição para que o reconhecimento de tais direitos se desse paulatinamente e com uma maior participação dos setores nacionais, com vistas a minimizar os impactos à indústria nacional, sobretudo farmacêutica; d) a não adoção específica de determinados dispositivos por razões ideológicas diversas, como é o caso da oposição da Igreja Católica ao reconhecimento de patentes sobre seres vivos.

Neste cenário, a autora apresenta o pensamento segundo o qual as manifestas investidas ao Brasil na matéria concorrencial foram resultantes de uma mudança de postura política interna dos EUA, voltada à proteção de

³ Dentre seus principais pontos controvertidos, destacaram-se: licenças compulsórias e o dever de exploração; o patenteamento de seres vivos, produtos farmacêuticos e alimentícios; e o dispositivo pipeline, uma transição para possibilitar o usufruto do período restante de patentes e até então não reconhecidas pela legislação nacional e cujos produtos ainda não tivessem sido introduzidos no mercado brasileiro.

⁴ A lei aprovada conserva estrutura de código, contudo, devido à imposição constitucional de não se permitir a discussão de projetos de código em regime de urgência (art. 64, § 4º, CFRB/88), se decidiu que o projeto seria tramitado na condição de lei ordinária.

⁵ “Deve-se registrar, também, que o governo brasileiro foi pressionado pelos EUA a assinar um novo acordo de cooperação científica e tecnológica com uma novidade: um anexo explicitando que somente haverá cooperação entre os dois países em setores onde exista a proteção à propriedade intelectual.” (TACHINARDI, 1993, p. 23)

sua indústria nacional, sobretudo a partir da seção 301 da Lei de Comércio norte-americana de 1984.

Assim, o país passou a ser um dos principais alvos de investigações que acabaram por apontá-lo como um dos principais responsáveis, dentre os chamados *Newly Industrialized Countries* (NICs), por contribuir para o déficit comercial norte-americano, em razão da alegada prática de concorrência desleal, a que classificava a restrição de acesso aos mercados para produtos de alta tecnologia americanos.

No primeiro capítulo, intitulado “Alta tecnologia e comércio internacional”, Tachinardi expõe o papel que o desenvolvimento tecnológico e sua consequente apropriação através da propriedade intelectual exercem sobre os distintos interesses dos Estados no ambiente comercial internacional, perpassando teorias do comércio internacional, além de posturas políticas estadunidenses e um estudo detalhado acerca do funcionamento técnico e teórico do direito sobre patentes.

Ao expor uma linha do tempo da economia norte-americana no século XX, é apresentada como principal preocupação motivadora das ações dos país americano a sua palatável perda de hegemonia frente ao desenvolvimento dos países que então se industrializavam, países de industrialização tardia, os NICs.

Em síntese, a base teórica para explicação da postura estadunidense expõe uma origem de considerável simplicidade: a detenção do poder econômico depende da manutenção de considerável dominação⁶ sobre o mercado, uma dianteira sob o ponto de vista do desenvolvimento industrial, dominação esta que passara a ser questionada com a entrada no mercado de concorrentes provindos de países do leste asiático, países europeus e também por países latino-americanos, como o Brasil e o México.

Com os altos e baixos sofridos pela economia americana desde seu auge no início do período pós-guerra⁷ nos anos 50 e 60, o país viu sua hegemonia ameaçada ao passo de que países antes totalmente dependentes de suas exportações no mercado de alta tecnologia passaram a questionar tal posicionamento, posicionando-se, ainda que timidamente, enquanto novos concorrentes no mercado internacional.

⁶ Sob o ponto de vista concorrencial, a atuação individual no mercado é benéfica àqueles que nele atuam isoladamente. Por isso, a utilização de instrumentos como as patentes, institutos clássicos de propriedade intelectual, responsáveis pelo estabelecimento de monopólios sobre invenção perduráveis por vinte anos e protegidos sob a égide estatal, são imprescindíveis para a manutenção de um distanciamento capaz de prover a necessária vantagem comercial aos atores ditos “inovadores”.

⁷ Período em que sua produtividade econômica chegou a se mostrar até sete vezes maior do que o segundo colocado no ranking internacional.

Propondo que a situação seja analisada através de uma ótica econômica que supere as noções clássicas (e estáticas) sobre o funcionamento do comércio internacional a partir de vantagens comparativas estabelecidas sobre a de detenção recursos naturais, capital e trabalho⁸, a autora se utiliza da teoria dos autores Raymond Vernon e Joseph Schumpeter para concluir que, no mercado contemporâneo, as vantagens comparativas são estabelecidas através de inovação tecnológica, responsável pelo desenvolvimento da sociedade, em um cenário em que a presença de produtos no mercado passa a obedecer um ciclo, iniciado por uma fase monopolista (temporariamente assegurada pela propriedade intelectual) que então é seguida por um processo de disseminação e invasão do mercado por concorrentes.

A visão de Schumpeter conclui, ainda, que o ciclo não se resume a auferição de vantagens econômicas, mas da própria capacidade desenvolvimentista, a medida que aquele que detém o monopólio (e, em uma visão setorial, contribui para a construção de um oligopólio) detém também a vantagem necessária a auferição dos valores necessários para manter o desenvolvimento de pesquisas, fomentando a inserção de maiores inovações. Este é, em um primeiro momento, o funcionamento que marca a estrutura da indústria farmacêutica internacional.

Assim, a justificativa para o conflito entre os países se concentra na ideia de que a propriedade intelectual é, a partir daquele momento, a vantagem comparativa, considerada imprescindível para a manutenção do ritmo de desenvolvimento tecnológico e econômico da sociedade, raiz de sua hegemonia econômica internacional e que, portanto, não admite que países de industrialização tardia se utilizem de seus avanços para realizar “saltos tecnológicos” e adentrarem aos mesmos mercados competidores⁹.

Por esta lógica, a autora acredita que a demanda de países subdesenvolvidos pela diminuição do tempo de vigência das patentes, na realidade, acarretaria em uma maior agressividade no uso de tais monopólios, dado que as metas de lucros das empresas não seriam diluídas no tempo, ou seja, mesmo que a inserção de inovações ao mercado se acelerasse (visto que o conhecimento sobre a inovação logo se tornaria de domínio público) não haveria interesse na manutenção de preços razoáveis

⁸ Notórias a partir das teorias de Adam Smith, David Ricardo e Hechsher-Ohlin.

⁹ Mais além, utilizando-se da appropriability theory de Stephen P. Magee, a autora apresenta que os monopólios, ao se utilizarem da suboferta para auferir maiores ganhos por maiores preços, acabariam por incentivar competidores “copiadores” a atuar, razão pela qual o movimento é na realidade contrário: o monopólio não gera preços além dos razoáveis para que possa usufruir integralmente do tempo que estará isolado no mercado.

ao mercado durante a vigência da patente, além dos efeitos negativos quanto ao incentivo geral à inovação.

No segundo capítulo, intitulado “O conflito Brasil x EUA”, Tachinardi retrata analítica e sistematicamente o conflito entre os dois países nos anos de 1985 a 1990, período em que o Brasil foi objeto de duas investigações por parte do governo americano, ambas baseadas na Seção 301 do Trade Act americano de 1984.

A primeira, iniciada em 1985, dizia respeito à Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, norma notoriamente protecionista referente à Política Nacional de Informática, e que até outubro de 1992 foi responsável por limitar a fabricação de mini e microcomputadores a empresas de capital nacional. O conflito foi majoritariamente tratado de maneira informal pelo Itamaraty, tratado a “panos quentes” e não resultando em nenhuma retaliação objetiva ao país.

A autora destaca que, nesta questão em específico, os norte-americanos acabaram contrariados, mas não retaliaram em razão da proteção conferida ao *copyright* do *software*, acabando por adiar as sanções inicialmente previstas indefinidamente e encerrando as investigações em 1989.

Na questão farmacêutica, no entanto, a problemática se desenvolveu de forma mais aprofundada. Sendo a proteção de patentes um artifício de extremo valor para tal indústria, mas até então não reconhecidas ou admitidas pela legislação brasileira¹⁰, o processo que se iniciou com o pedido de informações pelos EUA ao Itamaraty em abril de 1986, culminou, após negociações infrutíferas¹¹, em retaliações comerciais na forma de tarifas *ad valorem* sobre certos tipos de papéis, químicos e artigos eletrônicos brasileiros, efetivada em 30 de outubro de 1988¹².

¹⁰ É importante notar que, apesar do não reconhecimento de patentes farmacêuticas haver sido considerado *unreasonable* pelos americanos, o Brasil era perfeitamente autorizado a tal pelo principal tratado internacional sobre matéria então vigente, a Convenção de Paris de 1883 ao qual o Brasil foi um dos primeiros signatários.

¹¹ Em fevereiro de 1988 foi criado um grupo interministerial vinculado ao Ministério da Indústria e do Comércio, que se manifestou quatro meses depois: “a política adotada pela maioria dos países desenvolvidos é um exemplo a ser seguido. Primeiramente concederam patentes para processos e somente muito tempo depois patentes para produtos. Tanto em um caso como no outro, levando em conta o estágio econômico e tecnológico de sua indústria nacional” (apud p. 110).

¹² Foi somente com a assunção do compromisso, por parte do então presidente Fernando Collor de Mello, ao encaminhamento de um novo projeto de lei para a regulamentação da propriedade industrial, que as sanções foram suspensas, o que se efetivou em 27 de junho de 1990.

O terceiro capítulo da obra, intitulado “Indústria farmacêutica: características. A atuação do setor nos EUA e no Brasil”, destoa dos demais ao apresentar em um tom essencialmente técnico uma análise sistêmica das diversas estruturas do setor farmacêutico, seus objetivos competitivos e seus entrelaçamentos para com a atuação dos Estados¹³.

O capítulo se destaca principalmente pela apresentação do estágio de desenvolvimento em que se encontrava o setor farmacêutico brasileira naquele momento, proporcionando uma visão abrangente sobre a dimensão dos reais interesses que possuía pelo setor farmacêutico americano ao voltar seus olhos para o mercado nacional, até então não considerado estratégico pelos governos brasileiros.

Em conclusão, a autora apresenta que a “Guerra das Patentes” foi marcada pela reação americana às mudanças globais que culminaram no declínio relativo de sua hegemonia no mercado internacional. A postura demonstrada ao Brasil não foi isolada, mas sim generalizada a todos que se demonstraram potenciais concorrentes.

A tecnologia depontou como figura de destaque, em um conflito que não mobilizou apenas Estados, mas também setores empresariais como um todo, em um jogo marcado por pressões, ameaças e sanções, aos quais acredita que a reação brasileira se deu dentro do esperado, nos termos da tradição diplomática nacional e com o oferecimento de medidas paliativas para contorno da situação.

No todo, a obra de Tachinardi demonstra a importância do conhecimento sobre a movimentação das peças no jogo político e econômico envolvendo o controle sobre o conhecimento científico e a inovação.

Ao fim, é notável a exposição que “A Guerra das Patentes” realiza, com devido rigor técnico, das capacidades que possui o setor industrial farmacêutico de interferir em políticas relacionadas ao setor e a outros setores que se utilizam de estratégias análogas, em constante processo de inovação.

É importante que se reacenda a imprescindível discussão sobre o papel social, além de econômico, desempenhado pelos direitos de propriedade intelectual, em uma economia globalizada e altamente dependente dos avanços tecnológicos, a busca por direitos que garantam segurança ao investimento não seja desprovida de deveres à coletividade, sendo o Estado incumbido de realizar o planejamento estratégico

¹³ É interessante notar que a descrição do setor farmacêutico desenvolvida por Tachinardi contrasta em muito para com outras obras voltadas à análise do setor, como, por exemplo, o livro “*The truth about the drug companies: how they deceive us and what to do about it*”, lançado em 2005 pela médica americana Marcia Angell.

e o acompanhamento necessários à manutenção do equilíbrio nas relações comerciais.

REFERÊNCIAS

TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes**: o conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.