

Anais de Artigos Completos - Volume 8 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VII CIDHCoimbra 2022
VOLUME 8**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2023**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2023

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VII CIDHCoimbra 2022

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabeth David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: Antonio Cesar Galhardi, João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo, Glauca Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as editoras, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VII CIDHCoimbra 2022 -
Volume 8 / César Augusto R. Nunes et. al. (org.) [et al.] – Campinas /
Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2023.

450 p. Série Simpósios do VII CIDHCoimbra 2022

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-030-6

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

11 a 13 de Outubro de 2022 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 8 - Composição dos Simpósios:

<p>Simpósio n.º. 81</p> <p>DIREITOS HUMANOS, ARTE E LITERATURA</p> <p>Coordenadores: Edna Raquel Hogemann e Oswaldo Pereira de Lima Junior</p>
<p>Simpósio n.º. 82</p> <p>A INTERPRETAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS/MULTICULTURAIS</p> <p>Coordenadores: Marcelo Machado Costa Lima e Luciano Filizola da Silva</p>
<p>Simpósio n.º. 83</p> <p>DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO</p> <p>Coordenadores: Sérgio Henriques Zandona Freitas e Adriano da Silva</p>
<p>Simpósio n.º. 84</p> <p>MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO, DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Ana Paula Faria Felipe e Maria Carolina Rodrigues Freitas</p>
<p>Simpósio n.º. 86</p> <p>DIÁLOGOS DE FONTES ABRANGENTES DOS DIREITOS HUMANOS E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA, AS VULNERABILIDADES E A SUSTENTABILIDADE: PAÍSES EMERGENTES</p> <p>Coordenadores: Regina Vera Villas Bôas e Flávia Soares de Sá Neves</p>

ISBN: 978-65-5104-030-6

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VII CIDHCOIMBRA 2022:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

Aproximações Teóricas Entre o Filme <i>Medida Provisória</i> e a Realidade Brasileira: uma análise da justiça de transição e a dignidade da pessoa humana a partir da discriminação étnico racial.....	10
Loriene Dourado e Maria Eduarda de Lacerda Rocha	
Cultura Marginal e Multiculturalismo: entre a repressão e as garantias democráticas	23
Marcelo Machado Costa Lima e Luciano Filizola da Silva	
Literatura, Epistemicídio e Humanização	39
Rosana Oliveira Rocha	
O Papel da Arte na Sensibilização Quanto à Responsabilidade Com a Crise Ambiental e Para Uma Agenda Política Prioritária Para o Direito ao Meio Ambiente: a contribuição do pensamento de Hannah Arendt.....	53
Maria Lúcia de Paula Oliveira	
Para Além da Empatia: a relação histórica entre os Direitos Humanos e a literatura	65
Marina Goulart de Queiroz	
Razão e Insensatez na <i>Odisseia</i> , de Homero e, em <i>Ulysses</i> , de James Joyce: Contribuições da Literatura Para o Reforço do Mecanismo Contramajoritário Como Forma de Proteção dos Direitos Humanos	76
André Luiz Gardesani	
A Atuação Proativa do Poder Judiciário na Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais e o Efeito Backlash: uma análise a partir da Teoria dos Diálogos Institucionais.....	90
Gustavo Bianchetti Lima Gama	
A Interpretação do Conceito Legal de Exploração Sexual Pelos Tribunais Brasileiros Como Ferramenta de Acesso à Justiça e Proteção dos Direitos Fundamentais das Profissionais do Sexo.....	98
Maria Júlia de Freitas e Victor Hugo de Almeida	
A Utilização dos Precedentes do STF nas Demandas de Judicialização da Saúde Pela Jurisprudência do TJBA.....	112
Flávia Sulz Campos Machado	
O Conceito de Dignidade de Pessoa Humana e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	126
Anne Michelle Schneider	

Sucessão Empresarial: ponderação alexyana para resolver a colisão entre direitos fundamentais.....	142
Fernando Nogueira Bebiano	
Uma Outra Possível Interpretação dos Direitos Humanos em Risco Diante das Ameaças do Terror	150
Oswaldo Pereira de Lima Junior e Benedito Fonseca e Souza Adeodato	
A Democraticidade da Decisão Judicial de Maioria	163
Amanda Karolina Silva Pereira e Vitor Salino de Moura Eça	
A Democracia e o <i>Recall</i> no Direito Brasileiro: a revogação de mandato político no passado, presente e futuro	172
Sérgio Augusto Veloso Brasil	
O Uso da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.....	186
Renato Sabino Carvalho Filho	
Projeto de Lei Nº 153-a/2020: Execução e Atribuição de Efeitos Jurídicos, no Brasil, das Decisões Prolatadas Pelos Órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	199
Brenda Souza Nascimento e Luciana Diniz Durães Pereira	
Representatividade Feminina: a demanda social por um padrão estético inibe a participação de mulheres no legislativo federal e a veiculação de propostas legislativas de cunho feminista.....	213
Anna Lídia Di Nápoli Andrade e Braga	
A Natureza Jurídica das Decisões da Corte Internacional de Justiça é Vinculante ou Declaratória? Análise do Litígio Rússia Versus Ucrânia	223
Luiz Alberto Alves da Silva e Luiza Rosa Barbosa de Lima	
Contribuições Transconstitucionais ao Direito Brasileiro Para a Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente.....	232
Marcos Sergio Rego	
A Efetividade das Políticas Públicas de Acesso à Rede de Atenção à Saúde Pela População em Situação de Rua na Cidade de São Paulo.....	244
Maria Luiza Angelina de Souza	
A Prática da Esterilização Forçada e a Pobreza de Direitos.....	254
Jaqueline Valeri Soares e Gabrielle Valeri Soares	

A Proteção Jurídica das Florestas no Brasil: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro e a efetivação do “ODS 15 - Vida Terrestre” da Agenda 2030.....	265
Karla Karolina Harada Souza e Andrés Felipe Thiago Selingardi Guardia	
Deep Fakes e os Meios de Prova no Processo Judicial: quando a certeza sobre um fato jurídico pode ser posta em dúvida.....	281
Nathaly Campitelli Roque	
A Recepção do Tratado de Marraqueche Pelo Direito Brasileiro: um caminho para a efetivação do direito à educação das pessoas com deficiência visual.....	293
Luciano Lavor Terto Junior e Sheila Keiko Fukugauchi Miyazato	
Ação Coletiva Destinada à Tutela dos Direitos Humanos: a implementação do direito à informação como instrumento necessário à efetividade da prestação jurisdicional.....	306
Patricia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda	
Bioética e Biodireito: Direitos Humanos e efetividade da justiça na vulnerabilidade da fase inicial e da fase final da vida.....	317
Lino Rampazzo e Rodolfo Anderson Bueno de Aquino	
Cognição do Vestuário e o Poder das Roupas Para Pessoas em Situação de Vulnerabilidade.....	330
Sintya de Paula Jorge Motta	
O Descumprimento de Contrato Firmado Entre o Clube e a Atleta do Futebol e os Danos Extrapatrimoniais: Vulnerabilidade da Categoria Atlética	342
Higor Marcelo Maffei Bellini	
Do Marco à Demarcação: uma análise sobre o marco temporal e a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	351
Gustavo Rodrigues Vêras e Lucas Cerqueira Montal Moreira	
Entre a Incapacidade e a Autonomia: uma reflexão sobre a maioria sanitária.....	360
Rita de Cássia Curvo Leite e João Damasceno Lopes Neto	
Judicialização e Efetivação de Direitos Sexuais e Reprodutivos Infantojuvenis: reflexões sobre o aborto legal.....	372
Camila Costa Reis Rodrigues	
Meus Pais Não Conseguiram Cuidar de Mim. Para Onde eu Vou?.....	384
Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa e Priscila Lambach Ferreira da Costa	
O Direito à Felicidade e a Vulnerabilidade Digital	394
Ana Paula Sebe Filippo e Louise Vilela Leite Filgueiras	

Nos Bastidores de um Projeto Educacional de Impacto.....	405
Camilla Rodrigues Netto da Costa Rocha e Rodrigo Guimarães Motta	
Os Desafios do Saneamento Básico e o Diálogo das Fontes, em Países Emergentes: a interface entre os Direitos Humanos e a efetividade da justiça à luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU	416
Thelmo de Carvalho Teixeira Branco Filho	
Proteção de Direitos Humanos e Mudanças Climáticas: análise do caso brasileiro ...	427
Hirdan Katarina de Medeiros Costa	
Responsabilidade do Trustee Diante a Violação do Dever Fiduciário: menor possibilidade de violação da parte vulnerável na relação jurídica	441
David Giacomazzi Martins	

APROXIMAÇÕES TEÓRICAS ENTRE O FILME MEDIDA PROVISÓRIA E A REALIDADE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DA DISCRIMINAÇÃO ÉTNICO RACIAL

Loriene Dourado

Advogada; Professora da Faculdade Reinaldo Ramos. Mestra em Direito Público. Doutoranda em Direito; Orientadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Política e Economia

Maria Eduarda de Lacerda Rocha

Graduanda do Curso de Direito pela Faculdade Reinaldo Ramos. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Política e Economia

Resumo:

Para compreender os males de uma sociedade enraizada na discriminação estrutural e no racismo institucional, renovados constantemente através do discurso de ódio - tido, muitas vezes como liberdade de expressão -, o presente trabalho analisa a instauração tardia da Justiça de Transição no Brasil e a atuação das Comissões de verdade, em que, por meio da crítica retratada no filme “*Medida Provisória*”, foi possível perceber que, em que pese os dispositivos legais tragam em seus textos direitos inalienáveis, pessoalíssimos e inerentes à natureza humana, a visão estereotipada e discriminatória para com os negros principalmente, ainda se faz presente no contexto de Estado Democrático de Direito. O primeiro capítulo aborda uma linear similitude entre a Sétima arte e a realidade brasileira, sob o parâmetro ódio e preconceito para com os afro-descendentes. O segundo capítulo descreve o processo de aplicação da justiça de transição, bem como a criação das comissões de verdade da África do Sul, Brasil e Colômbia. E, por fim, o terceiro capítulo analisa a aplicabilidade da justiça transicional e das comissões da verdade como forma de combate a discriminação étnico-racial.

Palavras-chave: Justiça de transição; Direitos Humanos; Democracia.

Conhecendo a obra *Medida Provisória*: notas introdutórias

Em uma sociedade democrática, pluralista e tendendo a ser igualitária, o Brasil é objeto de enredo do filme “Medida Provisória”, dirigido e roteirizado por Lázaro Ramos e Lusa Silvestre, com criação datada em 2020, possibilitando uma reflexão acerca da construção e visão estereotipada brasileira para com os negros, que é renovada constantemente, principalmente através do discurso de ódio.

Seu enredo se passa em um futuro próximo distópico do Brasil, onde o governo decreta uma medida provisória que objetifica os cidadãos negros, obrigando-os a migrarem para o continente africano, devido ser o local de onde os seus ancestrais vieram, como uma forma de “reparar” os impactos negativos gerados pela escravização negra.

Entretanto, pelo fato desta medida afetar diretamente a vida do casal Capitú (Taís Araújo), médica, e do seu marido, Antônio Rodrigues (Alfred Enoch), advogado e articulador de políticas públicas, bem como a do seu primo, André (Seu Jorge), jornalista independente, é através da persistência, criando caos, protestos e movimento de resistência, que a perspectiva da população, abarcada pelo terror e desprezo para com a população negra muda, inspirando a nação a lutar pelos seus direitos e, principalmente, a efetividade deles em suas vidas, buscando, sobretudo, o ideal possível de uma sociedade horizontal e igualitária.

A vista disso, percebe-se que a longa supracitada busca fazer um laboratório diversificado de profissionais - desde médica a vendedor ambulante -, para gerar a reflexão de como estas pessoas se comportaria em um possível cenário de medida provisória, como também proporcionar a reflexão de como a violência assola cotidianamente a vida da população negra, além dos papéis de autoridades estatais nesse contexto que, ao invés de garantir os direitos constitucionais e a proteção dessas pessoas, assumem uma posição que acentua a política de exclusão e discriminação, fato que ocorreu no filme no momento em que, no desfile de arquétipos do jogo político, o Ministro enxerga a esfera pública unicamente como ponte para a sua carreira à secretária pretensamente a favor dos direitos humanos.

Nesse giro, ações discriminatórias atingem diretamente a dignidade da pessoa humana, dada como uma qualidade intrínseca e inseparável de todo indivíduo e, acima de tudo, respeitada pelo Estado e por toda comunidade que o circunda. Em que pese a dignidade impossibilite a coisificação e instrumentalização dos seres humanos, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável, e garantida no rol taxativo que dispõe o Brasil como um Estado Democrático de Direito, ainda assim é possível observar, tanto no filme quanto na própria história brasileira, com a mobilidade social negra ocorrendo de forma tutelada à branquitude, por intermédio de casamentos interraciais ou branqueamento dos seus valores e/ou estética, que estes fatos condizem com realidades abarcadas por lutas, batalhas, manifestações e guerras, em prol da afirmação

daquilo que é personalíssimo e seu por direito.

A (tardia) justiça de transição como uma frente de combate às violações de Direitos Humanos

Desde os primórdios do Brasil, a história das pessoas afrodescendentes esteve inserida dentro de um contexto de discriminação estrutural e de racismo institucional, uma vez que além da sociedade brasileira não ser multicultural, ou seja, ainda não desenvolveu a consciência não hierárquica entre brancos e negros, o processo de dominação, bem como o sentimento de subjugação dessa parcela da população ainda se fazem presentes na sociedade brasileira, se repetindo nas várias estruturas estatais, contribuindo, assim, para a construção de estereótipos raciais e padrões que violam os direitos humanos, especialmente o dispositivo quanto à igualdade, não discriminação e à dignidade.

Sob essa ótica, nota-se que o ciclo de violência étnico-racial começa arraigado nos padrões culturais de interiorização e subjugação disseminados na sociedade brasileira, gerando a “discriminação estrutural histórica, o preconceito e a desigualdade, que, por sua vez, resultam na manutenção de uma perversa cultura de dominação racial em um ciclo infundável de violações” (CIDH, p. 21). Ademais, esse fato chega a sugerir um processo de “limpeza social, destinado a exterminar setores considerados indesejáveis, marginais, perigosos ou potencialmente delinquentes, que conta com a anuência estatal” (CIDH, p. 22), situação essa retratada e vivenciada na longa em análise.

Por conseguinte, tem-se por justiça de transição uma forma de resposta aos legados de violações massivas e graves dos direitos humanos, que busca o reconhecimento das vítimas e, sobretudo, promover a paz e a democracia (INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 2009). Entretanto, como é possível buscar essa justiça se, muitas vezes, o próprio Estado perpetrou ou foi cúmplice de violações contra o seu próprio povo?

Como afirma Bell (2009), enquanto campo de estudo, essa justiça compreende tanto uma esfera prática quanto de conhecimento acadêmico, como um rótulo para o qual se trazem as experiências práticas e abordagem interdisciplinar, na tentativa de buscar inúmeras medidas e barganhas políticas usufruídas pela sociedade como forma de lidar e enfrentar os legados de atrocidades horrendas ou, até mesmo, encerrar ciclos recorrentes de conflito violento (INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 2009).

Contudo, em que pese a justiça transicional visa colocar as vítimas no centro e a sua dignidade em primeiro lugar, sinalizando contrato social renovado no qual todas as pessoas são incluídas e, sobretudo, com seus direitos protegidos, para encontrar a responsabilização, reconhecimento e reparação pelos danos sofridos, no Brasil, ela se mostrou tardia e incompleta, isso porque ainda há reflexos de discurso de ódio - que muitas vezes é colocado como

liberdade de expressão - trabalho análogo à escravidão, sendo a grande maioria negros, por autoridades que deveriam resguardar e proteger o cidadão.

Por fim, poucos campos do Direito Internacional tiveram uma evolução rápida e intensa do estudo da justiça de transição, termo este que só emergiu no final dos anos 80 para início dos anos 90¹, com as transições de regimes autoritários rumo à democracia no Leste Europeu e na América Central (BELL, 2009).

Comissão da verdade no Brasil: uma análise comparada à África do Sul e Colômbia

Tida como uma iniciativa, as comissões de verdade são instrumentos utilizados para investigar e relatar os padrões sistemáticos de abuso, recomendando medidas e ajudando a entender as causas do quadro de violações aos direitos humanos. (INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 2009).

O país do extremo sul da África vivenciou a passagem do longo regime opressor segregacionista para uma democracia multirracional, de maneira relativamente negociada e pacífica, e com a contribuição de nomes mundialmente conhecidos, devido a suas atuações marcantes para essa transição: Nelson Mandela e Arcebispo Desmond Tutu (PINTO, 2007).

Todavia, como a transição sul-africana do autoritarismo à democracia não se deu pela revolução das armas e guerras, mas sim pelo diálogo e resolução pacífica e negociada, é indispensável, com base nos dizeres de Simpson (1998), analisar as características políticas que levaram ao seu estabelecimento, para poder compreender e avaliar a atuação da Comissão de Verdade na reconciliação da África do Sul.

África do Sul: da instauração do Regime do Apartheid à reconciliação nacional

O regime do Apartheid foi institucionalizado na África do Sul em 1948, tornando “sistema totalitário de discriminação racial, espacial, jurídico, político, econômico, social e cultural” (PINTO, 2007, p. 394). Em que pese seja colocado como um sistema legal, a opressão e discriminação para com os negros já assumia uma posição de protagonismo desde a chegada dos colonizadores, fazendo com que a história do país possua marcas da separação étnica

1 Isto não significa de forma alguma que inexistam experiências de justiça transicional anteriores a este período, mas sim que o termo entrou em voga a partir de então. Conforme esclarece Lydiá Bosire: “ao longo dos anos, iniciativas de justiça transicional vem exibindo prioridades diferentes”. Na chamada “Fase I” da justiça transicional - o período pós-Segunda Guerra Mundial, e dos julgamentos de Nurembergue -, o foco da justiça transicional era a criminalização internacional e os subsequentes processos criminais [...]. Durante a Guerra Fria, a procura de justiça transicional ficou muito estagnada. Isso durou até a “Fase II”, que abrange as transições ocorridas após o declínio da União Soviética (BOSIRE, 2006, p. 75) (FERNANDES, 2011, p. 2).

e da escravidão.

De acordo com Simone Pinto (2007), o apartheid é uma política de segregação racial, na qual impede o acesso dos negros à propriedade da terra e à participação política, obrigando-os a viver em zonas residenciais segregadas, isso porque após o boom econômico da Segunda Guerra Mundial, era preciso garantir o suprimento de mão-de-obra para desenvolver as pretensões inglesas (RIBEIRO, 2007). Assim, como forma de garantir a mão-de-obra negra, foram criadas várias medidas - apropriação das terras dos povos nativos, altos impostos, e as leis do passe -, permitindo que os negros ficassem fora das reservas tribais, caso fossem considerados força de trabalho essencial, mantendo, para tanto, a população negra em áreas segregadas.

Nesse diapasão, como forma de implementar uma política de segregação e submissão da população negra, o apartheid lançou mão de várias medidas, conforme coloca Simone Pinto (2007):

[...] a Lei de Registro Populacional de 1950, que previa rígida hierarquização racial, outorgando direitos políticos, econômicos e sociais desiguais para cada uma das categorias raciais; a Lei das Áreas de Grupo de 1950, que estabeleceu a separação espacial das categorias raciais; a Lei da Conservação de Diversões Separadas, que instituiu o uso separado de praias, transportes, piscinas, bibliotecas, banheiros públicos, teatros, cinemas e praças; a obrigatoriedade do porte do passe para a circulação dos negros, a proibição de casamentos mistos, a regulamentação da educação banta, a censura etc. (FERNANDES, 2011, p. 6-7).

Como forma de combater essas e outras medidas criadas, bem como o recrudescimento do regime do apartheid, emergiam as pressões internacionais e movimento internos, em busca da legalização do Congresso Nacional Africano², libertação de alguns presos políticos, como Nelson Mandela e a revogação das leis raciais. Assim, com a desativação do apartheid, sob presidência de De Klerk, Nelson Mandela foi eleito em 1994, nas primeiras eleições livres da África do Sul.

Após isso, uma nova perspectiva renascia na África do Sul: a reconstrução e união do país que foi dividido, por séculos, por meio da violência e segregação e para tal, o principal instrumento foi a Comissão de Verdade e Reconciliação (CVR).

Embora a transição sul-americana tenha sido fruto de negociações, isso não implicou uma “anistia geral que levasse ao esquecimento do passado de segregação e violência implementado pelo apartheid” (FERNANDES, 2011, p. 7), ou seja, a CVR, cuja base encontra-se no preâmbulo da Constituição

2 Com a manifestação “Massacre de Shaperville”, em 1960, o Congresso Nacional Africano organizou uma campanha pacífica antipasses - uma vez que incentivou os negros a irem até Shaperville sem passe, que era obrigatório -, sendo violentamente reprimida e, por causar diversas mortes dos manifestantes, foi declarado ilegal e Nelson Mandela - líder - sentenciado à prisão perpétua em 1962. (FERNANDES, 2011)

Interina da África do Sul³, possuía ênfase na verdade e responsabilização dos envolvidos, e não a mera punição, para se favorecer a busca pela restauração social.

Assim, a CVR tinha por finalidade “promover a unidade nacional e a reconciliação em um espírito de entendimento que transcenda os conflitos e divisões do passado” (ÁFRICA DO SUL, PARLAMENTO, 1995, p. 04), baseando-se na ideia de justiça restaurativa e não retributiva, e “apesar da anistia, o reconhecimento da verdade e a rejeição social dos atos cometidos funcionaram como um processo de reprovação moral (PINTO, 2007, p. 405). Além disso, representou, segundo o Arcebispo Desmond Tutu, a concessão entre aquelas que querem a amnésia e aqueles que buscam a retribuição (HAMBER; KIBBLE, 1999).

No que tange aos objetivos, a Comissão perseguia essencialmente 3:

1. **Verdade:** não só recuperar a verdade no passado, mas adotar medidas preventivas de abusos no futuro⁴, para garantir que o ciclo de violência e discriminação instaurado por séculos pelo apartheid, não se repita e nem perpetue.
2. **Anistia:** conceder anistia a pessoas que revelassem plenamente todos os fatos relativos a atos associados a objetivos políticos e que cumprissem com os requisitos da lei.
3. **Reconciliação:** dar a oportunidade às vítimas de relatar o sofrimento relativo aos abusos que sofreram, já que o fato das vítimas e familiares precisarem de atenção e respeito é de suma importância para a justiça restaurativa.

Em suma, embora o âmbito da Comissão tenha sido bastante restrito - apenas às graves violações aos direitos humanos -, a diferença presente na Comissão sul-africana é que esta, além de ter sido a primeira a ter o poder de concessão da anistia individualmente aos perpetradores - nenhum outro Estado havia combinado poderes “quase judiciais” com as tarefas investigativas de um órgão encarregado da busca pela verdade -, possuía poderes de interrogatório, busca e captura, conduzindo a um processo mais intenso de investigação interna e questionamento direito de testemunhas, ainda que não solicitassem anistia (HAMBER; KIBBLE, 1999).

3 No preâmbulo, lê-se: “In humble submission to Almighty God, We, the people of South Africa declare that WHEREAS there is a need to create a new order in which all South Africans will be entitled to a common South African citizenship in a sovereign and democratic constitutional state in which there is equality between men and women and people of all races so that all citizens shall be able to enjoy and exercise their fundamental rights and freedoms; AND WHEREAS in order to secure the achievement of this goal, elected representatives of all the people of South Africa should be mandated to adopt a new Constitution in accordance with a solemn pact recorded as Constitutional Principles”

4 Como expedir recomendações para o treinamento sobre direitos humanos das forças armadas e aulas sobre direitos humanos nas escolas e universidades (HAMBER; KIBBLE, 1999).

Brasil e a dicotomia entre a opressão política e a busca pela verdade

Marcada por repressões, manifestações e protestos - fortemente reprimidos com extrema violência - a história do Brasil, desde o regime militar brasileiro, eleições indiretas, extinção dos partidos políticos e criação de dois - ARENA (Aliança Renovadora Nacional), apoiadora dos militares, e MDB (Movimento Democrático Brasileiro), oposição consentida - e anos de chumbo⁵, houve a promulgação, ainda no regime militar, em 1979, da Lei de Anistia brasileira, que, em teoria, buscava (re)retornar à vida política aqueles que foram perseguidos pela ditadura, como os presos políticos e exilados, mas também representou, na prática, “ a materialização da impunidade dos agentes governamentais envolvidos em várias violações de direitos humanos, como a prática sistemática de tortura, desaparecimentos e assassinatos” (VICENCI FERNANDES, 2010).

Após o Supremo Tribunal Federal decidir pela improcedência do pedido ingressado, em outubro de 2008, pela Ordem dos Advogados do Brasil, para que este declarasse que a Lei da anistia não abarcava os crimes de policiais e militares cometidos durante o regime militar, afirmando que “nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 58), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à Corte Interamericana, em que, ao julgar o caso, decidiu que:

[...] os dispositivos da Lei de Anistia brasileira que inibem a investigação e punição de graves violações de direitos humanos não são compatíveis com a Convenção Americana, carecendo, assim, de efeitos jurídicos, e, portanto não podem continuar sendo um óbice á investigação dos fatos deste, ou para a identificação e punição dos responsáveis, e também não podem ter este efeito no que diz respeito a outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Como forma de apurar as violações cometidas durante o regime militar, a Corte recomendou ao Estado Brasileiro a criação de uma Comissão de Verdade (CV) e, apesar de não ter revogado a Lei de Anistia, em 18 de novembro de 2011, a presidente Dilma Rousseff sancionou a lei 12.528, criando a

5 Marcado por um clima de verdadeiro “terror de Estado”, o regime lançou ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição, que tinham imposto uma derrota desmoralizante aos militares que cederam no sequestro do embaixador norte-americano, trocando o pela libertação de 15 prisioneiros políticos. Daí em diante concentrou seu fogo, em primeiro lugar, contra as organizações que agiam nas grandes capitais, combateu e exterminou uma base guerrilheira que o PCdoB mantinha em treinamento na região do Araguaia, aniquilou 11 integrantes do Comitê Central do PCB e cercou uma casa onde se reunia a direção do PCdoB, matando três dirigentes e prendendo quase toda a direção daquele partido. (BRASIL, SECRETARIA DOS DIREITOS HUMANOS, 2003, p. 27)

CV com a obrigação de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticados de 1946 a 1988, para efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional, tendo como circulação de categorias-chave: “verdade”, “violência”, “reconhecimento”, “reparação”, “futuro” e “memória” (REÁUTEGUY, 2012).

No que diz respeito aos objetivos da Comissão Nacional da Verdade, tem-se:

1. Esclarecer fatos e circunstâncias dos casos de graves violações de Direitos Humanos [...]
2. Identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações;
3. Encaminhar aos órgãos públicos competentes toda informação que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos
4. Recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de Direitos Humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional;
5. Promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Em suma, embora a CV tenha sido instaurada tardiamente, o Brasil possui recursos institucionais capazes de apoiar uma Comissão da Verdade atuante e efetiva, autorizando a ampla investigação das violações aos direitos humanos, que tem por vítimas não só os oponentes políticos do regime, mas também os defensores de direitos humanos, comunidades religiosas, camponeses, indígenas, líderes comunitários, intelectuais e artistas (INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, 2011).

Não obstante a isso, é imprescindível para o sucesso dessas atividades, o engajamento e participação da sociedade civil, tanto em abordagens em prol dos Direitos Humanos quanto em ratificar os dispositivos legais, de maneira a praticar aquilo que as leis colocam como inerente à natureza humana: não discriminação, igualdade e dignidade.

Colômbia e a produção da verdade: um olhar voltado para a reparação étnico-racial

Tendo como base a concepção de que a comissão de verdade é caracterizada pela afirmação do direito à verdade, à memória e à reparação, a CV da Colômbia tem enfoque voltado, também, para a reconciliação nacional, só que, diferentemente da África do Sul e Brasil - não deram a devida atenção às consequências da política racial e da pressão colonial na organização e violência da sociedade (ROSS, 2006) - a reparação étnico-racial assume uma posição

de debate, no que tange a perda de territórios e violações dos direitos constitucionais das comunidades negras e indígenas, principalmente.

Com base nisso, percebe-se que essa CV enfatiza o multiculturalismo, visando a diversidade, com um espaço político que compreenda várias vozes, desafiando as estratégias estatais de concessão de direitos, que nem sempre alteram a hierarquia social e política (HALL, 2003), ou seja, é pensado como a busca pela promoção de relações sociais e de política antidiscriminatória, por focalizar as desigualdades e exigir medidas para superá-las.

Vale ressaltar que no perfil multicultural, a conquista de direitos relacionados à educação e à terra, integra além do momento de complexidade do espaço público, as reivindicações de populações negras e indígenas, fazendo com que não seja compreendido como política unicamente, mas sim como um campo de luta, onde é encontrado as expressões reivindicativas de grupos indígenas e negros.

Por fim, tem-se que de um lado, a CV tem o objetivo de combater as desigualdades, com as leis de reparação e, de outro, a valorização cultural, com as leis afirmativas, de modo que as participações contra o racismo ressaltam medidas voltadas a políticas de memória, colocando as dimensões materiais e simbólicas da luta contra as desigualdades.

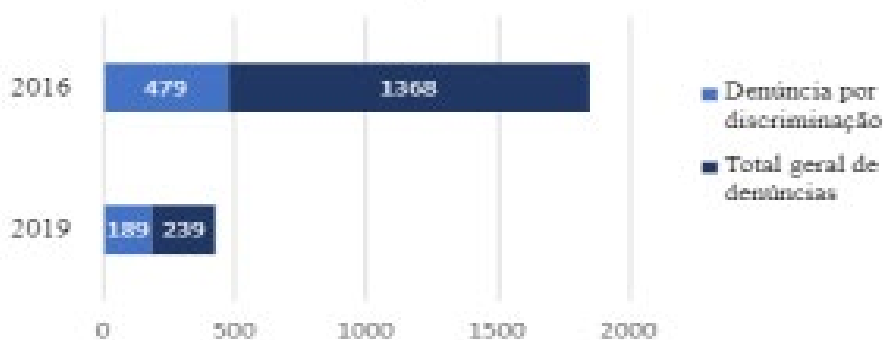
Aproximações teóricas entre a discriminação étnico-racial e a aplicabilidade da justiça de transição como forma de obter comissões da verdade

Diante do exposto, percebe-se que a justiça de transição no Brasil foi instaurada tardiamente. Entretanto, baseando-se em uma abordagem hipotético-dedutiva, de caráter quantitativo e bibliográfico, bem como por meio de dados estatísticos - quantitativo e temporal - do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, acerca da quantidade de denúncias feitas pelo Disque 100, indagou se, a partir disso, o fato da problemática abordada no filme corresponde ou não à realidade brasileira, bem como o papel da Comissão de verdade nesse processo de reparação das violências.

Dessa forma, em que pese tenha ocorrido avanços relacionados ao número de denúncias por discriminação étnico-racial, nota-se que:

Gráfico 1 - Distribuição da denúncia de violação de direitos humanos estudada por discriminação racial/étnica, através do Disque Direitos Humanos (Disque 100).

Discriminação Racial/Étnica



Fonte: Retirado as informações do <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/disque100>. Acesso em: 12 de maio de 2022. Fonte: ROCHA, M. Eduarda. 2022

Com fundamento nos dados do gráfico, é notório que houve uma diminuição tanto em relação ao número de denúncias, passando de 479 para 189, quanto ao índice de discriminação racial e/ou étnica, de 1368 para 239. Entretanto, quando se compara as denúncias por discriminação ao total geral obtido nos respectivos anos, o resultado é preocupante, onde em 2016 há quase 37% do total sendo ocupado pelo preconceito racial. Já em 2019, os índices ficam mais horrendos, correspondendo a quase 90% do total.

Diante disso, nota-se que mesmo em um Estado Democrático, as realidades de uma ditadura, diga-se a discriminação, preconceito e violência sofrida, principalmente através de discurso de ódio, em ambientes públicos, privados e digitais, ainda atingem a dignidade das pessoas, especialmente negras, deixando-as à mercê de usufruir os direitos, postos como fundamentais e inerentes ao ser humano, como acontece na obra, mostrando-se como um espelho da contemporaneidade, no qual os fatos que a cercam não se reduzem à uma narrativa ficcional, mas sim a realidade brasileira.

Por fim, é vital, cada vez mais, a aplicabilidade da Justiça de Transição, buscando efetivar o combate às violações de Direitos Humanos, investigando o passado para obter comissões da verdade; responsabilizando os criminosos; além de promover reformas institucionais, visando, assim, o fortalecimento do democratismo, multiculturalismo e, sobretudo, fazer com que a dignidade da pessoa humana possua concretude prática.

Para não concluir

Na presente pesquisa ficou evidente que mesmo o Brasil sendo portador de ingredientes com capacidade de promover uma verdadeira democracia, além de reunir condições plenas para superar os desafios ainda restantes de um período caótico, com violação aos Direitos Humanos (BRASIL, 2003, p.

29), ainda prevalece resquícios de um período ditatorial, assentado, principalmente, na discriminação étnico-racial através de discurso de ódio, representando além de um forte ataque à democracia do país (CIDH, 2021, p.180) e ao princípio matriz do ordenamento jurídico brasileiro - Dignidade da Pessoa Humana -, uma falha no processo da Justiça de transição tardio e CV, em enfatizar o embate e a circulação da “verdade”, “reconhecimento”, “reparação” e, “memória”, que deveriam fazer parte do cotidiano daqueles afetados pela violência (REÁTEGUY, 2012), mostrando, diante disso, que a Sétima Arte não seja nada mais do que a (horrenda) realidade que assola a vida de muitos.

Ademais, discorrer sobre assuntos baseados nos dados disponibilizados pelo Disque 100, em que apesar de haver uma diminuição de denúncias por violação de direitos humanos, quando comparado o total geral ao número de casos, denunciados, por discriminação racial e/ou étnica é, sem sobra de dúvidas, muito preocupante e horrendo, sendo necessário, cada vez mais, a participação e aplicação da Comissão de Verdade nas abordagens em prol dos Direitos Humanos como um todo, para reparar as violações e ratificar o comprometimento do Estado Democrático de Direito em promover a efetividade desses, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, resgatando a memória e identidade das pessoas que, outrora, foram desconsideradas, objetificadas e colocadas à margem da sociedade.

Por fim, por meio da comparação entre as comissões de verdade da África do Sul, Colômbia e Brasil, foi possível compreender que cada uma, dirigida da sua maneira, busca a restauração da dignidade das vítimas, o multiculturalismo e a reconciliação nacional. Além disso, embora colocada como uma possibilidade de exercício cínico dos governos para convencer a comunidade internacional de que algo está sendo feito sobre as violações ocorridas no país, quando, na prática - como visto nos dados expostos e a crítica trazida no filme -, isso não ocorre efetivamente (HAMBER; KIBBLE, 1999), espera-se que, cada vez mais, a sua incipiente caminhada rumo à verdade sobre as atrocidades praticadas pelo regime militar efetivamente alcancem o resultado que, no fundo, toda a comissão de verdade almeja: a paz daqueles que esperam há anos por respostas e a garantia da igualdade e não discriminação que sofrem os males de uma sociedade enraizada na discriminação estrutural e no racismo institucional.

Em virtude dessas considerações, acreditamos que nosso estudo é de total relevância para abordagens em prol do fortalecimento, crescimento e aplicabilidade dos direitos humanos, bem como da Justiça de Transição e Comissões de Verdade que, através de um passado não muito longínquo e da Sétima Arte, foi possível compreender todas as lutas que os negros enfrentaram e enfrentam, sendo possível, portanto, propor várias outras reflexões sobre os fatos, dados e relatos aqui debatidos.

Referências

ÁFRICA DO SUL, PARLAMENTO. **Constituição Interina de 1983**. Disponível em <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/93cons.htm>>. Acesso em: 19 nov. 202

_____. **Ato de Promoção da Unidade Nacional e Reconciliação de 1995**. Disponível em <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>> Acesso em 19 nov. 2022

BELL, Christine. **Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘NonField’**. The International Journal of Transitional Justice, Vol. 3, 2009, 5-27 pp.

BOSIRE, Lydiah. **Grandes Promessas, Pequenas Realizações: Justiça Transicional na África Subsaariana**. Revista Internacional de Direitos Humanos, Nº 5, Ano 3, 2006, pp 72-109.

BRASIL, SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Direito à Verdade e a Memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, 400 p.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> . Acesso em 20 nov. 2022

CIDH, Inter-American Commission on Human Rights. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021 / Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 207 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) V. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: . Acesso em 20/09/2011.

FERNANDES, V. C. **Justiça de Transição e as Comissões da verdade: uma análise Das experiências Sul-africana e Brasileira**. Publica Direito, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e3b21cb-226c39b6>>. Acesso em: 13 jun. 2022

FREITAS, R. S; BORDIGNON, M. **Discurso do ódio e exclusão social: marcas do racismo**. Unoesc International Legal Seminar. Chapecó. v. 1, n. 1, p. 163-173, 2012.

GOVERO FEDERAL. **Balanco Geral 2015 a 2019 - Igualdade Racial**, 09 abr. 2021. Disponível em:<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/disque100>> Acesso em: 11 maio 2022

HALL, S. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

HAMBER, B.; KIBBLE, S. **From Truth to Transformation: The Truth and Reconciliation Commission in South Africa**. Catholic Institute for International Relations Report, February, 2009.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **Brasil: Seis Passos Decisivos para uma Comissão da Verdade de Sucesso**, 2011. Disponível em: < <https://www.ictj.org/node/14123>> Acesso em: 13 jun. 2022

MCARTHU, R, F. G. **Justiça de transição: o caso brasileiro**. Disponível em:<<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33108.pdf>> Acesso em: 11 maio 2022

PADRÓS, E. S. **As ditaduras de segurança nacional Brasil e Cone Sul**. Porto Alegre: CORAG, 2006.

PINHEIRO, M. L. **Uma Comissão da Verdade no Brasil Escravidão, multiculturalismo, história e memória**. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 683-698, set.- dez. 2018

PINTO, S. M. R. **Justiça Transicional na África do Sul: Restaurando o Passado, Construindo o Futuro**. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol 29, nº 02 (julho/dezembro 2007), p. 393-421.

REÁTEGUY, F. **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2012. 576 p.

RIBEIRO, L. **Da Conquista Européia à Descolonização**. In: VISENTINI, Paulo; RIBEIRO, Luiz; PEREIRA, Analúcia. Breve História da África. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007, 176 p.

ROSS, F. **La elaboración de una memoria nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica**. Cuadernos de Antropología Social, n. 24, p. 51-68, 2006.

SIMPSON, G. **A Brief Evaluation of South Africa's Truth and Reconciliation Commission: Some lessons for societies in transition**. Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 1998.

VICENCI FERNANDES, C. **Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, N° 75, abr. 2010.

CULTURA MARGINAL E MULTICULTURALISMO: ENTRE A REPRESSÃO E AS GARANTIAS DEMOCRÁTICAS

Marcelo Machado Costa Lima

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do PPGD UNESA/RJ. Professor do curso de Direito do Centro Universitário IBMEC-RJ e Universidade Estácio de Sá - RJ. Pesquisador dos grupos de pesquisa CODIDEM

Luciano Filizola da Silva

Professor da Universidade do Grande Rio. Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidade Estácio de Sá e Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Professor de Criminologia e Direito Penal da Escola da Magistratura

Resumo:

A presente pesquisa visa, através de um estudo interdisciplinar, analisar nas várias manifestações artísticas a expressão de determinadas culturas que passaram a ser marginalizadas, quando não criminalizadas, por força de elementos destoantes de um certo padrão hegemônico, o que acaba por despertar o desafio sobre a definição de limites nas atuais sociedades democráticas e plurais, as quais possuem, como princípio, o dever de tolerância e convivência. Nesse sentido, determinadas manifestações culturais, consideradas ofensivas ou insidiosas, passam a ser objeto de controle através do sistema penal, seja por fundamentos religiosos, clínicos ou morais, em um discurso perigoso que etiqueta toda a arte que destoava do modelo hegemônico como sujeita à perseguição e censura. Assim, mesmo com o pluralismo jurídico e a liberdade de expressão garantidos na Constituição de 1988 vivencia-se o desafio de se identificar os limites de tais garantias frente aos constantes ataques sofridos por setores mais conservadores/ retrógrados às diferenças culturais vistas como nocivas ao modelo dominante. Do ponto de vista metodológico, o trabalho será desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica com análise da literatura filosófica, sócio-histórica, antropológica e jurídica de autores referenciais em suas áreas. Posteriormente, em uma perspectiva fenomenológica e dialética, os autores, a partir de uma perspectiva predominantemente descritiva e exploratória, mas também explicativa, analisarão o caso brasileiro, de forma a relacionar a lógica cultural estruturalmente alicerçada no país com a

marginalização e/ ou criminalização das expressões artísticas de grupos minoritários e vulnerabilizados, em suposta mitigação do alcance de seus direitos fundamentais de expressão artística.

Palavras-chave: Multiculturalismo; Arte; Repressão; Democracia

Introdução

Se por um lado é verdade que a modernidade ocidental vem construindo em seu percurso histórico uma narrativa de defesa ao pluralismo (inclusive cultural), não é menos verdadeiro, por outro lado, que a promessa ainda não foi cumprida. Embora haja incessantes lutas nesse sentido, a imposição de determinadas moralidades e a proibição de exercitar outras é ainda uma realidade, tornando-se tais práticas ainda mais flagrantes quando exercidas sobre as várias possibilidades artísticas e culturais.

Tais manifestações artísticas e culturais, ora se tornam objeto de repressão e, conseqüentemente, objeto de estudo da criminologia, ora passam a ser palco de denúncias, reflexo das várias espécies de violência orgânica e simbólica existentes na sociedade contemporânea. Essa é uma realidade que cada vez mais é observada (não sem surpresa!) em democracias que tem na pluralidade, não só um valor (na perspectiva axiológica), mas também o reconhecimento pela via normativo-principiológica (em uma perspectiva jurídico-deontológica).

Por isso, não há como deixar de reconhecer que a Constituição Federal de 1988 configura um elemento fundamental não apenas no processo de delineamento jurídico, mas também, a partir de uma dimensão objetivante, aponta para os adequados filtros interpretativos para o qual se direcionam o princípio democrático e os direitos fundamentais (no caso em análise, principalmente liberdade de expressão e direito à expressão cultural), como elementos interdependentes e complementares. Neste olhar dialético, há de se reconhecer que é um pressuposto das análises desenvolvidas no presente trabalho, que direito e realidade se influenciam reciprocamente, mesmo que por processos complexos e não necessariamente imediatos.

Caminhando para o tema de fundo, acerca dos conflitos que decorrem das visões conflitantes no campo artístico-cultural, vem surgindo uma nova vertente da criminologia interessada em se debruçar sobre tais choques, estudando seus discursos, partindo da cultura para flagrar a dicotomia entre cultura dominante e cultura marginal, assim como perceber, de maneira crítica, o controle realizado sobre manifestações consideradas subversivas, ou mesmo ofensivas e perigosas. Nesta linha, são inevitáveis as seguintes questões: por que subversivas? a quem ofendem ou são perigosas essas culturas periféricas?

Importa ressaltar que a criminologia cultural vem se projetando no sentido de dar maior ênfase à análise de alguns pontos seminais para este artigo,

tais como, a cultura de massa produzida e a construção das subculturas; os aspectos midiáticos que circunstanciam a projeção das culturas dominante e periféricas; a influência da sociedade de consumo nessa relação; e como e em que medida o comportamento desviante transgredir ou resiste aos valores da cultura dominante.

E isso só parece ser possível por meio da superação ao modelo científico metodológico proposto para a criminologia, desvincilhando-a das amarras impostas por uma busca de oficialidade. Porém, por outro lado, essa liberdade necessária para estudos e reflexões mais amplos, com o uso de métodos “menos ortodoxos”, poderiam vir a ser considerados comprometidos no âmbito do que aqueles mais vinculados a uma visão metodológica mais estreita, costumam considerar como “científico”. Neste sentido, sem querer adentrar em discussões metodológicas mais contundentes, adiantamos que o que aqui se propõe tem por propósito, mais a construção de um saber reflexivo que permita uma aproximação crítica, do que a busca de verdades inquestionáveis e empiricamente demonstráveis (CARVALHO, 2010), o que poderia ser excessivamente pretensioso e epistemologicamente (muito) questionável.

Dito isto, embora seja plenamente possível observar conflitos culturalmente motivados ao longo da história, os primeiros aportes sobre o tema surgem de obras de autores como FERREL, HAYWARD e JOCK YOUNG (2008), que delimitam o problema em análise dentro do período que denominaram como “modernidade tardia”, por força de condições históricas que apontaram para o acirramento das desigualdades sociais, bem como de outros problemas contemporâneos oriundos da globalização, migrações, resistência de grupos minoritários dotados de maior consciência política, subversão e tédio. Para os autores, a criminologia cultural explora as várias maneiras pelas quais a cultura se entrelaça com as práticas de certas condutas que passam a ser definidas como crime e o controle social na sociedade contemporânea.

Atento ao simbólico, a criminologia cultural permite traçar as várias interações entre delinquentes, agentes de controle, produtores midiáticos, grupos sociais e outros personagens que colaboram na criação de significados a respeito do crime. Seguindo essa linha, Ferrel (1999) observa que no final do século XX a criminologia cultural surge da dicotomia “crime como cultura” e “cultura criminal”. Ferrel (1999, pág. 403) explica que “Falar de crime como cultura é reconhecer, no mínimo, que muito do que rotulamos de comportamento criminoso é ao mesmo tempo comportamento subcultural, coletivamente organizado em torno de redes de símbolos, rituais e significados compartilhados.”

Assim, a noção de “cultura como crime” denota a reconstrução do empreendimento cultural como empreendimento criminoso - por meio, por exemplo, da rotulagem pública de produtos da cultura popular como criminógenos, ou da criminalização de produtores culturais por meio da mídia ou canais legais, como se observa, desde bandas de rock sendo censuradas, até histórias em quadrinhos acusadas de fomentar a ideologia de gênero. (FER-

REL, 1999, p. 404)

Mesmo com todas as influências, tanto a criminologia tradicional como a criminologia crítica já não davam conta dos novos conflitos decorrentes das vozes subculturais que ansiavam por respeito e espaços, enquanto objeto de marginalização. As limitações próprias do discurso que se pretendia científico, que buscava legitimação e distância da fama de acessório ao direito, precisavam ser ultrapassadas e esse processo de superação parece ganhar fôlego na virada do milênio, quando a criminologia passa a se despir de tais compromissos.

Furquim observa que é nesse cenário que surge a criminologia cultural, que surge “como a tentativa de restabelecer a prática do estudo criminológico, de forma a observar as complexidades contemporâneas, tendo como contexto as interações sociais baseadas na cultura” (2016, pág. 42). Essa nova realidade se dá em um contexto de percepção de práticas, valores, signos e interações, podendo se destacar como um dos seus pontos mais relevantes, a identificação do grau em que o comportamento desviante ou criminoso é considerado transgressor, resistente ou subversivo aos valores, símbolos, significados e códigos morais da cultura considerada dominante. (ROCHA, 2012, pág. 185.)

A cultura criminal e o tédio

Na chamada sociedade moderna (assumindo que ainda somos modernos) contemporânea, em razão de forças homogeneizantes e edificação da cultura de massa, não é difícil identificar o desconforto gerado na juventude em grupos descontentes com tal padronização que fomentava apenas as mesmas cores, os mesmos ritmos e a mesma fala, gerando um contínuo e enfadonho processo cíclico. Essa constância morosa, viscosa e cinzenta será um dos principais arcabouços do tédio, sentimento de vazio, essencial para a criação de comportamentos dissonantes, busca por novas cores e possibilidades, reflexões sobre os modelos estabelecidos e práticas que nem sempre serão aceitas pela cultura dominantes.

Segundo Ferrel “quando a obediência a regras externas de regulação racionalizada define o sucesso e até mesmo a moralidade, a mesmice se torna uma virtude, a independência do pensamento um problema” (2010, pág. 344), nos deparamos com a institucionalização coletiva do tédio em contraponto com a necessária participação democrática e plural do cidadão na construção da vida cotidiana. Isso nos leva a crer que há um efetivo déficit, não só da autonomia individual, mas mesmo no âmbito da autonomia pública, pois a produção normativa não encontra uma participação efetiva de todos os membros do corpo social.

Assim, esse tédio - como um tipo de ansiedade que se impõe pela falta de significado desumanizante - caracteriza-se pela rotina e burocratização da vida, visto, levando muitos indivíduos a romper com essa realidade, a procurar o que Furquim (2016) chama de “placebos sociais”, ou seja, substitutos

de significado, válvulas de escape que podem surgir por meio de práticas lícitas (esportes radicais, meios de vida alternativos) ou pela transgressão. Nessa linha, embora seja inegável a relevância do tédio para se compreender as motivações dos fenômenos que se tornarão objeto de estudo da criminologia cultural, entendemos que o seu fruto não seria necessariamente placebos superficiais para dar um significado ao indivíduo, mas sim opções culturais que irão ajudar na construção de uma identidade criativa que se colocará em primeira oposição ao modelo cultural hegemônico, independente da valoração a ser realizada.

O pequeno alívio encontrado pelo indivíduo moderno tedioso na sua monótona e incessante esteira de produção, estaria, sim no trabalho, no consumo, em seus enlatados midiáticos e redes sociais, que passam a somar forças à indústria do espetáculo de Guy Debord (1997). Nesta perspectiva, todo esse quadro é retroalimentado pelos próprios consumidores de entretenimento superficial e barato através de postagens enfadonhas em seus perfis da última viagem feita, do último jantar, da última festa, do último pet. Memes e selfs são os novos campeões de audiência.

Assim, práticas que desafiam o tédio - contrapondo-se à lógica do *establishment* -, por meio de comportamentos subversivos que nascem da criatividade e ruptura com a estética e padrão moral vigente, passam a ser marginalizados. É que a transgressão passa a ter seu significado distorcido, partindo de manifestações ativistas, como a marcha da maconha e o ecoterrorismo, passando pela arte transgressora que já teve como alvo o samba, o rock (e, hoje, aponta para o funk) e chegando à mera violação da estética, causando grande repercussão midiática, como o rolezinho. Sobre a questão, assim afirmou Furquim:

Movimentos massivos, sejam eles ideológicos ou movimentos de grupos, cujo escopo é quebrar a rotina do tédio diário e reinventar o cotidiano, tornando o inesperado como uma forma de conduta, tem como dinâmica gerar uma consequência negativa na sociedade, pois o inesperado, o contrassenso, o fora do comum, acende o alerta vermelho aos empresários morais. (2016, pág. 104)

Assim, a presença da diferença sintomática que indica o desrespeito às normas sociais já estabelecidas em afronta consciente e proposital ao chamado “homem de bem e à família tradicional” desperta um sentimento de risco que acaba por legitimar as agências de controle a fim de garantir a segurança do *status quo*.

Crime como cultura: o injusto como manifestação cultural

A busca pela identidade em uma sociedade monocromática por vezes levará o indivíduo a criar e adotar comportamentos que por muito destoarem da moralidade hegemônica da classe dominante, assumida pela maior parte da

sociedade, causa estranheza, repúdio e, não mais das vezes, insegurança. Daí essa classe dominante, considerando que tais coisas se situam fora do lugar e dos modelos “adequados” (por não encontrarem significado no âmbito do padrão vigente) acaba por clamar uma intervenção mais rigorosa de controle, a fim de “colocar as coisas de volta no lugar”.

Esses comportamentos destoantes se externalizam não só na violação de normas, que expressariam uma atitude de subversão contra o tédio, rumo a comportamentos já considerados proibidos pelo ordenamento jurídico do grupo social (o que constitui considerável instigação para aqueles que buscam o vigor presente na violação do tabu, do proibido), mas também pelo desenvolvimento de certas práticas que, por força de sua “estranheza”, despertam uma demanda punitiva que nasce da força contrária ao risco gerado pela quebra de paradigma.

O crime previsto no art. 308 do Código de trânsito Brasileiro e sua relação com o tédio é bem representado no clássico de 1955 “Juventude transviada” estrelada pelo ícone James Dean, que encarna o símbolo de desencanto e vazio existencial da juventude da época, como um rapaz em busca de identidade envolto em confusões, bebedeiras e brigas, junto com uma menina e um rapaz que conheceu na delegacia, em uma trajetória que desafiava a todo momento à ordem estabelecida pela família e pelo poder público.

Em 1892, o barão João Batista Viana Drummond, fundador do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro, com a intenção de atrair público ao zoológico - em razão dos cortes de verbas do Estado que ajudava a manter o lugar -, mandou imprimir 25 animais nos ingressos e quando dava 17 horas sortearva um deles e o visitante que tivesse o animal sorteado, ganhava um valor como prêmio 20 vezes maior que o pago pelo ingresso. Mas a partir de 1894, qualquer pessoa poderia adquirir quantos ingressos quisesse, gerando grande aglomeração junto ao portão do Zôo para ouvir o resultado do sorteio no final da tarde, passando a se tornar um jogo de azar, o que passou a ser proibido pelo poder público a partir de 1895 (LABRONICI e SILVA, 2017, p. 201 - 213). Porém, tal proibição, longe de gerar os efeitos desejados, apenas incitou ainda mais o jogo, levando as apostas e o sorteio para além dos muros do zoológico, sofrendo perseguições e tornando-se contravenção a partir do Decreto-Lei 3.688/41.

Não há dúvida de que o jogo do bicho se tornou uma manifestação cultural genuinamente brasileira, que sobrevive na marginalidade enquanto resistência, ainda que pese as várias outras loterias legitimadas pelo estado que são amplamente aceitas e incentivadas.

Outra representação social encontrada em marcas espalhadas nas cidades, principalmente nos grandes centros urbanos são as pichações e os grafites. Eles remetem às ilustrações rupestres pré-históricas, encontradas nas cavernas, quando o ser humano tentava se expressar retratando seu cotidiano. No caso, deixando sua marca, comunicou-se com as gerações futuras. Na maioria das cidades, a pichação vem dividindo espaço com o grafite e, embora

ambos sejam definidos como crime ambiental pelo art. 65 da Lei 9.605/98, percebe-se maior tolerância em relação ao grafite, por ser este considerado uma manifestação artística que embeleza a cidade. Por esta razão, é importante ressaltar que o grafite vem ganhando espaços de exposição, inclusive exportando artistas para o mundo, o que acaba se tornando uma contradição aos ideais iniciais da pichação (entendida como linguagem marginal de ocupação e protesto), posto que jamais teve a pretensão de ser arte, mas sim uma forma de linguagem.

Como bem observa Alexandre Barbosa Pereira, ao realizar o estudo etnográfico de jovens pichadores de São Paulo, o confronto entre a cultura da pichação (como redigido por seus praticantes) e o poder público se dá exatamente enquanto pertencimento e criação de laços identitários.

Expressão comum entre os pichadores é a que afirma que “quem não é visto, não é lembrado”. Ela remete, em grande medida, à lógica seguida pela maior parte deles. Nessa busca por ser visto e lembrado - principalmente pelos outros pichadores -, estabelece-se uma disputa com a dinâmica da cidade e com a tão comum aversão à pichação. Engendra-se, dessa forma, uma grande disputa entre a efemeridade da atividade e de seu suporte, a paisagem urbana, e a busca pela perenidade, por ser lembrado e por entrar para a história, não a oficial, dos monumentos e dos personagens consagrados, mas a história da pichação, uma história de jovens marginalizados e de suas relações de sociabilidade no contexto metropolitano. (PEREIRA, 2012, PÁG. 55 - 69)

Cultura criminal: a marginalização da cultura periférica

Mesmo já tendo passado por prisões, foi em 1785, preso na Bastilha que Donatien Alphonse François de Sade, o Marquês de Sade, escreveu seu primeiro romance, 120 dias de Sodoma ou a Escola da Libertinagem. Neste, narra a história de 4 homens ricos que decidem vivenciar o máximo que é possível extrair de experiências sexuais trancados em um castelo por 4 meses com 36 vítimas para saciar seus prazeres e realizar a mais completa obra sobre a arte da libertinagem e do prazer. Segundo o famoso autor, nada havia de mais voluptuoso nesse projeto do que a maneira luxuriosa com que foi levado a efeito. Dito isto, recomendou a todo devoto a, desde logo, abandonar tal leitura, se não quisesse escandalizar-se, posto que seu enredo (e mesmo sua execução) nada tinha de casto. (SADE, 2006, pág. 36)

Entre prisões e sanatórios, durante o Antigo Regime e após a Revolução Francesa, o Marquês ficou preso por quase 30 dos 74 anos que viveu, tendo sua obra sofrido várias proibições por quase dois séculos. Até a década de 50 do Século XX, Tribunais franceses a consideravam uma afronta à moral e aos bons costumes. (MORAES, 2014)

A relevância da obra do Marquês e, na linha aqui seguida, a ofensa que representava à época, está no descortinamento da crença rousseauiana de que o homem nascia bom e a sociedade o corrompia. Em verdade, a civili-

zação e suas normas apenas tentam adestrar a natureza humana, vinculando a felicidade ao desenvolvimento de virtudes, que são representadas pela castração dos desejos e do gozo, como já observava Nietzsche, quando dizia que “supondo que fosse verdadeiro o que agora, em todo caso, se acredita como verdade, que o sentido de toda cultura é justamente criar um animal manso e civilizado, um animal doméstico, a partir do animal de rapina “homem” (2018, pág. 46).

Sadé, ao trazer o bárbaro (que ameaça a humanidade, que lhe causa repulsa e que requer seja suprimido) para o interior do reduto da família aristocrática e burguesa, demonstra a impossibilidade de extirpar o selvagem, denunciando que as perversões não configuram restos primitivos a eliminar. Evidencia-se, com isso, que as anomalias são inerentes à condição humana, independentemente dos esforços para ocultá-la. (CARVALHO, 2010, pág. 226)

Sem entrar no mérito estético sobre o fim ou os motivos da arte enquanto forma de expressão, representação, busca pelo belo, entretenimento, produto, bem cultural, subjetivismo, instrumento de desenvolvimento cognitivo e criativo ou mera estética, não há dúvida de que a arte subversiva, marginalizada, sempre foi fruto do tédio, da estagnação, do inconformismo. Ela surge como proposta ao modelo hegemônico por intermédio de uma oposição ao estabelecido, trazendo o libertino para o recato, o ruído para o harmônico, o sujo para o belo, com o intuito de provocar e movimentar, o que, fatalmente, irá gerar um movimento contrário de vigilância e repressão.

O sistema penal, já desde antes da psicanálise, interessou-se pelo pensamento dos homens. Mesmo com o advento do modelo iluminista, em que o indivíduo passa a ter garantida sua liberdade de pensamento, tal pensamento somente é livre se não colocar sob risco o que se tem por hegemônico, nos termos dos padrões morais vigentes. Com isso, dá-se margem ao surgimento de dois grandes eixos que atravessam esses “delitos de expressão” e, segundo Nilo Batista, são identificados como “eixo do obsceno (que ofenderia o pudor e os bons costumes) e o eixo da apologia (que ofenderia a ordem, a paz pública)” (2015, pág. 187)

O perigo de incitar comportamentos subversivos e naturalizar práticas libertinas são os principais fundamentos para o controle de circulação de obras capazes de corromper a ordem, seja por intermédio da efetiva censura das mesmas, proibindo a sua venda, seja pela intervenção punitiva sobre seus autores e editores, sancionando penalmente a conduta ofensiva. Um exemplo a ser apresentado é o ocorrido com Charles Baudelaire, quando foi ele acusado e condenado à pena de multa em 1856 pelo seu “As flores do mal”, alegando-se ultraje à “moral pública”. Nesta mesma perspectiva, no ano seguinte o Tribunal francês processa Gustave Flaubert pela publicação de “Madame Bovary”, sendo que sua absolvição apenas se deu por insuficiência de provas quanto à intencionalidade de incitar o erotismo no casamento burguês. (BATISTA, 2015)

No que se refere ao Brasil, no período do Estado Novo, em 1937, em Salvador, uma fogueira dava conta de pôr fim à 1,8 mil obras literárias acusadas de enaltecer ou simpatizar com ideias comunistas, sendo que metade delas eram edições de “Capitães de areia” de Jorge Amado. Nesta obra há flagrante denúncia à desigualdade social e, segundo a concepção estadonovista, ao transformar jovens delinquentes em heróis, afrontava o regime vigente. Acrescente-se que, além do seu autor ser filiado ao Partido Comunista Brasileiro (PCB), já teria sido, por este motivo, preso em duas oportunidades (<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41969983>).

A cultura popular também não deixou de sofrer com o controle de costumes, principalmente nos Estados Unidos por força do *Comics Code Authority*. Este tinha, nos anos 50 do Século XX, como finalidade, identificar quadrinhos que fossem avessos à moralidade. O *Comics Code Authority* teve sua origem em razão do lançamento de *Seduction of the innocent*, livro do psiquiatra Frederic Wertham que responsabilizava os quadrinhos pelos problemas de delinquência juvenil em alta na época.

É neste cenário monótono que se intensifica o movimento de contracultura pelos jovens «entediados» dos anos 60/70. Teve na arte sua principal manifestação, principalmente no rock e nos quadrinhos (*comix*), que buscam não mais se submeter aos padrões estabelecidos pela moralidade vigente. Um de seus principais representantes foi Robert Crumb, precursor dos quadrinhos underground. Ele criou *Fritz, the cat*, em 1965, um gato artista de moral duvidosa vivendo várias aventuras sexuais. Todavia, foi em 1968, de maneira independente, que lançou a ZAP COMICS, que reunia pérolas de vários artistas, como Gilbert Shelton e Clay Wilson, com histórias politicamente ácidas, repleta de drogas, violência e ataques ao *american way of life*, incluindo a lógica do consumo, os quadrinhos de herói e até o Mickey Mouse e o seu simbolismo.

Tamanha eram as afrontas aos costumes, que o período de lançamento do número 04, em 1969, em que seus artistas deram tudo de si, livreiros e distribuidores de todos os Estados Unidos foram presos por vender a edição ou tê-la em depósito. Na oportunidade, o juiz Joel Tyler, de Nova York, declarou que a obra era “feia, barata e degradante”, e que uma pessoa comum poderia ter sua moral irreparavelmente corrompida se tivesse contato com a ZAP COMIX” (CAMPOS, 2003).

Um exemplo de resistência, não só pela obra, mas pela própria história por trás dela está Persépolis de Marjani Satrapi, que narra sua experiência autobiográfica que começa em 1980 quando se viu obrigada a usar o véu pela primeira vez na escola como reflexo da revolução islâmica que se iniciara em 1979. A partir de então, é possível acompanhar seus conflitos e seus crescimento em meio à guerra e um regime extremamente repressivo. Em determinado momento, ela se vê obrigada a fugir para a Europa, a fim de conseguir cursar o ensino superior, o que era proibido na época para mulheres.

Certamente não é de se estranhar que tal obra se encontre na lista de

restrições no Irã em razão das fortes críticas e ao teor político que expressa ao regime iraniano. O que é passível de alguma perplexidade é o fato de que a obra tenha sido objeto de censura em alguns Estados americanos, que a aboliu de bibliotecas e escolas por força do seu “conteúdo inapropriado” e pelo seu conteúdo islâmico. (<https://valkirias.com.br/banned-books-week/>)

Mais recentemente, o quadrinho “Vingadores: a cruzada das crianças” que traz uma aventura dos jovens vingadores, por trazer um beijo homossexual entre dois jovens heróis, causou sua censura e remoção da bienal do Rio de Janeiro de 2019, pelo então prefeito da cidade, Marcelo Crivela. (<https://oglobo.globo.com/cultura/crivella-manda-recolher-hq-dos-vingadores-com-beijo-gay-bienal-se-recusa-23930534>)

Porém, poucas manifestações artísticas possuem a capilaridade, o impacto popular como a música. Esta forma de manifestação artística possui a capacidade de representar os sentimentos, dores e alegrias de um povo, distanciando-se da erudição das salas de concerto e dos saraus da alta roda. Os cantos e ritmos populares se alastram e passam a representar uma identidade cultural de resistência face à considerada “arte oficial”. Não à toa, tais manifestações que instigam a reunião/ aglomeração das classes mais humildes, desafiam a ordem social constituída, despertando suspeita e urgência de controle, seja pelos batuques da capoeira, seja nos bailes do funk carioca.

Ao violar/transgredir o padrão estabelecido, a reação social que será definida como anormal, de mal gosto, gerando subculturas. Com isso, surge o etiquetamento atribuído pelos “empreendedores morais”, que ao repreender provocam a reação inversa de resistência e de rebeldia necessária na busca pela exteriorização da identidade desses grupos marginais.

Ao realizar o diálogo entre o nascimento do samba e o rap de Mano Brown, José Antônio Gerzson Linck (2011) identifica a relação entre a construção do malandro, que subverte a lógica do trabalho e das regras, e seu envolvimento direto com o samba que afrontava o modelo desejado de cidade europeia no início do século XX no Rio de Janeiro, levando suas rodas para a clandestinidade das casas de família. Não à toa, o primeiro samba gravado nasceu em uma delas, mais especificamente na casa da tia Ciata (que, não por acaso, cita o chefe da polícia na primeira estrofe), registrada por Donga e Mauro de Almeida, em 1916.

Desde a representatividade do cotidiano do negro até as críticas sociais, como em “ladrão que não acaba mais” de Bezerra da Silva, que já estava atento aos crimes de colarinho branco, o samba funcionava como denúncia ao sistema opressivo que recaia sobre os mais pobres e sobre a própria classe sambista, sempre vista como suspeita, formada por malandros, desocupados, submetidos à constantes abordagens, revistas e detenções quando ausente uma carteira de trabalho. E este modelo vai ganhando representatividade e voz no rap oriundo da periferia, podendo ser bem exemplificada no grupo Racionais MC's que, em sua crítica social, vai abandonando um formato mais tradicional para incorporar, como fez o samba, os coloquialismos, gírias e fala tradicional

do gueto, substituindo a vitimização do negro pela narrativa de uma rotina de desalento. Conforme Link (2011, pág. 42):

Se o discurso acaba se aproximando da glamourização do criminoso é porque estes fazem arte dos meios que lhe são oferecidos para tornarem-se iguais, em uma sociedade de consumo que oferece no país hierarquia fática e igualitarismo discursivo, modalidade híbrida desproporcionalmente distribuída.

A partir dos anos 90 um elemento que passa a associar em maior grau a relação entre a juventude pobre e a produção cultural realizada na periferia serão as drogas ilícitas, enquanto substâncias demonizadas, que se torna “bode expiatório” de todos os males sociais. É bem verdade, que desde os anos 60 tal relação já era próxima com a contracultura. A assimilação da cultura rock norte-americana, o movimento hippie e a busca por liberdade e identidade de toda uma geração, é classificada como subversão. Como consequência, temos encantamento e repressão, principalmente quando da instauração do regime militar, que vê o potencial revolucionário presente no movimento tropicalista, principalmente em figuras como Tom Zé, nos integrantes de Os Mutantes, Caetano Veloso e Gilberto Gil. No caso destes dois últimos, por se insurgirem contra o tédio e o conformismo impostos, soltando “os tigres e os leões nos quintais” contra as “pessoas da sala de jantar ocupadas em nascer e morrer”, no âmbito do famigerado AI-5, foram presos e, em seguida, exilaram-se.

E mesmo com a abertura democrática, principalmente a partir da Carta Constitucional de 1988, a repressão se mantém sob novas e velhas roupagens. As drogas ilícitas, permanentes inimigas do sistema dominante, continuam sendo o fio condutor para emanação de políticas penais repressivas voltadas, principalmente, contra grupos sócios culturais considerados marginais, embora o uso de drogas atinja todas as classes sociais.

Porém, com um discursos que relaciona quase que exclusivamente a disseminação das drogas com banditismo presente em comunidades periféricas e favelizadas - nas quais habitam as classes mais baixas do corpo social -, algumas das discussões mais relevantes sobre o tema são deixadas de lado. Por isso, reprimem-se manifestações que coloquem em discussão os argumentos que sustentam uma possível descriminalização de específicas drogas (como ocorreu, por exemplo, nas primeiras “marchas da maconha”), posto ser ainda plenamente conveniente relacionar a questão ampla das drogas unicamente com uma suposta marginalidade de grupos periféricos, “pobres e desajustados”.

Nessa linha, situação que bem referencia o que acima se afirmou foi a prisão dos integrantes do Planet Hemp, liderado por Marcelo D2, em novembro de 1997. Depois de um show para mais de 7.000 pessoas em Belo Horizonte os referidos integrantes da banda foram presos por estarem fazendo apologia ao uso de drogas, sendo, porém, indiciados por uso e associação para

o tráfico. Segundo o surpreendente depoimento do delegado, a polícia estaria estudando as letras da banda há um ano da data da prisão e que só não teriam efetuado anteriormente a prisão por não saberem o nome completo e os endereços de todos os integrantes da banda. (<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/10/cotidiano/19.html>)

O show se referia ao álbum lançado em 1995, “Usuário”, que tinha como músicas “Não compre, plante”, “legalize já” e “Fazendo a cabeça”, letras que defendiam a liberdade do uso de psicotrópicos e denunciava a hipocrisia de um sistema que permitia algumas drogas e criminalizava outras, sendo que as discussões não parecem ter avançado, desde então.

Mais recentemente essa ligação entre tráfico e manifestações culturais ganharam relevância no debate com os chamados “funks proibidos”, caracterizados por suas letras repletas de referências ao crime e à violência, enaltecendo em alguns casos facções criminosas, acusadas de incitação e apologia ao crime.

Nascido nas favelas cariocas, o funk em si sempre foi associado a uma manifestação cultural da periferia, do morro, vivenciada pela juventude pobre que, nos bailes autorizados pelo tráfico, podia extravasar e colocar entre parênteses a sufocante rotina vivenciada em um ambiente no qual a cultura (periférica) é fortemente desvalorizada e estigmatizada pela cultura hegemônica. Nestes bailes os jovens sensualizam seus corpos ao som das batidas trazidas por DJs e MCs, sendo que, aos poucos, o gênero foi ganhando espaço no asfalto. Nesse sentido, embora tenha se tornado patrimônio cultural da cidade do Rio de Janeiro, ainda carrega contra si uma enorme resistência de setores mais conservadores. Exemplo relevante da pecha de subcultura que traz consigo exterioriza-se em uma página do Facebook intitulada “Funk é um lixo”. Nesta referida página, com mais de 260 mil seguidores, o funk é retratado como “cultura da bandidagem”.

A perseguição aos autores desse estilo musical recrudescer quando a relação entre suas letras e narrativas sobre crimes se intensificaram no final dos anos 90. Foram efetuadas prisões e um grande número de processos criminais foram abertos contra vários MCs.

Evidentemente que outras mídias já se apropriavam da temática da violência, como em filmes policiais ou de terror. Neste sentido, para fins de reflexão valeria a pena imaginar o ajuizamento de ações penais contra Quentin Tarantino pelo seu *Pulp Ficción* ou mesmo contra James Wan por seu *Jogos Mortais*. Na literatura Pulp ou de suspense, poderíamos apontar as obras de Edgar Allan Poe, Raymond Chandler, Conan Doyle, Clive Barker e Stephen King. E mesmo na música, desde que desassociados à periferia, poderíamos citar o Rock do Matanza.

Mas a associação do funk, principalmente o “proibidão”, aos bailes realizados nas favelas e bairros periféricos com intensa participação do tráfico da localidade permitiu sua estigmatização como prática marginal, pois o associa à imagem do jovem negro criminoso, despertando o sentimento de repulsa e

urgência de controle, visto o risco à ordem pública na forma da incitação e da apologia. Ou seja, quando advinda de obras realizadas por brancos oriundos da classe média a narrativa sobre a violência é vista apenas como manifestação artística. No entanto, se advém do local simbolicamente considerado como fonte de tais representações, fruto de criações de jovens que representam o imaginário do criminoso, a obra deixa de ser mera ficção para se tornar uma ameaça à segurança das elites econômicas e culturais.

Segundo Facina, relacionando a perseguição ao funk com a criminalização histórica da cultura negra, de seus batuques, capoeiras e samba, percebe-se que a permissão de narrar essas “experiências não é concedida para aqueles que as experimentam em seu cotidiano, pois a narrativa se transforma em crime ao ser identificada a uma verdade absoluta”, pois “narrar histórias se torna confessar crimes”. (2015, pág. 67)

Apenas para esclarecer, incitar significa estimular e fazer apologia significa enaltecer. Assim, tais delitos só se configuram quando o agente se refere a situações concretas, o que não ocorre na maioria das vezes, sendo o “proibidão” muito mais crônicas da rotina violenta da favela. A linguagem e os valores cultivados por determinados grupos em resposta à sociedade hegemônica - que lhe nega voz pelos meios oficiais - mais se aproximam de documentários do que de ficção e, por essa razão, causam tanto assombro, resistência e necessidade de controle.

Alguns MCs já foram condenados por incitação ao crime, como os autores de “Clube Tião Caminhoneiro Hell” (E pra matar o tempo, atropelo a massa idosa/ Alvorada na br é pra brincar com espingarda/ Aterrorizo uma família e vou logo caçar uns guardas) e “Bonde da Mutilação” (Pegue uma velha, deixe ela pelada/ Ponha fogo no cabelo e apague na paulada). Outros tantos presos e indiciados por igual delito, como MC Colibri, por enaltecer a facção criminosa Terceiro Comando, cuja promoção do Ministério Público permite vislumbrar a forte carga ideológica, ao afirmar que tal música tinha como única finalidade “destruir, via consumo de substância entorpecente, a vida e a felicidade de cidadãos e de suas respectivas famílias.” (CYMROT, 2015, pág. 75)

Outro Proibidão que gerou processo criminal foi o Chatuba 157 do MC Frank:

Ã, não tira a mão do volante, não me olha e não se mexe
É o Bonde do Boréu, no artigo 1-5-7, vai
Vai desce do carro, olha pro chão, não se move
Me dá seu importado, que o seguro te devolve

Como se observa, as letras dos proibidões podem assumir uma contun-
dência geradora de polêmicas e a avaliação perpassa por uma linha cinzenta
em que o preconceito não pode prevalecer à razão, sob pena de colocarmos
em risco a liberdade de expressão e a liberdade artística de grupos sociais que

se encontram à margem das culturas hegemônicas.

Embora a posição teórica consagrada defendida por John Austin no que se refere aos atos de fala - os atos de fala geram algum efeito no interlocutor/ouvinte a partir das intenções postas em jogo pelo falante -, a questão sob análise pode envolver vários direitos fundamentais em colisão e, por isso, não pode deixar de ser analisada com muito critério, de forma a que todos os argumentos recebam ponderada avaliação diante do caso concreto e de suas diversas peculiaridades.

Se por um lado, reconhecemos que no âmbito da filosofia da linguagem, o chamado ato (ou efeito) perlocucionário expressa uma categoria de atos de fala que reconhece o efeito da linguagem produzido sobre o interlocutor, ou seja, as reações da audiência em relação ao ato proferido por algum ator social; por outro lado, não podemos deixar de lado os apontamentos de Cymrot, quando afirma que “a abordagem nua e crua da temática da violência e as críticas à polícia são confundidas com apologia ao crime”, pois “não é a descrição da realidade que deve ser combatida, mas a realidade em si que deve ser mudada” (2015, pág. 78).

Não nos restam dúvidas de ainda haver uma atuação desequilibrada e preconceituosa das instituições estatais quando seus olhares se voltam para as manifestações culturais de grupos sociais marginais. Se isto se explica pelo fato de, historicamente, terem sido instituições forjadas pelos grupos culturalmente hegemônicos, o aperfeiçoamento do quadro democrático (que pressupõe reconhecimento da pluralidade) muito depende de uma alteração nesta rota. A legitimidade do exercício do poder exige políticas que concedam voz aos diversos segmentos sociais, principalmente àqueles que se encontram em posição desvantajosa no âmbito da sociedade.

Por esta razão, o reconhecimento das manifestações culturais dos grupos sociais marginais é uma demanda incontornável no processo de construção e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito prometido pela Carta de 1988. Que se abram espaços para uma cultura do entendimento, onde a cultura hegemônica dominante e as culturas periféricas marginais possam ter seus espaços de projeção igualmente reconhecidos pelas instituições de uma sociedade democrática, na acepção mais forte que o conceito comporta.

Conclusão

O pertencimento a uma cultura que valoriza a liberdade de expressão artística e o acesso à expressão cultural, em uma perspectiva amplamente plural, somado a um quadro jurídico-constitucional que concede a tais valores o *status* de normas de direitos fundamentais, conferindo-lhes proteção estatal, não pode conceder margem para existência de um espaço discriminatório e elitista, que enxerga nas manifestações culturais marginais, uma espécie de subcultura que deve ser extirpada e combatida pelo direito penal.

Os comportamentos destoantes de grupos marginais periféricos vem despertando no decorrer da história uma demanda punitiva que nasce da força contrária ao risco gerado pela quebra de paradigma. Daí que a forma de expressão, a representação, a busca pelo belo e pelo bem cultural, o desenvolvimento cognitivo, criativo e estético, tudo isso vai dar origem a uma arte subversiva, e por isso marginalizada pelo *stablishment*, que busca impor um movimento contrário de vigilância e repressão.

Porém, essas manifestações artísticas possuem a capilaridade, o impacto popular com grande capacidade de representar os sentimentos, dores e alegrias de um grupo social que, alijado da “cultura e arte oficiais”, eleita pelas elites, busca sua representação e identidade cultural de resistência a partir de outra estética, que esteja mais afinada com sua realidade. Ao resistir aos padrões estabelecidos pelos “empreendedores morais”, que definem essas novas manifestações como “anormais”, “de mal gosto”, “produtos da subcultura”, criam um espaço de resistência e de rebeldia, sendo essas novas produções artísticas consideradas elementos da própria identidade desses grupos.

De toda forma, o reconhecimento das manifestações culturais dos grupos sociais marginais é uma demanda incontornável no processo de construção e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. A abertura de espaços para efetivação de uma cultura do entendimento implica em separar o que é produto da arte/cultura, daquilo que (no limite) poderia ser qualificado como violação às normas do direito, principalmente o direito penal. Porém, essa análise demanda uma mentalidade destituída de preconceitos e estigmas, de forma que a arte nascida como marginal possa, para fins de reconhecimento e proteção, ter o mesmo tratamento institucional concedido às artes produzidas pelas elites hegemônicas.

Referências

- BATISTA, Nilo. **Sobre a criminalização do funk carioca**. In Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- CAMPOS, Rogério de. **Alter America, Alter Heróis**. In Zap Comix. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de. **Das Subculturas Desviantes ao Tribalismo Urbano (itinerários da criminologia cultural através do movimento punk)**. In Criminologia cultural e rock. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CYMROT, Danilo. **“Proibidão” de colarinho branco**. In Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FACINA, Adriana. **Quem tem medo do “proibidão”?** In Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

FERREL, Jeff. **Cultural Criminology**. In Annual Review of Sociology. 25: 395-412, 1999.

FERREL, Jeff; HAYWAR, Keith e YOUNG, Jock. **Cultural Criminology: an invitation**. London: Sage, 2008.

FURQUIM, Saulo Ramos. **A criminologia cultural e a criminalização cultural periférica: estudos sobre crime, multiculturalismo, cultura e tédio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. LABRONICI e SILVA

LINK, José Antônio Gerzson. **Malandro quando morre vira samba: criminologias marginais de Madame Satã a Mano Brown**. In Criminologia cultural e rock. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MORAES, Eliane Robert. **Um outro Sade**. In Os crimes do amor. Porto Alegre: L e PM, 2014. PEREIRA, 2012

ROCHA, Álvaro Oxley. **As novas perspectivas e abordagens da criminologia cultural**. in Crime e controle da criminalidade: Revista eletrônica da Faculdade de Direito - PUC/RS. n° 04, 2012, pág. 185

SADE, Marquês de. **Os 120 dias de Sodoma ou a escola da libertinagem**. São Paulo: Iluminuras, 2006.

LITERATURA, EPISTEMICÍDIO E HUMANIZAÇÃO

Rosana Oliveira Rocha

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutoranda em Educação

Resumo:

Não há como se falar em educação sem dar a espaço as diferentes vozes que constituem nossa sociedade, principalmente aquelas que foram historicamente silenciadas, como as vozes de indígenas e afrodescendentes. A despeito de toda a importância de indígenas e negros para a construção e desenvolvimento de nosso país, houve e ainda há um epistemicídio que visa a eliminar todas as contribuições e conhecimentos desses povos. As leis 10639/03 e 11.645/2008, que tratam da obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena, vieram no sentido de reverter o silenciamento e apagamento dessas culturas em nosso país. No entanto, embora essas leis sejam de extrema importância para modificar a visão estereotipada e eurocêntrica a esses grupos sociais, elas ainda permanecem no plano teórico e ainda não têm plena efetivação. Uma forma de resistir a esse epistemicídio é a literatura, ou seja, textos literários que deem visibilidade ao povo negro, seja por meio de suas personagens ou de seus autores. Nesse sentido, a literatura pode contribuir e dar “voz” a esses grupos silenciados. As escolas podem ser espaços de resistência, contribuindo para uma visão da cultura afro-brasileira, africana e indígena de modo menos estigmatizado e preconceituoso, dando o devido valor a elas. Uma literatura engajada é contrária ao epistemicídio das culturas negra e indígena, pois possibilita que outras epistemologias do sul, sejam valorizadas e respeitadas enquanto saberes e conhecimentos válidos. Uma literatura engajada nada mais é do que uma literatura que respeita e promove os direitos humanos. É uma forma de evitar preconceitos, discriminações, controle e, conseqüentemente, a morte de mentes e corações. É uma forma de conhecer, aprender, reconhecer, qualificar e valorizar aqueles que sempre sofreram, em suma, é uma maneira de humanizar.

Palavras-chave: Educação em Direitos Humanos; Educação das relações étnico-raciais; Literatura.

Os direitos humanos são essenciais para que todos os indivíduos possam ser reconhecidos como sujeitos, usufruindo de uma vida digna. Todas as

peças, independentemente de sua origem, de suas características, de seu gênero, sua etnia, sua classe social, suas condições físicas, sua orientação sexual, seus posicionamentos político-ideológicos, suas ações, têm direito a terem direitos.

Os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, são concebidos na atualidade como aqueles relacionados à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à dignidade humana e que protegem o ser humano em todas essas dimensões. [...] (LIMA, 2019, p. 27)

Todos os indivíduos possuem direitos, porque possuem dignidade. A humanidade possui dignidade que se refere a valor. Nesse sentido, os seres humanos não podem ser tratados como objetos, como coisas, ou seja, não podem ter desrespeitada a sua condição de humanos. Qualquer indivíduo, desde seu nascimento, deve ter respeitada a sua dignidade, o seu valor. Assim, “[...] direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. [...] são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização [...]” (BOBBIO, 2004, p. 13).

Dignidade e valor são diferentes de preço, no sentido de que, enquanto as coisas, os objetos podem ser comprados, trocados, substituídos, exterminados, descartados, eliminados... as pessoas não podem. Toda pessoa possui um valor intrínseco e, simplesmente, pelo fato de pertencer à raça humana, possui dignidade, possui valor, possui direitos a serem respeitados, ou seja, direitos humanos. Infelizmente, a história da humanidade demonstra que esses direitos não foram e não são respeitados como deveriam, ocorrendo grandes e graves violações.

Os direitos humanos são aqueles que garantem condições para que uma pessoa possa viver de modo satisfatório, para que tenha sua dignidade respeitada. Assim, os direitos humanos englobam todos aqueles que protegem os seres humanos em relação à sua individualidade, à coletividade e à sua espécie. São os direitos ligados aos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, sejam eles positivados (regulamentados) ou ainda não.

Em 1979, para fins didáticos, Karel Vasak (1929-2015) fez uma divisão dos direitos humanos em três dimensões: os direitos de liberdade, igualdade e solidariedade. A liberdade, direito de primeira dimensão, refere-se à esfera individual e política; são os direitos à vida, de locomoção, de propriedade, de segurança e integridade física, de justiça, de expressão e de opinião, de participar da vida política etc. A igualdade, direitos de segunda dimensão, trata da esfera social e coletiva; são os direitos sociais (saúde, alimentação, moradia, segurança etc.), econômicos (trabalho, descanso e férias remuneradas, previdência etc.) e culturais (acesso e proteção aos direitos autorais etc.). E, por fim, a solidariedade, terceira dimensão, abriga a esfera planetária, os direitos

ligados à espécie humana (aos direitos de todos os povos, à autodeterminação política, desenvolvimento econômico, à preservação do meio ambiente, aos direitos das minorias etc.). Os direitos humanos por surgirem de necessidades sociais, abrigam todos os direitos que visam à defesa da dignidade da pessoa humana. Esses direitos não nasceram de acordo com as demandas sociais e com a necessidade de garantias e proteção. Dessa forma,

[...] ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Os direitos não são algo dado, mas sim fruto de processo de lutas e reivindicações. Sempre que a sociedade percebe violações de direitos, reage de modo reivindicatório, cobrando que os direitos sejam respeitados e defendidos. Os direitos humanos são resultantes de processos de lutas e resistência, “podem ser concebidos como o conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que regem contra os excessos de qualquer tipo de poder que impedem aos seres humanos de constituírem-se como sujeitos.” (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 18).

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes (ALEXY, 2008). Diferentes filósofos se debruçaram sobre a reflexão epistemológica, buscando responder ao “problema do conhecimento” ao longo do tempo.

A Filosofia deve contribuir eminentemente para o desenvolvimento do espírito problematizador. A Filosofia é, acima de tudo, uma força de interrogação e de reflexão, dirigida para os grandes problemas do conhecimento e da condição humana [...] Também o professor de Filosofia, na condução do seu ensino, deveria estender seu poder de reflexão aos conhecimentos científicos, bem como à literatura e à poesia, alimentando-se ao mesmo tempo de ciência e de literatura (MORIN, 2002, p. 23)

Para responder à questão do conhecimento, a filosofia buscou e busca a elaboração de conceitos que captem a verdade, a razão de ser, a essência dos objetos de sua investigação, sendo uma cópia imperfeita de sua ideia ou forma pura. Diferentes disciplinas utilizam a filosofia para elaborarem conceitos, para produzirem conhecimentos. Em termos gerais, a epistemologia é o

campo da filosofia que estuda as formas e maneiras pelas quais o ser humano adquire conhecimento. O nome epistemologia advém da união dos termos ‘episteme’, que significa conhecimento, e ‘logia’, que trata do estudo. A epistemologia configura-se em três questões principais: “o que é conhecimento?”; “quais são as fontes de conhecimento?” e “quais são as possibilidades e limites do conhecimento?”. Essa discussão sobre o conhecimento perpassa por toda a história da filosofia, constituindo-se ao longo do tempo, principalmente a partir da modernidade.

Toda experiência social produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo, pressupõe uma ou várias epistemologias. Epistemologia é toda a noção ou ideia, reflectida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido. É por via do conhecimento válido que uma dada experiência social se torna inteligível. Não há, pois, conhecimento social sem práticas e actores sociais. E como umas e outros não existem senão no interior de relações sociais, diferentes tipos de ações sociais podem dar origem a diferentes epistemologias. (SANTOS e MENEZES, 2009, p. 9)

Quanto às epistemologias, é válida a crítica ilustrada pela obra do sociólogo Boaventura Sousa Santos (1940), “Epistemologias do Sul”. A despeito de nenhum conhecimento científico apresentar uma teoria absoluta, justamente por não ser estável e estar em constante atualização, existem epistemologias que se fazem sobrepor sobre as demais, impondo suas “verdades” como sendo únicas. De acordo com Boaventura, essa epistemologia que silencia e subjugua as demais, na sociedade capitalista, é a epistemologia advinda do Norte. A epistemologia do Norte busca o controle do campo epistêmico silenciando as demais epistemologias, isto é, as epistemologias do Sul. Para o autor, não se trata de uma questão geográfica, mas de uma questão social, em que a epistemologia do Norte se refere àqueles que colonizaram e impuseram sua cultura aos demais povos; e às epistemologias do Sul referem-se aos povos que foram colonizados e subjugados. Trata-se da epistemologia do Norte estar ligada aos opressores, os dominantes, e as epistemologias do Sul serem as dos oprimidos, dominados. Nesse sentido, podemos ter mesmo na região geográfica do Norte grupos que estariam associados às epistemologias do Sul, tais como as mulheres, os pobres, os vulneráveis, as “chamadas” minorias. Do mesmo modo, no Sul geográfico, podemos ter grupos sociais que se beneficiem e representem a cultura opressora do Norte, a despeito de onde pertencem geograficamente.

Designamos a diversidade epistemológica do mundo por epistemologias do Sul. O Sul aqui é concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo em sua relação colonial com o mundo. [...] A ideia central é, como já referimos, que o colonialismo, para além de todas as dominações por que é conhecido, foi

também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu à supressão de muitas formas de saber próprias dos povos e/ou nações colonizadas. As epistemologias do Sul são o conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam essa supressão, valorizam os saberes que resistiram com êxito e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. (SANTOS e MENEZES, 2009, pp. 12-13)

Embora não haja uma epistemologia mais importante e privilegiada, a epistemologia do Norte visa à dominação de todas as epistemologias, visa a silenciar e exterminar as epistemologias do Sul; para isso, utiliza-se do discurso de legitimidade e validade, como se só a epistemologia dos grupos dominantes fosse digna de existência e reconhecimento. Com esse movimento de dominação, advindo da própria natureza colonialista, silencia-se o diferente e não se volta o olhar para a questão que os conhecimentos são múltiplos e de que não há um conhecimento superior a outro. Essa valorização de uma determinada epistemologia em detrimento de outra, atinge a própria concepção de direitos humanos, que devem ser tratados despojados de qualquer tipo de preconceito, o que só é possível se houver uma crítica ao episteme que se sobrepõe e outras.

A seletividade epistemológica que valoriza determinado saber em detrimento de outros apenas humaniza um determinado grupo (dos opressores) e reifica, objetifica os indivíduos dos grupos vulneráveis (oprimidos). Assim, se existe uma epistemologia que serve apenas a um tipo de ser humano, condenando a grande maioria dos indivíduos a não humanização, simplesmente por pertencerem às epistemologias e grupos que não sejam as dominantes.

Achille Mbembe (1957), [autor da teoria da Necropolítica, um dos pensadores contemporâneos mais prolíficos e ativos, com extensa obra publicada sobre história e política africanas, tratando temas como violência e poder, em sua obra “Crítica da Razão Negra” (2014), retoma a discussão de Kant sobre o conhecimento voltado a que tipo de homem é esse que se relaciona com os conhecimentos. O autor aponta que há homens que não são enquadrados na categoria de humano, sendo reificados, objetificados por conta da técnica. Nesse sentido, teríamos uma problemática em relação aos direitos humanos, no sentido de questionar se esses direitos humanos contemplam realmente todos os humanos ou só aqueles que assim são considerados pela epistemologia dominante que silencia todas as outras que se diferem dela.

[...] o pensamento europeu sempre teve tendência para abordar a identidade não em termos de pertença mútua (co-pertença) a um mesmo mundo, mas antes na relação do mesmo ao mesmo, de surgimento do ser e da sua manifestação no seu ser primeiro ou, ainda, no seu próprio espelho. Em contrapartida, interessa compreender que, como consequência directa desta lógica de autoficção, de auto-contemplação e, sobretudo, e enclausuramento, o Negro e raça têm significado, para os imaginários da sociedade europeias, a mesma coi-

sa. Designações primárias, pesadas, perturbadoras e desequilibradas, símbolos de intensidade crua e repulsa, a sua aparição no saber e no discurso moderno sobre o homem (e, por consequência sobre o humanismo e a Humanidade) foi, se não simultâneo, pelo menos paralelo) [...] (MBEMBE, 2014, p. 10)

Para Mbembe, o reconhecimento dos homens negros como humanos, não ocorreu por parte dos europeus, que acreditando em sua superioridade, em diversos momentos históricos, reduziram os negros à reificação. Para o autor, do século XV ao XIX, em proveito do tráfico do Atlântico, “homens e mulheres da África foram transformados em homens-objecto, homens-mercadoria e homens-moeda [...]”. E mesmo quando os negros eram necessários para o trabalho e vida dos grupos dominantes, permaneceram distantes da situação de ‘humanizados’, dado que “apesar de a sua vida e o seu trabalho serem a partir de então a vida e o trabalho dos outros, com quem andavam condenados a viver, mas com quem era intedito ter relações co-humanas, eles não deixariam de ser sujeitos ativos.” (2014, p. 12). Diante disso, europeus não tratavam os negros como seres humanos, mas sim como “objetos” a serem comercializados, explorados e, se necessário, descartados e exterminados. Essa situação de reificação perdurou e permanece até o momento com o neoliberalismo, em que o trabalhador é submetido a essa situação de objetificação.

Em uma sociedade neoliberal como a brasileira, em que só tem ‘valor’ o capital financeiro, fica difícil compreender que coisas não têm valor, apenas possuem um preço. Se por um lado as coisas possuem preço, podendo ser compradas, trocadas, substituídas, o mesmo não ocorre com as pessoas. Cada ser humano tem dignidade, tem valor, não pode ter um preço. Nenhum indivíduo pode ser trocado, substituído, comprado, descartado. Porém, em nosso país, desde a sua colonização, o que mais aconteceu foi a reificação de seres humanos. Desde a chegada dos portugueses e suas ações colonizadoras e exploratórias em nosso país, tivemos respeitados os direitos apenas de um tipo de humano: os portugueses, colonizadores, e quem eles julgassem merecedores desse respeito e humanização, o que não incluía indígenas e negros.

Pela história da colonização brasileira, não se pode dizer que todos foram tratados como humanos aqui. Havia aqueles que tinham valor e sua dignidade respeitada: os colonizadores e aqueles a quem permitiam essa humanização. No entanto, existia uma grande maioria que foi tratada como objeto, mercadoria: sendo trocada, substituída, comprada, aprisionada... exterminada. Essa reificação, ou seja, transformar indivíduos em objetos, em coisas, em mercadorias, ocorreu primeiramente com os indígenas, que quase que foram exterminados em sua totalidade na colonização e, posteriormente, com os negros africanos trazidos ao país. Indígenas e negros em nosso país foram tratados como objetos/mercadorias, foram reificados, não foram tratados como humanos, tendo valor, tendo sua dignidade respeitada.

As violações e privações de direitos de indígenas e africanos não ocor-

reram apenas no período colonial: atravessaram o período imperial, o republicano e, até mesmo, o democrático, permanecendo até os dias atuais. O mito da “democracia racial” foi e é um “conhecimento” distorcido, difundido largamente para negar reflexão sobre a humanização e desumanização desses povos e de seus descendentes. Não deveria ser mas, infelizmente, é o que ainda é ‘normalizado’ em nosso país: a violação de direitos aos povos indígenas, negros e seus descendentes, a quem são negados direitos humanos, tais como: vida, saúde, moradia, educação, segurança, cultura, lazer etc. Os números de mortes de indígenas e negros em nosso país, do passado e do presente, comprovam o quanto esses indivíduos ainda não são considerados “humanos”, o quanto são preteridos, substituídos, trocados, silenciados, invisibilizados, exterminados. E o pior desse quadro é que essa desumanização, esse genocídio, está ligada a um epistemicídio.

De acordo com Aparecida Sueli Carneiro, filósofa, escritora e ativista antirracista do movimento social negro brasileiro, o epistemicídio extermina a humanidade dos indivíduos, reificando-os pelo silenciamento de suas epistemologias. Fundadora do Gueledés, Instituto da Mulher Negra e considerada uma das principais autoras do feminismo negro no Brasil, Sueli Carneiro aborda a discussão sobre epistemicídio em sua tese de doutorado em Filosofia pela Universidade de São Paulo, intitulada “A Construção do outro como não-ser como fundamento do ser” (2005). Nessa tese, a autora aponta o epistemicídio como um instrumento para anular e desqualificar conhecimentos de povos subjugados, como um processo que busca a indigência cultural. Desqualificando os conhecimentos desses povos, também é desqualificada a própria condição individual e coletiva deles, ou seja, são desqualificados enquanto sujeitos cognoscentes. Nesse sentido, o epistemicídio fere, mutila, mata, extermina a racionalidade do subjugado, impedindo-o também de conhecer e de aprender. É uma forma de produzir inferioridade, controle e, consequentemente, morte de mentes e corações, o que acaba por desumanizar, reificar, coisificar os indivíduos que sofrem com essa anulação e desqualificação.

Para nós, porém, o epistemicídio é, para além da anulação e desqualificação do conhecimento dos povos subjugados, um processo persistente de produção da indigência cultural: pela negação ao acesso a educação, sobretudo de qualidade; pela produção da inferiorização intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da auto-estima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo. (CARNEIRO, 2005, p. 97)

Para a discussão sobre epistemicídio, Sueli Carneiro apoia-se na definição de Boaventura Sousa Santos que aponta o epistemicídio como um dos instrumentos utilizados pelo genocídio para subalternizar, subordinar, marginalizar ou ilegalizar práticas ou grupos sociais que poderiam ameaçar a expan-

são capitalista ou a expansão comunista. Esse epistemicídio ocorreu contra trabalhadores, indígenas, negros, mulheres e “minorias” em geral (étnicas, religiosas, sexuais). De acordo com o autor,

[...] o genocídio que pontuou tantas vezes a expansão europeia foi também um epistemicídio: eliminaram-se povos estranhos porque tinham formas de conhecimento estranho e eliminaram-se formas de conhecimento estranho porque eram sustentadas por práticas sociais e povos estranhos. Mas o epistemicídio foi muito mais vasto que o genocídio porque ocorreu sempre que se pretendeu subalternizar, subordinar, marginalizar, ou ilegalizar práticas e grupos sociais que podiam ameaçar a expansão capitalista ou, durante boa parte do nosso século, a expansão comunista (neste domínio tão moderno quanto a capitalista); e também porque ocorreu tanto no espaço periférico, extra-europeu e extra-norte-americano do sistema mundial, como no espaço central europeu e norte-americano, contra os trabalhadores, os índios, os negros, as mulheres e as minorias em geral (étnicas, religiosas, sexuais). (SANTOS, 1995, p. 328).

Sueli Carneiro em sua abordagem sobre o tema epistemicídio chama a atenção à questão de os negros, no Brasil, a despeito do conhecimento que possuem não serem autoridade no campo epistemológico. Nesse sentido, embora recentemente tenham adentrado os espaços acadêmicos, a partir de lutas pelo direito à educação, como as cotas raciais, não encontram, na Academia, um espaço fecundo onde se reconheçam como autores e produtores de conhecimento. O número de docentes negros é ínfimo, bem como de referências negras utilizadas nos espaços acadêmicos, demonstrando que, apesar de o negro ter adentrado os espaços escolares, por força do epistemicídio, não lhes é dada a autoridade para que possam se sentirem produtores de conhecimento. O reconhecimento não existe plenamente dentro da Academia, o que leva, conseqüentemente, à uma forma de invisibilidade e deslegitimação dos conhecimentos e saberes dos negros.

Dois exemplos recentes, no campo da literatura, demonstram o quanto o epistemicídio dos saberes marginalizados, como dos negros, age no país e como há lutas no sentido de evitar esse silenciamento, reconhecendo, mesmo que tardiamente, as contribuições de saberes não hegemônicos para diversas áreas: os exemplos são de Luiz Gama e de Carolina Maria de Jesus, que receberam postumamente o título de doutores *honoris causa*, título dado para personalidades nacionais ou estrangeiras que tenham contribuído, de modo notável, para o progresso das ciências, letras ou artes; e aos que tenham beneficiado de forma excepcional a humanidade, o país, ou prestado relevantes serviços à universidade.

Luiz Gonzaga Pinto de Gama (1830-1882) recebeu o título de doutor *honoris causa*, no dia 29 de junho de 2021. Essa homenagem está ancorada na importância de Luiz Gama para a história recente do país, como uma personalidade intelectual. A proposta foi apresentada pelo professor Dennis de

Oliveira, do Departamento de Jornalismo e Editoração (CJE), da Escola de Comunicações e Artes (ECA) e do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre o Negro Brasileiro (NEINB-USP), e apoiada pela Comissão de Direitos Humanos da ECA (CDH). Dennis de Oliveira é uma das grandes referências do Movimento Negro que defende que o combate ao racismo deve estar no centro da agenda progressista. Dennis, militante da Rede Antirracista Quilombação, é autor de várias obras que tratam sobre o negro, dentre elas “Racismo Estrutural: Uma Perspectiva Histórico-crítica”. Foi ele que propôs o merecido reconhecimento a Luiz Gama.

Luiz Gama nasceu em 21 de junho de 1830, em Salvador (BA). Era filho de um fidalgo português, de nome não revelado, e de Luiza Mahín, africana livre da Costa Mina, ativista envolvida em diversos levantes de escravizados ocorridos na Bahia, no século XIX. Embora tenha nascido livre, Luiz Gama foi vendido como escravizado aos dez anos de idade pelo próprio pai para saldar dívidas de jogo. Foi levado a São Paulo, onde aprendeu a ler e a escrever. Autodidata, conseguiu conhecimentos jurídicos que possibilitaram que conseguisse sua própria liberdade. Em 1850, tentou ingressar no curso de Direito da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, mas não foi admitido formalmente como aluno, por ser negro e pobre. Luiz Gama, no entanto, não desistiu de seu intento e permaneceu nos corredores da faculdade, frequentando a biblioteca e assistindo aulas como ouvinte. Todos os conhecimentos jurídicos que adquiriu e sua inteligência para lidar com questões da área, possibilitaram que ele atuasse defendendo juridicamente escravizados. Formou-se advogado provisionado e se tornou o maior especialista jurídico na libertação de escravizados, tendo libertado mais de 500 pessoas, além de realizado ações na defesa de pessoas pobres, entre eles imigrantes europeus. Paralelo a isso, Luiz Gama era jornalista, literato e um dos principais líderes abolicionistas.

Gama destacava-se por sua inteligência, maestria, oratória distinta e domínio das letras jurídicas, no entanto, não teve o devido reconhecimento em vida. No entanto, após muitas lutas de movimentos contra o epistemicídio a que foi condenado Luiz Gama, reparações póstumas foram realizadas. Em 2015, Luiz Gama recebeu como reconhecimento da Ordem dos Advogados do Brasil o título póstumo de “profissional da advocacia”, mesmo que 150 anos após sua brilhante atuação como rábula. Em 2018, com a promulgação da Lei nº 13.629, Luiz Gama foi declarado o patrono da abolição da escravidão no Brasil e inscrito no Livro dos Heróis da Pátria. Em 2021, Gama recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Universidade São Paulo (USP). Poderia ter tido Luiz Gama o título de doutor ainda em vida, se não sofresse por conta do epistemicídio, se tivesse o reconhecimento que merecia, se tivesse seus direitos e dignidade respeitados. Nas palavras do autor, escritas na Gazeta do Povo, em 1º de dezembro de 1880, ele denunciava a questão de desumanização dos negros, como se a negritude fosse um crime. Nas palavras do autor,

Em nós, até a cor é um defeito, um vício imperdoável de origem, o estigma de um crime; e vão ao ponto de esquecer que esta cor é a origem da riqueza de milhares de salteadores, que nos insultam; que esta cor convencional da escravidão, (...) à semelhança da terra, (a) através da escura superfície, encerra vulcões, onde arde o fogo sagrado da liberdade.

Outro exemplo póstumo de reparação foi o título dado a Carolina Maria de Jesus também em 2021, de doutora *honoris causa* pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Carolina morou a maior parte de sua vida em favelas, trabalhando como catadora de papel. A despeito de criar os filhos sozinhos em uma realidade social de vulnerabilidade, em que a fome e a insegurança eram constantes, conseguiu tempo para escrever seus poemas, suas prosas e seu diário. Procurou diversas vezes oportunidade para publicar suas obras, mas encontrou as portas fechadas por ser mulher, negra e pobre. No entanto, em uma reportagem realizada na extinta favela do Canindé em que ela residia, conseguiu apresentar seus escritos a um jornalista que, percebendo a genialidade da escrita de Carolina, auxiliou-a na publicação de seu livro. O primeiro livro publicado foi a transcrição de trechos de seu diário, intitulado “Quarto de Despejo”. Carolina dizia que os pobres eram expulsos socialmente para as favelas, que seriam o “quarto de despejo” da sociedade, onde ficam os objetos indesejados, prestes a serem descartados. Assim, Carolina demonstra uma sensibilidade e talento poéticos singulares, conseguindo denunciar em seus escritos as desigualdades sociais, mazelas e reificação por que passam os vulneráveis em nosso país.

O primeiro livro de Carolina foi um sucesso, no entanto, ela não conseguiu com ele ascender socialmente a ponto de ser aceita socialmente. Em sua obra “Quarto de Alvenaria”, Carolina denuncia o quanto nem mesmo a ascensão econômica evita que os grupos vulneráveis sejam vítimas de preconceitos e humilhações, de desumanização. Em vida, Carolina escreveu também “Pedaços da fome” e “Provérbios”, além de assinar outros títulos após sua morte. A despeito do reconhecimento da autora mundo afora, com seu livro “Quarto de Despejo” sendo traduzido para 14 línguas e circulando por diversos países, em nosso país a autora ficou esquecida por muito tempo pelos espaços hegemônicos de saberes. Mesmo cursos de graduação em Letras não abordavam suas obras, um exemplo claro do epistemicídio que silencia os conhecimentos dos grupos vulneráveis no Brasil. O reconhecimento e valorização adequados da autora dentro de nosso território surgiram de lutas e demandas de movimentos de resistência que se negaram a aceitar esse silenciamento e vulgarização epistêmica causados pela ideologia vigente neoliberal. O resultado foram relançamentos de suas obras, estudos, eventos e, recentemente, o título de doutora *honoris causa* pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Carolina Maria de Jesus é mais um exemplo para ilustrar o quanto os conhecimentos, as epistemologias do Sul são silenciadas, vulgariza-

das, invisibilizadas.

É certo que o epistemicídio é um mal que assola a sociedade brasileira desde a colonização do país, a qual colonizou também as nossas mentes com o pensamento de que a epistemologia hegemônica do Norte é superior às outras existentes. Essa colonização dos saberes, que permanece até os dias atuais, deve ser combatida pela descolonização de nossas mentes e nossos corações. Uma das formas de combater essa desumanização e epistemicídio seria uma literatura engajada, que respeitasse e promovesse os direitos humanos tão violados para o povo negro no Brasil. Essa literatura perpassa não apenas pela possibilidade de escritores negros serem reconhecidos (em vida), mas de suas obras serem consideradas como conhecimentos válidos e dignos de serem assim.

Paulo Freire (1921-1997), patrono da educação brasileira e autor de obras de reconhecimento internacional, sempre defendeu a importância de uma educação humanizadora, conscientizadora e emancipatória, um esforço tido como Freire como essencial e considerado por muitos como crime em nosso país, como sua visão colonialista que contra até os dias atuais nossas mentes e corações. Segundo Freire, os opressores consideravam errado, uma educação que considerasse a humanização dos oprimidos, não os tratando como coisas. Para o autor “e o crime dos que engajavam neste esforço era o de crerem no homem, cuja destinação não é coisificar-se, mas humanizar-se” (FREIRE, 1967, p. 62).

Freire gerava e gera tanto ‘incômodo’ em nosso país por desenvolver uma obra voltada à conscientização e à humanização dos sujeitos, incluindo os menos favorecidos. Segundo Freire, a educação, a alfabetização, a comunicação, o diálogo autêntico... seria o instrumento para colaborar com a construção de um mundo mais humanizado.

A palavra viva é diálogo existencial. Expressa e elabora o mundo, em comunicação e colaboração. O diálogo autêntico - reconhecimento do outro e reconhecimento de si, no outro - é decisão e compromisso de colaborar na construção do mundo comum. Não há consciências vazias; por isto os homens não se humanizam, senão humanizando o mundo. Em linguagem direta: os homens humanizam-se, trabalhando juntos para fazer do mundo, sempre mais, a mediação de consciências que se coexistenciam em liberdade. Aos que constroem juntos o mundo humano, compete assumirem a responsabilidade de dar-lhe direção. Dizer a sua palavra equivale a assumir conscientemente, como trabalhador, a função de sujeito de sua história, em colaboração com os demais trabalhadores - o povo. (FREIRE, 1970, p. 14).

A humanização e a desumanização dos sujeitos sempre foi uma preocupação latente nas obras de Freire, como possibilidades dos homens como seres inconclusos e conscientes de sua inconclusão. Para o autor, a humanização seria uma vocação dos homens negada pela injustiça, exploração, opressão e violência dos opressores. Assim, a humanização só poderia ser alcançada com

a luta dos oprimidos por liberdade e justiça, em busca de recuperarem sua humanidade roubada, de buscarem seus direitos, sua humanização. Para Freire, não se pode admitir a desumanização e essa tem de ser combatida pela desalienação e pela afirmação dos homens como sujeitos de direitos.

A desumanização, que não se verifica, apenas, nos que têm sua humanidade roubada, mas também, ainda que de forma diferente, nos que a roubam, é distorção da vocação do ser mais. É distorção possível na história, mas não vocação histórica. Na verdade, se admitíssemos que a desumanização é vocação histórica dos homens, nada mais teríamos que fazer, a não ser adotar uma atitude cínica ou de total desespero. A luta pela humanização, pelo trabalho livre, pela desalienação, pela afirmação dos homens. (FREIRE, 1970, p. 19).

A busca pela humanização deve fazer parte da literatura. Assim, uma literatura engajada deve tratar em primeiro ponto da humanização, esforçando-se para evitar a coisificação, o epistemicídio, tão comuns e ‘aceitos’ em nossa sociedade neoliberal, patriarcal, machista, classista, preconceituosa e violenta. A pedagogia deve se empenhar na luta pela libertação dos oprimidos, por sua humanização.

A epistemologia que deve se basear uma literatura humanizadora e libertadora; deve se basear não na epistemologia do Norte vigente, silenciadora, opressora, mas nas epistemologias do Sul, que ao longo da história da humanidade foram silenciadas, invisibilizadas, exterminadas. Trata-se de uma nova visão literária que entende os males do epistemicídio e que busca, de maneira crítica, evitar seus malefícios. “[...] O reconhecimento da diversidade epistemológica tem hoje lugar, tanto no interior da ciência (a pluralidade interna da ciência), como na relação entre ciência e outros conhecimentos (a pluralidade externa da ciência).” (SANTOS e MENEZES, 2009, p. 12)

Trata-se de uma literatura que tenha espaço para todos os conhecimentos, não apenas os hegemônicos. Trata-se de uma educação que não invisibilize autores e personagens negros/as; que não invisibilize grupos sociais que já sofreram tanto na história (e ainda sofrem) com preconceitos, discriminações, violações... desumanização.

Na busca pela humanização e por uma literatura que contribua para isso, a educação em e para direitos humanos terá um papel fundamental se além das teorias, possibilitar práticas que possibilitem o reconhecimento da humanidade e dos direitos de todos. Assim,

Para uma educação em direitos humanos bem sucedida, além de conhecimentos teóricos sobre direitos humanos (de suas garantias; suas instituições de defesa e promoção; suas declarações e regulamentações oficiais, de âmbito nacional e internacional, etc.), os alunos precisam compreender que esses direitos não são neutros, não são meras declamações retóricas; assim, os direitos humanos exigem práticas, ou seja, exigem que certas atitudes sejam tomadas e outras repelidas.

É imprescindível uma literatura que evite a reificação, objetificação e coisificação dos oprimidos, das epistemologias do Sul, mas uma literatura crítica e engajada, focada na educação em e para direitos humanos que lute pela humanização de todos, o que pode perpassar pela literatura e deve basear-se sempre nos direitos.

[...] E é por isso que temos de resgatar a consciência de sermos oprimidos e lutarmos por uma revolução amorosa e dialógica em favor da humanização, tanto dos oprimidos, quanto dos opressores. Não é um caminho fácil, mas é uma caminho que pode ser trilhado a partir do descobrimento, reconhecimento, reivindicação e luta por direitos. (ROCHA, 2022, p. 188)

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10^o ed. Trad. Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH). **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**: 2007a. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 02 jan. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**: fundamentos pedagógicos e estrutura geral da BNCC. Brasília: MEC, 2017a. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=56_621-bncc-apresentacao-fundamentos-pedagogicos-estruturapdf&category_slug=janeiro-2017-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 10 jan. 2018.
- CANDAU, Vera Maria. **Reinventar a Escola**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2018.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli; FISCHMANN, Roseli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- FREIRE. **A Pedagogia do Oprimido**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GAMA, Luiz. Gazeta do Povo em 1^o de dezembro de 1880.
- JESUS, Carolina Maria de. **Meu estranho diário**. Organização de José Carlos Sebe Bom Meihy e Robert Levine. São Paulo: Xamã, 1996. (Memórias).
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação**: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2019.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da Razão Negra**. Lisboa: Editora Antígona, 2014.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ROCHA, Rosana Oliveira. **Educação em direitos humanos em consonância com a Base Nacional Comum Curricular (BNCC)**. 2019. 143 f. Dissertação (Mestrado em Educação: Formação de Formadores) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação: Formação de Formadores, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

ROCHA, Rosana Oliveira. **Descubra seus direitos**. Embu das Artes: A Corrente, 2022.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (orgs). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

O PAPEL DA ARTE NA SENSIBILIZAÇÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE COM A CRISE AMBIENTAL E PARA UMA AGENDA POLÍTICA PRIORITÁRIA PARA O DIREITO AO MEIO AMBIENTE: A CONTRIBUIÇÃO DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Maria Lúcia de Paula Oliveira

Professora Adjunta - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora Agregada - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Procuradora da Fazenda Nacional

Resumo:

Arte e política são fenômenos do mundo público (cultura animi), para os quais a atividade de julgamento é imprescindível, e para ela é necessária o *sensus communis* ou o pensamento alargado. O envolvimento dos cidadãos, que possam colocar como prioritárias as políticas ambientais, passa por uma mobilização da imaginação política, que somente pode ser conseguida por meio da sensibilização que narrativas, testemunhos, fotografias, mas sobretudo, arte, possam proporcionar. A dificuldade de fazer valer o direito ao meio ambiente, como direito humano, que decorre em muito da dificuldade de fazer perceber ao cidadão a responsabilidade pelo desastre ambiental deve ser enfrentada com uma retórica que aposte nos sentimentos que nos façam retomar o contato com o passado e nos suscitem imaginar o futuro que a ciência nos aponta. Destaca-se aqui a importância da expressão artística como forma de suscitar a imaginação para a responsabilidade moral na questão política. Fotografia, por exemplo, podem ter um papel importante no sentido de suscitar a atenção para as políticas ambientais e para a necessidade de que os cidadãos priorizem na agenda política democrática a defesa do direito ao meio ambiente. A investigação filosófica se serve, do ponto de vista metodológico de pesquisa bibliográfica e cotejo das obras de referência para lançar luzes sobre o simbolismo da arte para a afirmação da necessidade de políticas públicas comprometidas com a efetivação do direito ao meio ambiente.

Palavras-chave: Arte; Políticas; Ambiente; Arendt; Imaginação.

Introdução

Um dos desafios para o enfrentamento da crise ambiental, é sensibilizar as pessoas para a urgência de acontecimentos graves, mas que não são facilmente percebidos como a mudança climática. Como trazer à responsabilidade pessoas que não se sentem diretamente envolvidas? Não bastaria a divulgação das informações científicas? É preciso despertar a sensibilidade para a coexistência no planeta como nosso lar em comum, sem esquecer a questão da sua viabilidade para gerações futuras. Tal qual retratado por Kafka, o homem contemporâneo vive entre o passado e o futuro, e a única forma de ele se apropriar do passado e conviver com o futuro, é a através da atividade do pensamento e do julgamento, como nos ensina Hannah Arendt. É preciso romper com os conceitos já fixados e estabelecidos, utilizar a capacidade de imaginação política, reconectando passado e futuro e permitindo o exercício da atividade de julgamento. Como suscitar isso? Por meio de narrativas, retratos, expressões artísticas, tudo que possa suscitar a imaginação política da humanidade para a gravidade e emergência das circunstâncias presentes.

Arte e política são fenômenos do mundo público (*cultura animi*), para os quais a atividade de julgamento é imprescindível, e para ela é necessária o *sensus communis* ou o pensamento alargado (como bem denominou Arendt a partir de Kant). O pensar, considerando que o sujeito considera não somente as suas próprias idiosincrasias, mas as circunstâncias de todos, é o que configura o julgamento do belo em Kant e, para Arendt, é o que nos permite viver no mundo e julgá-lo, não só retrospectivamente, mas também prospectivamente, tornando-nos responsáveis não só pelo que já nos aconteceu, como também com o que pode nos acontecer em virtude de nossas ações. O envolvimento dos cidadãos, que possam colocar como prioritárias as políticas ambientais, passa por uma mobilização da imaginação política, que somente pode ser conseguida por meio da sensibilização que narrativas, testemunhos, fotografias, mas sobretudo, arte, possam proporcionar. A dificuldade de fazer valer o direito ao meio ambiente, como direito humano, que decorre em muito da dificuldade de fazer perceber ao cidadão a responsabilidade pelo desastre ambiental deve ser enfrentada com uma retórica que aposte nos sentimentos que nos façam retomar o contato com o passado e nos suscitem imaginar o futuro que a ciência nos aponta. Destaca-se aqui a importância da expressão artística como forma de suscitar a imaginação para a responsabilidade moral na questão política. Fotografias como as de Sebastião Salgado ou de Lalo de Almeida sobre a Amazônia, por exemplo, podem ter um papel importante no sentido de suscitar a atenção para as políticas ambientais e para a necessidade de que os cidadãos priorizem na agenda política democrática a defesa do direito ao meio ambiente.

A investigação filosófica se serve, do ponto de vista metodológico de pesquisa bibliográfica e cotejo das obras de referência para lançar luzes sobre o simbolismo da arte para a afirmação da necessidade de políticas públicas

comprometidas com a efetivação do direito ao meio ambiente.

Julgamento e imaginação em Hannah Arendt - atualidade do pensamento

Em *A Crise da Cultura*, Hannah Arendt explica que a sociedade de massa não só consome arte (já transformada modernamente em objeto de consumo, inclusive para fins de educação como meio de ascensão social), como transforma a arte em produto de diversão. No entanto, um paradoxo se apresenta: “Um objeto é cultural na medida em que pode durar; sua durabilidade é o contrário mesmo da funcionalidade; que é a qualidade que faz com que ele novamente desapareça do mundo fenomênico ao ser usado e consumido”.¹ Quando os objetos culturais são tratados simplesmente como “meras funções para o processo vital da sociedade”, certamente não se está mais diante de arte, mas de outra coisa. As obras de arte devem ser diferenciadas dos bens de consumo (que tem durabilidade pequena, até que ocorra o consumo) e dos produtos da ação (eventos, feitos e palavras, que são preservados pela memória humana). Em relação a estas, a obra de arte é a que tem a maior durabilidade e também são os únicos objetos que seriam deliberadamente removidos do processo de consumo, não guardando articulação com as necessidades humanas, diria Arendt. Os homens necessitam de um lar sobre a terra e para que este lar se construa, é indispensável um mundo engendrado pela cultura, que não pereça facilmente, mas que dure, que resista ao tempo, articulando passado e futuro. Porque a obra de arte é o objeto cultural que se caracteriza pela durabilidade, conclui-se que qualquer discussão acerca da cultura teria que ter como ponto de partida a arte.

A obra de arte é feita exclusivamente para seu aparecimento, e o critério para julgar as aparências é o da beleza, esclarece Arendt. Para apreciar a beleza é preciso, porém, uma certa distância em relação ao interesse que possa ter pelo consumo ou uso do objeto que aprecio. A associação entre cultura e arte, conquanto indiscutível, seria relevante para a correlação entre cultura e política. A palavra “cultura”, nos ensina Arendt, teria origem romana e na sua origem a palavra estaria associada ao cultivar, ao habitar, tomar conta, preservar - a uma relação de cuidado do homem com a natureza, que nada tinha a ver com uma dominação que imperaria modernamente. A *cultura animi* de Cícero, nada tem a ver com o fabricante ou o criador de obras de arte, mas com uma relação tranquila do homem com a natureza. Talvez, diante dessa origem, pudesse se traduzir tal experiência como “gosto ou sensibilidade à beleza, mas não naqueles que fabricam coisas belas, isto é, os artistas mesmos, e sim nos espectadores, o que se movem entre elas”.² Da mesma forma, é possível pensar com relação à política, se se considerar os produtos da política em comparação com os produtos artísticos:

1 ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**, São Paulo: Perspectiva, 1992, p.260.

2 ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, p.272.

Essas coisas, obviamente, partilham com os “produtos” políticos, palavras e atos, a qualidade de requererem algum espaço público onde possam aparecer e ser vistas; elas só podem realizar seu ser próprio, que é a aparição, em um mundo comum a todos; no encobrimento da vida privada e da posse privada, objetos de arte não podem atingir sua própria validade inerente [...].³

A “cultura” é um modo de comunicação, é o espaço de aparição tanto da arte quanto da política. O que há de comum entre arte e a política é que ambos são fenômenos do mundo público. Daí a relevância de uma crítica do gosto e o destaque conferido ao pensamento kantiano: não o da *Crítica da Razão Prática*, mas o da *Crítica da Faculdade do Juízo*. Não está Arendt interessada na faculdade da razão prática legisladora, consubstanciada no imperativo categórico, que segundo a filósofa, supõe um princípio da harmonia com o próprio. O modo de pensamento da *Crítica da Faculdade do Juízo* seria outro, pois não bastaria no seu caso a concordância consigo mesmo, mas o “pensar no lugar de todas as demais pessoas”, chamada de “mentalidade alargada”. Cuida-se de um acordo potencial com outrem, com a libertação do juízo de suas “condições subjetivas pessoais”. Tal modo de pensar não pode, é bom que se frise, funcionar em pleno isolamento. Ele precisa da presença dos outros. Assim, o juízo possuiria certa validade, que depende da presença dos outros, mas nunca seria universalmente válido: “Suas pretensões a validade nunca se podem estender além dos outros em cujo lugar a pessoa que julga colocou-se para suas considerações”.⁴

Um ponto relevante e sempre lembrado do tratamento do juízo em *A Crise na Cultura* é a assimilação feita por Arendt entre a capacidade para julgar e a *phronesis* grega, considerada a principal virtude do político por Aristóteles e que apelaria para um “senso comum”, essa faculdade de compartilhar o mundo por intermédio de nossos sentidos:

Em juízos estéticos, tanto quanto em juízos políticos, toma-se uma decisão, e conquanto esta seja sempre determinada por uma certa subjetividade, também decorre, pelo mero fato de cada pessoa mesmo ser um dado objetivo, algo de comum a todos os seus habitantes. A atividade do gosto decide como esse mundo, independentemente de sua utilidade e dos interesses vitais que tenhamos nele, deverá parecer e soar o que os homens verão e ouvirão nele.⁵

Os juízos, tanto estéticos quanto políticos, não poderiam ser provados racionalmente, não seriam demonstráveis. Aquele que julga somente pode “suplicar” a aquiescência dos demais: cuidar-se-ia de uma atividade persuasiva, um discurso convincente, forma tipicamente política das pessoas se comunicarem. A persuasão exclui a violência física, lembra Arendt. O gosto seria a

3 ARENDT, H. **Entre o Passado e o Futuro**, p. 272.

4 ARENDT, **Entre o Passado e o Futuro**, p. 274

5 ARENDT, **Entre o Passado e o Futuro**, p. 276.

maior das faculdades políticas, produzindo uma “cultura”.

O pensamento crítico, ensina com propriedade a autora de *A Vida do Espírito*, implica a comunicabilidade, o que supõe uma comunidade de homens que possam estar ouvindo e possam ouvir. O pensamento crítico presta “conta de seus pensamentos” desde Sócrates (e esta era sua diferença dos pré-socráticos e seu ponto em comum com os sofistas). Pensar criticamente é ir além da questão de fato (saber por que meio alguém obteve um conceito), e indagar a questão de direito, ou seja, saber com que direito alguém possui e utiliza este conceito, na linguagem kantiana. A aplicação de padrões críticos ao pensamento é aprendida pela publicidade, do contato com o pensamento dos outros.

O caminho para a imparcialidade é justamente a “consideração dos pontos de vista dos outros; a imparcialidade não é o resultado de um ponto de vista mais elevado, que pudesse resolver a disputa por estar totalmente acima da confusão.”⁶ Kant não usa a palavra imparcialidade, salienta Arendt, mas fala em um “alargamento do pensamento”. Este pensar com mentalidade alargada assume especial importância na *Crítica da Faculdade do Juízo* e consiste na comparação do juízo de cada um com os juízos possíveis dos outros. A faculdade que tornaria isso possível seria a imaginação. “Pensar com mentalidade alargada”, complementa a filósofa política, “significa treinar a própria imaginação para sair em visita (Compare-se com o direito de visita, em *A Paz Perpétua.*)”⁷

Cumpra, porém, não confundir este artifício do pensar com mentalidade alargada com uma empatia excessivamente alargada, pela qual realmente queiramos nos colocar no lugar dos outros, para saber o que de fato se dá no espírito alheio. Essa distinção arendtiana será relevante para toda uma tradição filosófica posterior, como teremos a ocasião de explicitar. Não se trataria de simplesmente aceitar ou simpatizar com o que se passa no espírito do outro, o que se traduziria numa aceitação passiva do pensamento do outro. Tal aceitação nada mais consistiria do que na substituição dos meus preconceitos pelos do outro. O pensamento alargado, nos termos da *Crítica da Faculdade do Juízo* de Kant, supõe a desconsideração de “condições subjetivas e privadas”, do interesse próprio. Quanto mais Geral”, porém, está sempre conectado com particulares. O pensamento alargado permite refletir sobre os assuntos humanos, mas não diz como agir. Esse ponto de vista seria então o ponto de vista do espectador?

A importância do acontecimento, recorda Arendt, estaria no olho do espectador: sem essa opinião do observador do acontecimento, o “sentido” dele seria totalmente diferente ou simplesmente inexistente. Só o espectador vê o todo, o ator porque participa do “jogo” não consegue ser imparcial: “A condição *sine qua non* de todo juízo é retirar-se do envolvimento direto para

6 ARENDT, H. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. São Paulo: Relume Dumará, 1993, p. 57.

7 ARENDT, H. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. p. 57.

um ponto de vista exterior ao jogo”.⁸ O ator, de outro lado, está preocupado com pela voz inata da razão. A conclusão é a afirmação da supremacia do ponto de vista do espectador. Complementa Arendt com a afirmação de que o espetáculo diante do espectador seria a história e o herói desse espetáculo é a humanidade, num progresso sem fim.

Quem é esse público, porém, a quem o pensador-espectador deve se dirigir? O público não seria, na consideração de Arendt, nem um público de atores, nem de participantes do governo, mas o público leitor. A conclusão de Arendt desemboca em seu interesse pela *Crítica da Faculdade do Juízo* de I. Kant:

Uma vez que Kant não escreveu sua filosofia política, o melhor meio para descobrir o que ele pensava sobre o assunto é voltar-se para a Crítica do juízo estético, em que, ao discutir a produção de obras de arte em sua relação com o gosto, que julga e decide sobre elas, confronta-se com um problema análogo. Por razões que não precisamos desenvolver aqui, estamos inclinados a pensar que para julgar um espetáculo, devemos antes ter o espetáculo -que o espectador é secundário em relação ao ator; tendemos a esquecer que ninguém em sua plena razão apresentaria um espetáculo se não estivesse certo de ter espectadores para assisti-lo. Kant está convencido de que o mundo sem o homem seria um deserto e, para ele, um mundo sem o homem significa : sem espectadores.⁹

Quando Kant vai cuidar do juízo estético, como lembra a filósofa radicada nos Estados Unidos e em conformidade com o que já expusemos no capítulo anterior, ele diferencia entre o gênio e o gosto. O gênio produz as obras de arte, enquanto para julgar a beleza dos objetos não se exige além do gosto. O gênio supõe imaginação produtiva e originalidade, o gosto é mera questão de juízo. O que seria mais nobre, o gênio ou o gosto? O gênio não pode ser desprovido da faculdade do gosto, mas aquele que ajuíza o belo, nem sempre tem a imaginação produtiva para produzir obras de arte. No entanto, um gênio sem faculdade de julgar, é um gênio sem a disciplina do gosto: “O gosto [...] traz clareza e ordem [aos pensamentos do gênio]; ele torna as ideias suscetíveis de consentimento geral e permanente, tornando-as capazes de ser seguidas por outros e mesmo suscetíveis de uma cultura sempre em progresso”.¹⁰

A comunicabilidade geral da bela arte supõe o gênio, que capacitado por seu espírito, consegue expressar as ideias de forma que ela pode ser “comunicada aos outros”. A faculdade que guia essa comunicabilidade, ensina Arendt, é o gosto ou o juízo, que não é privilégio do gênio. As pessoas que julgam (o gosto) constituem o espaço para a comunicabilidade que é condição para a existência das coisas belas: “O domínio público é constituído pelos críticos e

8 ARENDT, H. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, p. 59.

9 ARENDT, H. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, p. 79.

10 ARENDT, H. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, p. 80.

espectadores, não pelos atores e criadores. E esse crítico e espectador subsiste em cada ator e fabricante; sem essa faculdade crítica de julgar, aquele que age ou faz estaria tão isolado do espectador que nem sequer seria percebido”.¹¹

A faculdade de julgar e discriminar o certo do errado é o senso comum, e baseia-se no sentido do gosto. Porque não se inspira o senso comum em qualquer outro sentido, como a visão ou a audição? Respondendo à questão por ela mesma posta, Arendt lembra que o sentido do gosto é o mais privado dos sentidos (suas sensações são totalmente subjetivas, no sentido de que elas não podem ser expressas em palavras, elas são imediatas, não mediadas por qualquer pensamento). Realça Arendt, que a resposta para a forma surpreendente pelo qual os juízos de gosto são comunicáveis está na imaginação, que torna presente o que está ausente. Isso ocorre pela reflexão, que faz com que a representação do objeto suscite agora o prazer ou o desprazer. Esta seria a “operação de reflexão”, na terminologia kantiana. Kant afirma que é belo o que agrada no mero ato de julgar. O belo não é aquilo que agrada meramente na percepção, mas na representação, “pois agora a imaginação preparou-o de modo a que eu possa refletir sobre ele”. Fazendo um paralelo com a Revolução Francesa, só aquele que não está envolvido diretamente no processo de representação a distância própria, o afastamento, o não-envolvimento ou desinteresse que são requisitos para aprovação ou desaprovação, para a apreciação de algo em seu próprio valor. Removendo os objetos, estabelecem-se as condições para a imparcialidade.”¹² A imaginação supõe duas operações básicas. A primeira é a operação da imaginação, pelo qual os objetos são preparados, constituindo-se representações. A segunda etapa é a “operação de reflexão”, que é a verdadeira atividade de julgar alguma coisa. Por meio desta operação de reflexão, o que inicialmente nos agradava quando em contato com nossos sentidos, de repente deixamos de aprovar. Explica da seguinte forma Arendt o processo:

Todas essas aprovações e desaprovações, são um repensar; no momento em que estamos pesquisando, podemos vagamente estar conscientes de que estamos felizes, mas apenas depois, refletindo sobre isso, quando não estamos mais ocupados como o que fazíamos, estamos aptos a ter esse “prazer” adicional: o de aprová-lo. Nesse prazer adicional, não é mais o objeto que agrada, mas o fato de que o julgamos agradável.¹³

Como escolher se a coisa merece ser aprovada ou desaprovada? O critério é a comunicabilidade ou publicidade e “a regra de sua decisão é o senso comum”. No que tange ao senso comum, é importante realçar que existe um elemento não-subjetivo nos sentidos não-objetivos: é ele é a intersubjetividade, conclui Arendt. O julgar se faz do homem como membro da sociedade,

11 ARENDT, H. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**, p. 81.

12 ARENDT, H. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**, p. 86.

13 ARENDT, H. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**, p. 89.

vivendo na companhia de outros homens.

É indiscutível a atualidade do pensamento de H.Arendt que ao buscar resgatar a política, com a rediscussão do papel do julgamento e do pensamento, na feliz síntese de Richard J.Bernstein.¹⁴ Poderão essas reflexões, especialmente as que envolvem a imaginação e julgamento serem relevantes para a questão da dificuldade de sensibilização da população para a urgência da questão da crise ambiental? Quais serão os caminhos para introduzir o tema nas agendas políticas, permitindo a construção de políticas a nível nacional e global?

A Arte como forma de sensibilização para a questão ambiental - urgência do tema na agenda política global

Existem vários temas envolvidos na chamada questão ambiental, alguns mais facilmente dimensionáveis pelo cidadão comum, outros que parecem não tão facilmente acessíveis, como a mudança climática. Se existem amplas comprovações científicas da mudança climática, essa voz dos cientistas não tem sido suficiente para mobilizar a população em geral para o tema, onde ainda se tem que conviver com os negacionismos extremistas. Não há como superar esse desafio sem se apelar para a capacidade do pensamento e da imaginação humanas, já que nunca estivemos tão próximos de determinar o fim da vida humana, nosso futuro depende do que faremos com nosso presente e de como compreenderemos nosso passado. Os desafios atuais são únicos na história da humanidade e estender as formas de discurso, trazendo para o tema a linguagem poética, a narrativa, a arte para impulsionar nossa imaginação e pensamento humano para o cataclisma ambiental que pode ser derivado se agirmos conduzidos pelas nossas ideias pré-concebidas acerca da vida humana na Terra. Com efeito da correlação entre pensamento e julgamento, é possível perceber que o primeiro obstáculo para o julgamento moral incorreto é a “ausência de pensamento”. O pensamento é indispensável para que seja possível julgar. Pensar significa se retirar do mundo das ações humanas para refletir sobre o que nele acontece. Se não conseguirmos nos colocar fora do imediatismo das decisões no mundo e “parar” para pensar, nossa capacidade de julgar, que supõe o “pensamento alargado” ou a “mentalidade alargada” também estará comprometida. Como sintetiza Seyla Benhabib: “Whereas thinking requires autonomy, consistency, independence, and steadfastness, judging requires wordliness, an interest in one’s fellow human beings, and the capacity to appreciate the standpoint of others without projection, idealization, and distortion.”¹⁵ A acomodação do homem contemporâneo com o avanço científico mina a natureza e transforma o mundo a tal ponto que a ética deve adentrar esse domínio e dizer que tipo de vida queremos no futuro

14 BERNSTEIN, R. J. **Por que ler Hannah Arendt hoje?** Trad. Adriano Correia e Nádía Junqueira Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. p. 110.

15 BENHABIB, S. **The Reluctant Modernism of Hannah Arendt**, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. P.191.

ou mesmo se teremos tal vida no futuro. É indispensável que as faculdades de pensar e julgar estejam sendo usadas para se encontrar o caminho original pelo qual nosso futuro possa existir.

Como salienta Eva Maria Rapple¹⁶, tem se enfatizado no tema da mudança climática as estatísticas existentes, os modelos científicos que conseguem prever o impacto futuro dos comportamentos humanos. Mas não foi essa mesma ciência que deu poderes ao homem para dominar, ao menos parcialmente, a natureza... E quando acontecem furações ou queimadas, eles são interpretados como exemplos de “fenômenos naturais”, fora do controle humano. No entanto se sabe como esses fenômenos são afetados pela mudança climática. A linguagem científica não é suficiente para comunicar o desastre ecológico próximo. No entanto, é indispensável mobilizar as pessoas para que elas saiam da “ausência de pensamento”, estado em que os padrões convencionais de comportamento nos protegem da realidade. Pensar não é indispensável só para as lideranças ou para os intelectuais, mas para todos aqueles que não queiram se tornar cúmplices por uma adesão impensada de uma catástrofe. Para que as pessoas possam julgar e determinar nas democracias o destino da própria humanidade é indispensável no tema do iminente cataclisma ambiental outros recursos que, afinal, como nos fez ver H. Arendt, estão próximos na capacidade de suscitar nossa imaginação. Esses recursos são exatamente as narrativas e as obras de arte, que poderão estimular a reflexão e suscitar a atividade de pensamento e julgamento das pessoas.

Os desafios são inauditos. Não somos capazes de sentir, ver ou experimentar pelos sentidos o que está bem próximo no futuro. Temos que ser capazes de por meio do discurso, da comunicação, imaginar um mundo bem próximo, mas completamente diferente do que vivemos agora. Essa capacidade de pensar, de ir além das aparências reconfortantes do continuísmo que parecem marcar a presença do homem na Terra, deve ser aprimorada por outras vias. A arte, desde sempre, se propôs a pensar o futuro, de forma poética, fora dos limites da sociedade de consumo em que vivemos. O julgamento artístico assenta no prazer desinteressado que a beleza natural ou a obra de arte nos proporciona.

Não se preconiza a utilização de obras de arte para convencimento ou manipulação política das pessoas, mas para fazê-las pensar por si mesmas e pensar se colocando na posição do outro (a mentalidade alargada). Por isso que a arte deve ser o meio para tirar as pessoas da sua conformista ausência de pensamento, e provocá-las para que encontrem respostas e soluções por elas mesmas. O que se propugna aqui é que a humanidade precisa de metáforas, estórias e arte para se por num jogo imaginativo que permita o desenvolvimento de alternativas diferentes da realidade presente e do futuro a ser construído.¹⁷ Nesse sentido, as fotografias de Sebastião Salgado, por exemplo,

16 RAPPLE, E.M. **The Environmental Crisis and Art - Thoughtlessness, Responsibility and Imagination**. Lanham: Lexington Books, 2019.p.5.

17 RAPPLE, E.M. **The Environmental Crisis and Art - Thoughtlessness, Responsi-**

podem, despertar-nos para outras vidas e seus sofrimentos, já decorrentes da destruição ambiental. Outro tipo de expressão artística pode tentar suscitar experiências similares às esperadas em decorrência das mudanças climáticas. E o caso do artista Chris Drury, colaborador no projeto Cape Farewell, do Reino Unido, que assim explica o papel político de sua obra: “Jamais teria intenção de usar a arte para falar de mudanças climáticas. Se você faz isso, mata a arte sem sequer conseguir ir além do óbvio sobre mudanças climáticas. Uma obra de arte pode ter um impacto potente, mas somente se for um aspecto da obra. Se a arte é totalmente didática, ela jamais terá esse impacto, e sua perspectiva do mundo será simplesmente previsível e decepcionante”.¹⁸ O que importa e o valor político dessas expressões artísticas é provocar a reflexão e o julgamento daqueles que estão presos ao imediatismo do consumismo predatório das sociedades contemporâneas, mas do que dar uma aula sobre mudanças climáticas.

A correlação entre imaginação e política é bem apreendida por Chiara Bottici, que fala em uma “política imaginal”, assinalando que o “imaginal” é central para a política, entendida como tudo aquilo que pertence à polis, para vida em comum, porque se precisa de uma imagem do público para que ele possa existir. Também, a política pressupõe a capacidade de considerar o ponto de vista dos outros e formar imagens de como seria estar em seus lugares, movendo nossas emoções e sentimentos¹⁹. Bottici diferencia entre seres imaginais e seres imaginários, entendendo que seres imaginais não são só resultado da imaginação como atuam sobre a imaginação dos indivíduos eles mesmos.²⁰ Um outro ponto bem destacado é de que nossa capacidade de formar imagens tem um importante papel tanto na justificação dos direitos humanos quanto na sua efetivação. A literatura, salienta Botticci, pode nos liberar dos enclausuramentos que o mundo faz, abrindo novos horizontes para além da cultura em que nos criamos, através da força da arte, das imagens, podemos alargar a própria noção de humanidade que se tem, humanizando grupos excluídos, por exemplo.²¹

Mas qual seria a contribuição de tais reflexões para o futuro das políticas ambientais, especialmente para as que poderiam nos ajudar a lidar com as mudanças climáticas? Para um assunto político se tornar um problema político que suscita políticas, é indispensável um grau de relevância social, ou seja, é indispensável que o assunto afete o número máximo de cidadãos -ao menos potencialmente. Uma boa estratégia para converter um importante assun-

bility and Imagination, p.123.

18 <http://climacom.mudancasclimaticas.net.br/arte-e-mudancas-climaticas-uma-nova-cultura/>

19 BOTTICI, CHIARA. **Imaginal Politics - Images Beyond Imagination and The Imaginary**. Nova Iorque: Columbia University Press, p. 100.

20 BOTTICI, C. **Imaginal Politics - Images Beyond Imagination and The Imaginary**, p. 96.

21 BOTTICI, C. **Imaginal Politics - Images Beyond Imagination and The Imaginary**, p. 171.

to em problema político é contar uma boa história, já que para se converter um problema político, ele deve ser “abarcável” humanamente, já que não for possível a intervenção humana, ele não pode demandar políticas públicas.²² Logo para que a força dos pleitos de efetividade de políticas ambientais a nível nacional e global se robusteçam, é importante que os cidadãos percebam a crise ambiental como um problema público. É fundamental, portanto, a sensibilização da sociedade para a questão ambiental, podendo ser a arte um caminho importante para despertar a percepção do poder humano para impedir a catástrofe ecológica.

Conclusão

As ideias sintetizadas nesse breve artigo mostram como a crise ambiental é uma crise política sem precedentes, mas que não pode ser ignorada. A tragicidade dessa crise é bem sintetizada por Pierre Charbonnier, que afirma que “a crise ecológica e climática provoca uma ruptura quase total das pontes que habitualmente nos ligam ao passado - porque a terra que habitamos não é a mesma de antes- mas também do futuro - tal como o havíamos imaginado”²³ Essa dramaticidade do momento presente nos recorda da parábola de Kafka com que Hannah Arendt abre sua obra “Entre o Passado e o Futuro”. Nessa parábola, um homem luta incessantemente contra dois adversários. O primeiro lhe atinge pela frente, da origem, o segundo lhe bloqueia o caminho. Assim, enquanto o primeiro lhe empurra em direção ao segundo, o segundo lhe empurra de volta em direção ao primeiro. O sonho dele, porém, segundo Kafta, pular fora da linha de combate e ser alçado ao papel de juiz da briga entre os dois adversários. Vivemos entre o passado e o futuro, mas só porque nos inserimos no tempo e a luta é incessante. No entanto, a única fuga possível que nos permite não morrer de exaustão, é o pensamento, nos diria Hannah Arendt: “Ela bem pode ser a região do espírito, ou antes, a trilha plainada pelo pensar, essa pequena picada de não-tempo aberta pela atividade do pensamento através do espaço-tempo de homens mortais e no qual o curso do pensamento, da recordação e da antecipação salvam o que quer que toquem da ruína do tempo histórico e biográfico.” Qual é o desafio? Arendt afirma que a humanidade, em boa parte, não parece estar nem equipada nem preparada para esta atividade de pensar. A “ausência de pensamento”, marca da sociedade de consumo de massas, têm consequências políticas desastrosas, já que pode levar a própria destruição humana, quando ela lida com a destruição ambiental e as mudanças climáticas. Isso porque pensar é indispensável para julgar e o julgamento é mais política das atividades do espírito, como nos ensina H.Arendt. O que se sustenta é que a arte pode ativar nossa capacidade para imaginar e nos retirar da “ausência de pensamento”, podendo

22 HARGUINDÉGUY, J.B. Análisis de Políticas Públicas, Madri: Editorial Tecnos, 2017. p. 42.

23 CHARBONNIER, PIERRE. **Abundância e Liberdade - Um História Ambiental das Idéias Políticas**. São Paulo: Boitempo, 2021, p. 342.

ser um ponto de liberação do pensamento e do julgamento (da mentalidade alargada), que permitirão à humanidade lidar com algo novo que é sua própria capacidade de provar seu próprio fim na história. Indiscutivelmente, a efetivação do direito ao meio ambiente só pode se beneficiar quando a arte abre o caminho para uma revisão de antigos pré-conceitos, que impedem os homens de cuidar do meio ambiente e das mudanças climáticas na forma necessária.

Referências

ARENDT, HANNAH. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARENDT, HANNAH. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. Tradução de André Duarte. São Paulo: Relume Dumará, 1993.

BENHABIB, SEYLA. **The Reluctant Modernism of Hannah Arendt**. Lanham: Rowan&Littlefield Publishers,2000.

BOTTICI, CHIARA. **Imaginal Politics - Images beyond Imagination and the Imaginary**. Nova Iorque: Columbia University Press,2014.

CHARBONNIER, PIERRE. **Abundância e Liberdade - Uma História Ambiental das Idéias Políticas**. Tradução de Fábio Mascaro Querido. São Paulo: Boitempo,2021.

HARGUINDÉGUY, JEAN-BAPTISTE. **Análisis de Políticas Públicas**. Madri: Tecnos,2017.

RAPPLE, EVA MARIA. **The Environmental Crisis and Art - Thoughtlessness, Responsibility and Imagination**. Lanham: Lexington Books,2019.

PARA ALÉM DA EMPATIA: A RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A LITERATURA

Marina Goulart de Queiroz

Mestranda em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada

Resumo:

Certo é que o estudo da origem dos direitos humanos é marcado como um desenvolvimento progressivo e inevitável, em que pouco se discute a aproximação entre o Direito e a Literatura. Neste trabalho, busca-se compreender a emergência dos direitos humanos, que tem o seu marco histórico localizável com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A partir deste cenário, olha-se para a ruptura provocada pelos romances epistolares do século XVIII nas mentes individuais, tendo como referencial teórico a autora Lynn Hunt. O objetivo é entender aquela ruptura, assimilar a construção narrativa sobre a importância da empatia imaginada para os direitos humanos e questionar acerca da universalidade, igualdade e naturalidade desses direitos, realizando um recorte temático para o direito das mulheres. Isto porque a proclamação de direitos humanos é apenas o primeiro passo, uma vez que para além da efetivação, há a necessidade de reivindicação, como ocorreu com os direitos civis e, especialmente, políticos das mulheres. Como resultado, entende-se que a literatura ajudou a introduzir novas sensações para a compreensão do interior individual e do interior do outro, que resultou na criação de um novo contexto social, cultural e político, propiciando a emergência e a autoevidência dos direitos humanos.

Palavras-chave: História dos Direitos Humanos; Literatura; Romances epistolares; Empatia; Direito das mulheres.

Introdução

O Direito Internacional dos Direitos Humanos emergiu, enquanto ramo do Direito Internacional Público, no contexto posterior ao da Segunda Guer-

ra Mundial, materializando-se e desenvolvendo-se como resposta às atrocidades que ocorreram com o holocausto. Esta disciplina consiste no conjunto de direitos que garantem a dignidade da pessoa humana, sendo que estes direitos são considerados como indispensáveis para a existência humana pautada na liberdade, na igualdade e na dignidade (Ramos, 2019).

Existe um amplo leque de catálogos internacionais em matéria de direitos humanos que determinam os seus respectivos órgãos judiciais e quase-judiciais, responsáveis por garantir o respeito aos direitos fundamentais. Dois eixos de proteção podem ser indicados, quais sejam, o sistema universal da Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais de garantias de proteção aos direitos humanos. Soma-se a atuação de organizações internacionais como a Anistia Internacional e a *Human Rights Watch*.

Este regime de proteção, simbolizado por organizações internacionais, entende a literatura como uma mera ferramenta para gerar empatia e conscientização (Polga, 2021). A autora Lynn Hunt, em sua obra *A Invenção dos Direitos Humanos, uma História* vai além e coloca a literatura em um lugar mais significativo, pois entende que o regime contemporâneo dos direitos humanos foi, na verdade, constituído por meio da literatura, mais especificamente, pelo impacto dos romances epistolares no século XVIII, dissecando em sua obra as incidências e o papel da empatia na individualidade.

Tem-se como objeto de estudo neste trabalho a emergência dos direitos humanos e a interseccionalidade existente entre a constituição da noção dos direitos fundamentais com a literatura, por meio da *empatia imaginada*. Superado este entendimento, buscar-se-á realizar uma reflexão de como os direitos humanos que tiveram uma concepção de direitos *universais, iguais e naturais*, excluía certos grupos sociais no momento da sua constituição, como o das mulheres.

O trabalho foi dividido em três partes. Primeiro é necessário realizar um enquadramento geral acerca do debate sobre a origem dos direitos humanos e as linhas de pensamento que existem entre os doutrinadores. Com isso, será possível prosseguir com o entendimento de Lynn Hunt, que localiza no contexto do Iluminismo a ruptura para a origem dos direitos humanos. Por fim, a questão dos direitos civis e políticos das mulheres, que tiveram que ser reivindicados ao longo da história recente, o que contradiz a noção de universalismo, igualdade e naturalidade que gira em torno dos direitos humanos.

O debate sobre a origem dos Direitos Humanos

Os direitos humanos constituem um tema global e multidisciplinar, de modo que a promoção e a defesa desses direitos estão cada vez mais presentes na agenda internacional. Considerando a relevância do assunto, propõe-se o estudo sobre a origem dos direitos humanos. Isto porque, parte-se da premissa que para um fenômeno ser compreendido em sua totalidade, é preciso voltar o olhar para a história. Não obstante, não se pode subestimar a

dificuldade que é encarregar o estudo sobre a origem dos direitos humanos, devendo-se considerar as histórias *trans-históricas* e a discussão existente em torno do tema.

Isto significa dizer que se pretende distanciar do entendimento de desenvolvimento histórico dos direitos humanos de um modo triunfalista, tal qual é defendido, por exemplo, por Fábio Konder Comparato (2019). Este autor traz a noção de que os direitos humanos são fruto de uma sequência de atos ou de eventos, desde a era axial até os dias atuais, que inevitavelmente resultariam no compromisso contemporâneo da comunidade internacional em respeitar e em promover os direitos fundamentais.

É possível traçar três principais linhas de pensamento sobre a origem dos direitos humanos, considerando uma história menos triunfalista (Lima, 2022A). Segundo essas linhas de pensamento, a origem dos direitos humanos é localizável por meio de rupturas, com: (i) as *movimentações* que ocorreram no século XVIII, com a tese defendida por Lynn Hunt, que será discutida com maior profundidade no próximo tópico; (ii) o momento posterior ao da Segunda Guerra Mundial, com a tese defendida, por exemplo, por Susan Waltz; e, (iii) o momento posterior ao da década de 70, com a tese defendida por Samuel Moyn.

Susan Waltz (2002) parte do seguinte questionamento: se a ideia dos direitos humanos existe há séculos, como ela se transformou no projeto de direitos humanos dados como universais no século XX? A escolha do momento posterior da Segunda Guerra Mundial não se limita ao acontecimento do nazismo, e sim, pelo reconhecimento de que foi neste cenário que houve uma inovação dos meios institucionais pelos quais ocorreria o ativismo em direitos humanos. O que sugere uma história mais complexa, especialmente no que tange as negociações da Declaração Universal de Direitos Humanos.

As pressões e os planos para se instituir uma declaração de direitos humanos de caráter universal são observados no período anterior ao holocausto, porque os direitos humanos já eram identificados como o cerne da visão para a instituição de uma nova ordem mundial. Outro estigma é derrubado por Susan Waltz (2002), de que somente as grandes potências vitoriosas estavam comprometidas com a ideia da proteção dos direitos humanos, uma vez que os pequenos Estados e as ONGs eram grandes defensores. Isto porque, findo os conflitos, os Estados envolvidos direcionavam seus esforços para reorientar suas economias e reafirmar a sua soberania nacional.

Samuel Moyn (2020), por sua vez, é considerado como um grande revisionista, pois rejeita a noção de que a história dos direitos humanos já estava estabelecida desde a existência da humanidade. Defende a percepção dos direitos humanos como um *contingente*, ou seja, *algo que não está ganho*. Assim, a concepção dos direitos humanos ocorre após a década de 70, momento no qual ocorre o rompimento com a referência do nacional para uma vocação eminentemente internacionalista, com a criação de organizações internacionais como a Anistia Internacional e a *Human Rights Watch*, e, a prática do *na-*

ming and shaming como um mecanismo de possível transformação e avanço para a proteção dos direitos fundamentais.

O primeiro ponto a ser reconhecido, portanto, é que a origem dos direitos humanos é um campo com discussões trazidas por autores que encontram rupturas para localizar a origem daqueles direitos, afastando-se do pensamento triunfalista de que os direitos humanos foram progressivamente e inevitavelmente observados ao longo da história, por meio de uma evolução lenta e difusa. Lynn Hunt é uma das autoras que define a origem dos direitos humanos em um ponto historicamente localizável, olhando para rupturas e revoluções, conforme ver-se-á a seguir.

História dos Direitos Humanos por Lynn Hunt

Lynn Hunt (2009) argumenta que as revoluções políticas são os elementos propulsores dos direitos humanos, uma vez que os direitos dos homens, ou os direitos da humanidade, como assim eram referenciados, vieram à tona durante o Iluminismo. As revoluções, sinônimos de um processo de lutas e de conquistas, criaram um cenário particular e propício para entender maior dimensão da força da pluralidade de discursos de liberdade que posteriormente vieram a influenciar os movimentos que buscavam a dignidade e o respeito da pessoa humana.

Sem o Iluminismo e sem o choque político causado pela Revolução Americana, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), e pela Revolução Francesa, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), não existiria o conceito de direitos humanos como hoje é conhecido no ocidente. Entende-se que os direitos dispostos nessas declarações assumem um compromisso de viés *universal*, que transcende os contextos locais, culturais e legais do momento histórico no qual foram proclamadas, ainda mais quando os direitos são comparados com aqueles dispostos na Bill of Rights (1689), que determinava apenas os direitos dos ingleses, homens, brancos e nascidos livres.

O caráter *universal* dos direitos proclamados na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão fica ainda mais proeminente quando é possível identificar *ecos* com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), por meio de uma transcendência de contexto político e histórico com a vocação internacional dos direitos dispostos. As três declarações mencionadas acima parecem alegar a autoevidência dos direitos humanos, sendo que a Declaração Universal de Direitos Humanos traz uma versão *ligeiramente evoluída*.

Algumas perguntas são levantadas, como: (i) Se a igualdade de direitos é autoevidente, por que a afirmação teve que ser realizada e deu-se apenas em contextos específicos, considerando os fatores tempo e local? (ii) Como pode os direitos humanos ser considerados como universais, se não são universalmente reconhecidos? (Hunt, 2009) (iii) Seria a redação e posterior ratificação

das declarações de direitos um ato revolucionário? Ou, (v) as declarações de direitos simplesmente codificam a autoemancipação que ocorreu em um momento anterior à redação e ratificação dos documentos? (Polga, 2021).

Segundo Lynn Hunt, as revoluções políticas são identificadas como a base para a origem dos direitos humanos, e o foco principal passa a ser como os direitos humanos tornaram-se tão convincentes e, até mesmo, autoevidentes, no século XVIII. E é nesse momento que para entender os direitos humanos, precisa-se ir além do sentido jurídico da palavra e considerar os valores que orientam as sociedades, e, conseqüentemente como as normas são elaboradas dentro e pela própria sociedade. Lynn Hunt traz então o viés psicológico dos direitos humanos, para além da história política.

A autoevidência, como um elemento fundamental dos direitos humanos, dependia das transformações filosóficas e políticas que ocorreram ao longo dos séculos XVII e XVIII, mas também das mudanças que ocorreram sobre as percepções acerca da individualidade. O raciocínio é que os direitos humanos somente poderiam convencer na sociedade na medida em que eles ressoassem internamente na mente de cada indivíduo. Sendo, portanto, imprescindível o viés psicológico, a referência emocional, interior e subjetiva para que os direitos humanos se concretizassem como autoevidentes.

E como eles passaram a ressoar internamente na mente de cada indivíduo? Por meio de uma mudança fundamental na experiência da moral do indivíduo, que dependeu de dois desenvolvimentos conexos: (i) da ampliação do sentimento de separação e de sacralização dos corpos humanos - da ideia de que o seu corpo é seu, o meu corpo é meu, e devemos respeitar o espaço limítrofe de cada um; e, (ii) da ampliação do sentimento de empatia entre psiques separadas no espaço - do entendimento de que somos semelhantes em algum aspecto fundamental (Hunt, 2005).

Tendências culturais também podem ser levantadas como um fator que acentuou a mudança em compreender a integridade corporal, a demarcação dos corpos, a autonomia e a individualidade. Por exemplo: (i) as plateias começaram a assistir performances teatrais e a ouvir música em silêncio; (ii) os retratos e as pinturas de gênero começaram a tomar o lugar antes ocupado por telas históricas e mitológicas; (iii) os romances e os jornais proliferaram (Hunt, 2005).

A tortura e as formas mais extremas de punição corporal cruel como processo judicial vieram a parecer inaceitáveis ante as percepções sobre dor e sofrimento, resultado de uma mudança no modo de conceber a empatia e o sofrimento (Hunt, 2005). Esta empatia passou a ser identificada como *empatia imaginada*, pois o ser humano passa a ser capaz de identificar que outras pessoas são iguais a ele. Assim, a tortura e a punição corporal cruel passaram a ter a noção de inaceitáveis pela incompatibilidade com a noção de empatia, de individualidade e dos direitos decorrentes da individualidade.

Infere-se que, para que os direitos humanos pudessem existir, os indivíduos precisavam ter um olhar capaz de exercer um julgamento moral separa-

do. Ao mesmo tempo, para que os indivíduos fossem membros de uma sociedade política baseada em julgamentos morais independentes, aqueles indivíduos teriam que ser capazes de sentir empatia uns pelos outros, de sorte que, todos deveriam poder ser identificados uns pelos outros como semelhantes, criando o processo de internalização de igualdade que levaria à consciência e autoevidência dos direitos humanos (Lima, 2022B).

Neste ponto cumpre discorrer sobre a importância e a influência da literatura, por meio dos romances epistolares do século XVIII, que exerceu grande influência sobre a demarcação dos corpos e sobre a construção da *empatia imaginada*. Os romances epistolares ajudaram a introduzir novas sensações aos leitores, como sentimentos de igualdade e de empatia, uma vez que os indivíduos foram chamados para refletir sobre o *eu interior*, e o *interior do outro*, tornando possível novos tipos de identificação psicológica por meio do envolvimento apaixonado com a narrativa.

Depois de 1740 os romances decolaram como um gênero narrativo e, conseqüentemente, passou a ser observado uma valorização do homem comum. Cerca de trinta romances apareceram todos os anos durante a década de 1770; quarenta por ano durante a década de 1780 e setenta por ano no decorrer da década de 1790. Três dos melhores romances de identificação psicológica do século XVIII, todos sob a forma epistolar, têm como protagonistas personagens femininas, quais sejam: (i) Pâmela (1781) e (ii) Clarissa (1748), ambos de Richardson; e, (iii) Júlia (1761), de Rousseau (Hunt, 2009). Certo é que todos foram publicados no período que antecede o surgimento do conceito *universal* de direitos humanos.

Os romances epistolares provocaram a dimensão do *eu*, em virtude das vivências dos protagonistas, que, configuravam, majoritariamente, personagens femininas que vivenciavam os seus sentimentos. Estes romances propiciaram uma nova ordem social, cultural e política, que passava por dimensões psicológicas. De acordo com Lynn Hunt, os romances epistolares constituem não apenas uma ferramenta para gerar sentimentos e empatia - o que resultaria em uma compreensão da *razão de ser* dos direitos humanos, mas sim uma ferramenta diretamente responsável para a criação e para a existência do regime dos direitos humanos contemporâneo, dado os efeitos causados na psique dos indivíduos.

Os leitores aprenderam, por meio da identificação com as personagens como Pâmela, Clarissa ou Júlia a sentir empatia por pessoas caracterizadas como ordinárias e que não conheciam pessoalmente. O processo de aprendizado foi abrangente, pois os leitores perceberam, por meio das sensações corporais que experimentaram com a leitura, que: (i) a sociedade se constrói por meio de regras sociais; (ii) a identidade individual não era totalmente determinada pelos papéis sociais; (iii) a individualidade dependia dos tipos de interioridade; (iv) todos os seres possuem interioridade; e, (v), por consequência, todos os indivíduos eram, de algum modo, iguais, por se parecerem em sua interioridade (Hunt, 2005).

Lynn Hunt (2005) reconhece que não é fácil provar o efeito da narrativa epistolar sobre a psique dos leitores dos romances epistolares no século XVIII e o efeito sobre as concepções dos direitos humanos. A própria noção da individualidade é controversa, que, de acordo com estudos neurocientíficos, está fenomenologicamente presente na mente, mas não é detectável pelo cérebro. Neste cenário, defende seu argumento sob a ótica do construtivismo social, ao entender que a noção de ler romances epistolares propiciou uma nova experiência individual, qual seja, a *empatia imaginada*, que tornou possível o aparecimento de novos conceitos políticos e sociais, tal qual os direitos humanos.

A mudança política e social, com reflexos diretos para a instituição dos direitos humanos, ocorreu porque muitos indivíduos tiveram experiências semelhantes aos daqueles suportados pelos personagens de romances epistolares. Por isso, por meio das interações dos indivíduos entre si e por meio de diferentes leituras e visões eles criaram um contexto político e social. E, de novo, enfatiza-se o viés psicológico. A mudança histórica é marcada pela transformação na mentalidade dos indivíduos sobre a noção de autonomia individual e de igualdade.

Conclui-se que, com a obra *A Invenção dos Direitos Humanos, uma História*, a autora Lynn Hunt traz uma maior consciência sobre a intersecção entre os campos do Direito e Literatura e um olhar para um local de ruptura historicamente localizável para a emergência dos direitos humanos. Considera as mudanças históricas e o enquadramento da dimensão da transformação que ocorreu na mentalidade dos indivíduos durante o século XVIII. Os direitos humanos somente se tornaram autoevidentes porque as pessoas experimentaram novas compreensões por meio dos novos tipos de sentimentos trazidos pela leitura dos romances.

Este contexto de ruptura do século XVIII é palco para a emergência da gramática dos direitos humanos. Entretanto, não é o fato de se reconhecer a constituição desses direitos como autoevidentes e com uma vocação *universal, natural e igualitária* que, automaticamente, todas as pessoas tiveram acesso e foram reconhecidas como possuidoras dos direitos fundamentais em sua totalidade. Por isso o recorte realizado ao tema, em relação aos direitos das mulheres.

Universalismo, igualdade e naturalidade x direito das mulheres

Quando Lynn Hunt, olha para os direitos humanos, identifica três características fundamentais, quais sejam: (i) naturalidade; (ii) universalidade; e, (iii) igualdade. Estes elementos são fundamentais, mas não suficientes, porque somente se tornam significativos quando ganham uma dimensão política. Isto porque trata-se de direitos que são dispostos e garantidos em um mundo político secular, que requerem participação ativa daqueles que detêm os direitos e, por isso, a vinculação com as revoluções que ocorreram nos Estados Unidos

e na França (Lima, 2022B).

Não se pode deixar de ponderar e refletir que os direitos humanos, considerados universais, iguais naturais, e autoevidentes no século XVIII excluía - e, de algum modo, excluem, até os dias atuais - algumas categorias de pessoas no exercício daqueles direitos. Especialmente porque esses grupos de indivíduos não eram considerados na altura plenamente autônomos, a saber, os escravos, as crianças, os *loucos*, os criados, os sem-propriedade e as mulheres (Hunt, 2005).

A partir disso, duas características são identificadas para que as pessoas possam usufruir dos direitos humanos: (i) as pessoas precisam ter reconhecida a capacidade de raciocinar; e, (ii) as pessoas devem ser independentes para decidir por si mesmas. Essas características mostram que o fato de se reconhecer na emergência dos direitos humanos uma vocação universal, e daqueles direitos terem como características a igualdade e naturalidade, não significa dizer que automaticamente todas as pessoas terão direitos e terão reconhecimento como possuidoras de direitos (Lima, 2022B).

De modo que, considerando o momento da elaboração de documentos como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os seus constituintes podem ser considerados racistas, elitistas e misóginos, ao excluírem grupos e não considerarem todas as pessoas como verdadeiramente iguais e possuidoras dos direitos humanos identificados como autoevidentes.

Depreende-se que os direitos estão em mutação, não no sentido triunfalista, progressivo e inevitável e sim na perspectiva sobre para quais grupos eram enunciados o acesso aos direitos. Os direitos humanos não possuem um rol finito, de sorte que estão em constante expansão em razão das relações complexas entre os indivíduos, dos processos de lutas, das reivindicações e das conquistas. Reconhece-se que parte importante do século XVIII é sobre para quem os direitos estão em disputa, quais são os direitos e como são acessados.

Neste sentido, os seguintes pontos podem ser considerados sobre os direitos humanos serem considerados *universais, naturais e iguais*: (i) para quem os direitos se dirigem, ou seja, quem são os sujeitos que podem ser titulares dos direitos; (ii) quais são os direitos; e, (iii) como os direitos são articulados, acessados e usufruídos. É inegável que, mesmo no momento identificado como revolucionário, o projeto de direitos materializado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e o contexto posterior ao das revoluções era muito menos inclusivo do que deveria ou poderia ter sido.

Nos três romances epistolares mencionados *supra*, nos quais os títulos correspondem às personagens femininas homônimas - Pâmela, Clarissa e Júlia - é possível observar uma espécie de obsessão do século XVIII por liberdade que gira em torno das protagonistas, criadas por autores masculinos. Essas personagens aspiravam por autonomia, muito embora, tragicamente, não po-

diam alcançar a liberdade por completo pelo simples fato de serem mulheres.

Levanta-se aqui a provocação e o paradoxo: as personagens femininas eram apresentadas intensamente humanas, desejosas de autonomia e de liberdade. Por serem descritas como mulheres comuns e ordinárias, eram consideradas como ícones de identificação psicológica para os leitores - que englobava homens e mulheres - mas, eram privadas de seus direitos e não eram consideradas plenamente autônomas. Isto porque as mulheres tinham, na altura e por muito tempo ao longo da história, poucos direitos legais sem a presença dos pais ou dos maridos. Os leitores, por sua vez, achavam comovente a situação porque compreendiam as restrições que as mulheres enfrentavam. As personagens femininas eram representantes trágicas do impossível, do inalcançável, da busca pela autonomia.

Não é objeto desta pesquisa esmiuçar os direitos fundamentais das mulheres na altura garantidos, a evolução das conquistas e a busca pela efetivação desses direitos. Durante as revoluções americana e francesa, os direitos das mulheres não foram foco de nenhuma discussão. Lynn Hunt (2009) atribui ao fato de que as mulheres não eram minoria e objeto de perseguição como ocorria com os judeus e protestantes, por exemplo, apesar de ser um grupo oprimido.

No século XVIII, as leis limitavam os direitos das mulheres, embora elas possuíssem alguns direitos - ao contrário do que ocorria com os escravos, por exemplo. Na altura, mulheres *ganharam* os direitos iguais de herança e o direito ao divórcio. Novamente, pensava-se que as mulheres eram moralmente - e, em alguns entendimentos, até mesmo, intelectualmente - dependentes de seus pais ou de seus esposos, mas não eram totalmente desprovidas de autonomia.

A classe feminina “simplesmente não constituía uma categoria política claramente separada e distinguível antes da Revolução”. As mulheres se tornaram uma *questão* no contexto dos direitos humanos apenas um ano após o acontecimento das revoluções, e, ainda assim, não participariam das discussões sobre direitos iguais para as mulheres. Foi neste cenário que clubes políticos foram estabelecidos por mulheres em Paris, e, os direitos das mulheres passaram a ser debatidos nestes clubes, em jornais e em panfletos. Eram discutidos os direitos imagináveis e argumentáveis para a época (Hunt, 2009, p. 170).

Infere-se que os direitos que antes eram considerados como *universais, iguais e naturais*, tinham que ter essas caracterizações em abstrato. Após as revoluções, ao longo do século XIX, diversas explicações biológicas foram levantadas, por exemplo, para demonstrar diferenças entre os gêneros masculino e feminino e o porquê da não universalidade e da desigualdade da previsão dos direitos fundamentais dos homens e mulheres (Hunt, 2009).

Devido às condições biológicas, defendia-se que as mulheres eram destinadas à vida doméstica que as tornavam inteiramente inaptas para a política ou negócios. Este pensamento sobre as estruturas hierárquicas estabelecida em razão da natureza humana foi modificado: as mulheres não eram mais in-

feriores aos homens em razão das diferenças biológicas. A inferioridade passou a ser assimilada e moldada pela concepção de *sexo oposto* (Hunt, 2009).

A diferenciação entre direitos civis e políticos é fundamental. Os direitos civis incluem as liberdades clássicas e os direitos fundamentais à vida, como o direito à propriedade privada e o direito ao julgamento justo. Os direitos políticos garantem a participação do indivíduo no governo. Somente no final do século XIX é que as mulheres conquistaram o direito de votar em eleições nacionais, dado que, antes não obtiveram os direitos políticos iguais aos homens em nenhum lugar do mundo.

Ainda que com progressivas conquistas, as mulheres ainda suportam restrições de seus direitos e opressões. Seriam então os direitos humanos abstratos e inaptos para sua tarefa, desde a concepção? Ao mesmo tempo, a origem dos direitos humanos e a proclamação desses direitos trouxeram o debate do direito das mulheres, ainda que paulatinamente, e a noção atual de inadmissibilidade da violação dos direitos fundamentais que foram conquistados ao longo da história.

A violência em desfavor da mulher está longe de ser excepcional ou recente. E a maior contradição que se pretendeu demonstrar com a pesquisa é que, apesar de as mulheres configurarem como o objeto de identificação para a autoevidência dos direitos humanos por meio das personagens femininas descritas nos romances epistolares, foram excluídas desde a concepção da universalidade, igualdade e naturalidade que se propõe os direitos humanos.

Considerações finais

O lugar da Literatura no Direito é relacionado como um mecanismo de criação de empatia. Buscou-se demonstrar que outras vias podem ser exploradas entre a interseccionalidade daquelas disciplinas, especialmente no que tange os direitos humanos. É possível reconhecer que a Literatura, por meio dos romances epistolares, constituíram uma ruptura na história para a emergência dos direitos humanos, trazendo estes direitos como autoevidentes, por meio da *empatia imaginada*. Portanto, certo é que a Literatura pode ser colocada como um mecanismo de criação da empatia, mas também como um campo propício para quebrar o *status quo*, em outras palavras, para causar e localizar uma ruptura na história na qual os direitos humanos emergiram.

Os direitos humanos têm relação com a prática política, social, cultural e viés psicológico, mas não se tornam cristalizados como proclamados, o que significa dizer que não estão atrelados à uma noção estática. Também não significa dizer que a instituição dos direitos humanos se consolidam de um modo progressivo, difuso e inevitável. Deve-se reconhecer os momentos de grandes transformações e a continuidade histórica, incluindo as rupturas, pois a base sobre quais são os direitos e quem têm os direitos altera ao longo do tempo, ocasionando uma revolução sobre os direitos humanos contínua.

Uma vez que os direitos humanos foram instituídos e posteriormente

proclamados expressamente, originaram novas questões, que não eram antes colocadas em pauta, que deveriam ser objeto de reflexão. Assim, o ato de proclamar direitos é apenas a primeira etapa do processo, pois o processo é extenso e árduo para abranger todos os grupos de pessoas, assim como foi visto em relação aos direitos das mulheres. Certo é que os direitos humanos não configuraram como universais e iguais em relação às mulheres, muito menos naturais, dado que estes foram e têm sido reivindicados e conquistados.

Referências

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: uma História**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. O Romance e as Origens dos Direitos Humanos: Intersecções entre História, Psicologia e Literatura. **Varia História**. vol. 21(34), p. 267-289, julho 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vh/a/mJtrz448VwqqCsZ9vv6zQQR/abstract/?lang=en>. Acesso em: 18 nov. 2022.

LIMA, Raquel da Cruz. **Uma Introdução à História dos Direitos Humanos**. Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos, São Paulo/SP, 2022A (comunicação oral).

LIMA, Raquel da Cruz. **História dos Direitos Humanos pré-Segunda Guerra Mundial**. Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos, São Paulo/SP, 2022B (comunicação oral).

MOYN, Samuel. **Direitos Humanos e Usos da História**. São Paulo: Editora Unifesp, 2020.

PONGA, Cassidy Jane. Beyond Empathy: Examining the Emerging Field of Literature and Human Rights. **Senior Projects Spring**, 2021. Disponível em: https://digitalcommons.bard.edu/senproj_s2021/247/?utm_source=digitalcommons.bard.edu%2Fsenproj_s2021%2F247&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDF-CoverPages. Acesso: 16 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

WALTZ, Susan. Reclaiming and Rebuilding the History of the Universal Declaration of Human Rights. **Third World Quarterly**. vol. 23(3), p. 437-448. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01436590220138378>. Acesso: 18 nov. 2022.

RAZÃO E INSENSATEZ NA *ODISSEIA*, DE HOMERO E, EM *ULISSES*, DE JAMES JOYCE: CONTRIBUIÇÕES DA LITERATURA PARA O REFORÇO DO MECANISMO CONTRAMAJORITÁRIO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

André Luiz Gardesani

Doutor e Mestre em Literatura Comparada pela Universidade Estadual Paulista. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Ciências Humanas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Procurador do Estado de São Paulo

Resumo:

Este estudo aborda confluências e interlocuções entre direito e literatura na *Odisséia*, de Homero e, em *Ulisses*, de James Joyce, notadamente no que se refere à necessidade de prevalência da racionalidade sobre paixões temporárias que comprometam o conteúdo substancial dos direitos humanos na ordem interna dos Estados constitucionais. Adota como ponto de partida a metodologia oferecida pelos teóricos da interface *law in literature*, especialmente por François Ost, cujos estudos conduzem à percepção do direito como narrativa («direito contado») e à valorização das narrativas fundadoras como fontes do direito. Nesse sentido, diversos mitólogos, como Campbell e Eliade, contribuíram para a valorização do pensamento mítico na modernidade, bem como para seu estreitamento com o direito. A *Odisséia*, de Homero, como obra de expressão da memória de um passado glorioso, consubstancia narrativa fundadora que retrata aspectos importantes a respeito da necessidade de primazia da razão em face de desejos circunstanciais das maiorias, especialmente no Canto XII (As Sereias). James Joyce, no romance *Ulisses*, recontou e reescreveu o poema homérico, reforçando a função social do mito. A análise do *corpus* literário sob a lente da “metáfora da moldura” de Robert Alexy, da “concepção constitucional de democracia” de Ronald Dworkin e das teorias dos diálogos institucionais conduzem à ampliação e fusão dos horizontes do direito e da literatura, especialmente por meio de importantes reflexões sobre a necessidade de promover o reequilíbrio dos poderes e a superação de episódicos interesses majoritários que atentem contra direitos humanos de grupos vulneráveis e

minoritários.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Princípio majoritário; Mecanismos contramajoritários; *Odisseia*; *Ulisses*.

Introdução

A *Odisseia*, escrita durante o século VIII a.C. e atribuída a Homero (928 - 898 a.C.), centra-se na figura do herói grego Odisseu (Ulisses, em latim) e as vicissitudes e privações de sua viagem de dez anos de volta à sua terra natal, o reino de Ítaca. Durante a longa jornada, Odisseu e seus companheiros salvam-se do Ciclope, da feiticeira Circe e do canto das Sereias. Trata-se de uma sequência da *Iliada* que conta a guerra entre gregos e troianos, que tem início quando os gregos invadem a cidade de Tróia, buscando vingar o rapto de Helena, esposa do rei de Esparta, Menelau, irmão de Agamêmnon.

Como obra de expressão da memória de um passado glorioso, a *Odisseia*, ao lado da *Iliada*, pode ser considerada o primeiro grande poema épico do cânone ocidental que consubstancia uma narrativa fundadora. A importância e a magnitude desses poemas foram enfatizadas por Aubreton: “inspiraram a Virgílio, o ‘mestre do Ocidente’; toda a Idade Média bizantina continuou a lê-los e comentá-los, a Idade Média ocidental conheceu, pelo menos, o tema da guerra de Troia e, até nossos dias, grandes escritores se têm inspirado em Homero” (1956, p. 5).

Homero retratou aspectos importantes a respeito da necessidade de prevalência da razão em face de desejos circunstanciais. Destaca-se, nesse contexto, o Canto XII, que relata as proezas do astucioso Odisseu para não sucumbir ao sedutor canto das Sereias, mediante o estabelecimento, com base na razão, de um pré-compromisso com toda a tripulação. O herói homérico tapa com cera os ouvidos de seus companheiros e ordena-lhes que o acorrentem ao mastro da nau, bem como que, em hipótese alguma, obedeçam a qualquer comando de soltura que viesse a emitir.

James Joyce, entre os anos de 1914 e 1921, escreveu o romance *Ulisses*, no qual “reinventou” a personagem mítica da *Odisseia*, de Homero e, nesse sentido, recontou e reescreveu algo digno de relato e transmissão. Segundo a estrutura homérica de Joyce, o episódio paralelo ao das Sereias pode ser encontrado no Capítulo XI da obra (cf. esquema de Gilbert)¹. A passagem revela uma série de elementos associados à fuga de Leopold Bloom do local que, assim como Odisseu, resistiu às tentações e manteve incólume o compromisso de regressar ao lar.

1 Trata-se de esquema confeccionado pelo próprio James Joyce, em 1921, com o objetivo de auxiliar seu amigo Stuart Gilbert a melhor compreender a estrutura fundamental da obra e seus paralelos com a *Odisseia*, de Homero. O esquema mapeia as dezoito horas do dia de Leopold Bloom e os respectivos títulos, cena, arte, cor, símbolo e técnica de escrita. Em 1930, Gilbert publicou o esquema no livro *James Joyce's Ulysses: A Study* (1952).

O objetivo do presente estudo consiste em demonstrar como o estatuto ficcional da literatura, representado pelas obras de Homero e Joyce, pode suscitar importantes debates sobre a propagação de mecanismos contramajoritários como forma de tutelar direitos humanos de grupos minoritários e vulneráveis, sobretudo em momentos de crise democrática.

Dessa forma, a análise proposta se enquadra na intersecção entre o sistema social artístico, em que se situa a literatura, e o sistema social do direito, compondo um espaço de confluência, do qual se originam diversos campos de estudo, sendo que a vertente direito na literatura (*law in literature*), que tem como objeto o estudo da temática jurídica nos textos literários, é a que mais interessa para o desenvolvimento do presente artigo, uma vez que prosadores e poetas são capazes de criar situações muito mais complexas do que aquelas vivenciadas pela ciência jurídica, ampliando-se, dessa forma, o horizonte de conhecimento do profissional do direito.

Como resultado, obter-se-á uma melhor compreensão sobre a função contramajoritária dos direitos humanos fundamentais, como forma de garantir a necessária ponderação entre o princípio majoritário, que constitui o cerne da democracia e a supremacia da Constituição, o fundamento do Estado de direito.

Literatura e Direitos Humanos

Desde a Antiguidade, escritores já empregavam temas jurídicos em suas narrativas, como é o caso do próprio Homero, nas épicas *Íliada* e *Odisseia*, e dos três grandes dramaturgos gregos, Ésquilo, Sófocles e Eurípidos. Ademais, a invocação de obras literárias era uma constante entre oradores nos tribunais gregos e romanos.

Não obstante, é importante ressaltar que a conexão científica e metodológica entre literatura e direito somente começou a ser estabelecida no início do século XX, nos Estados Unidos. Os teóricos fundadores da interface foram os norte-americanos John Wigmore, Benjamin Cardozo e James Boyd White.

Diversos são os modelos de organização do estudo entre direito e literatura.² O que mais interessa no desenvolvimento deste estudo é o direito na literatura (*law in literature*), cujo objeto é o estudo da temática jurídica nos textos literários e funda-se na ideia de que prosadores e poetas têm muito a ensinar aos juristas sobre a condição humana e as relações sociais. Dentre os expoentes da citada vertente, Wigmore (1908) ensina que o jurista deve recorrer à literatura para aprender o direito, pois as obras literárias são dotadas de efeito

2 Morawetz em artigo intitulado “Law and Literature” (1996), oferece sete formas de se organizar a confluência entre as disciplinas: 1) o direito na literatura; 2) o direito como literatura; 3) a literatura como instrumento de reforma do direito; 4) direito e ficção; 5) hermenêutica; 6) direito da literatura; e 7) direito como narrativa. Por outro lado, Binder e Weisberg (2000) conferem destaque a três campos: direito na literatura, direito como literatura e direito como atividade literária e cultural.

pedagógico; Weisberg (1992) considera a literatura uma excelente forma de conhecer o fenômeno jurídico, pois estimula o senso crítico dos operadores do direito; e West (1988) defende a ideia de que a literatura pode ser considerada como uma forma de reconstrução da sociedade, possibilitando uma melhor compreensão do outro.

Antonio Candido, sociólogo e crítico literário brasileiro, no ensaio “O direito à literatura”, defende a ideia de que a literatura é “fator indispensável de humanização” (2011, p. 177). Sob duas vertentes, Candido busca estabelecer aproximações entre a literatura e os direitos humanos: a primeira, como uma necessidade universal “que deve ser satisfeita sob pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e portanto nos humaniza” e, a segunda, como instrumento consciente de desmascaramento, “pelo fato de focalizar as situações de restrição dos direitos, ou de negação deles, como a miséria, a servidão, a mutilação espiritual” (2011, p. 188).

É nesse sentido que a literatura se aproxima dos direitos humanos. Além de humanizar o leitor, o jurista constitucional, a arte literária, ao denunciar abusos e desrespeitos a direitos humanos, se transforma em clamor por transformações ou respostas, de modo a permitir que grupos minoritários e vulneráveis sejam socialmente incluídos. Dessa forma, parece inegável a aproximação e a contribuição da literatura para a concretização dos direitos humanos.

O mito como matriz de narrativas literárias fundadoras

François Ost defende a teoria do direito contado, bem como a valorização das narrativas fundadoras, geralmente compostas por “mitos reescritos em épocas ulteriores”, como “entradas” ou “fontes do direito” (2005, p. 56). Ao aproximar direito e literatura, Ost propõe o estudo da evolução do pensamento jurídico por meio de obras literárias, desde a Bíblia até Kafka. Portanto, o direito, para o filósofo belga, se origina da narrativa e não do fato, o que se opõe à teoria do direito analisado, baseada na dimensão kelsiana e positivista, que impõe o distanciamento entre o fato, os valores e a norma. Nesse sentido, os roteiros das grandes obras literárias poderiam ser normatizados e convolados em regras interpretativas por uma determinada sociedade.

O método ostiano, ao valorizar as narrativas fundadoras, privilegiaria obras literárias cujos contextos sejam elevados à condição de mito, como os “mitos cosmológicos”, os “mitos escatológicos”, o “mito do eterno retorno” e o “mito das idades”, tidos como expressão de um passado glorioso, dignos de transmissão e de readaptação ao espaço e ao momento vivido pelo leitor. Essa elevação, para Ost, é sempre promovida pela comunidade, quando ela escolhe, com base em seus impulsos e crenças, um determinado mito para figurar como fonte do direito.

Segundo os estudiosos, o mito, como narrativa de caráter sagrado ou religioso que é passado de geração em geração, procura explicar as grandes in-

dações da nossa existência e, uma vez contado, consolida-se como verdade absoluta, cujo significado não deve ser reduzido à mera fabulação ou inverdade. Portanto, ao mito não devemos atribuir um significado de falsidade, mas uma acepção muito mais profunda, da qual extraímos o verdadeiro sentido da vida para aquela comunidade no qual é proclamado.

Ressalte-se que o mito, por ser constituído pela linguagem, encontra-se intimamente relacionado com a literatura. Ademais, é graças às obras literárias que a narrativa mítica sobrevive na atualidade, readaptando-a ao espaço e ao momento vivenciado pelo leitor.

É certo que, desde o advento da razão e do aprimoramento dos conceitos filosóficos, que acarretaram a transformação da filosofia em área do saber, a explicação do homem e do mundo tornou-se teórica. Com isso, o mito deixou de exercer as mesmas funções de outrora, passando a ser relegado à condição de simples palavra escrita, desprovida de qualquer utilização prática. Por outro lado, não menos certo é o fato de que diversos pensadores modernos, tais como Freud³, Nietzsche⁴ e Lévi-Strauss⁵, contribuíram para a valorização do mito, conferindo-lhe uma utilidade prática: facilitar a compreensão e a explicação da realidade humana. Contribuíram também para a aplicação do pensamento mítico na modernidade renomados mitólogos, como Joseph Campbell e Mircea Eliade, cujos estudos servem para estreitar a relação entre o mito e o direito. Eliade (1972, p. 123-124) ensina que o mito expressa modelos exemplares de conduta, pois nas sociedades primitivas, permitia a “abertura” para um mundo sobre-humano, um mundo de valores transcendentes, que foram revelados por Entes Divinos. Esses valores absolutos serviriam de modelo para todas as atividades humanas, pois reconfirmados por meio do rito. Campbell (2001, p. 139-144), por sua vez, fala na função sociológica e psicológica do mito. Segundo a função sociológica, o mito representa a previsão de um conjunto de códigos morais de conduta, estabelecidos com a finalidade de manter a ordem social. Assim, também como o mito, o direito regula a vida social, permitindo a coexistência pacífica entre os homens. Em contrapartida, a função psicológica, faz com que o homem seja moldado e preparado para conviver em sociedade, obedecendo aos códigos morais impostos pela função sociológica. Vale a pena dizer que o direito, como norma de conduta coativamente imposta, também guarda sua faceta psicológica, pois a certeza de que as infrações a suas normas serão realmente punidas colabora para que as regras jurídicas sejam respeitadas.

3 Em *A interpretação dos sonhos* (1987), Freud buscou compreender o inconsciente por meio de personagens mitológicos, como é o caso de Édipo.

4 Nietzsche, em *O nascimento da tragédia* (2007), apresenta a noção do trágico como arte, resultante da união entre dois estados contrários, mas, ao mesmo tempo, complementares: o estado apolíneo e o estado dionisíaco.

5 Fugindo dos estudos tradicionais, Lévi-Strauss, em *Antropologia estrutural* (2008), formulou uma nova maneira de pensar o mito, compreendendo-o em sua relação com outros mitos, buscando aspectos homogêneos entre eles, com o objetivo de encontrar o verdadeiro significado das narrativas míticas.

Dessa forma, é importante resgatar a ideia de que mito, literatura e direito são objetos de uma mesma realidade cultural, não se confundindo, por essa razão, com os objetos pertencentes ao campo da realidade natural ou física. Por conseguinte, ao contrário das leis físicas, impostas pela natureza e caracterizadas pela neutralidade de valor, mito, literatura e direito tendem a sofrer modificações de significado, na medida em que são condicionados a valores sociais variáveis em função de critérios temporais e espaciais. Tal fato contribui para que sejam dotados de um caráter histórico, adaptável, assim, a qualquer contexto cultural e social.

Portanto, é possível verificar, a partir do suporte teórico apresentado, que as narrativas literárias fundadoras, compostas por mitos, relacionam-se com o direito, não apenas por expressarem códigos e valores exemplares, mas também por serem detentores de uma função sociológica e psicológica, assim como por integrarem a mesma realidade cultural com possibilidade de serem interpretados de maneira renovada. E nesse sentido, é digno de nota que as normas constitucionais, especialmente aquelas relacionadas a direitos humanos fundamentais, estão sempre atreladas a grandes narrativas produzidas e reproduzidas pela literatura.

As correntes de Odisseu

Na Grécia antiga, os poetas trágicos eram denominados de “mestres” ou *didaskalos* (διδασκαλος). Eram tidos como verdadeiros educadores do povo e suas obras consideradas como relevantes instrumentos para guiar, transmitir valores éticos e moldar condutas no campo social. Encontramos na figura de Homero o melhor exemplo desta concepção, uma vez que seus versos foram utilizados, por muito tempo, para alfabetizar e educar os gregos. Os poemas homéricos, em especial a *Odisseia*, representam o alicerce de toda a cultura ocidental, além de consubstanciarem narrativas fundadoras, nos termos do método ostiano. Como obra literária de expressão da memória de um passado glorioso, trata-se de algo nobre que deve ser contado e transmitido, a fim de que seus ensinamentos e reflexões sejam perpetuados geração após geração.

Homero procurou demonstrar, em seus poemas, além da organização divina governada por Zeus e a frequente influência dos deuses no destino humano, a glória dos valores militares, a coragem ligada ao cumprimento do propósito e os mais elevados valores democráticos, dentre os quais destacam-se a necessidade de diálogo para a tomada das decisões mais importantes sobre o destino da cidade e da supremacia da racionalidade em face das paixões coletivas temporárias.⁶

6 Ressalte-se, a propósito, que nem mesmo os sentimentos de vergonha dos aqueus diante da infidelidade conjugal de sua rainha Helena, que se entregou a Paris, poderia sobrepor-se à racionalidade e servir de base para ações impensadas. Como demonstra o Canto II, da *Iliada*, somente após a decisão do Conselho do Povo é que teve início a guerra, mediante a deliberação sobre a saída das tropas gregas em direção a Tróia, com o objetivo de invadir os muros da cidade e recuperar a bela esposa de Menelau. Portanto, a

Nesse contexto, merece destaque o Canto XII, da *Odisseia*, que relata as proezas do astucioso Odisseu para não sucumbir ao sedutor canto das Sereias. O herói homérico, graças à proteção dos deuses, conseguiu desfazer a magia que a feiticeira Circe havia lançado sobre seus companheiros, transformando-os em porcos. Então, logrou escapar de Circe por meio da erva Molu que Hermes havia lhe dado (Canto X). Não obstante, obteve importantes conselhos da feiticeira, por intermédio dos quais, chegou ao Hades onde ouviu do adivinho Tirésias o modo de salvar a si e a seus companheiros, regressando à sua terra natal (Canto XI). Na sequência, Odisseu passou novamente pela ilha da maga, ocasião em que foi alertado sobre os diversos perigos que o esperavam, a começar pelas terríveis Sereias, cujo canto poderia extraviar os mortais do retorno para casa. A feiticeira aconselhou Odisseu a tapar os ouvidos de todos os marinheiros “com cera doce amolgada” para que não ouvissem a voz das Sereias (Canto XII, v. 48). Disse, ainda, que caso Odisseu quisesse ouvir, deveria solicitar aos companheiros que o amarrassem “em torno ao mastro, de pé, com possantes calabres” (Canto XII, v. 51).

Seguindo os conselhos da estriga, Odisseu adotou uma atitude racional para não sucumbir à tentadora melodia, estabelecendo o seguinte compromisso com seus companheiros:

Caros amigos, não basta que um só, ou que dois, fiquem cientes do que respeita ao destino que Circe preclara me disse. Não; quero tudo contar-vos, porque procuremos a morte conscientemente, ou possamos fugir do Destino funesto. Manda, em primeiro lugar, que as divinas Sereias, dotadas de voz maviosa, evitemos e o prado florido em que se acham. Somente a mim concedeu que as ouvisse; mas peço a vós todos que me amarreis com bem fortes calabres, porque permaneça junto ao mastro, de pé, com possantes amarras seguro. Se, por acaso, pedir ou ordenar que as amarras me soltem, mais fortes cordas, em torno do corpo, deveis apertar-me (HOMERO, v. 152-164).

Relata Bulfinch que, após tapar com cera os ouvidos dos seus sócios e ordenar-lhes que o acorrentassem ao mastro da nau, Odisseu “lutou para se libertar e implorou aos seus homens, por gritos e sinais, que o desamarrassem. Eles, porém, obedecendo às ordens anteriores trataram de apertar os laços ainda mais” (2002, p. 284).

Jon Elster, em *Ulysses and the Sirens* (1979), tratou da escalada da racionalidade, passando pela racionalidade imperfeita e pela irracionalidade. Segundo Elster, a racionalidade humana é caracterizada pela capacidade do homem de se relacionar estrategicamente com o futuro. A fraqueza da vontade pode impedir ou atrapalhar o emprego da racionalidade perfeita dificultando o comprometimento com o futuro. Dessa forma, o filósofo norueguês estabeleceu uma analogia entre o compromisso prévio que Odisseu estabeleceu com seus

razão deveria preponderar na tomada de qualquer decisão que envolvesse o destino dos aqueus.

sócios e o compromisso assumido pelas assembleias constituintes nos Estados democráticos ao elaborarem suas Constituições contra as tentações ocasionais de alterações com o escopo de atender os interesses das maiorias.

Portanto, as correntes de Odisseu instrumentalizam a racionalidade grega e buscam limitar o exercício abusivo do poder político pelas maiorias, mediante mecanismos de pré-compromissos.

O autocontrole de Bloom

A recriação de obras literárias clássicas, sobretudo aquelas que incorporam narrativas fundadoras, representa importante forma de aproximar o leitor de outras épocas a textos consagrados. No caso da *Odisseia*, a releitura mais conhecida é o *Ulisses*, de James Joyce. A obra condensa a longa viagem de dez anos de Odisseu, após a Guerra de Tróia, em uma jornada de dezoito horas realizada pelo judeu-irlandês Leopold Bloom, a personagem principal do romance, pelas ruas da cidade de Dublin, no dia 16 de junho de 1904 (o famoso *Bloomsday*). As centenas de páginas da obra, portanto, descrevem os acontecimentos de um único dia. Cada episódio, escrito com uma técnica literária distinta, guarda correspondência com a obra de Homero e se passa em um determinado horário do dia. Joyce, além de atribuir um conjunto de correspondências homéricas a Bloom, permitiu que ele, um homem comum, tivesse uma dimensão heroica. De fato, assim como Odisseu que era um homem maduro, dotado de admirável controle de si e pacífico, pois, inicialmente, não desejava participar da guerra, Bloom era um homem reflexivo, autocontrolado e pacato.

Na estrutura homérica de Joyce, o episódio paralelo ao das Sereias pode ser encontrado no Capítulo XI da obra, no qual Leopold Bloom é submetido às tentações de duas sedutoras garçonetes, Miss Douce (bronze) e Miss Kennedy (ouro), sob a música inebriante do bar do famoso Ormond Hotel, que faz referência ao canto das Sereias. No esquema Gilbert, Joyce reconheceu ter incorporado a técnica da denominada *fuga per canonem*⁷ para descrever o episódio das “Sereias”, o que conferiu ao Capítulo elementos sonoros que revelam a inquietação da personagem e um movimento crescente de fuga do local. Um pequeno trecho da obra é suficiente para ilustrar a inusitada arquitetura vocabular e a musicalidade das palavras adotadas por Joyce, bem como as tentações que desafiaram Bloom:

Perto dos seus olhos passavam. As doçuras do pecado. Doces são as doçuras.

7 A *fuga per canonem* era a forma musical mais elevada durante o final do século XIX e início do século XX, quando Joyce escreveu sua obra. Segundo Cardoso, a fuga “é uma forma musical contrapontística, em que diversas vozes entram sucessivamente ao longo da composição, imitando-se (repetindo-se) umas às outras, mas introduzindo nessas repetições constantes variações, isto é, diferenças. A primeira entrada apresenta o tema, na tônica, e a segunda retoma-o, na dominante. O processo repete-se até se concluir a exposição” (1995, p. 1135).

Do pecado.

Num repique cochichiorridente as jovens vozes ourobronze juntaram-se, Douce com Kennedy o seu outro olho. Arremessaram jovens cabeças para trás, bronze cochichou, para deixar livrevoar sua risada, histeririndo, o seu outro, uma para a outra, em notas agudas perfurantes.

Ah, arquejando, suspirando. Suspirando, ah, exausta sua hilaridade se extinguiu.

Miss Kennedy abrochou de novo os lábios para a taça, ergueu-a, bebeu um gole e cochichorriu. Diss Douce, inclinando-se de novo sobre a bandeja de chá, rufou de novo o nariz e rolou gozosos olhos inflados (JOYCE, 2021, p. 281).

Bloom, assim como Odisseu, resistiu às tentações e manteve incólume o compromisso de regressar ao lar. Se Odisseu estabeleceu um pré-compromisso com seus companheiros para não sucumbir ao canto mortal das Sereias, Bloom encampou atitudes de autorrestricção para se livrar das tentações das garçonetes. Com isso, concretiza “narrativas do retorno”, mediante a superação dos obstáculos e o tenaz comprometimento de atingir uma meta: o regresso ao lar.

O momento em que Bloom ingressa no bar do Ormond Hotel, pouco antes das quatro da tarde, correspondia ao instante em que Blazes Boylan saía do hotel para encontrar sua esposa, Molly Bloom. Bloom estava obcecado, pois tinha consciência do encontro amoroso e a música do bar reforçava sua dor. Em dois momentos, mencionados por Cardoso (1995, p. 1143-1145), Bloom quase chegou a sucumbir: quando observava Richie Goulding assobiando a melodia “Tutto è sciolto” do segundo ato da ópera *La Sonnambula*, de Bellini, quando trasladou o tema da traição da ária para a sua situação particular (o adultério de Molly); e no momento em que Simon Dedalus interpretou a composição “M’Appari”, da *Martha*, de Flotow, ocasião em que o herói de Joyce estabelece nova associação da música ao seu drama familiar. Nessas duas circunstâncias, a música suscitou em Bloom profundas emoções: “a separação emocional existente entre Molly e Bloom, e o profundo sentimento de perda e de nostalgia de Bloom em relação a ela” (CARDOSO, 1995, p. 1144). No entanto, Bloom, demonstrando elevada capacidade de resiliência, resistiu às tentações, bem como à toda sonoridade onírica do bar do Ormond.

Mecanismos contramajoritários, espaço de atuação do legislador e teorias dialógicas

É possível notar, tanto no Canto XII da *Odisseia*, como no Capítulo XI de *Ulisses*, a prevalência da racionalidade sobre paixões temporárias ou desejos de maiorias que possam promover o desvio de objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer, com base na razão, um pré-compromisso com toda a tripulação, no caso de Ulisses ou uma autorrestricção, no caso de Bloom. Essas analogias literárias que ilustram os conflitos entre insensatez e razão tornaram-se

bastante conhecidas e exploradas pela doutrina, sobretudo após o já referido texto de Jon Elster. É de maior utilidade e valia, neste momento, refletir sobre a delicada relação entre democracia e constitucionalismo, bem como a respeito da função contramajoritária dos direitos humanos fundamentais, metaforicamente retratada nos episódios sob comento.

Um dos princípios fundamentais do regime democrático é o princípio da maioria. No entanto, a vontade da maioria pode tornar o constitucionalismo antidemocrático, a partir do momento em que os legisladores, apoiados pela maioria da população, passem a investir contra a dignidade das minorias e vulneráveis.

Com efeito, nas sociedades plurais, formadas por grupos heterogêneos insertos no mesmo campo social, a adoção de regras “universais”, pelas maiorias, tem o condão de marginalizar minorias. Dessa forma, o mecanismo contramajoritário dos direitos humanos serve justamente para subtrair da maioria a possibilidade de decidir sobre matérias protegidas por dispositivos constitucionais, em benefício próprio, permitindo, com isso, a participação das minorias. Como exemplos de mecanismos contramajoritários inseridos nas Constituições, poderíamos mencionar as cláusulas pétreas, que estabelecem um núcleo inatingível de direitos que não podem ser abolidos; os processos formais de alteração, que exigem o quórum qualificado para a modificação do texto constitucional; o controle de constitucionalidade, que zela pela supremacia da Constituição, admitindo a criação de normas apenas dentro dos limites constitucionais; e a jurisdição constitucional, por meio da qual o Poder Judiciário desempenha seu relevante papel de tutelar os direitos humanos fundamentais.⁸ Todos esses mecanismos funcionam como uma espécie de freio ao princípio majoritário, objetivando compatibilizar a maioria parlamentar com a supremacia da Constituição, evitando que maiorias ocasionais alterem o que foi inicialmente convencionado.

Robert Alexy (2008, p. 581-583), por meio da “teoria da moldura”, utiliza a imagem da moldura como metáfora para o limite da atuação legislativa, de modo que tudo o que é constitucionalmente proibido ou obrigatório seria a moldura, de maneira que o que é facultado (não obrigatório ou não proibido, desde que respeitadas as regras de competência, procedimento e forma) corresponderia ao interior da moldura, onde se insere a discricionariedade legislativa. No primeiro caso, temos um modelo de Constituição puramente material e, no segundo, um modelo de Constituição puramente procedimental. Portanto, o espaço de atuação do legislador seria delimitado pela moldura que equivaleria ao compromisso prévio estabelecido pela assembleia constituinte.

Segundo a visão substancialista de constitucionalismo de Ronald Dwor-

8 Servem de exemplos de exercício da função contramajoritária pelo Poder Judiciário, o reconhecimento da união homoafetiva (ADI n. 4277 e ADPF n. 132), o enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo (ADO n. 26) e o reconhecimento de desrespeito massivo dos direitos humanos da população carcerária, bem como a declaração do sistema prisional brasileiro como “estado de coisas inconstitucional” (ADPF n. 347).

kin (2006), a defesa de direitos humanos fundamentais deve ser exercida pelas cortes constitucionais, por meio da materialização dos vetores principiológicos do ordenamento jurídico, enquanto que aos parlamentares caberia apenas a atribuição de deliberar sobre políticas públicas, as quais deveriam ser endereçadas a todos os membros da coletividade. Nesse sentido, Dworkin, rejeitando o postulado majoritário, assim apresenta sua “concepção constitucional de democracia”:

Se rejeitarmos a premissa majoritária, precisaremos de uma explicação diferente, e melhor, do valor e da finalidade da democracia. Vou defender agora uma explicação - que chamo de concepção constitucional de democracia - que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. É certo que essa explicação alternativa do objetivo da democracia exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral (2006, p. 26).

A tese de Dworkin abre as portas para as teorias dos diálogos institucionais que descrevem as interações entre os Tribunais e atores não-judiciais (Legislativo e Executivo), buscando estabelecer o reequilíbrio entre os poderes de Estado, a partir da premissa fundamental de inexistência de monopólio da interpretação e aplicação da Constituição. É conhecido, a propósito, o ensaio de Christine Bateup (2006) em que, a partir das experiências canadenses e norte-americanas, apresenta três diferentes teorias de «diálogo constitucional». A teoria do equilíbrio (*equilibrium*) privilegia o papel do Poder Judiciário, que passa a atuar como “formador e facilitador da discussão em toda a sociedade sobre valores constitucionais” (shaper and facilitator of society-wide discussion about constitutional values; p. 58), mediando pontos de vista dos diferentes participantes do debate. Segundo a teoria da parceria (*partnership*), atores judiciais e não-judiciais seriam “concebidos como participantes iguais na tomada de decisões constitucionais” (conceived as equal participants

in constitutional decision-making; p. 70), os quais poderiam contribuir dialógicamente tanto para a busca de melhores respostas como também para o aperfeiçoamento das suas perspectivas institucionais. Por fim, a teoria da fusão (*fusion*) propõe a combinação dialógica entre os modelos de equilíbrio e parceria, o que, segundo Bateup, corresponderia à “visão mais promissora do diálogo constitucional” (most promising vision of constitutional dialogue; p. 76). Seria, portanto, o modelo mais bem sucedido para resolver preocupações contramajoritárias, ao incorporar tanto o diálogo do Judiciário com a sociedade, como também diálogos institucionais.

As teorias dialógicas, especialmente a da fusão, são capazes de aprimorar o mecanismo contramajoritário, pois, a partir dos compromissos constitucionalmente assumidos, tendem a promover um constitucionalismo cooperativo, garantindo o reequilíbrio entre os poderes e o balanceamento do princípio majoritário, que constitui o cerne da democracia e a supremacia da Constituição, o fundamento do Estado de direito, de modo a assegurar a concretização dos direitos humanos, especialmente das minorias.

Considerações finais

As narrativas fundadoras da literatura podem tanto informar a respeito de um determinado contexto histórico passado, permitindo seu acesso e compreensão, como também possuem o poder de predição, antecipando momentos e fornecendo indícios para o futuro dos direitos humanos e eventuais processos de retrocesso e fragilização das garantias. Com base nas matrizes teóricas apresentadas no presente artigo, observamos que os textos essenciais da tradição literária fornecem importantes elementos destinados à compreensão da condição humana e à reflexão crítica do direito, sobretudo por meio da função pedagógica e instrumental da literatura.

Ademais, verificamos que as narrativas literárias fundadoras ou instituintes, compostas por mitos, tidos como projeções simbólicas dos valores culturais e éticos das sociedades, relacionam-se com o direito, não apenas por expressarem códigos e valores exemplares, mas também por serem detentores de uma função sociológica e psicológica, assim como por integrarem a mesma realidade cultural com possibilidade de serem interpretados de maneira renovada, de acordo com o momento histórico vivenciado pelo leitor.

Em linhas gerais, foi possível observar que a *Odisseia*, de Homero e o *Ulisses*, de Joyce se complementam ao proporcionarem consideráveis reflexões sobre os mecanismos contramajoritários dos direitos humanos. A sobriedade e a maturidade de Odisseu, assim como o autocontrole de Bloom revelam-se, metaforicamente, como fatores imprescindíveis para não sucumbir a paixões ocasionais e aos desejos momentâneos da maioria.

As passagens analisadas reforçam mecanismos contramajoritários modelares como forma de tutelar direitos humanos, sobretudo em momentos de crise democrática. Verificou-se que a “metáfora da moldura” de Robert Alexy

e a “concepção constitucional de democracia” de Ronald Dworkin fornecem importantes contribuições para o estudo da narrativa literária, mormente por intermédio da delimitação do espaço de atuação do legislador e do emprego de mecanismos não-majoritários com vistas a promover a igualdade e tutelar direitos humanos das minorias, enfatizando o compromisso prévio estabelecido pelas Constituições.

Em consequência, este artigo revela que as teorias dos diálogos institucionais, metodologicamente descritas por Christine Bateup, especialmente o modelo da fusão, são as que melhor aparelham os teóricos para a criação de *designs* constitucionais destinados à obtenção do necessário e premente reequilíbrio entre os poderes e o balanceamento da democracia, enquanto governo soberano do povo (o “governo da maioria”), e o constitucionalismo, como o primado da Constituição (o “governo da minoria”), de modo a superar episódicos interesses majoritários que atentem contra direitos humanos de grupos vulneráveis e minoritários.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUBRETON, Robert. **Introdução a Homero**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1956.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. In: **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, New York: NY University Law School, n. 05-24, p. 1-85, 2006.

BINDER, Guyora; WEISBERG, Robert. **Literary Criticisms of Law**. New Jersey: Princeton *University Press*, 2000.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis**. Trad. David Jardim. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

CAMPBELL, Joseph. Temas mitológicos na arte e na literatura criativa. In: CAMPBELL, Joseph. **Mitos, sonhos e religião**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CANDIDO, Antonio. “O Direito à Literatura”. In: **Vários Escritos**. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011, p. 171-193.

CARDOSO, Abílio Hernandez. “James Joyce, o canto das sereias e o segundo fôlego de Bloodisses em Dublin” In: **Humanitas**. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos. v. XLVII, Tomo II, p. 1133-1148, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1972.

- ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. New York : Cambridge University Press, 1979.
- FREUD, Sigmund. **A interpretação dos sonhos**. Trad. Jayne Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1987.
- GILBERT, Stuart. **James Joyce's Ulysses: A Study**. New York: Vintage Books, 1952.
- HOMERO. **Odisseia**. Trad. Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Ediouro, 2009.
- JOYCE, James. **Ulisses**. Trad. Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008.
- MORAWETZ, Thomas. "Law and Literature" In: PATTERSON, Dennis (ed.). **A Companion to Philosophy and Legal Theory**. Cambridge: Blackwell, 1996, p. 450-461.
- NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia**. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- WEISBERG, Richard. **Poethics and Other Strategies of Law and Literature**. New York: Columbia University Press, 1992.
- WEST, Robin. Communities, Texts and Law: Reflections on the Law and Literature Movement. In: **Yale Journal of law and humanities**. New Haven, v. 1, n. 1, p. 129-156, 1988.
- WIGMORE, John. "A List of Legal Novels". In: **Illinois Law Review**. Champaign, n. 3, p. 574-596, april, 1908.

A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E O EFEITO BACKLASH: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Gustavo Bianchetti Lima Gama

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/
UNIPAC de Barbacena, Minas Gerais, Brasil

Resumo:

A partir do paradigma jusfilosófico do pós-positivismo, houve um fortalecimento do Poder Judiciário, com uma atuação mais proativa voltada à tutela dos valores constitucionais. Este protagonismo do Judiciário nem sempre é visto com aprovação pela sociedade, levando a uma forte reação social ou institucional contrária às mudanças decorrentes da decisão judicial, que é o efeito backlash. Diante desse panorama, no contexto do pós-positivismo, é questionado se a teoria dos diálogos institucionais é um mecanismo capaz de minimizar o efeito backlash, possibilitando a efetividade das decisões judiciais que buscam a concretização dos direitos humanos e fundamentais. O Poder Judiciário tem papel relevante na promoção dos direitos e garantias fundamentais, mas sua atuação solipsista e coercitiva, por si só, não tem o condão de tornar efetiva suas decisões, notadamente quando estão envolvidas políticas públicas necessárias para a efetivação dos referidos direitos. As decisões judiciais são um ponto de partida para a promoção dos direitos fundamentais, mas há um longo caminho a ser percorrido até a sua efetivação. Essa trajetória deve ser construída em constante diálogo e cooperação com os Poderes Executivo e Legislativo, na medida em que a concretização de direitos fundamentais pode envolver muitas vezes um processo social complexo.

Palavras-chave: Protagonismo do Poder Judiciário; Efeito backlash; Diálogos institucionais; Direitos fundamentais e humanos.

Introdução

A objeção levantada pelos positivistas contra o estatuto científico da ética e do direito enquanto ciência do bem e do justo, diz que só existe ciência

acerca do que há no mundo e não daquilo que deveria haver. Consequentemente, direito e moral são disciplinas que tratam apenas em descrever a conduta do homem em sociedade ou simples técnicas de aprimoramento da convivência social, impossibilitando assim, a descoberta de normas éticas objetivas.

Importante ressaltar, que sem a luz dos princípios metafísicos, toda ciência acaba por se desenvolver à margem da ética e a cultura se desumaniza, pois, é a partir da essência humana que fica mais fácil compreender a conduta do homem.

Com as barbáries ocorridas na 2ª Guerra Mundial, o positivismo jurídico passou a ser visto como uma jusfilosofia a serviço de Estados Totalitários, surgindo assim, um novo paradigma jusfilosófico: o pós-positivismo.

Esse movimento de reaproximação da ética e da moral com o direito, conhecido como neoconstitucionalismo, reconhece a normatividade dos princípios, e a supremacia das normas constitucionais. A partir dessa constatação, muitos temas, que originalmente se aproximariam da seara política passaram a ser judicializados e, com isso, o Judiciário assumiu funções que eram interpretadas como sendo dos Poderes Legislativo e do Executivo.

Como consequência ocorreu um fortalecimento ou atuação mais proativa dos Tribunais que os levaram a assumirem um protagonismo judicial que por alguns foi e é interpretado como ativismo judicial e, por outros, até mesmo ofensa ao princípio da separação dos poderes, tudo com base na defesa dos princípios e valores constitucionais.

A ascensão do Poder Judiciário e a atuação mais proativa das Cortes Constitucionais em casos de desacordos morais caros a sociedade, afetou diretamente na teoria da separação dos poderes pensada por Montesquieu, gerando um temor na sociedade sobre um “Estado Jurisdicional”, que é avesso a democracia. O prof. Samuel Sales Fonteles em seu livro de Hermenêutica Constitucional asseverou que: “[...] os excessos do Judiciário em nome do neoconstitucionalismo evidenciaram um risco de juristocracia, que é inimiga da democracia [...]”.

A judicialização da política e o protagonismo de juízes é preocupante, uma vez que, a tecnicidade é esquecida e as soluções políticas prevalecem. Assim, os adeptos do fortalecimento do Poder Judiciário habitualmente confundem Supremacia Judicial com Supremacia Constitucional.

É exatamente uma jurisdição hipertrofiada que tem gerado esse temor na sociedade de um Estado Jurisdicional, sendo que, por muitas vezes essa hipertrofia é alimentada pelos próprios Juristas e Magistrados.

O paradoxo da atuação contramajoritária e sua “responsividade à opinião popular”

O protagonismo do Poder Judiciário nem sempre é visto com aprovação pela sociedade, uma vez que, representantes do Poder Legislativo e a so-

cidade têm atuado com forças antagônicas às decisões judiciais, pois interpretam como exacerbações ou até mesmo como inconstitucionalidade. Essa forte reação social ou institucional contrária às mudanças decorrentes da decisão judicial, intitulou-se com o nome de «EFEITO BACKLASH».

O Efeito Backlash decorre de uma desaprovação social de decisões judiciais em questões polêmicas, manifestando assim, uma persistente ação social contra uma decisão judicial, acompanhada de serias tentativas de resistência ao seu cumprimento.

Com efeito, as supremas cortes são chamadas a pronunciarem-se a respeito de alguns temas controversos e seus posicionamentos inflamam o corpo social, deflagrando reações hostis, assim tem sido comum falar em efeito backlash.

Nos tempos atuais a hiperjudicialização de questões controversas é inegável, tais como a liberdade de expressão, a descriminalização do aborto, entre vários outros direitos humanos e fundamentais que geram grande impacto social, passaram a ser judicializados, alterando a compreensão clássica sobre a organização dos poderes estatais.

O Poder Judiciário só atua nos casos em que ele é provocado (partindo do princípio da inércia da jurisdição) e devido às provocações atuais de temas controversos, no Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal vêm gerando o fenômeno do backlash, tendo uma crescente e considerável crítica/resistência social ao Poder Judiciário.

O Min. Luiz Fux em seu voto proferido no plenário no dia 16 de fevereiro de 2012, asseverou sobre o paradoxo que o STF encontra-se em sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e em alguma medida a sua “responsividade à opinião popular”, senão vejamos:

“Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA - mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira -, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exurgem do contexto social quanto às suas decisões. (Trecho do voto proferido pelo Min. Luiz Fux na ADC 29, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012. A passagem transcrita encontra-se na página 27 do respectivo acórdão)”

Nessa linha de raciocínio, Marianna Montebello Willeman contextualiza esse fenômeno com maestria: “Há, porém, um paradoxo ou uma tensão bastante latente nas democracias constitucionais que simplesmente não se pode negligenciar e que suscita debates bem mais complexos no que tange à in-

interpretação constitucional. Trata-se da conhecida “dificuldade contramajoritária”, assim nomeada por Alexander Bickel na década de 60 e que, desde então, tem sido uma verdadeira obsessão da doutrina constitucional norte-americana. Eis a descrição do problema, recorrendo às palavras do próprio autor:

“[...] quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de um ato do executivo eleito, ela contraria a vontade dos representantes do povo do aqui e agora; ela exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela. Isso, sem qualquer tom místico, é o que em verdade acontece. [...] E é por isso que se pode acusar a revisão judicial de não-democrática”.

Ocorre que, o constitucionalismo democrático apontado pelo Min. Luiz Fux e pelos professores de Direito da *Yale Law School*, Robert Post e Reva Siegel, diviniza o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, apostando todas as suas fichas nos juízes a fim de sacramentar direitos fundamentais, ou seja, esta corrente constitucional norte-americana afirma que o Poder Legislativo é egoísta, atendendo apenas a vontade da maioria e a seus eleitores, cabendo ao Poder Judiciário exercer uma função contra majoritária.

É por isso que o Constitucionalismo democrático preconiza a ampliação da jurisdição constitucional que deve exercer uma função contra majoritária na veladura dos direitos fundamentais.

Por outro lado, surge a ideia de constitucionalismo popular, onde seus adeptos sugerem modalidades fracas de controle de constitucionalidade. No artigo “Constitucionalismo popular: modelos e críticas” publicado na Revista de Investigações Constitucionais, pelos autores José Ribas Vieira, Lilian Márcia Balmant Emerique e Jônatas Henriques Barreira, estes apresentam de forma clara as três correntes principais do constitucionalismo popular. Senão vejamos:

“David Pozen categoriza o constitucionalismo popular em três correntes de pensamento. O primeiro é o Constitucionalismo popular modesto que aceita que as Cortes derrubem leis e preferências majoritárias ocasionalmente, no entanto, defendem que isto não interrompa o diálogo constitucional, devendo os atores extrajudiciais, inclusive o próprio povo, se manifestar sobre as decisões e participar do processo decisório. **Ou seja, a partir deste pensamento, a Corte não deve ser vista como um “oráculo com o monopólio da verdade constitucional”, devendo o povo se manifestar de forma mais próxima às Cortes, criticando-a quando discordar e tomando ação quando discordar fortemente. (g.n)**

A segunda corrente do Constitucionalismo Popular seria o Constitucionalismo Popular Robusto. Esta defende o encolhimento do poder de revisão judicial, procurando não apenas eliminar a supremacia judicial, mas a interpretação judicial como prevalecente na cultura constitucional. Alguns, como Mark Tushnet, chegariam a defender a total eliminação da revisão judicial.

A terceira corrente, cuja caracterização como Constitucionalismo Po-

pular é bastante duvidosa, é o Departamentalismo. Segundo esta, os três poderes deveriam realizar uma interpretação constitucional coordenada, não havendo uma autoridade independente para interpretar a Constituição. O próprio Pozen afirma, no entanto, que diversos autores afirmam que o Departamentalismo não é uma forma de Constitucionalismo Popular, já que não foca no povo propriamente dito, mas em seus representantes.”

O professor de Direito da *Harvard Law School*, Mark Tushnet, um dos principais autores do constitucionalismo popular, chega afirmar que a principal diferença deste modelo de constitucionalismo é o não protagonismo das Cortes nos diálogos constitucionais, pois, o povo e os Poderes Legislativo e Executivo podem aceitar decisões da Corte, entretanto, podem também ignorá-las.

Diante desse fenômeno do protagonismo judicial presente em diversos países, surgem as chamadas teorias dos diálogos institucionais, apostando em modelos de interação dialógica do Poder Judiciário com os demais poderes constituídos para fins de definição do significado das Constituições, sem que o Poder Judiciário tenha o monopólio dessa prerrogativa.

A interação dialógica entre os poderes para a atribuição de significado a Constituição

Diversas teorias foram desenvolvidas referindo-se à existência de um diálogo institucional para a determinação e identificação do significado constitucional; apesar de compartilharem da premissa de que o decisionismo final sobre a interpretação constitucional não deve se encerrar em uma única instituição, cada versão teórica apresenta suas próprias características.

Uma das correntes mais importantes no estudo da teoria dos diálogos institucionais é o *minimalismo judicial*, teoria que tem como premissa a não proatividade do juiz no processo dialógico entre os demais poderes institucionais, apostando nas “virtudes passivas” do Poder Judiciário. Deste modo, os magistrados atuam como autocontenção judicial nos temas de desacordos morais sensíveis à sociedade.

Outra teoria merecedora de destaque neste artigo é a *teoria da construção coordenada*, que propõe que a interpretação constitucional é fruto de uma construção compartilhada entre os poderes institucionais, tendo cada poder autonomia e independência para interpretar a Constituição, sem que haja uma hierarquia entre os poderes intérpretes, sendo uma decorrência natural do famigerado sistema de freios e contrapesos.

Tal peculiaridade fez com que os autores Daniel Wunder Hechem e Eloi Pethechust ponderasse com maestria no artigo “Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos a democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais” que:

“Afastando essa ideia de que seria necessário definir qual órgão detém “autoridade interpretativa” em cada caso, as versões mais contemporâneas das teorias sustentam que não se trata de identificar quem terá autoridade última para dizer qual é o sentido da Constituição: este será construído a partir do resultado das interpretações dos diferentes atores institucionais, que poderão divergir entre si em um processo de controles recíprocos. Em outras palavras, o processo de construção do significado constitucional é mais complexo do que uma simples decisão proferida por uma Corte, já que, enquanto não houver um mínimo acordo sobre a interpretação da Constituição, as instâncias democráticas se manifestarão, expedirão novas deliberações e atos normativos contrários às decisões já proferidas pelos tribunais, em um processo dinâmico de interpretação - e controles recíprocos - que somente alcançará um nível de estabilização, ainda que provisório, quando um mínimo de acordo semântico for atingido. Assim como os tribunais freiam a atuação dos órgãos políticos quando reputam seus atos contrários à Constituição, também os atores políticos podem se contrapor à interpretação constitucional realizada pelo Judiciário, controlando-o por meio de outros mecanismos.”

Essas teorias apresentadas não são a resolução de todos os problemas que as democracias constitucionais estão sofrendo, todavia, os diálogos institucionais contribuem para o aprimoramento do debate constitucional a partir de uma perspectiva distinta de cada Poder.

O Judiciário contribui pelo seu isolamento em relação às pressões políticas, conferindo-lhe maior liberdade para interpretar a constituição e na sua atuação contramajoritária. Já o Legislativo por ser em sua essência o Poder representante do povo, tem a sua legitimidade democrática para fortalecer o processo de definição do sentido das normas constitucionais.

Assim, as referidas teorias “reforçam a compreensão no sentido de que não há espaço para poderes absolutos nem para decisões jurídico-políticas irrefutáveis em um Estado Democrático de Direito. Não subsiste ao princípio democrático nenhuma manifestação autocrática de poder, invocada como prerrogativa exclusiva e inderrogável de uma pessoa ou instituição. Uma vez que o poder emana do povo, os seus representantes eleitos podem e devem estar atentos às decisões de controle de constitucionalidade proferidas sobre o produto de suas deliberações políticas e jurídicas. Afigura-se legítimo, pois, que os cidadãos exijam, tanto do Parlamento quanto da Suprema Corte, uma postura republicana de respeito mútuo e cooperação recíproca, sem que uma instância se arrogue como proprietária da verdadeira e última interpretação do sentido e do alcance das normas constitucionais.”

Deste modo, é preciso encontrar instrumentos capazes de inibir retrocessos na construção de significados constitucionais que busquem assegurar os princípios e garantias constitucionais, numa responsividade democrática, refletindo sobre o papel do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Considerações finais

A aproximação das Supremas Cortes a temas controversos e sensíveis à sociedade em geral, faz com que ocorra um protagonismo do Poder Judiciário. Esse fenômeno tem levantado forças antagônicas, já que ocorre a transferência do decisionismo jurídico-político do órgão governamental para o órgão jurisdicional. Esse “Estado Jurisdicional” acaba por exercer o monopólio da verdade constitucional, o controle dos atos administrativos e das normas legislativas.

Em outras palavras, a juristocracia como inimiga da democracia, é uma ditadura do Poder Judiciário, uma modalidade rara de arbítrio, que exclui de imediato as soluções jurídicas sobrando apenas as soluções políticas.

Nos tempos hodiernos, a persistente reação social contra as decisões do Supremo Tribunal Federal são movidas pelo medo de um “Estado Jurisdicional”, cuja “última palavra” cabe ao juiz e não aos representantes do povo.

Por muito tempo e principalmente na Roma antiga o direito caracterizou-se por ter sido “iluminado”, isto é, esclarecido e dado a conhecer pelos juristas, hoje, porém, os Ministros se colocam como seres iluminados, dotados para dar certos empurrões em direção ao progresso social.

Este trabalho reconhece a importância da atuação do Poder Judiciário para salvaguardar os valores constitucionais com a sua atuação contramajoritária exercida pela Corte nas determinações do próprio constituinte originário. Reconhecer a atuação do Poder Judiciário nas democracias constitucionais, na proteção dos mais vulneráveis e em questões sociais que não foram atendidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, é por muitas vezes necessária, desejável e benéfica para a própria democracia, a fim de frear atuações desviantes à ordem constitucional.

Entretanto, divinizar o Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, depositando toda confiança em “guardiões da constituição” é desconsiderar que estes, por muitas vezes, atuam de forma solipsista.

Referências

BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 5, núm. 1, 2018, Janeiro-Abril, pp. 109-128 Universidade Federal do Paraná.

BARREIRA, Jônatas Henriques. EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. VIEIRA, José Ribas. **Constitucionalismo popular: modelos e críticas**. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4vkRmwTGgQ3RBppm6yKcWyd/?lang=pt#>

BRASIL, **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Site Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

COSTA, Pe. João Batista de Almeida Prado Ferraz. **A relação** entre o Direito Natural e Direitos Histórico nos fundamentos do pensamento político de José Pedro

Galvão de Sousa. Anápolis, GO: Magnificat, 2021.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 3a ed.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. **Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 121 | pp. 203-250 | jul./dez. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Baptista Machado. 8a. ed. - São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA GAMA, Gustavo Bianchetti. **A influência do neoconstitucionalismo para a ocorrência do efeito backlash**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/Barbacena/MG.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>.

MESSIAS AMARAL, Débora Maria Gomes. LIMA GAMA, Gustavo Bianchetti. **A (IN)Constitucionalidade da EC 96/2017, o efeito backlash e as ADI's 5728 e 5772, 2021**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-inconstitucionalidade-da-ec-96-2017/>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed., 3 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017

STF. ADC 29, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012. Relator: Min. Luiz Fux. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil**. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013.

A INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE EXPLORAÇÃO SEXUAL PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PROFISSIONAIS DO SEXO

Maria Júlia de Freitas

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
- Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Pesquisa com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) - Processo nº 2020/01395-2

Victor Hugo de Almeida

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Docente e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

Resumo:

Não obstante a conduta autônoma de prostituir-se seja reconhecida enquanto profissão (CBO 5198-05), tipificam-se condutas análogas intermediadas por terceiros (artigos 227 a 230 do Código Penal). A criminalização destas condutas obsta o reconhecimento do vínculo de emprego entre profissionais do sexo, proxenetas e casas de prostituição, por ser o contrato de trabalho ilícito. No entanto, a redação do art. 229 e dos demais artigos do Capítulo V, do Título VI, do Código Penal, referentes ao lenocínio, adotam a expressão “exploração sexual”, cujo conceito jurídico é indeterminado, conferindo margem interpretativa para que os tribunais brasileiros possam reconhecer ou não a legalidade das casas de prostituição. O objetivo da pesquisa é, portanto, analisar a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelos Tribunais Superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) acerca do conceito de “exploração sexual”, a fim de se identificar o entendimento sobre a legalidade da profissão sexual, bem como verificar se empregam raciocínio hermenêutico consagrador dos direitos fundamentais e do direito de acesso à justiça. Adotam-se, como métodos de procedimento, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial; e, como métodos de abordagem, respectivamente, o dedutivo e o indutivo. Como conclusão, observa-se uma tendência jurisprudencial de desprezo pelas técnicas hermenêuticas e a adoção de argumentos vazios na formação da *ratio decidendi* para subsidiar

convicções pessoais dos intérpretes acerca do trabalho sexual; tal realidade, além de gerar um ambiente de insegurança jurídica, não corrobora para a garantia dos direitos laborais e fundamentais das profissionais do sexo.

Palavras-chave: Art. 229 do Código Penal; Exploração sexual; Hermenêutica; Profissionais do sexo; Prostituição.

Introdução

Caracterizam-se as profissionais do sexo como grupo social e juridicamente marginalizado, diante dos entraves impostos ao reconhecimento de seus direitos trabalhistas frente à ilicitude do objeto contratual, decorrente da proibição normativo-penal prevista nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro.

Embora exista o entendimento de vedação ao trabalho sexual intermediado por terceiros, sua tipicidade é discutível em razão da obscuridade da redação do art. 229 e dos demais dispositivos do Capítulo V, do Título VI, do Código Penal, conferida pela Lei nº 12.015/2009, cujo teor coíbe a prática de “exploração sexual”, possibilitando a interpretação semântica deste conceito indeterminado pelos tribunais brasileiros.

Diante da amplitude interpretativa que o conceito de “exploração sexual” pressupõe, e tendo em vista ser inviável relegar à revelia normativa os direitos laborais das profissionais do sexo, torna-se necessária a análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), bem como pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiros, a fim de identificar a lógica interpretativa empregada.

O objetivo da pesquisa é, portanto, analisar a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelos Tribunais Superiores brasileiros acerca do conceito de “exploração sexual” presente no art. 229 do Código Penal, a fim de identificar o entendimento sobre a legalidade da profissão sexual, bem como verificar se tais tribunais seguem raciocínio hermenêutico consagrador dos direitos fundamentais e do direito de acesso à justiça.

Quanto aos procedimentos metodológicos, adotam-se, como métodos de procedimento, a pesquisa bibliográfica em materiais publicados e a pesquisa jurisprudencial junto ao TJSP, ao STJ e ao STF, considerando o recorte temporal de janeiro de 2017 a dezembro de 2019, com o emprego das palavras-chave “prostituição”, “trabalho sexual” e “exploração sexual” (recorte temático). Como métodos de abordagem, adotam-se, respectivamente, o dedutivo, para a pesquisa bibliográfica; e o indutivo, para a pesquisa jurisprudencial.

No primeiro tópico analisa-se o princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de argumento fundante nas discussões doutrinárias a circundarem o trabalho sexual. No segundo tópico explora-se a pesquisa jurisprudencial.

dencial, procedendo-se, a partir dos dados encontrados, à análise do conceito de “exploração sexual” empregado pelos tribunais brasileiros. No último tópico associa-se o resultado obtido pela análise jurisprudencial às técnicas hermenêuticas possíveis de serem adotadas quando abordado o trabalho sexual.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a amplitude normativa da lei penal à luz do trabalho sexual

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como substrato à discussão que defende ou coíbe a legalização da prostituição, sendo inviável tratar sobre a hermenêutica que circunda a expressão “exploração sexual” sem abordá-lo.

Para a primeira perspectiva, a atividade sexual é indigna e degradante *per se*, sendo as profissionais passíveis à libertação por meio do combate ao proxenetismo. A segunda perspectiva, por sua vez, considera o comércio sexual uma atividade tão digna quanto qualquer outra, devendo, por isto, ser compreendida como legítima forma de emprego.

Parte da doutrina considera pressupor a prostituição consentida violação à dignidade sexual, assentando-se na ideia de que a pessoa prestadora de serviços sexuais é convertida em mercadoria, atingindo sua integridade moral e autonomia sexual, considerados bens jurídicos indisponíveis afeitos à dignidade humana (CARVALHO, 2010). Segundo esta corrente, “[...] o exercício da sexualidade se dá mediante o pagamento de um preço, e é exatamente esse componente monetário ou econômico que ‘coisifica’ a vítima desses delitos.” (CARVALHO, 2010, p. 205)

Outra parte da doutrina considera a moralidade pública o bem jurídico tutelado pela norma penal. Sendo assim, a desconsideração do consentimento da profissional reflete o paternalismo ou moralismo socialmente arraigado, à medida que restringe o alcance da autonomia individual, que também se sustenta sob a dignidade da pessoa humana. (NUCCI, 2014; MARCÃO, 2011)

Aqueles que defendem a criminalização pressupõem uma obrigação ou uma necessidade latente, por ser considerada profissão indigna e degradante, capaz de macular a condição humana daqueles que a executam. Em contrapartida, os que argumentam pela sua regulamentação laboral vislumbram no trabalho sexual a máxima potência da liberdade, sendo relevantes não as razões da escolha, senão o livre arbítrio. (LACERDA, 2015)

Segundo a primeira perspectiva esboçada, pautada na criminalização, a expressão “exploração sexual” empregada no Capítulo V, do Título VI, e, principalmente, no art. 229 do Código Penal, “[...] é termo mais abrangente que prostituição, abarcando, além da prostituição, toda e qualquer forma de manipulação sexual da pessoa, seja do sexo feminino ou masculino, das mais variadas formas” (CARVALHO, 2010, p. 197), dispensando-se, para sua configuração, o contato corporal direto entre vítima e terceiro ou mesmo o proveito econômico, já que o legislador previu a cominação cumulativa de pena

de multa sempre que este propósito se configurasse (art. 228, parágrafo 3º). Assim, a ausência de consentimento da profissional não é elemento necessário à conceituação de exploração sexual.

Aqueles que almejam o reconhecimento do trabalho sexual enquanto legítima forma de emprego, por outro lado, conceituam exploração sexual como a ausência de consentimento ou de capacidade para consentir. Para Eluf (2009), “[...] explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha”. Neste sentido, Eluf (2009) assevera que “[...] a prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra crianças. O resto não merece a atenção do direito penal.”

Esta interpretação também encontra sustentáculo no fato de ser o trabalho sexual exercido de forma autônoma, lícita e formalmente reconhecida pelo extinto Ministério do Trabalho e Previdência Social (CBO 5198-05), sendo tipificado penalmente apenas diante de sua intermediação por terceiros. “A prostituição é sempre sexo consentido, sendo a habitualidade, a voluntariedade e a venalidade suas três características principais.” (CARVALHO, 2010, p. 194). Assim, qualquer prestação de serviços sexuais de modo coercitivo não se configura enquanto prostituição, mas como exploração sexual.

Existe, portanto, um vazio semântico que circunda o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, não obstante não admita conceituação, é elemento de interpretação normativa de fatos concretos (NETO, 2013 *apud* LA-CERDA, 2015). A expressão “exploração sexual” encontrada na norma penal é igualmente ampla e imprecisa, conferindo ampla margem interpretativa aos órgãos julgadores.

Por esta razão, é relevante analisar como os tribunais brasileiros vêm interpretando este conceito, já que a sua aceção determina diretamente a legalidade da profissão enquanto emprego e, em última instância, a consolidação dos seus direitos fundamentais e laborais.

A interpretação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos tribunais superiores brasileiros acerca do conceito de “exploração sexual” disposta no Artigo 229 do Código Penal

Embora o intuito do presente artigo seja examinar o conceito de “exploração sexual” trazido, principalmente, pelo art. 229 do Código Penal brasileiro, que diz respeito às casas de prostituição, a pesquisa jurisprudencial se voltou às decisões versadas nas figuras do capítulo V, do Título VI, do Diploma Penal, à exceção da promoção de migração ilegal do art. 232-A, por serem condutas que, invariavelmente, relacionam-se à prática do trabalho sexual. Constatou-se, no entanto, adotar a maioria das decisões encontradas, como figura típica, o art. 229 do Código Penal, sendo que as demais condutas previstas nos outros dispositivos do Capítulo V são comumente configuradoras

do concurso de crimes ou são absorvidas pelo art. 229.

A pesquisa jurisprudencial junto ao STF adotou, como recorte temporal, o período de 01 de janeiro de 2017 a 31 de dezembro de 2019, bem como as palavras-chave “prostituição” ou “trabalho sexual” ou “exploração sexual”, excluindo-se as palavras “vulnerável”, “criança” e “estupro”; e junto ao STJ, na aba “pesquisa avançada”, informou-se, como legislação, o Código Penal e os artigos 227, 228, 229 e 230. O levantamento junto ao TJSP fora realizado por meio do portal e-SAJ, adotando-se os seguintes parâmetros: classe de “processo criminal” e assuntos: “3471 - Mediação para Servir a Lascívia de Outrem”, “5853 - Casa de Prostituição”, “5854 - Rufianismo”, “11420 - Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Ainda quanto ao TJSP, foram selecionados apenas os acórdãos proferidos em sede de Apelação, por se entender que tais decisões possivelmente ventilariam o conceito de “exploração sexual”, objeto desta pesquisa, ou seja, por enfrentarem o mérito da discussão. Foram encontrados 27 julgados, sendo 5 destes proferidos em 2019, 7 em 2018 e 15 em 2017.

Destes 27 julgados, 6 foram eliminados da análise, pois não permitiam identificar o posicionamento do tribunal acerca da matéria, em decorrência de se pautarem na absolvição por ausência de provas ou por prescrição, ou por abordarem o tráfico para fins de exploração sexual, distanciando-se do objeto desta pesquisa. Dentre os 21 julgados restantes, em 6 deles a expressão “exploração sexual” fora expressamente conceituada como sendo a ausência de consentimento ou a violência no âmbito da prostituição; e em 2 deles restou configurada a “exploração sexual” sempre que presente a prostituição como atividade econômica, por entenderem ser a prostituição espécie do gênero “exploração sexual”.

Todavia, os 13 julgados restantes, muito embora não trouxessem um conceito de “exploração sexual”, invariavelmente a associam à prática de prostituição em si, visto que em todos os casos analisados evidenciou-se o consentimento e a maioria das profissionais do sexo envolvidas.

Alguns dos julgados que associam a exploração à ausência de consentimento mencionam, expressamente, ter a alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009 modificado o sentido da norma, visando não mais proteger a moral pública, mas sim tutelar os interesses das próprias profissionais do sexo. Este entendimento, segundo as decisões encontradas, funda-se na hermenêutica, bem como na acepção, contida no dicionário, do verbo “explorar”:

[...] a hermenêutica proclama que a Lei não abriga palavras inúteis. Sem que exista exploração sexual, cuja conceituação será imprescindível, não há delito. E prostituição, isoladamente, não se confunde com exploração sexual, embora possam coincidir. Assim porque, discussões sobre moralidade à parte, a prostituição em si não é crime. (BRASIL, 2018c, p. 5)

Afinal, na definição do Houaiss, “explorar” significa “aproveitar-se

de (alguém), com o fim de obter vantagens ou lucro material?” (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Ed Objetiva, 1.^a ed., 2009, pp. 959 e ss.). Ainda mais explícito é o Caldas Aulete: “Tentar auferir interesses ilícitos abusando da boa-fé, da ignorância ou da posição de:” (Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete, Rio de Janeiro: Ed. Delta, 4.^a ed. bras., 1985, vol. II, p. 1.512). (BRASIL, 2018b, p. 4)

Por outro lado, as decisões que consideraram a prostituição como espécie de exploração sexual entendem que a alteração empreendida pela Lei nº 12.015/2009 teve como intuito alargar a abrangência do dispositivo legal, a fim de contemplar não apenas a manutenção de casa de prostituição *stricto sensu*, mas também a escravidão sexual e a atividade de *stripper*. Por esta razão, tais crimes se configuram independentemente da coação à prática da atividade sexual.

No âmbito do STF, foram encontrados 49 julgados, contudo nenhum deles correspondeu aos objetivos da pesquisa, já que, em sua maioria, diziam respeito a outros crimes; e os que diziam respeito propriamente à correspondência dos crimes do Capítulo V, do Título VI, do Código Penal brasileiros, com o princípio da dignidade da pessoa humana, não foram analisados por se entender que se tratava de matéria infraconstitucional, sendo, portanto, de competência do STJ.

No STJ, foram encontrados 4 julgados, no entanto, apenas 2 trouxeram, de modo expresso ou implícito, o conceito de “exploração sexual”. O mais antigo é de 2017 e envolve menor, razão pela qual a Corte manteve a condenação. Embora a decisão aluda à possibilidade de reconhecimento do vínculo trabalhista ante a ciência da idade da profissional como requisito intrínseco para a formalização dos contratos de trabalho, bem como não conceitue expressamente “exploração sexual”, colaciona a decisão excertos de doutrinas dos quais é possível extrair, de modo implícito, o entendimento pela existência de “exploração sexual” em qualquer hipótese em que haja prestação de serviços sexuais intermediados por outrem.

O julgado mais atual do STJ, proferido em 2018, no entanto, é relevante do ponto de vista jurídico, pois rompe com a jurisprudência que vinha sendo encampada pelo Tribunal. A decisão do Superior Tribunal de Justiça evidencia ser o bem jurídico tutelado - não apenas no crime do art. 229, mas em todos do Capítulo V - a dignidade sexual e não a moral pública. O sujeito passivo do delito, assim, “[...] não é a sociedade, mas sim a pessoa explorada”. (BRASIL, 2018, p. 6).

Nesta decisão da Sexta Turma, os argumentos a fundamentarem a atipicidade da prostituição consentida não são a existência de *abolitio criminis* e tampouco a adequação social, pois, segundo a Corte, a tolerância social não enseja atipicidade material da conduta, mas sim a necessidade de caracterização do elemento normativo do tipo, qual seja, a “exploração sexual”, que estará presente apenas nas hipóteses nas quais houver ausência de liberdade

ou de capacidade para consentir:

Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal. (BRASIL, 2018a, p. 6)

Nesta decisão, a “exploração sexual” é conceituada categoricamente como a ausência de consentimento ou de capacidade de consentir da profissional do sexo, deixando expresso, ademais, que, nas hipóteses envolvendo menores de idade, há caracterização de exploração sexual, tendo em vista não possuírem condição de exercer livremente o direito de escolha. E, ainda, destaca que “[...] crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual.” (BRASIL, 2018a).

Embora o Supremo não tenha se manifestado acerca da matéria no período cotejado, há uma decisão encampada em 2011, no HC 104.467/RS, amplamente reconhecida e utilizada como embasamento pelas decisões condenatórias proferidas pelo TJSP, cujo julgado deduz, como bens jurídicos tutelados, a “moralidade sexual” e os “bons costumes”, bem como compreende violarem a dignidade sexual as condutas elencadas no Capítulo V, do Título VI. Nesta decisão, o STF entendeu que a alteração promovida no art. 229 da Lei nº 12.015/2009 manteve a tipificação da manutenção de casas de prostituição, por se configurar enquanto “estabelecimento de exploração sexual”, tendo tornado atípica apenas a manutenção de “[...] estabelecimento destinado a encontros para fim libidinoso, tais como motéis e casas noturnas”.

O STJ, apesar da recente decisão, sem caráter vinculante, que reconhece a autonomia da vontade das profissionais do sexo, já proferiu diversas decisões a reconhecerem a ilegalidade da profissão sexual¹.

A discussão sobre a legalidade do trabalho sexual ainda é bastante controvertida na jurisprudência brasileira, o que gera insegurança jurídica às profissionais do sexo e aos proxenetas. Neste sentido, constata-se que a incerteza quanto às possíveis interpretações normativas “[...] ao mesmo tempo em que abala o mito da segurança jurídica, aumenta também o potencial criativo do intérprete/aplicador, e abre a possibilidade da interferência da pauta de valores, e da visão de mundo do aplicador do direito, no processo de sua aplica-

1 Ver decisões: HC nº 238688/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 06.08.2015, DJe 19.08.2015; AgRg no REsp nº 924750/RS, 6ª Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 15.03.2011, DJe 04.04.2011; AgRg no REsp nº 1167646/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. em 27.04.2010, DJe 07.06.2010.

ção.” (MACHADO, 2017, p. 65)

Afere-se, também, que, na maior parte dos julgados do TJSP (62%), o intérprete apenas condenou por violação à norma penal sem sequer adentrar o mérito interpretativo relacionado à expressão “exploração sexual”, afastando as técnicas hermenêuticas, cuja aplicação, em casos que envolvem atividade criativa do magistrado, é indispensável (BARROSO, 2005). Alguns julgados tão somente se limitaram a citar outras decisões no mesmo sentido.

Assim, infere-se que o intérprete, pautado por seus valores pessoais, elege as decisões que lhe são mais favoráveis para respaldar a sua convicção, não fazendo, contudo, bom uso das técnicas hermenêuticas, como será abordado no tópico seguinte.

Processo de interpretação em consonância com os direitos fundamentais

A hermenêutica tradicional, pautada em interpretação legalista das normas de direitos fundamentais, não tem produzido efeitos concretos na garantia de direitos e melhor condição de vida dos sujeitos, tornando imprescindível a adoção de nova “narrativa hermenêutica” que assegure a funcionalidade dos direitos constitucionalmente consagrados. (MACHADO, 2017)

Neste sentido, observa-se que o STF, no julgamento do HC 104.467/RS, perdeu a oportunidade de consagrar entendimento liberal que evidenciasse a autonomia da escolha pelas próprias profissionais do sexo.

Sob um ponto de vista pragmático, o reconhecimento da profissão sexual como legítima forma de emprego, que só seria possível por meio da descriminalização das casas de prostituição, é ainda mais benéfico às próprias profissionais do sexo, titulares do direito de “dignidade sexual” que deriva da própria dignidade humana, uma vez que assegura mais efetivamente diversos direitos fundamentais não garantidos no modelo de criminalização:

Estas mulheres também são alijadas de seus direitos fundamentais à liberdade profissional de escolherem seu ofício; à dignidade da pessoa humana, por ser o trabalho sexual considerado ontologicamente degradante e indigno; à igualdade profissional, pois seu trabalho não é equiparado em direitos e condições laborais a qualquer outro; ao acesso à justiça, pois em decorrência da ilicitude do objeto contratual, são impossibilitadas de clamar por condições dignas e salubres. Isso sem mencionar o desamparo aos direitos trabalhistas daquelas que efetivamente elegeram a profissão livremente. (FREITAS, 2019, p. 379)

A conceituação de dignidade sexual é, outrossim, uma tarefa delicada, uma vez que pode ensejar argumentação moralista sobre a temática. Neste sentido, para Kelsen (2000 *apud* MUÇOUÇA, 2015), o direito se desvincula da moral em razão do caráter relativo desta, que não permite que as regras morais tenham natureza coercitiva, por serem internas ao indivíduo ou à de-

terminada coletividade, trazendo insegurança jurídica para o sistema.

O conceito de dignidade sexual, por esta razão, deve ser despidido de valores morais que somente visam preservar o pudor social e os intitulados bons costumes. Esse tipo de valoração, que apregoa um “*modus operandi*” determinando o perfilamento de regras de conduta, é responsável por alijar dos direitos fundamentais determinados indivíduos considerados “fora dos padrões”.

Do mesmo modo, a dignidade profissional das pessoas não tem relação com o trabalho que desempenham, independentemente de qual seja. O Direito, portanto, deve se prestar a tutelar as condições laborais nas quais a prostituição se configura, a fim de que sejam compatíveis com o princípio em questão, mas não considerar indigno o exercício do labor em si (NUCCI, 2014).

Independentemente da permissão à prostituição autônoma, a interpretação da norma penal, de modo a compreender a “exploração sexual” desligada do consentimento da profissional, restringe a liberdade sexual ao estabelecer claras limitações formais ao seu exercício.

O Estado, ao regular a liberdade sexual de cada indivíduo quando da delimitação do que é “dignidade sexual”, nega um direito fundamental, tendo como parâmetro legitimador exclusivamente valores morais.

O conceito de dignidade é ambíguo, podendo ser definido por meio de perspectiva política, como autonomia subjetiva de viver em conformidade com seu próprio plano de vida; ou de perspectiva perfeccionista, sendo uma virtude. “A dignidade em sentido político, em princípio, só pode ser violada por um terceiro [...], enquanto na dignidade em sentido perfeccionista, sujeito passivo e ativo se confundem [...]” (GRECO, 2011, p. 448). O Estado Liberal, no entanto, tutela apenas o conceito de dignidade em sua acepção política, já que não se volta a definir condutas como moralmente aceitáveis.

Neste diapasão, não cabe ao Estado definir o conceito terminológico de “dignidade”, já que está intimamente relacionado a conceitos particulares de cada indivíduo acerca de sua autoestima e respeitabilidade (NUCCI, 2014), sendo, portanto, subjetivo.

Ripollés (2005 *apud* MARCÃO, 2011) entende que os comportamentos coibidos pelo Direito Penal devem afetar a sociedade como um todo. Roxin (1986 *apud* MARCÃO, 2011), por sua vez, compreende que a moral, isoladamente considerada, não é bem jurídico.

Viceja-se que a decisão contém ao menos cinco equívocos, sendo os três primeiros considerados por Greco (2011) como inócuos, por encontrarem algum argumento doutrinário de conformação; e os dois últimos, de natureza nociva.

O primeiro diz respeito à desconsideração da moderna teoria do bem jurídico, segundo a qual o legislador está vinculado a parâmetros de política-criminal. Neste sentido, ainda que o Tribunal rejeitasse esta tese, em detrimento da contra-tese da discricionariedade do legislador, seria necessário considerá-las em sua decisão. (GRECO, 2011)

O segundo equívoco decorre dos bens jurídicos considerados, isto é, a “moralidade sexual e os bons costumes”, uma vez que a moderna teoria do bem jurídico, desde a Segunda Guerra Mundial, compreende que atos meramente imorais não devem ser tutelados (GRECO, 2011), conforme explanado previamente.

O terceiro equívoco consiste na ausência de fundamentação para a adoção da corrente tradicional dogmática de bem jurídico, segundo a qual ele é interpretado a partir da *ratio legis*. Mormente porque a alteração no Título VI, do Código Penal, de “dos crimes contra os costumes” para “dos crimes contra a dignidade sexual”, promovida pela Lei nº 12.015/2009, teve como intuito excluir da esfera penal a proteção dos costumes e da moral sexual. (GRECO, 2011)

O quarto equívoco, por sua vez, advém da ausência de fundamentação do parecer emitido pela Procuradoria-Geral, que se sustenta simplesmente em argumentos abstratos e sem nenhuma correlação estabelecida com o caso concreto. Além disso, a tutela da dignidade sexual manifestada no parecer não compactua com as premissas do conceito de dignidade tutelada pelo Estado Liberal (GRECO, 2011).

O último equívoco, por fim, diz respeito à interpretação do conceito de exploração sexual *de per se*. Se por um lado, o conceito de exploração sexual não está presente na tradição legislativa pátria, por outro, o Capítulo V, do Título VI, denomina-se “prostituição ou outra forma de exploração sexual”, conduzindo ao entendimento de que a “prostituição” seria uma das espécies do gênero “exploração sexual” (GRECO, 2011; CARVALHO, 2010).

Há, no entanto, uma incongruência semântica criada pelo próprio legislador ao redigir o título do Capítulo V, já que a prostituição é ato praticado pela própria profissional do sexo (razão pela qual o pronome é, como regra, reflexivo), enquanto que o verbo “explorar” é transitivo direto (explorar algo ou alguém), dependendo, portanto, do intermédio de terceira pessoa. Assim, inviável conceituar prostituição como espécie de “exploração sexual”, sendo institutos completamente diversos (GRECO, 2011).

Ademais, a interpretação teleológica construída pelo STF, segundo a qual a prostituição equipara-se à “exploração sexual”, viola o objetivo da reforma legislativa, desvincilhando-se da tutela à moral sexual, que, como sobredito, tampouco corresponde ao sentido político de “dignidade”, que é protegido pelo Estado Liberal (GRECO, 2011).

Portanto, a expressão “exploração sexual”, partindo da acepção política atribuída ao conceito de “dignidade”, apenas pode ser verificada nas situações em que a autodeterminação sexual é violada.

A partir da hermenêutica lógico-jurídica, segundo a qual o intérprete deve buscar os motivos e o contexto histórico que levaram o legislador a editar a lei, bem como a examinar as virtudes e vantagens de sua aplicação (MACHADO, 2017), presume-se ter sido o intuito do legislador, ao editar a Lei nº 12.015/2009, consagrar a autonomia de vontade feminina e eliminar os

resquícios machistas do sistema, que utilizavam da moral sexual para inferiorizar as mulheres, tornando-as submissas aos homens. Tal fato evidencia-se pelo conteúdo normativo das demais alterações promovidas pela mesma legislação e pela tendência evolutiva de legislações penais e do sistema jurídico como um todo, a exemplo da Lei nº 11.106/2005, que poucos anos antes fora responsável por abolir algumas figuras típicas, como a sedução e o adultério.

Silva (2022) analisou mais de 550 acórdãos do STJ e do STF proferidos em dois momentos distintos, antes e após a edição da Lei nº 12.015/2009, visando identificar se a jurisprudência acompanhou a mudança do bem jurídico (de “costumes” para “dignidade sexual”) dirigida pela nova lei. Constatou haver baixa adesão à edificação hermenêutica pautada em conceitos adequados com uso correto da linguagem, o que indica a interpretação dos novos conceitos empregados na Lei nº 12.015/2009 à luz dos anteriores revogados. E, quanto aos crimes relacionados ao trabalho sexual, considerou necessária a declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais por ausência de lesividade ao bem jurídico, já que se trata de prática empresarial de prestação de serviços lícitos que não justifica a intervenção punitiva. (SILVA, 2022)

A hermenêutica, portanto, para ser eficiente à garantia dos valores constitucionais, deve buscar melhor atender aos interesses dos indivíduos tutelados, considerando-se, na formação da *ratio decidendi*, as “[...] consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.” (BARROSO, 2005, p. 15).

Neste sentido, diversos movimentos de trabalhadoras sexuais, como, por exemplo, o *Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe* (RedTraSex), que engloba organizações de mulheres profissionais do sexo de treze países latino-americanos (REDTRASEX, 2007); a Rede Brasileira de Prostituição; e a Central única de Trabalhadoras Sexuais (PRADA, 2015) valem-se de seu espaço de fala, enquanto profissionais do sexo, para indicar a necessidade de serem reconhecidas legalmente condições dignas, seguras e salubres de trabalho, bem como defendem a regulamentação laboral que, como sobredito, só é viável diante da descriminalização da prostituição intermediada por terceiros.

Sendo o acesso à justiça um meio de consolidação dos direitos fundamentais, já que, partindo de uma visão crítico-dialética, consiste na possibilidade de ingresso perante os tribunais atrelada à obtenção de decisão materialmente justa às situações fáticas (MACHADO, 2017), torna-se indispensável a construção de uma *ratio decidendi* que reconheça, no âmbito do lenocínio, os direitos fundamentais das profissionais do sexo.

A despeito desta importância, verifica-se uma tendência jurisprudencial de desprezo pelas técnicas hermenêuticas, observada não apenas na paradigmática decisão do STF anteriormente apontada, mas também na maior parte dos julgados analisados. A ausência de justificação pelos tribunais não apenas cria um ambiente de insegurança jurídica, como também esvazia a oportunidade de prestar uma decisão justa e de garantir importantes direitos constitu-

cionais e laborais às profissionais do sexo.

Conclusão

Constatou-se, por meio da pesquisa jurisprudencial, serem vacilantes as decisões prolatadas pelos tribunais analisados quanto à criminalização da profissão sexual. Ademais, tais tribunais se furtam à conceituação de “exploração sexual” prevista no art. 229 do Código Penal brasileiro, aplicando-a de acordo com o previsto antes da reforma advinda com a Lei nº 12.015/2009, quando o dispositivo previa, expressamente, a proibição de “casas de prostituição” e não de “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. Em outras palavras, mais de 60% das decisões do TJSP condenam, indistintamente, as casas de prostituição pela existência de consentimento das profissionais do sexo ou da capacidade de consentir atribuída às maiores de 18 anos.

Assim, a jurisprudência que sustenta a condenação da prostituição, quando não é absolutamente omissa quanto à *ratio decidendi*, é frágil e se isenta de analisar a fundo o conteúdo da legislação existente, que tampouco é clara e objetiva a ponto de permitir sua aplicação direta.

Verifica-se haver uma tendência jurisprudencial de desprezo pelas técnicas hermenêuticas no tocante à matéria do trabalho sexual, que se limita a indicar o desrespeito ao art. 229 do Código Penal brasileiro, sem adentrar sequer ao seu conteúdo teleológico e a colacionar outros julgados igualmente não fundamentados, que seguem o mesmo entendimento.

Tal resultado permite inferir que o intérprete, valendo-se de seus próprios valores morais, decide sem analisar a doutrina acerca do assunto e, como sobredito, sem aplicar as regras hermenêuticas, o que repercute na interpretação de um dispositivo novo no mesmo sentido do antigo. Neste sentido, embora o ordenamento jurídico brasileiro venha progressivamente se desenvolvendo para reconhecer a autonomia da vontade da mulher, fato que também tem reflexo nos tribunais, conforme evidenciado pela decisão do STJ prolatada no REsp 1.683.375/SP, outros julgadores permanecem aplicando as decisões mais antigas que não se amoldam a estas alterações sociais.

Sabe-se que a interpretação da lei sofre invariavelmente com a interferência dos valores do intérprete. Apesar disto, o bom emprego da hermenêutica e a construção de uma *ratio decidendi* alinhada aos valores constitucionais permitem que esses aspectos morais internos aos julgadores sejam, ao menos, parcialmente afastados das decisões judiciais.

A consequência pela criminalização das casas de prostituição repercute diretamente no reconhecimento do vínculo empregatício em favor das profissionais do sexo, nos seus direitos e nas condições laborais em que o trabalho sexual é exercido e, em máxima instância, afeta negativamente a consolidação dos direitos fundamentais à liberdade e igualdade profissional, ao acesso à justiça e à dignidade da pessoa humana.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1464450/SC. 5ª Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 23 ago. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401626260&dt_publicacao=23/08/2017. Acesso em: 13 jan. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1683375 / SP. 6ª Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 14 ago. 2018a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 0065728-89.2012.8.26.0576. 11ª Câmara Criminal Extraordinária. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 09 fev. 2018b.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 0010723-11.2011.8.26.0223. 16ª Câmara de Direito Criminal. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 15 maio 2018c.
- CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? **Revista de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 12, p. 177-194, jan. 2010.
- ELUF, Luiza Nagib. Casa de prostituição. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 01 out. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0110200909.htm>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- FREITAS, Maria Júlia. A regulamentação das relações laborais das profissionais do sexo como solução à sua marginalização no Brasil. In: SOUZA, Arthur Bezerra; PAULA, Daniel Giotti; KLAUSNER, Eduardo; SILVA, Rogerio Borba. (Org.). **Direitos Humanos: Juridicidade e efetividade**. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2019. p. 370-386.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 3.
- LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. Orientador: Oris de Oliveira. 2015. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2015.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Elementos de teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017.
- MARCÃO, Renato. Casa de Prostituição - o crime do art. 229 do Código Penal. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 23, n. 572, p. 26-28, jul. 2011.
- MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Trabalhadores do sexo e seu exercício profissional: delimitações entre as esferas penal e trabalhista**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas:** aspectos constitucionais e penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADA, Monique. Passinho à frente: a criação da CUTS. **Mundo Invisível**, Brasil, 4 dez. 2015. Disponível em: <https://mundoinvisivel.org/cuts-novo-espaco-politico/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

REDTRASEX. Un movimiento de tacones altos: mujeres, trabajadoras sexuales y activistas. Buenos Aires, 2007. Disponível em: <https://www.redtrasex.org/IMG/pdf/armado-manual.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, Luciano Filizola da. **Entre os costumes e a dignidade:** um estudo sobre os crimes sexuais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES DO STF NAS DEMANDAS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PELA JURISPRUDÊNCIA DO TJBA

Flávia Sulz Campos Machado

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, linha de pesquisa “Análise Econômica do Direito”. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Advogada

Resumo:

Este artigo pretende analisar o enfrentamento ou não da questão da escassez dos recursos públicos na judicialização da saúde pela jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A pesquisa tem como objeto a análise dos entendimentos da Corte Constitucional brasileira utilizados pelo Tribunal Comum baiano nas demandas de saúde, no ano de 2019, objetivando verificar: (1) se há ou não o enfrentamento da questão da escassez dos recursos públicos e (2) se as decisões do Supremo Tribunal Federal mencionadas nas decisões do tribunal baiano são operadas como precedentes judiciais ou como argumentos de autoridade. Justifica-se a relevância desta pesquisa pelo crescimento exponencial das demandas individuais de saúde nos últimos anos, ao passo que também crescem as decisões que condenam o Estado ao custeio dos mais diversos tratamentos, procedimentos médicos e fármacos. A pesquisa utiliza abordagem mista, com uso de técnicas empíricas para coleta de dados, a partir de repositórios de jurisprudência brasileira. A nível teórico, invoca contribuições da Análise Econômica do Direito à hermenêutica jurídica e recorre à teoria dos precedentes de origem inglesa. A hipótese inicial foi de que o Tribunal baiano utiliza os entendimentos da Corte Constitucional como argumentos de autoridade (tendo em vista que não há o emprego de um raciocínio analógico), a fim de sustentar a preponderância da dignidade da pessoa humana perante um suposto conflito entre este princípio e as questões orçamentárias.

Palavras-chave: Precedentes; Jurisprudência; Judicialização da saúde; Análise econômica do direito.

Direito fundamental à saúde e escassez de recursos

Ao longo da história, foram atribuídos diversos sentidos à saúde, desde

a ideia de que doenças seriam punições divinas aos pecados, até às descobertas científicas dos microrganismos causadores de enfermidades (Cf. SCLiar, 2007), antes de haver propriamente o reconhecimento da saúde enquanto um direito humano. Este reconhecimento está atrelado ao crescimento de uma preocupação de ordem global com a saúde das populações e a necessidade de cooperação internacional para a prevenção de doenças transmissíveis, precedido pelos impactos sociais do mercantilismo e da Revolução Industrial no século XVIII e acentuada pelo encurtamento das distâncias entre as nações durante o século XX (Cf. FOUCALT, 1998; ROSEN, 1994).

Em 1945, com o fim da II Guerra Mundial, o cenário de destruição propicia a positivação do direito à saúde, no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a criação da Organização Mundial de Saúde, incumbida de zelar por este direito (DALLARI, 1998).

No âmbito das nações, o direito a saúde foi assegurado em diversos textos constitucionais, como a Constituição da República Portuguesa de 1976, que no artigo 64 dispõe: “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196), além de criar um Sistema Único de Saúde, desenhado de forma descentralizada, com atendimento integral e participação da comunidade, a ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social e dos entes federativos (artigo 198).

A Constituição brasileira marca o reconhecimento jurídico da fundamentabilidade do direito à saúde no país, passando a comunidade jurídica a discutir acerca da sua interpretação e aplicação, colocando-se o problema da possibilidade de exigibilidade deste direito através da atuação do Poder Judiciário, especialmente por se tratar de um direito social, o qual dependeria de prestações estatal.

Dentro da classificação dos direitos fundamentais, proposta por Karel Vasak em 1979, a saúde situar-se-ia dentre os direitos de segunda geração, assim considerados os direitos sociais, culturais e econômicos (Cf. PIOVESAN, 1998). Enquanto os direitos de primeira geração corresponderiam a postulados de abstenção ou não intervenção do Estado na esfera individual, os direitos sociais exigiriam a atuação estatal mediante prestações de cunho material (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Destarte, num primeiro momento os direitos de carácter prestacional teriam sido encarados como direitos de baixa normatividade e eficácia ou de juridicidade duvidosa (CANOTILHO; MOREIRA, 1984).

Nesse sentido, Amaral (2001) aponta que, no âmbito de uma argumentação tradicional da efetivação dos direitos sociais, construções teóricas sobre gerações de direitos substanciaram a ideia de que liberdades individuais não representariam custos orçamentários para o Estado, enquanto direitos sociais dependeriam de implementação de prestações estatais, restando comprometida sua eficácia jurídica. No Brasil, a reflexão acerca da aplicabilidade das nor-

mas constitucionais foi marcada pela obra de José Afonso da Silva (2003), o qual defendeu que nenhuma norma constitucional seria desprovida de eficácia, admitindo haver distinção de grau de efeitos jurídicos. Até então, prevalecia na dogmática brasileira a classificação de origem norte-americana, com a distinção das normas constitucionais em *self-executing* e *not self-executing* (Cf. SOUZA, 2005).

Contudo, a dicotomia estabelecida entre direitos negativos e positivos, demonstrou-se insuficiente ao tratamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Holmes e Sunstein (2019) enfatizam que todos os direitos fundamentais dependem do dispêndio de recursos financeiros. Estes custos vão desde a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, até propriamente as medidas para sua implementação. A eficácia dos direitos fundamentais, portanto, não estaria condicionada à existência ou não de custos, já que tratar-se-ia de uma característica geral dos direitos. Assim, pensar na concretização de direitos fundamentais passaria, necessariamente, por considerar a escassez e, consequentemente, admitir que garantir direitos incide em realizar escolhas alocativas.

No campo da saúde, a escassez de recursos se coloca de forma contundente, mesmo em países considerados prósperos economicamente. Kilner (1990) afirma que em qualquer sistema de saúde é improvável que existam recursos financeiros disponíveis para atender todas as necessidades da sociedade.

Mathis (2009) explica que a escassez se refere à disparidade entre a totalidade dos bens disponíveis e as necessidades da sociedade. Mankiw (2005), por seu turno, afirma que a escassez traduz a natureza limitada dos recursos da sociedade e, consequentemente, a sua incapacidade de produzir todos os bens e serviços desejados, sendo papel da economia estudar como a sociedade administra a distribui recursos. A escassez dos bens impõe à sociedade a realização de escolhas entre alternativas possíveis e excludentes entre si. (GICO JÚNIOR, 2010). Ao decidir entre possibilidades que se excluem, as escolhas alocativas revelam os custos de oportunidade (*trade off*).

No acesso à saúde, a escassez se põe de maneira especial (Cf. AARON; SCHWARTZ, 1884), seja em razão da sua conexão estrita com o direito à vida, seja pela amplitude da escassez na área, a qual não engloba somente questões financeiras. A escassez na saúde também abrange órgãos para transplante, profissionais especializados e equipamentos (AMARAL, 2001). Dentre os fatores relevantes para o aumento dos custos com a saúde no mundo estão o contínuo progresso da tecnologia médica (KILNER, 1990), o envelhecimento da população (AARON; SCHWARTZ, 1884), o crescimento da urbanização, o incremento de doenças crônico-degenerativas, a medicalização da sociedade e a universalização dos cuidados de saúde (FORTES, 2008). Demais disso, da proximidade do direito à saúde com o direito à vida, decorre que o custo de oportunidade de uma escolha alocativa potencialmente acarrete num resultado trágico, como a morte de alguém.

Além de ressaltar a questão da efetividade dos direitos fundamentais, o

exame dos custos dos direitos destaca o problema sobre quem decide como os escassos recursos públicos serão alocados para a promoção e proteção de direitos. Paradoxalmente, na medida em que os custos dos direitos se calcam um truísmo, admiti-los soa ameaçador à sua própria preservação, sendo comum que o tema seja ignorado. Como observam Holmes e Sunstein: “Afirmar que um direito tem um certo custo é confessar que temos de renunciar a algo para adquiri-lo ou garanti-lo. Ignorar os custos é deixar certas trocas dolorosas fora do nosso campo de visão” (2019, p. 13).

Não é por acaso, portanto, que a prática dos tribunais brasileiros tenda à desconsideração das implicações orçamentárias das decisões judiciais de saúde, gerando um tratamento deficitário do tema (Cf. GALDINO, 2005; AMARAL, 2001). É comum que o ente público seja condenado. Em muitos casos, a técnica da ponderação de bens e interesses, elaborada por Robert Alexy, é superficialmente mencionada: haveria uma colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias e burocráticas, que seriam, por óbvio, menos relevantes quando sopesadas perante o direito à vida ou a dignidade humana do paciente (Cf. BARROSO, 2008).

Destas considerações acerca do direito à saúde no sistema constitucional brasileiro e da correlata escassez dos recursos públicos, a partir das contribuições da Análise Econômica do Direito, especialmente no que tange aos custos para a concretização dos direitos fundamentais, passa-se ao tema dos precedentes judiciais, a fim de contemplar a proposta da pesquisa apresentada.

Precedentes judiciais e raciocínio analógico

Embora o Brasil - assim como Portugal, esteja historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica, houve uma crescente valorização da uniformização da jurisprudência e da utilização de precedentes judiciais no país, culminando com a edição do Código de Processo Civil de 2015. Nele, é acentuada a força vinculante dos pronunciamentos judiciais, são regulados institutos típicos da teoria dos precedentes de origem inglesa (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*) e destacado o uso dos precedentes na motivação das decisões judiciais. Longe de se tratar de uma tendência isolada, as últimas décadas mostraram uma aproximação e influência mútua entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* no mundo ocidental, após tais sistemas terem surgido e atravessado estágios de desenvolvimento permanecendo alheios um ao outro (Cf. THEODORO JÚNIOR et al, 2015; CAENAGEM, 2000).

A forma como tais sistemas foram forjados ao longo dos séculos destacou a concepção da fonte jurisprudencial como ponto de aproximação e dissemelhança entre ambos. Enquanto o *civil law* se forma a partir do renascimento do *ius romanum*, havendo um esforço das universidades europeias na construção de um direito universal, comum à toda a Europa e em negligência

aos direitos locais, em sentido inverso o *common law* se forma da atividade dos tribunais e tem como uma de suas marcas o apego à tradição e aos costumes (Cf. CRUZ, 1984; DAVID, 2014).

Os dois sistemas, no entanto, foram interpelados pela necessidade de previsibilidade do direito, em decorrência das exigências da segurança jurídica. Os sistemas reagem no âmbito judiciário. No *common law* surge a regra do precedente obrigatório, ao passo que no *civil law* há a busca pela uniformização jurisprudencial.

Embora a tradição romano-germânica tenha atribuído relevância à lei no quadro de fontes do direito, especialmente com o movimento das codificações do século XIX (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 2003), o caráter geral e abstrato das normas escritas reclamou a busca pela previsibilidade no âmbito da sua aplicação pelos tribunais (Cf. CERQUEIRA, 2014). Já no *common law*, emerge a regra do precedente obrigatório como decorrência lógica da sua natureza de direito jurisprudencial (DAVID, 2014).

No Brasil, apesar da crescente relevância conferida à utilização dos precedentes, o país ainda carece da formulação de uma teoria própria, recorrendo-se à teoria de origem inglesa (Cf. CAMBI, FOGAÇA, 2015; LOPES FILHO, 2014). Contudo, há uma dificuldade de importar, de forma exata e precisa, a prática jurídica do *common law*. Uma das razões que justificam esta dificuldade pode ser atribuída à forma como as decisões são proferidas nos dois sistemas. David (2014) explica que as decisões judiciais do *common law* são expostas em simples dispositivos, dando conhecimento da solução ao litígio proferida pelo juiz. Nos tribunais superiores, por seu turno, há a exposição das razões da decisão (*reasons*), em técnica mais breve e precisa que a motivação das decisões, de tradição francesa, utilizada nos países de *civil law*. Nas *reasons*, são anunciadas as regras que, por sua generalidade, ultrapassam o âmbito do processo, a justificar sua aplicação em outros casos.

Com efeito, a aplicação da regra do precedente obrigatório exige do jurista a análise das *reasons*, a fim de identificar o que constitui a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes do julgamento, que gera efeito vinculante) e o *obiter dictum* (menções que não importam para a aplicação da regra a casos futuros). A identificação da *ratio decidendi* é apontada como uma das principais dificuldades para a aplicação prática do efeito vinculante do precedente judicial na realidade jurídica brasileira (Cf. DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010).

Feita a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, há ainda a necessidade de realizar uma análise comparativa entre os casos (caso paradigma e caso *sub judice*), para que sejam identificadas similitudes e, destas, em que medida a solução do caso anterior servirá ao caso atual (Cf. THEODORO JÚNIOR et al., 2015).

Recorrendo-se a formulações jusfilosóficas sobre o tema da aplicação dos precedentes judiciais, nomeadamente através das contribuições de Hans Kelsen e Chaïm Perelman, ambos apontam que o uso dos precedentes exige

uma análise das semelhanças entre os casos concretos, inobstante as inúmeras divergências teóricas entre os autores a respeito do próprio Direito.

Kelsen afirma que: “a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a ‘igualdade’ de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais” (1999, p. 175).

Perelman extrai a importância do precedente a partir da sua regra de justiça, “segundo a qual é justo tratar da mesma forma o que é considerado essencialmente semelhante” (1996, p. 94). Sobre a aplicação desta regra, informa que “quando as situações comparadas não são idênticas, mas somente semelhantes, necessita de um posicionamento quanto ao aspecto essencial ou acessório das características pelas quais elas diferem uma da outra” (1996, p. 94).

Kelsen e Perelman chegam a soluções diversas, todavia, sobre a forma como as particularidades entre os casos serão destacadas. Para Kelsen (1999, p. 175), seria a partir da norma jurídica geral, editada pelo legislador, a qual fixaria os elementos essenciais a serem observadas para a comparação entre os casos, sob pena de os tribunais concorrerem com o órgão legislativo a função de legislar.

Em outro sentido, Perelman entende que a verificação dos pontos de semelhança deve ser realizada pelo julgador, sendo justificada através dos recursos da argumentação, que “será qualificada de racional quando se achar que ela é válida para um auditório universal, constituído pelo conjunto de mentes razoáveis” (1996, p. 94).

Sem embargos de como as semelhanças serão destacadas, a experiência do *common law* aponta, essencialmente, para um raciocínio de analogia na análise das peculiaridades entre os casos, a fim de definir se a regra do caso precedente será ou não aplicada ao caso em julgamento. Com efeito, os pontos essenciais de semelhança serão observados com base na análise dos casos concretos, suas peculiaridades e circunstâncias individualizadas (Cf. DERZI et al., 2014).

Recorre-se, assim, às contribuições do jurista português Fernando José Bronze, especialmente quanto à sua proposta de metodonomologia. Embora não seja formulada para fins, restritivamente, da aplicação dos precedentes judiciais, adequa-se ao problema em razão de sua índole jurídico-analógica: “a metodonomologia é o exercício que consiste em ‘trazer-à-correspondência um caso concretamente julgando e o para ele constituído, ou constituindo, critério/fundamento, atentos o mérito problemático do primeiro e a intencionalidade problemática do segundo’” (BRONZE, 2012, p. 7).

Em breve e apertada síntese, a analogia pode ser entendida como uma reflexão que discorre de particular para particular, cuja mediação se arrisca à (re-)constituição de um pressuposto termo de comparação, suscetível à fundamentação da eventual afirmação de uma correspondência de sentido ou de

uma semelhança relevante entre os dois polos (Cf. BRONZE, 2006, p. 943-945).

É neste sentido que se sustenta, nesta proposta, que a metodologia jurídico-decisória apta a lidar com a interpretação e aplicação dos precedentes judiciais é lastrada por um raciocínio analógico. Através da identificação da *ratio decidendi* do pronunciamento judicial invocado como precedente e análise comparativa (analógica) das peculiaridades relevantes dos casos concretos (paradigma e *sub judice*), a fim de justificar ou não a aplicação da regra utilizada para solucionar o caso anterior.

Análise das decisões

Para a investigação proposta neste artigo, foram analisados acórdãos acessados através do sistema de buscas do repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia¹, no período circunscrito entre 01 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro de 2019. Este recorte temporal buscou um retrato do posicionamento do tribunal baiano, intencionalmente excluindo da análise eventuais interferências decorrentes do advento da pandemia do vírus Sars-CoV-2, que teve seu início reconhecido no Brasil em março de 2020.

Foram utilizados os termos “direito saúde e sus”, filtrando pelas classes “apelação”, “reexame necessário” e “apelação / reexame necessário”, sendo inicialmente encontrados 458 resultados. Destes 458 resultados apresentados inicialmente pela ferramenta de busca, 185 acórdãos foram descartados, por tratarem de demandas não relacionadas ao objeto da investigação proposta, como: ações ajuizadas contra planos de saúde, acórdãos decorrentes de apelações cuja discussão cingia-se à condenação do réu ao pagamento de honorários sucumbenciais ou a questões meramente processuais, como a existência de prova pré-constituída para concessão de liminar em Mandados de Segurança, dentre outros.

Nesse sentido, foram mantidos 273 acórdãos para análise, sendo relevante que se tratasse de decisões exaradas no bojo de processos cuja pretensão autoral fosse de concessão de procedimentos, medicamentos ou outros tratamentos médicos, com fundamentação que versasse sobre o direito à saúde, mantendo ou reformando decisão anterior, condenando ou não o ente público.

A partir dos 273 acórdãos que restaram, foi possível verificar que todas as demandas são foram movidas individualmente pelos interessados, mesmo aquelas propostas por intermédio do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Prevaleceu, também em todas as decisões, a condenação do ente público para a concessão do pleito de saúde, com fundamento nas disposições constitucionais, nomeadamente no direito à saúde, no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Em decorrência da competência da Justiça Comum

1 O sistema de busca está disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em: 21 nov. 22.

baiana, as demandas ajuizadas são contra Municípios e/ou Estado da Bahia, sendo observado que, com frequência, é tratado o tema da responsabilidade solidária, com base no caráter descentralizado do Sistema Único de Saúde, nas disposições constitucionais e nos entendimentos dos tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Em 60,4% dos acórdãos analisados, isto é, em 165 acórdãos, foram mencionadas decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto 108 acórdãos não mencionaram (39,6%). Na análise, foram consideradas como menções as aparições de ao menos o número de identificação da decisão, ainda que não fossem transcritos trechos. As menções foram observadas no voto das decisões, sendo desconsideradas eventuais citações nas ementas ou relatórios dos acórdãos. Expressões genéricas como “jurisprudência do STF”, sem a identificação de qualquer julgado, não foram consideradas como menções para os fins desta pesquisa.

Nos 165 acórdãos baianos, as menções às decisões do Supremo Tribunal Federal apareceram 314 vezes. A pesquisa identificou o total de 62 decisões do Supremo Tribunal Federal mencionadas pelos acórdãos do Tribunal baiano, em frequências diversas. As decisões mais citadas, com número de menções superior a dez, foram:

Tabela 1 - Decisões do STF com maior frequência de menções pelo TJBA nas demandas de saúde - 2019

Tipo de decisão	Número de identificação da decisão	Quantidade de menções
Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário	855.178	53
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	393.175-0	20
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	271.286-8	18
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	639.337	14
Suspensão de Tutela Antecipada	283	13
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	808.059	11
Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo	825.641	11

Fonte: Elaborada pela autora

Dos 165 acórdãos baianos analisados, que mencionaram decisões do Supremo Tribunal Federal, nenhum realizou propriamente um raciocínio analógico. Os desembargadores baianos não chegam a mencionar quaisquer aspectos específicos do caso concreto paradigma. Por vezes, e de forma genérica, aparecem as expressões “em caso análogo” ou “em caso similar”. Além disso, os acórdãos baianos não destacaram ou identificam qual seria a *ratio decidendi* da decisão mencionada.

Apesar da pesquisa indicar a não realização do raciocínio analógico e, ainda, a ausência de identificação da *ratio decidendi* pelo tribunal da Bahia, houve uma tentativa de extrair dos acórdãos a razão de cada menção. Isto é: qual

ponto da argumentação do acórdão baiano é lastreado pelo julgado do Supremo Tribunal Federal mencionado. Se não especificamente por um raciocínio analógico - conferindo, nos termos aqui propostos, o caráter de um precedente judicial - como um argumento de autoridade (*argumentum ad verecundiam*).

Nesse sentido, a título exemplificativo, pode ser elucidado o Recurso Extraordinário n. 855.178, de Relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2019), justificando a escolha deste em razão de ter sido o acórdão da Corte Constitucional com maior quantidade de menções pelo tribunal baiano.

A autora da ação original pleiteava o fornecimento do medicamento Bosentana (Tracleer 62,5mg/125mg) - na época do pleito e da decisão do tribunal de piso, a dispensação do medicamento não era contemplada por política pública. O juízo de primeiro grau determinou a aquisição do medicamento, que deveria ser cofinanciado pelo Estado de Sergipe e pela União, cabendo a cada ente arcar com 50% do valor. Apenas dois meses após a entrega do medicamento, a paciente faleceu, cessando a obrigação de fazer. Apesar disso, a questão ainda estava em julgamento, porquanto a União persistia inconformada com o custeio de metade do valor. Daí que o tema central do julgamento versava sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde, tendo prevalecido o entendimento de sua possibilidade.

Considerando que a incidência de menções do Recurso Extraordinário n. 855.178 foi de 53 vezes, a pesquisa identificou que: em 47 menções (porcentagem de 88,7%), o tribunal baiano buscava justificar a possibilidade de responsabilidade solidária, em sintonia com a questão central do julgamento pela Corte Constitucional. Em 5 das menções (9,4%), estava relacionada à ideia da saúde como direito fundamental e dever do Estado (cabendo ao Estado garantir acesso integral e universal aos necessitados). Em apenas uma menção (1,9%), relacionou-se à ideia de que o direito à vida se sobrepõe às questões de limitação financeira.

Contudo, curiosamente, o Recurso Extraordinário n. 855.178, que fixa o tema n. 793 (tese de repercussão geral), trata do aprimoramento de um entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da responsabilidade dos entes federativos em matéria de direito à saúde, no sentido de atualizar o que havia sido firmado na jurisprudência da Corte, nomeadamente através da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (BRASIL, 2010), cujo julgamento havia ocorrido quase dez anos antes.

A jurisprudência da Corte havia se estabelecido no sentido da existência de responsabilidade solidária entre os entes federativos nas demandas de saúde, razão pela qual seria possível acionar quaisquer deles, em conjunto ou isoladamente. Já no julgamento do Recurso Extraordinário, os Ministros debateram longamente o sentido e alcance desta responsabilidade, que vinha sendo equivocadamente interpretada como uma “solidariedade irrestrita”, nos termos do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2019, p. 51).

Ao fim, o tema n. 793 reafirmou a solidariedade solidária, em decorrência da competência em comum na matéria de saúde, mas pontuou que devem

ser observados os critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento da obrigação conforme as regras de repartição de competências, além de determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, 2019, p. 165).

No julgamento do Recurso Extraordinário também é pontuado pelos Ministros que os medicamentos cuja dispensação não é contemplada por política pública (medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária), devem ter seus custos arcados pela União, a qual deve necessariamente compor o polo passivo destas demandas - embora isto não tenha sido fixado no tema de repercussão geral, consta na ementa do acórdão da Corte. Trata-se de uma mitigação da concepção de que qualquer ente federativo pode ser acionado de forma conjunta ou isoladamente, para estes casos.

Disto pode ser observado que: além das decisões do Tribunal de Justiça da Bahia não terem mencionado em específico a peculiaridade dos casos (paradigma e *sub judice*) tratem de pleito de medicamentos, com ou sem registro, nenhuma destas demandas possuía a União como polo passivo (em razão da competência do Tribunal de Justiça da Bahia). Outrossim, nos acórdãos baianos analisados não houve declaração de incompetência para processamento dos feitos.

Sobre o debate dos custos ou dos impactos para o orçamento público dos comandos judiciais, a pesquisa identificou que tais questões não são enfrentadas nos acórdãos do Tribunal baiano. Para os fins da pesquisa, foi considerado como enfrentamento do problema da escassez: explicar, de alguma forma, a respeito do quanto a decisão impactaria concretamente nos recursos disponíveis para a saúde do ente responsabilizado, evidenciando uma perspectiva consequencialista da decisão. Da amostra de 273 acórdãos baianos, 106 (porcentagem de 38,8%) não mencionaram questões atinentes aos custos dos pleitos autorais para o erário público, enquanto 167 acórdãos (61,2%) mencionam superficialmente, em regra colocando nos motes de “reserva do possível”, “limitações orçamentárias”, “limitações financeiras”, “escassez”, que sempre são preteridos na discussão, prevalecendo os direitos à vida e à saúde, bem como o postulado da dignidade humana.

Já no Recurso Extraordinário n. 855.178, do Supremo Tribunal Federal, a questão dos custos aparece na discussão, inclusive com a exposição de dados da judicialização da saúde e dos correlatos gastos suportados pelos entes públicos. Também são mencionados os efeitos negativos do crescimento da judicialização no país, em termos gerais. Não há, todavia, uma análise específica do custo daquele medicamento para a União e/ou para o Estado de Sergipe. Isto se justifica pela pretensão, exposta pelos Ministros, de realizar o aperfeiçoamento de um entendimento pretérito da Corte. Sendo o tema central a responsabilidade solidária entre os entes federativos em matéria de saúde, o debate sobre os custos e consequências das decisões judiciais para os orçamentos públicos aparece de forma tangencial. É referida pelos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes em seus votos, não chegando a apare-

cer, nem superficialmente, na ementa do acórdão ou na tese de repercussão geral fixada. Assim, a análise do enfrentamento da escassez pela decisão, nos termos propostos pela pesquisa, restou prejudicado.

Considerações finais

A presente pesquisa se propôs à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Supremo Tribunal nas demandas de judicialização de saúde, a fim de identificar: (1) o enfrentamento da questão da escassez dos recursos públicos nas decisões e (2) se as decisões do Supremo Tribunal Federal mencionadas pelo tribunal baiano foram utilizadas como precedentes judiciais ou como argumentos de autoridade.

Para tanto, foi utilizada uma abordagem mista, com uso de técnicas empíricas para a coleta e análise dos dados, além de pesquisa bibliográfica para abordagem, em primeiro lugar, do direito à saúde e sua judicialização, sob às lentes das contribuições da Análise Econômica do Direito e, em segundo lugar, relativamente à utilização dos precedentes judiciais no Brasil, a partir das recomendações da teoria dos precedentes advindas da experiência jurídica do *common law*.

A hipótese inicial foi de que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia utiliza os entendimentos do Supremo Tribunal Federal como argumentos de autoridade, sem o emprego de um raciocínio analógico. Esta hipótese foi confirmada na medida em que a pesquisa apontou que os acórdãos sequer fazem menção aos casos concretos das decisões da Corte Constitucional. Além disso, os acórdãos não explicitam a *ratio decidendi* do que seria o precedente judicial e, a partir disso, eventualmente esclarecer a adequação de aplicação da regra do caso paradigma ao caso em julgamento.

No que tange ao problema dos custos do direito à saúde, a pesquisa concluiu que nenhum dos acórdãos baianos enfrentou a questão da escassez, tampouco os efetivos impactos que a decisão provocaria no campo da realidade, seja no orçamento público do(s) ente(s) federativo(s) condenado(s) ou em relação à efetivação do direito à saúde em perspectiva coletiva e pública.

Já em relação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal mais mencionado pelo tribunal baiano, o Recurso Extraordinário n. 855.178, a análise a respeito do enfrentamento da questão dos custos do direito à saúde restou prejudicada, tendo em vista que o julgamento foca na responsabilidade solidária entre os entes federativos, buscando a Corte Constitucional brasileira um aprimoramento da jurisprudência própria sobre o tema. Com efeito, a escassez dos recursos para atendimento das demandas de saúde pelo Estado aparece de forma acessória, sem constar na tese de repercussão geral fixada no julgamento, tampouco na ementa do acórdão produzido.

A pesquisa ora apresentada coaduna com a doutrina especializada, no sentido de constatar que o problema da escassez dos recursos para concretização dos direitos fundamentais é tratado de forma deficitária pelos tribunais

brasileiros. O cenário calca-se preocupante, haja vista que a escassez representa uma realidade inevitável, sendo de precípua importância para o debate sobre a concretização dos direitos fundamentais. A indiferença dos tribunais com a escassez de recursos na saúde não importa necessariamente na prevalência dos direitos à vida e à saúde, posto que potencialmente representam a negativa destes direitos à coletividade.

Referências

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: rationing hospital care.** Washington: The Brookings Institution, 1984.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha.** Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez e as decisões trágicas. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista UNIJUS**, Uberaba, MG, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Agravante: União. Agravado: Estado do Ceará. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: 11nq.com/nExpJ. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 855.178. Embargante: União. Apelado: M. A. da C. S. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 de maio de 2019. Disponível em: 11nq.com/mkaJh. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRONZE, Fernando José. **Analogias.** Coimbra: Coimbra Editora, 2012

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Estudo do Direito.** 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CAENAGEM, R.C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado.** Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMBI, Eduadro; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR., Fredie. et al. (Coord.). **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015, p.335-360.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no Novo CPC: o Contraditório Forte e os Precedentes.** Jundiá: Paco Editorial, 2014.

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. **Fundamentos da decisão no Novo CPC: o Contraditório Forte e os Precedentes.** Jundiá: Paco Editorial, 2014.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano**, Vol. I. 4ª edição. Coimbra: DisLivro. 1984.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde públ.**, São Paulo, 22 (1),

p. 57-63, fev. 1998. Disponível em: l1nq.com/2JC9p. Acesso em: 22 abr. 2020.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; NUNES, Dierle; MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais: um problema em aberto para o legislador e para o novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p. 473-493, nov. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 2. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Vol. 24, n. 3, p.696-701, 2008. Disponível em: l1nq.com/4whs0. Acesso em: 10 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 13ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p.7-33, jan./jun., 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Por que a Liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KILNER, Jonh F. **Who lives? Who dies?** Ethical Criteria in Patient Selection. New Haven, Yale University Press, 1990.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the Philosophical foundations of the economic analysis of law. Translated by Deborah Shannon. Norwhich: Springer, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Hucitec Editora da Universidade Estadual Paulista; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 1994.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p.29-41, abr. 2007. Disponível em: l1nq.com/b90Zk. Acesso em: 28 dez. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Allan Rocha. A efetividade das normas constitucionais programáticas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, nº 6, ano VI, p. 9-43, jun. 2005. Disponível em: l1nq.com/NOMTP. Acesso em 25 jun. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O CONCEITO DE DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Anne Michelle Schneider

Especialista em Direitos Humanos pelo IGC/Coimbra, Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa, Advogada no Brasil e em Portugal

Resumo:

O trabalho que ora se apresenta tem por objetivo geral compreender o conceito de dignidade pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Como objetivos específicos, analisou-se a evolução do que se entende por dignidade da pessoa humana e as circunstâncias que possibilitaram o seu ingresso no ordenamento jurídico internacional como um valor jurídico de caráter universal e vinculante. Para realizar esse intento, partimos do que se entendia por dignidade humana na antiguidade clássica, passamos pelas circunstâncias que permitiram o seu florescimento sob a perspectiva teológica da filosofia cristã de Agostinho, Boécio e São Tomás de Aquino para chegar até a sua secularização, o que aconteceu pelas mãos de Immanuel Kant. Daí, analisamos como o conceito, secularizado, foi recuperado pelo filósofo católico Jacques Maritain para influenciar a redação do documento de 1948. O filósofo é apontado como um ator que contribuiu para a escolha do termo “pessoa humana” como elemento central em torno do qual todos os demais direitos convergiriam, operando como elemento de intersecção multicultural entre as nações, o que favoreceu a obtenção de um amplo consenso em torno de um rol mínimo de valores entendidos como universais, colocando a proteção da pessoa humana como o valor central a ser protegido pelo ordenamento jurídico internacional, num patamar nunca atingido. Daí não ser exagerado pensar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 está para a comunidade jurídica assim como o cristianismo esteve para a comunidade religiosa há 2 mil anos atrás.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Dignidade da pessoa humana; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Tomás de Aquino; Jacques Maritain.

Introdução

A construção do conceito de “dignidade da pessoa humana” é fruto de longo tempo. Os seus elementos decorrem inicialmente de preocupações da religião e da filosofia para só posteriormente ser assumido enquanto norma jurídica pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir desse momento, passou a integrar o ordenamento jurídico de muitos países, constando expressamente nas suas Constituições, como se verifica no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como na União Europeia, onde tornou-se vinculante na maior parte dos países.

O presente trabalho pretende analisar as circunstâncias que possibilitaram o seu ingresso no ordenamento jurídico internacional como um valor jurídico de caráter universal e vinculante, partindo do que se entendia por dignidade humana na antiguidade clássica, passando pelas circunstâncias do seu desenvolvimento segundo a perspectiva teológica da filosofia cristã de Agostinho, Boécio e São Tomás de Aquino para chegar até a sua secularização, o que aconteceu pelas mãos de Immanuel Kant.

Dissociado de sua origem religiosa, exploramos como o conceito foi recuperado pelo filósofo católico Jacques Maritain para influenciar a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pois foi a escolha do termo “pessoa humana” como elemento de intersecção multicultural entre as nações o que oportunizou o amplo consenso em torno de um rol mínimo de valores entendidos como universais, elevando assim a obrigatoriedade de proteger a pessoa humana como o valor central em torno do qual todo o edifício jurídico convergiria

A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana na antiguidade clássica

Entre os autores que estudam o tema da dignidade da pessoa humana a partir da antiguidade clássica, existe uma certa uniformidade no sentido de afirmarem que a dignidade não era reconhecida a todas as pessoas na mesma intensidade. Isso porque a dignidade estava vinculada à importância da função por ela exercida na sociedade.

Assim, a escravidão e outras formas de discriminação - contra mulheres, crianças, estrangeiros, por exemplo - eram não só toleradas como justificadas. A desigualdade era a ordem natural. A justiça se aplicava para reestabelecer o equilíbrio da desigualdade, aceita como normal e entendida como necessária para a própria sobrevivência dos grupos, que dependiam das guerras e do trabalho escravo.

Mesmo nos momentos em que irromperam ideias que contrariaram o que era aceito como ordem natural, observam-se discriminações. A filosofia estoica não reconheceu autonomia à mulher. Na democracia grega, a escravidão era naturalizada. Assim, o mundo antigo era marcado por profundas

diferenças e o que se reconhece hoje por dignidade humana não era um valor universal reconhecido a todas as pessoas, nem igualitário, pois estava vinculada a posição da pessoa na sociedade, admitindo-se, nessa perspectiva, a “modulação” da dignidade segundo a função.

A influência da tradição judaico-cristã

Mais adiante, um desenvolvimento importante ocorre com o surgimento do monoteísmo hebraico, que foi preparado pelo desenvolvimento da tragédia e democracia gregas, em uma época em que se verificou um processo de supressão do poder político coincidente com os questionamentos dos mitos religiosos tradicionais¹.

Seguindo uma tendência de racionalização, a religião tornou-se menos ritualística e fantástica e mais pessoal e direta. Com cultos menos coletivos e indiretos, o indivíduo passou a entrar em contato direto com Deus sem que para isso fosse necessário o grupo ou mesmo a intermediação de um sacerdote, o que possibilitou que o monoteísmo projetasse sua influência para além dos grupos, criando condições para o surgimento de uma religião de cunho universal, com o culto de um Deus único, trazendo a possibilidade de paz entre os povos².

Com efeito, o Professor Jónatas E. M. Machado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, destaca a importância do surgimento do monoteísmo na história universal, chamando a atenção para o fato de que foi a crença na aliança entre Deus e o povo de Israel que deu origem à ideia da existência de um código de ética único e universal que deveria ser seguido por todos, pois colocado por Deus, uma autoridade superior às constituídas em qualquer tempo e lugar³.

Segundo o Antigo Testamento⁴, composto por livros que fundamentam a tradição judaica da qual o cristianismo é herdeiro, o fundamento religioso para isso é a crença de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança (*Imago Dei*), trazendo a ideia de amar ao próximo como a si mesmo⁵, uma vez que o próximo reflete a imagem de Deus, o que impõe também o dever de agir buscando o bem e a felicidade do próximo como se busca o próprio bem e a própria felicidade.

1 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21-22.

2 *Ibid.*, p. 21-23.

3 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Os rastros teológicos do direito internacional: reflexões em torno de sua relevância na atualidade. In: SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coord.). **Liber Amicorum Fausto de Quadros**. V. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 647-699.

4 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: patrística e escolástica**, v. 2. São Paulo: Paulus, 2003. p. 3-24.

5 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-19.

Depois, as narrativas acerca da vida e obra de Jesus Cristo - o rei dos judeus, o messias prometido pela tradição judaica - criaram as bases para o surgimento de uma religião que superou a ideia da aliança firmada com o povo judeu, essencialmente vinculada à sua etnia. Assim, propagou a mensagem de reconciliação não só entre Deus e os homens, mas entre todos os homens, ultrapassando, pois, a ideia de que existe um povo escolhido por Deus entre todos os outros povos.

Ressalta-se, então, a necessidade de combater as desigualdades e nesse sentido, a Igreja Católica, primeira a promover a mensagem de Jesus Cristo, foi fundamental para a propagação das novas ideias: liberdade, igualdade e o autogoverno. Nesse contexto, os líderes deveriam ser escolhidos por todos e os bens deveriam ser repartidos entre todos para que ninguém passasse por necessidades e essa mensagem deveria chegar a todos os povos, em todos os lugares da terra, uma vez que todos eram filhos do mesmo pai e, portanto, em última análise, parentes uns dos outros⁶.

As ideias propagadas por Cristo e depois pelos seus apóstolos eram novas e surpreendentes eis que em todos os lugares desde os primeiros momentos da história as divindades estavam ligadas aos povos e os estrangeiros eram por isso rejeitados pelos templos, excluídos, portanto, das religiões locais⁷. Com o surgimento do cristianismo, começou-se a ensinar que todos tinham uma origem comum, descendiam de um mesmo pai (Deus), reconhecendo-se a unidade da raça humana e desde então “passou a ser necessidade de a religião proibir o homem de odiar os outros homens”⁸.

Assim, o politeísmo outrora reinante foi paulatinamente posto em xeque. Depois da morte de Cristo, os seus seguidores, inicialmente perseguidos, tiveram a sua fé tornada lícita e viram-na ser adotada como a religião oficial no Império Romano. Independente dos motivos políticos que tenham implicado essa reviravolta, é inegável que a consolidação do cristianismo contou com o trabalho de grandes líderes que tiveram ação não apenas religiosa, mas principalmente política para a propagação da sua fé, que foi ao longo do tempo ganhando alicerces importantes, contribuindo para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana.

Nesse norte, é crucial o pensamento de São Paulo, que era um funcionário público romano cobrador de impostos que se converteu ao monoteísmo cristão e pelo conjunto de sua obra é considerado um personagem fundamental nos primeiros anos do cristianismo. Tido por muitos como grande responsável pelo caráter universal da doutrina cristã, o apóstolo dos gentios espalhou a ideia de que Cristo se fez homem para todos os homens, não apenas para os judeus. Na Carta aos Gálatas, é conhecida a passagem em que destaca que

6 MACHADO, *op. cit.*, p. 657.

7 COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. p. 128-136. E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. Acesso em: 9 dez. 2022..

8 *Ibid.*, p. 355.

“não há judeu nem grego, escravo ou livre, homem ou mulher, pois todos vós sois um só, em Cristo Jesus.”⁹ Ao propagar as ideias como a salvação pela fé e não pela lei, calcadas numa igualdade essencial, foi tomado como subversivo pelos romanos, porém, conforme Lafer¹⁰, foram essas ideias que tornaram a ideia dos direitos humanos possível.

De fato, a tradição judaico-cristã criou bases para o antropocentrismo numa proporção que não foi alcançada pela filosofia grega, que valorizava o cosmos acima de tudo, ao qual o homem estava ligado, mas não lhe era superior. A partir da tradição religiosa, o homem foi compreendido como feito à imagem e semelhança de Deus, senhor de todas as coisas, dono de todas as coisas, capaz de buscar a santidade pela vontade de obedecer à Deus, o que o colocou acima de todas as criaturas, de forma diferente do pensamento dos filósofos gregos, que entendiam que o homem poderia alcançar a Deus, mas pelo intelecto, pelo conhecimento, o que o cristianismo admite através da vontade¹¹.

Assim, a mensagem de Cristo se funda na ideia da criação de todos os homens por um só Deus, que por meio de Cristo faz com toda a família humana a aliança que derruba todos os muros divisórios, pois para o Cristianismo, todos os homens, não só os judeus, são o povo de Deus e formam uma família universal. A ideia da criação divina deriva da tradição judaica, mas dela se diferencia, por exemplo, por não exigir uma continuidade étnica, o que foi fundamental para o reconhecimento da igualdade e universalidade posteriormente adotada pela proposta dos direitos humanos tal qual inserida na Declaração de 1948, eis que esse norte de pensamento coloca em xeque as discriminações de origens étnicas, raciais, sociais, entre outras¹².

Em consequência disso, a mensagem do cristianismo coloca a soberania e o controle fronteiro em questão, pois em sentido oposto à lógica do eu e do outro, o valor que procura promover é o da unidade da família humana, a família de Deus, que se funda na igualdade de todos e que é encontrado em muitas partes da doutrina desenvolvida pela Igreja Católica, que foi a instituição fundamental para a propagação das novas ideias¹³.

Reputa-se ao cristianismo a construção do conceito de pessoa humana, pois no grego e no latim não havia termo que descrevesse o homem com o significado de pessoa conforme foi desenvolvido pela filosofia e teologia católica, ou seja, como um ser único, irrepetível, insubstituível, autônomo e

9 SCHÖKEL, Luís Alonso. **Bíblia do peregrino**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2018. p. 2392.

10 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 137-237.

11 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: patrística e escolástica, v. 2. São Paulo: Paulus, 2003. p. 3-24.

12 FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. Direitos humanos e cristianismo: a igualdade entre os homens e o princípio da universalidade. **Revista Carta Internacional**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 82-88, 2009. Disponível em: <https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/522/274> Acesso em: 9 dez. 2022.

13 *Ibid.*, p. 82-88.

livre, o que pode ser explicado, em parte, pela ideia organicista da sociedade no mundo antigo. Como o indivíduo era identificado mais pelos núcleos aos quais pertencia do que pelos atributos pessoais, a sua dignidade era auferida e modulada de acordo com a importância de sua função para a sobrevivência do próprio grupo.

Depois de Cristo e dos apóstolos, outros personagens importantes para a propagação da fé cristã influenciaram o pensamento medieval, contribuindo para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana. Com efeito, no início, os membros da Igreja Católica desempenharam o papel de ligação entre o conhecimento produzido no mundo clássico e a cultura medieval, trazendo categorias da filosofia dos antigos ao pensamento cristão.

Os pensadores cristãos ressaltaram a dignidade especial do homem em relação a outras criaturas, unindo a natureza racional já explorada pelos antigos a uma alma espiritual criada pelo Deus único que se fez homem em Cristo para redimir e salvar todos os homens. Na Idade Média colonizada pelo cristianismo desenvolveram-se ideias como a do livre-arbítrio do homem para escolher agir conforme os mandamentos da verdade revelada e, por meio da liberdade e autonomia, optar por realizar o bem no mundo, desenvolvendo suas potencialidades e criando no mundo material o mundo perfeito almejado por Deus.

Por outro lado, nesse momento, o homem está vinculado à espiritualidade, pois a ideia é a de que foi criado à imagem e semelhança de Deus, devendo se esforçar para realizar no mundo dos homens a ordem preconizada por Deus. Conforme explorado por Adorno¹⁴, segundo a tradição cristã herdada de Aristóteles, o núcleo de todo ser humano é a alma, que está conaturalmente relacionada ao corpo, compondo com ele uma unidade substancial, a unidade substancial da pessoa.

O conhecimento dos filósofos e teólogos cristãos foi produzido num primeiro momento nas Igrejas e mosteiros, depois nas universidades. Destacou-se, na Patrística, Santo Agostinho, que recuperou o pensamento de Platão e, posteriormente, na Escolástica, São Tomás de Aquino, que incorporou na teologia e filosofia cristã o pensamento de Aristóteles¹⁵.

Para Santo Agostinho (354 a 430 d.C.), o homem é uma alma racional, que se utiliza de um corpo material e mortal (a alma recebeu o corpo como servo), mas a alma é superior porque é a imagem de Deus, porque pode conhecê-lo. O bispo de Hipona ensina que Deus concede ao homem o livre-arbítrio para que possa decidir entre o bem e o mal. A prática do bem conduz o homem à salvação e a prática do mal, por meio do pecado, leva o homem

14 ADORNO, Roberto. Human Dignity and Human Rights. In: TEN HAVE, Hack, GORDIJN, Bert (editores). **Handbook of Global Bioethics**. Dordrecht: Springer, 2014. p. 45-57. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/278689454_Human_Dignity_and_Human_Rights Acesso em: 9 dez. 2022.

15 WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. **Revista Crítica Jurídica Nueva Época**, n. 19, p. 15-31, 2001.

ao castigo¹⁶. A salvação e o castigo são o prêmio e a punição para as escolhas do homem. Para chegar à cidade de Deus, o homem deve fazer boas escolhas na cidade dos homens¹⁷. Ao relacionar a ideia de livre-arbítrio com liberdade, Santo Agostinho introduziu uma mudança radical em relação ao pensamento clássico, porque neste a liberdade era um *status* que se relacionava com a política¹⁸.

Mas a liberdade, para Santo Agostinho, só é plena se o homem escolher seguir o bem, que é agir de acordo com a vontade de Deus, pois a liberdade para ele tem o sentido de livrar o homem do pecado. Para ele, somente no reino de Deus todos os homens são livres e essa é a grande promessa do cristianismo: Deus se fez homem em Cristo para que todos, e não apenas o povo escolhido (judeus), pudessem ser redimidos e salvos, daí que a ideia de liberdade deixou de ser um *status* político ligado a um grupo social¹⁹ e passou a ser acessível a todos. A partir do cristianismo, a liberdade é decorrente de escolher bem. A universalidade e a igualdade são estabelecidas pelo fato de que se acredita e se propaga que a salvação é acessível a todos porque só depende da fé.

Suas formulações receberam de forma genial a tradição da filosofia platônica para adequá-la à tradição bíblica e cristã da patrística latina, tornando-se a matriz da concepção medieval do homem até o século XII, que veio depois a se aperfeiçoar com o pensamento de São Tomás de Aquino²⁰. As ideias de Santo Agostinho sobre o bem e o mal como consequências do livre-arbítrio influenciaram a consolidação da ideia de responsabilidade do homem pelas escolhas que faz²¹. E o conjunto de sua obra é tão profundo que marcou indelevelmente a cultura ocidental, segundo Machado²², nos mil anos posteriores.

A partir de Sócrates, os filósofos gregos passam a dizer que o homem bom é o que sabe e conhece pois o bem e a virtude são ciência, porém Agostinho defende que o homem bom é o que ama, e mais ainda, o que ama aquilo que deve amar²³. Diferente do intelectualismo grego que não deu grande importância para a vontade, Agostinho reflete e sofre por se dar conta da contrariedade entre o seu querer, a sua vontade, e a vontade de Deus, o que é resolvido por ele através da abdicação completa da sua vontade para realizar a

16 AGOSTINHO, Aurélio. O livre-arbítrio. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1995.

17 AGOSTINHO, Aurélio. A cidade de Deus contra os pagãos. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999

18 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O conceito de liberdade em Santo Agostinho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 101, p. 1079-1091, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67734/70342> Acesso em: 9 dez. 2022.

19 *Ibid.*, p. 1079-1091.

20 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia filosófica**. V. 1. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

21 TOMASEVICIUS FILHO, *op. cit.*, p. 1079-1091.

22 MACHADO, *op. cit.*, p. 657.

23 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario, *op. cit.*, p. 459.

vontade nele exercida por Deus²⁴.

Tal posicionamento é considerado completamente novo em relação ao pensamento clássico, uma vez que a filosofia grega não conhecia a contrariedade entre o sentimento religioso e a vontade do indivíduo, pois entende a vontade como uma função ligada ao intelecto, que indica a meta a alcançar, sem que isso se torne algo objeto de reflexão. Assim, “é a problemática religiosa, o confronto da vontade humana com a vontade divina que leva à descoberta do eu como pessoa”.²⁵

São Tomás de Aquino, seguindo a tradição agostiniana, entende o homem como criado à imagem e semelhança de Deus (*Imago Dei*). Nele, a qualidade do espírito, que possui natureza intelectual, racional, coloca o homem como imagem de Deus²⁶, porém, assim como Agostinho, no pensamento de Tomás de Aquino essa imagem não é perfeita. Para o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, o homem precisa viver em sociedade, então para ele todos os homens são indivíduos que precisam fazer parte da sociedade. A pessoa humana é o indivíduo, o homem que possui uma alma (racional, intelectual, superior e divina) ligada a um corpo, ou seja, é um composto de alma e matéria (helimorfismo aristotélico), em que a alma é a própria forma do corpo²⁷. Distingue-se das demais porque tem autonomia.

Aqui, é importante frisar a importância de Boécio, pois foi a partir de suas ponderações a respeito da natureza de Jesus Cristo que Tomás de Aquino definiu o seu conceito de pessoa humana²⁸. Considerado o último romano e primeiro escolástico, um dos primeiros a aliar fé e razão, Boécio, na obra “Tratado sobre as duas naturezas”, de 512 d.C., faz referências a discussões travadas nos Concílios Ecumênicos de Éfeso e da Calcedônia, em 431 e 451 d.C., respectivamente, definiu a pessoa como a “substância individual de natureza racional.”²⁹ Como havia uma discussão teológica sobre a natureza da pessoa de Jesus Cristo, Boécio escreveu a obra para explicar o seu ponto de vista: Jesus Cristo é uma só pessoa com duas naturezas, uma divina e uma humana.

Tomás de Aquino, discorreu expressamente sobre a afirmação de Boécio, destacando a liberdade como característica intrínseca da pessoa. O teólogo dominicano individualizou a pessoa humana no mundo, afirmando a particularidade de ser capaz de ter o domínio dos seus atos e agir por si mesmo, diferenciando-se das demais³⁰. O que caracteriza a pessoa humana de modo

24 *Ibid.*, p. 81-116.

25 *Ibid.*, p. 89.

26 OLIVEIRA, Terezinha; PIRATELI, Marcelo Augusto. Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences**, Maringá, v. 30, n. 1, p. 105-113, 2008.

27 AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 9 volumes publicados entre 2009 e 2013.

28 LAUAND, Luis Jean. Introdução. *In*: AQUINO, Tomás de. **Sobre o ensino (De magistro)**: os sete pecados capitais. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 3-22.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 18.

30 Ao comentar a questão 29 da obra Suma Teológica, o teólogo dominicano responde:

particular, portanto, é o seu modo de ser no mundo, que só é possível através da liberdade. Ao se propor a comentar se deve ser atribuído a Deus o nome de pessoa, Tomás de Aquino explicita que a pessoa é o que há de mais perfeito no mundo. Ao diferenciar o animal do homem, e a pessoa humana da pessoa divina, Tomás de Aquino desenvolveu o conceito de pessoa humana, que é a pessoa em geral (composta de carnes, ossos e alma) que se individualiza das demais por sua característica racional³¹.

Desse modo, entendemos ser impossível deixar de reconhecer em Tomás de Aquino a matriz do pensamento do que se entende por dignidade da pessoa humana que influenciou diversos outros autores, de Kant a Jacques Maritain, e veio depois a também influenciar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, trazendo até os dias atuais a sacralidade da pessoa humana - porque inicialmente foi pensada como uma criação divina, feita à própria imagem e semelhança de Deus, o que emprestou ao homem uma centralidade e importância que não tinham sido pensadas no mundo grego, que em geral não via o homem como o ser mais importante, mas apenas como parte integrante do cosmos. Ao fazer isso, entende-se que supera a tradição aristotélica herdada, pois o indivíduo de Tomás de Aquino vai além de sua diferenciação perante a espécie.

Ainda que vincule o homem a uma alma criada por Deus, é impossível não reputar ao Doutor Dominicano o entendimento de que a pessoa humana é o que se distingue das demais criaturas por ser uma porção individualizada de “carnes, ossos e alma” que tem a liberdade de ser senhora dos próprios atos, ou seja, de escolher agir segundo sua própria consciência, o que a individualiza perante as demais e é isso que a torna irrepetível e insubstituível.

Oliveira e Pirateli, ao explicar o tema da pessoa em Tomás de Aquino, mencionam que “o que faz de Sócrates um homem pode ser encontrado em todos os homens, no entanto o que faz com que este homem seja Sócrates pertence a ele”³². E continuam: “a pessoa humana não se define pela natureza humana encontrada em Sócrates ou Platão, mas é Sócrates e Platão.”³³ Eis a síntese do que é a pessoa humana para Santo Tomás de Aquino, de onde podemos formular a hipótese de que o caráter único e insubstituível da pessoa humana decorre da liberdade e autonomia para agir como senhora de si, o que já foi reconhecido por Tomás de Aquino na Idade Médica colonizada

“O particular e o indivíduo realizam-se de maneira ainda mais especial e perfeita nas substâncias racionais que têm o domínio de seus atos e não são apenas movidas na ação como as outras, mas agem por si mesmas. Ora, as ações estão nos singulares. Por isso, entre as outras substâncias os indivíduos de natureza racional têm o nome especial de pessoa. E eis por que, na definição acima, diz-se: a substância individual, para significar o singular no gênero substância. E acrescenta-se “de natureza racional” para significar o singular nas substâncias racionais”. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. V. 1. São Paulo: Loyola, 2009. Comentários à questão n. 29, p. 523.

31 AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. V. 1. São Paulo: Loyola, 2009. Comentários à questão 3, p. 175.

32 OLIVEIRA, Terezinha; PIRATELI, Marcelo Augusto, *op. cit.*, p. 113.

33 *Ibid.*, p. 113.

pelo cristianismo.

A transição do teocentrismo para o antropocentrismo, descrita como o processo de racionalização e laicização que marcaram a passagem do mundo medieval para o mundo moderno implicou a transformação na forma de compreensão do mundo, que foi do humanismo renascentista ao racionalismo e ao iluminismo, colocando o homem no lugar de Deus e da religião.

O filósofo que contribuiu para a compreensão da dignidade humana dissociada da ideia de Deus e da religião foi Immanuel Kant, pois tratou a dignidade humana como algo inerente ao homem, fruto da autonomia ética (uma razão prática) que é inerente a todo ser humano, independente de qualquer vinculação espiritual³⁴.

No que diz respeito à dignidade, Kant assevera que o ser humano, é o único que tem autonomia da vontade, que é a capacidade de agir segundo as suas próprias leis (ser o legislador de si mesmo), e nisso consiste a sua dignidade, porque enquanto ser racional “não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”³⁵.

Vemos isso como um desenvolvimento do que já havia sido preparado por Agostinho, Boécio e por Tomás de Aquino, uma vez que, como mencionado, a possibilidade de ser possuidor de uma vontade que conflita com o sentimento do dever moral já havia sido tratado por Agostinho, a autonomia, liberdade e individualidade que faz o homem ser insubstituível já haviam sido tratados por Boécio e Tomás de Aquino. Ainda que submersos numa visão espiritual do mundo, em que o homem é visto como ser criado por Deus e a ele ligado por uma alma imaterial, é impossível deixar de reconhecer a influência do pensamento cristão em Kant.

O ingresso do conceito de dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada um marco histórico, pois “ao afirmar, pela primeira vez, em escala planetária, o papel dos direitos humanos na convivência coletiva, pode ser considerada um evento inaugural de uma nova concepção de vida internacional”³⁶. Apesar disso, é constantemente criticada sob o argumento de se pretender universal, o que não seria possível por ter sido formulada com base no pensamento ocidental, orientado pelo etnocentrismo e no individualismo, que restringem a perspectiva da concepção de direitos, que ficam adstritos a uma perspectiva de direitos

34 DIAS, José Francisco de Assis; KRACIESKI, Gabriel Jasper. Evolução filosófica do conceito de dignidade humana. **Aufklärung**: revista de filosofia, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 135-152, 2021. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8107832>> Acesso em: 29 jun. 2022.

35 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1ª ed. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007. p. 77.

36 LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Editora Contexto, 2012. p. 297.

civis e políticos individuais, em detrimento dos sociais e econômicos, e a uma perspectiva de liberdades individuais que se sobrepõe às relações sociais³⁷.

Em outro sentido, alguns autores apontam a participação dos países latino-americano no contexto da elaboração e aprovação da Carta das Nações Unidas e da Declaração de 1948³⁸, o que revelaria que não foi um documento imposto “coercitivamente” pelas potências do norte global aos países pobres do sul global.

Além disso, antes da promulgação do documento de 1948, a UNESCO, uma agência especializada da ONU que entrou em funcionamento em 1946 realizou um estudo sobre os direitos que deveriam compor um documento com valor universal. Assim, o Comitê da UNESCO sobre as bases teóricas dos direitos humanos foi realizado em 1947 e contou com a participação de historiadores e filósofos, entre eles E. H. Carr (Cambridge), Richard Mckeon (Universidade de Chicago) e Jacques Maritain, filósofo social francês que funcionou como relator deste estudo. Neste momento, foi elaborado o estudo denominado As bases de uma Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Referido estudo foi elaborado de acordo com as mais de setenta respostas recebidas para os questionários que haviam sido enviados para os principais pensadores e filósofos do mundo na época, que foram indagados sobre os valores que entendiam comuns no mundo todo, sob perspectivas diversas, desde a americana e europeia, até a chinesa, islâmica, hindu e socialista³⁹.

O resultado deste estudo foi compilado e enviado à Comissão de Direitos Humanos da ONU, que era o órgão responsável pela redação da Declaração de 1948. O que surpreendeu a todos foi o fato de que, apesar de as respostas terem sido dadas por personalidades do mundo todo e serem fundamentadas em tradições, culturas, filosofias e religiões que por vezes não só eram distintas, mas também contrapostas, foi possível identificar um conjunto de quinze direitos humanos universais básicos que, mesmo sob justificações diversas, repetiram-se nas respostas enviadas⁴⁰.

Não obstante isso, vivia-se um cenário político de muita instabilidade e de pressão por todos os lados. Para confeccionar o documento que veio a se tornar a Declaração de 1948, os intelectuais que ficaram encarregados tanto

37 POLLIS, Adamantia; SCHWAB, Peter. Human rights: a western construct with limited applicability. In: ADAMANTIA, Pollis; SCHWAB, Peter (eds). **Human Rights: cultural and ideological perspectives**. New York: Praeger, 1979. p. 1-18.

38 SIKKINK, Kathryn. Latin America's protagonist role in human rights. **Sur International Journal on Human Rights**, v. 12, n. 22, p. 207-219, 2015.

39 GLENDON, Mary Ann. **A world made new**: Eleanor Roosevelt and the universal declaration of human rights. New York: Random House, 2001.

40 Os direitos elencados pelo Estudo da UNESCO são os seguintes: (1) vida; (2) saúde; (3) trabalho; (4) assistência social; (5) propriedade; (6) educação; (7) informação; (8) liberdade de pensamento e instrução (9) autoexpressão; (10) processo justo; (11) participação política; (12) liberdade de expressão, reunião, associação, culto, e imprensa; (13) cidadania; (14) resistência; (15) progresso. GOODALE, Mark. **Letters to the contrary**: a curated history of the UNESCO human rights survey. Reedwood City: Stanford University Press, 2018. p. 62-65.

do estudo da UNESCO como da própria redação do documento, que estava a cargo da Comissão de Direitos Humanos, tinham que respeitar as sensibilidades de todos os membros dos Estados que compunham a ONU, pois o sucesso da empreitada dependia do grau de consenso que fossem capazes de obter.

É que, apesar de chegarem a uma lista de quinze direitos humanos básicos, as justificativas apresentadas para que fossem considerados universais eram muito diferentes. Os Estados que participaram inicialmente da ONU não queriam explicar as escolhas feitas pois se o fizessem, dificilmente chegariam a concordar entre eles pois, como dito, embora a lista fosse fruto de um consenso, o mesmo não acontecia com os seus fundamentos⁴¹.

Esse problema, segundo Glendon⁴², foi solucionado por Jacques Maritain, um filósofo estudioso da obra de Tomás de Aquino, que foi capaz de identificar que o consenso dependia do que escolhessem como valor fundamental e como isso seria integrados por limitações mútuas.

Assim, conforme sugestão de Maritain, foi escolhido o termo “pessoa” para expressar o valor fundamental em torno do qual todos os direitos humanos iriam gravitar, que serviria ao mesmo tempo como valor fundamental e como valor limitante. Além disso, a escolha da palavra “pessoa” acaba por fornecer proteção integral ao ser humano, uma vez que contempla homem em todos os meios nos quais se acha inserido, desde a sociedade política, passando pelo ambiente de trabalho, pela família, pelas coletividades, até os grupos religiosos⁴³. Daí que os direitos humanos que foram escolhidos para compor a Declaração de 1948 são comparados a notas musicais que devem ser lidas e compreendida em uma mesma melodia, pois lidas separadamente perdem a capacidade de criar a harmonia prevista⁴⁴.

A participação do filósofo católico no processo que levou à redação da Declaração de 1948 e o conseqüente acatamento da sua sugestão pela escolha do termo “pessoa” como elemento central ao qual todos os direitos humanos convergiriam, colocou o ser humano no centro da comunidade internacional. O emprego do conceito de pessoa humana foi expressamente dissociado de caráter religioso, o que não lhe diminuiu a importância e permitiu que se alcançasse o amplo consenso entre os primeiros países signatários da Declaração de 1948, buscando promover, no plano jurídico internacional, a mesma revolução operada pelo cristianismo no plano religioso quando de seu surgimento.

Por fim, o fato de a redação de a Declaração Universal dos Direitos Humanos ter tomado como norte uma lista de quinze direitos que foram resultado do consenso apurado em uma pesquisa realizada globalmente pela revela

41 AZEVEDO, Ferdinand. Jacques Maritain e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In*: BENVENUTO, Jayme [et al.]. **Direitos Humanos**: debates contemporâneos. Recife: Ed. do Autor, 2009. p. 8-18.

42 GLENDON, *op. cit.*.

43 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 8-18.

44 AZEVEDO, *op. cit.*, p. 8-18.

que pelo menos alguns dos valores morais cristãos, mesmo quando dissociados de seu caráter religioso, continuam universais.

Considerações finais

Do estudo feito, podemos concluir que no mundo antigo não havia igualdade entre os homens e, portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana possível estava relacionado à função exercida na sociedade, pois o grupo era mais importante que o indivíduo.

O surgimento do judaísmo implicou também o surgimento do mono-teísmo, o que acarretou a possibilidade da adoção de um código de ética único. Herança da tradição judaica, a ideia do homem criado à imagem e semelhança de Deus colocou o homem como o ser mais importante entre as criaturas, o que não foi feito pela filosofia grega. No entanto, o judaísmo ainda é considerado um sistema de valores éticos restritivo, pois segundo a crença hebraica a aliança foi feita com o povo escolhido, o povo hebreu, e é sabido que se trata de uma religião com forte componente étnico.

O advento do cristianismo revolucionou o mundo ocidental, alterando para sempre o curso da história. A segunda aliança, intermediada por Cristo, permitiu que todos os homens participem do Reino de Deus. Os ensinamentos propagados por Cristo inverteram os valores dominantes no mundo antigo. As ideias de igualdade e universalidade que orientam os valores cristãos subverteram a lógica da desigualdade social reinante até então.

A revolução operada pelo cristianismo é importante para a compreensão da construção do conceito de dignidade de pessoa humana, destacando-se a obra de Santo Agostinho, Boécio e São Tomás de Aquino. No mundo ocidental, profundamente influenciado pelo cristianismo, a dignidade da pessoa humana é um atributo de todos os homens que se origina da crença de que o homem foi criado por Deus à sua imagem e semelhança. Ainda que reconhecido como fruto da criação divina, ligado a Deus por meio de uma alma imortal, a individualidade do homem é reconhecida no seio do cristianismo a partir das ideias de livre-arbítrio, liberdade e autonomia, que tornam a pessoa humana única no mundo e, portanto, insubstituível.

Influenciado pela tradição judaico-cristã, o filósofo Immanuel Kant secularizou o conceito de dignidade da pessoa humana ao compreender o ser humano como capaz de, pela via racional, decidir agir de acordo com a sua vontade, escolhendo o que é melhor para si e para os outros, o que impõe a obrigação de considerar os demais como fins em si mesmos e não como coisas, pois as pessoas possuem valor e não preço. Kant dissociou o seu conceito de dignidade da pessoa humana da ideia religiosa, mas não extirpou completamente a influência do pensamento cristão pois o que individualiza o homem no mundo para Kant - a capacidade de decidir por si mesmo - já foi descrita por Tomás de Aquino quando discorre sobre a capacidade de as pessoas serem senhoras dos próprios atos e escolherem agir por si mesmas, indepen-

dente das demais.

A obrigação de proteger a dignidade da pessoa humana enquanto comportamento ético, universal, obrigatório e vinculante no plano jurídico internacional só foi possível a partir do desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana que, como dito, foi inicialmente construída pelos teólogos e filósofos cristãos católicos, a partir da ideia da criação divina do homem à imagem e semelhança de Deus, que emprestou ao homem uma importância que não foi alcançado no mundo greco-romano. Essa ideia sacralizou a pessoa humana, mas foi depois separada de seu valor religioso por Kant, o que permitiu o seu ingresso no ordenamento jurídico internacional como uma ideia de caráter secular.

A participação do filósofo católico Jacques Maritain, um atualizador da obra de São Tomás de Aquino, no processo que levou à redação da Declaração de Direitos Humanos de 1948 e o consequente acatamento da sua sugestão pela escolha do termo “pessoa” como elemento central ao qual todos os direitos humanos convergiam, colocou o ser humano como valor central na comunidade jurídica internacional.

No documento de 1948, o emprego do conceito de pessoa humana dissociado de seu significado religioso permitiu que se promovesse no plano jurídico internacional a mesma revolução operada pelo cristianismo no plano religioso quando de seu surgimento. Daí não ser exagerado pensar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 está para a comunidade jurídica assim como o cristianismo esteve para a comunidade religiosa há 2 mil anos atrás. Trata-se, no entanto, de um processo recentíssimo, em pleno curso de assimilação pela ordem jurídica internacional.

A redação da Declaração de 1948 foi orientada pela lista de quinze direitos humanos básicos que resultaram de um estudo prévio realizado pela UNESCO, em que foram consultados pensadores, personalidades e filósofos do mundo inteiro, o que revela a existência de um consenso em torno dos valores tutelados no documento, a indicar que pelo menos alguns dos valores morais propagados pelo cristãos, mesmo quando dissociados de seu caráter religioso, também são universais

Referências

ADORNO, Roberto. Human Dignity and Human Rights. *In: TEN HAVE, Hack, GORDIJN, Bert (eds.). Handbook of Global Bioethics*. Dordrecht: Springer, 2014. p. 45-57. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/278689454_Human_Dignity_and_Human_Rights Acesso em: 9 dez. 2022.

AGOSTINHO, Aurélio. A trindade. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. O livre-arbítrio. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. A cidade de Deus: contra os pagãos. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 9 volumes publicados

entre 2009 e 2013.

AZEVEDO, Ferdinand. Jacques Maritain e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In:*

BENVENUTO, Jayme [et al.]. **Direitos Humanos: debates contemporâneos**. Recife: Ed. do Autor, 2009. p. 8-18.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961. E-book disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. Acesso em: 9 dez. 2022.

DIAS, José Francisco de Assis; KRACIESKI, Gabriel Jasper. Evolução filosófica do conceito de dignidade humana. **Aufklärung**: revista de filosofia, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 135-152, 2021. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8107832>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

FERREIRA, Carlos Enrique Ruiz. Direitos humanos e cristianismo: a igualdade entre os homens e o princípio da universalidade. **Revista Carta Internacional**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 82-88, 2009. Disponível em: <https://www.cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/522/274> Acesso em: 9 dez. 2022.

GOODALE, Mark. **Letters to the contrary: a curated history of the UNESCO human rights survey**. Reedwood City: Stanford University Press, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1ª ed. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *In:* MAGNOLI, Demétrio (org.). **História da Paz**. São Paulo: Editora Contexto, 2012. p. 297-329.

LAUAND, Luis Jean. Introdução. *In:* AQUINO, Tomás de. **Sobre o ensino (De magistro)**: os sete pecados capitais. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 3-22.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Os rastros teológicos do direito internacional: reflexões em torno de sua relevância na atualidade. *In:* SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coord.). **Liber Amicorum Fausto de Quadros**, v. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 647-699.

OLIVEIRA, Terezinha; PIRATELI, Marcelo Augusto. Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences**, Maringá, v. 30, n. 1, p. 105-113, 2008.

POLLIS, Adamantia; SCHWAB, Peter. Human rights: a western construct with limited applicability. *In:* ADAMANTIA, Pollis; SCHWAB, Peter (editores). **Human Rights: cultural and ideological perspectives**. New York: Praeger, 1979. p. 1-18.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: patristica e escolástica**, v. 2. São Paulo: Paulus, 2003.

SCHÖKEL, Luís Alonso. **Bíblia do peregrino**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. **Revista Crítica Jurídica Nueva Época**, n. 19, p. 15-31, 2001.

SUCESSÃO EMPRESARIAL: PONDERAÇÃO ALEXYANA PARA RESOLVER A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Nogueira Bebiano

Universidade Estácio de Sá. Doutorando em Direito Público e Evolução Social.
Mestre em Direitos Fundamentais. MBA em Direito Civil e Processo Civil. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Empresarial e Previdenciário. Professor de ensino superior (Curso de Direito)

Resumo:

A ideologia comunitarista que marcou as constituições que surgiram da redemocratização de países como Portugal e Espanha influenciou a Constituição da República do Brasil de 1988. Segunda essa ideologia, a interpretação constitucional deve ser feita orientada por valores comunitários, pois é justamente na comunidade que se revela a justiça. Por outro lado, a teoria liberal proporciona a cada indivíduo a possibilidade de realização de suas concepções individuais, já que a soberania popular não poderia violar direitos fundamentais. A instabilidade gerada pela dinâmica do mercado econômico potencializa a troca da titularidade de empregador (sucessão empresarial) nos termos dos artigos 10 e 448 da lei 5.452/43, situação em que o sucessor assume as obrigações em relação aos contratos de trabalho. Esta pesquisa se justifica porque quando a sucessão ocorre no âmbito da lei de falência (arts.60 e 141 da lei 11.101/05), diferente do que prevê a lei 5.452/43, o sucessor não assume as obrigações trabalhistas ao adquirir a empresa. Assim, tem-se por objetivo identificar uma forma de resolver essa desarmonia entre as citadas normas do ordenamento jurídico brasileiro, que provoca um choque entre os princípios fundamentais: neoliberal (livre iniciativa) e neoconstitucional (valor social do trabalho). Buscando compreender esse fenômeno, realizou-se uma pesquisa jurídico-sociológica. Utilizou-se do método sistemático para examinar o ordenamento jurídico e foi feita pesquisa bibliográfica. Com essa metodologia foi possível concluir que a partir da chamada lei da colisão, utilizando-se a ponderação alexyana, colocou-se fim ao conflito definindo que o princípio neoliberal da livre iniciativa deve prevalecer no caso presente.

Palavras-chave: Sucessão empresarial; Direito fundamental; Direito do Trabalho; Direito falimentar.

Introdução

A autonomia individual não deve existir fora de um ambiente social, a comunidade deve ser determinante e influenciar nas escolhas dos seus indivíduos. Nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, seu fundamento não está no indivíduo, como defendem os neoliberais, mas na sociedade (comunidade).

A sociedade é complexa, e por vezes o mercado econômico se encontra instável, essa dinâmica potencializa a troca da titularidade de empregador (sucessão trabalhista) nos termos dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), situação em que o sucessor assume as obrigações em relação aos contratos de trabalho.

Está pesquisa se justifica porque quando a sucessão (troca de titularidade de empregador) ocorre no âmbito da lei de falência (arts. 60 e 141 da lei 11.101/2005), diferente do que prevê a CLT, o sucessor não assume as obrigações trabalhistas ao adquirir a empresa.

Assim, tem-se por objetivo identificar uma forma de resolver essa desarmonia entre as normas (arts. 10 e 448 da CLT e arts. 60 e 141 da lei 11.101/2005) do ordenamento jurídico brasileiro, que provoca um choque principiológico entre os princípios fundamentais: neoliberal (livre iniciativa) e neoconstitucional (valor social do trabalho).

Para alcançar o objetivo proposto utilizou-se da ponderação alexyana para colocar fim ao conflito, pois de acordo esse método, quando uma norma de direito fundamental com natureza de princípio conflita com um princípio antagônico, é fundamental o pesosamento nos termos da lei da colisão.

Cenário político/econômico da Constituição Federal do Brasil 1988

Embora a ideologia do Liberalismo e a do Comunitarismo não sejam, efetivamente, antagônicas, houve um intenso debate entre os filósofos a fim de saber qual seria a ideologia política que se adequava melhor a sociedade, ou seja, o pensamento Liberal que coloca o indivíduo no centro das atenções, valorizando-o e o Comunitarismo que dá ênfase a comunidade na construção de uma boa e adequada sociedade.

A Assembleia Constituinte de 1986/1987 abrigou diversas forças sociais e múltiplas posições ideológicas, conforme a “correlação de forças estabelecidas no transcurso do processo de redemocratização. Uma das posições importantes na Constituinte e que deixou sua marca na Constituição de 1988 foi o chamado constitucionalismo comunitário” (BONAVIDES. 2009, p. 327).

A constituição brasileira de 1988, seja por afinidades culturais ou por experiências políticas em comum, “recebeu grande influência das constituições espanhola e portuguesa surgidas com a redemocratização desses países”. Desde logo, é importante frisar que o constitucionalismo comunitário, diga-se de passagem, muito menos se constitui em uma peculiaridade ibérica (CITTADINO, 2009, p. 297).

A influência comunitária na Constituição fica evidente também pelo uso de uma “língua comunitária”, que se mostra presente em todo o texto constitucional e na inserção de inovações e de variadas formas de garantia do ideal comunitário da atuação dos cidadãos nos assuntos públicos. De acordo com Cittadino (2009, p. 43), três temas marcam essa influência: “(i) a definição do fundamento ético da ordem jurídica, (ii) um largo sistema de direitos fundamentais, acompanhado de institutos processuais para assegurar sua efetividade e (iii) a concepção da mais elevada corte de justiça como órgão de caráter político”.

Há um “compromisso comunitarista com a devida relação entre instituição de virtudes compartilhadas, políticas públicas implementadoras das mesmas e a defesa das liberdades individuais”. Nesse cenário, o comunitarismo é compreendido como busca de equilíbrio entre a dimensão individual e a de cidadania, mas está preocupado, especialmente, com os valores da solidariedade e da participação e com a ação efetiva do Estado para os direitos dos cidadãos (CITTADINO, 2009).

No entanto, o objetivo da ideologia neoliberal não é antagônico às ideias comunitaristas, “pelo fato de haver bem comum presente também na política liberal, uma vez que as políticas de um Estado liberal almejam promover os interesses dos membros da comunidade”. Os processos políticos e os econômicos os quais as preferências individuais são articuladas, com finalidade de uma escolha social são modos liberais de apontar o bem comum (KYMLICKA. 2006, p. 253). Liberais como “Rawls e Dworkin não negam a tese social. Eles reconhecem que a autonomia individual não pode existir fora de um ambiente social que forneça escolhas significativas e que sustente o desenvolvimento da capacidade de escolher entre elas” (LIMA, 2013).

Sucessão empresarial na Consolidação das Leis Trabalhistas

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 23, estatuí que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (ONU, 1948).”

O direito ao trabalho digno, além de direito humano, é também direito fundamental, sendo, portanto, tutelado pelo Direito Constitucional ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); e também como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos a existência digna (CF, art. 170, VIII).

Ao que se refere o Direito do Trabalho a tutela da prestação de serviços realizadas deve ser suficiente para garantir afirmação econômica e social do trabalhador. Sem esse patamar mínimo civilizatório garantido o trabalhador não alcança a sua dignidade humana.

O “patamar civilizatório mínimo” é o limite para negociação da tutela

laboral de todas as áreas da economia, abaixo do qual não se concebe relativização dos direitos trabalhistas, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima que deve ser concedida ao homem que labora - arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88 - (DELGADO, 2007).

No ambiente juslaboral, o mercado econômico é muito dinâmico e as empresas se reorganizam em busca de fatias maiores do mercado ou para superação de crises. Nesse cenário, por vezes, um empreendedor toma lugar de outro a frente de um determinado empreendimento, o que se convencionou chamar de sucessão de empresas. Esse fenômeno gera uma insegurança jurídica aos trabalhadores, visto que o empreendedor que assume será o responsável pelo pagamento dos direitos trabalhistas, conforme prescreve a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em relação a sucessão empresarial, importante destacar que as sociedades adquirem personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (Art. 985, CC). Portanto, quem exerce a atividade empresarial, em regra, é a pessoa jurídica, que não pode ser confundida com seus sócios, associados, instituidores ou administradores (Art. 49-A, CC). Desta forma, em geral o empregador é a empresa (pessoa jurídica) que dirige assalaria a prestação pessoal dos serviços, assumindo os riscos do empreendimento, mas sendo também sujeito de direitos advindos da atividade econômica desenvolvida (Art. 2º, CLT).

O empregado estará vinculado, regra geral, a empresa (pessoa jurídica), sendo que, pelo princípio da continuidade, fica evidenciado que independente de quem sejam seus administradores/controladores (sucessão trabalhista) a responsabilidade sempre ficará a cargo da empresa.

A sucessão empresarial (conforme leis trabalhistas), ou sucessão de empregadores, consiste “no instituto justrabalista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos (DELGADO, 1999).

Nesse sentido, o legislador fez constar na Consolidação das Leis Trabalhistas (arts. 10 e 448), que tratam das possibilidades alteração na estrutura jurídica interna e externa da empresa, no que se refere a responsabilidade no processo do trabalho (arts. 10-A e 448-A). Depreende-se dos citados dispositivos que mudanças na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos pelos empregados, ou seja, não produzirá qualquer efeito nos contratos de trabalho.

A CLT dispõe que não somente com o transpasse de todo empreendimento, mas também ocorrerá sucessão de empregadores “com a transferência de apenas uma ou algumas de suas frações (estabelecimentos): nas duas hipóteses, altera-se subjetivamente o contrato, ingressando, no polo passivo, novo titular” (DELGADO, 1993).

Portanto, não subsistirá qualquer responsabilidade do sucedido em relação aos contratos em vigor, o novo titular do empreendimento ficará respon-

sável pelos contratos de trabalho relacionados ao passado, presente e futuro. A questão fulcral quanto ao reconhecimento da existência ou não da sucessão tem por finalidade a apuração da responsabilidade dos envolvidos: sucessor e sucedido.

Ocorrendo a sucessão, o novo titular do empreendimento (sucessor) ficará responsável pelos contratos de trabalho relacionados ao passado, presente e futuro. No entanto, essa regra não se aplica quando se tratar de sucessão no âmbito da Lei de falência (Lei 11.101-05).

Efeitos da sucessão empresarial na Lei de Falência (Lei 11.101-05)

A Lei 11.101/2005 “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor (art.1º).” Então não se trata de todos os empreendimentos, mas apenas daquelas sociedades (Art. 981, CC) que tem como objeto social a atividade empresária e do empresário individual (Art.966, CC).

Nestes casos não configurará, na falência e recuperação judicial, “sucessão a alienação dos bens arrematados, nem o arrematante será considerado sucessor (artigo 141, II), de modo que os trabalhadores não poderão executá-los para cobrar suas dívidas (NASCIMENTO, 2007, p.698).”

No contexto da sucessão justrabalhista (transferência de titularidade do empregador) quando a Lei 11.101/2005 nega de forma taxativa a sucessão, prestigia o princípio fundamental da livre iniciativa (arts 1º, IV e 170 da CF/88), ampliando as chances do devedor (empresário individual ou sociedade empresária) fazer a venda do negócio, pois o comprador não assume as dívidas trabalhistas.

Sobre a alienação da empresa (estabelecimento) na recuperação judicial, o art.60 da citada lei de falência dispõe que ocorrerá sem qualquer ônus ao sucessor. No mesmo sentido a regra se aplica em se tratando de falência, conforme o disposto no artigo 141 (lei de falência).

Criticando a lei de falência, no ponto que desonera o sucessor de dívidas trabalhistas, Jorge Luiz Souto Maior assevera que a lei apenas teve o propósito de privilegiar a atividade econômica “imaginando que ‘limpar’ os bens de uma eventual dívida trabalhista é o quanto basta para recuperar a empresa. O propósito do legislador é imediatista e apenas favorece, individualmente, o descumpridor da legislação trabalhista (SOUTO MAIOR, 2008).

Analisando os dispositivos da Lei Falimentar (arts.60 e 141) em confronto com os artigos 10 e 448, da CLT, percebe-se, facilmente o conflito entre eles, já que, diferente do que prevê a lei falimentar, o diploma trabalhista não excluiu a hipótese de sucessão de empresas ou de empregadores (sendo o sucessor responsável pelos direitos trabalhistas).

Essa desarmonia entre as normas (que tratam de direitos fundamentais) do ordenamento jurídico brasileiro causa um choque principiológico entre os

princípios: ‘os valores sociais do trabalho’ e da livre iniciativa ‘princípio neoliberal’ e Valor social do Trabalho que é princípio ‘neoconstitucional’.

Ponderação alexyana para resolver colisão entre direitos fundamentais

No caso presente, trata-se de colisão entre os princípios fundamentais: de um lado livre iniciativa que é “princípio neoliberal” (arts 1º, IV e 170, CF/88) e por outro lado o Valor social do Trabalho que é princípio “neoconstitucional” (arts. 1º, III e IV, CF/88). Sendo necessário delimitar os limites da ponderação para o mercado econômico sem ferir o princípio fundamental da livre iniciativa.

De acordo com o método adotado por Alexy, quando uma norma de direito fundamental com natureza de princípio conflita com um princípio antagonico, é fundamental o sopesamento nos termos da lei da colisão. Instaura-se um vínculo de precedência condicionada entre os princípios, baseado nas circunstâncias do caso concreto. “O estabelecimento de relações de precedências condicionadas consistiria na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Cria-se, dessa forma, a chamada lei da colisão, que põe fim ao conflito e define o princípio que deverá prevalecer, solucionando o caso concreto” (ALEXY, 2008, p.34).

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha legitimado um sistema econômico de natureza capitalista: ‘livre iniciativa’, princípio neoliberal (arts. 1º, IV e 170) “a ordem econômica dá prioridade ao valor do trabalho humano sobre todos os valores da economia de mercado, devendo o Estado intervir na economia de forma que proteja os direitos sociais dos trabalhadores, direitos estes ligados a dignidade da pessoa humana” (MARQUES, 2007, p.80).

Assim, diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação dos valores, deve prevalecer a livre iniciativa ‘princípio neoliberal’ (arts. 1º, IV e 170 CF/88). Isso porque, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empreendimento (empresa), ensina Fábio Ulhoa, “não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas” (COELHO, 2012, p.98).

Ocorrendo transferência de titularidade do empregador (sucessão trabalhista) a Lei 11.101/2005 prescreve que o comprador (sucessor) não assume as dívidas trabalhistas, ampliando as chances de alienar a empresa e fomentar o mercado econômico, pois o fechamento do empreendimento acarreta o fim de postos de trabalho, afetando o abastecimento de produtos ou serviços, podendo acarretar, inclusive, a paralisação de atividades satélites.

Considerações finais

Os direitos não são essa abstração pré-política que atribui aos indiví-

duas vantagens sobre a comunidade, essa é que deve determinar as escolhas das formas de pensar dos indivíduos. Nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, seu fundamento não está no indivíduo, como defendem os neoliberais, mas na sociedade (comunidade).

A desarmonia entre as normas (arts. 10 e 448 da CLT e arts.60 e 141 da lei 11.101/2005) do ordenamento jurídico brasileiro causa um choque principiológico entre os princípios fundamentais: neoliberal (livre iniciativa) e neoconstitucional (valor social do trabalho).

Considerando a troca da titularidade de empregador (sucessão trabalhista) nos termos dos artigos 10 e 448 da CLT, se amolda ao Valor social do Trabalho que é princípio “neoconstitucional” (arts. 1º, III e IV, CF/88), neste caso, o sucessor assume a obrigação em relação as contratos de trabalho.

No contexto da sucessão justarabalista, quando os arts.60 e 141 da lei 11.101/2005 nega sucessão, prestigia o princípio neoliberal da livre iniciativa (arts 1º, IV e 170 da CF/88), ampliando as chances de o empreendedor fazer a venda do negócio, pois o comprador (sucessor) não assume as dívidas trabalhistas.

Colocado diante de casos em que se discute a colisão de princípios fundamentais, isto é, quando uma norma de direito fundamental com natureza de princípio conflita com um princípio antagônico, faz um sopesamento para chegar a uma que prevaleça.

Para tanto, instaurasse um vínculo de precedência condicionada entre os princípios, neoliberal e neoconstitucional baseado nas circunstâncias do caso concreto que é a sucessão trabalhista.

A partir da chamada lei da colisão, utilizando-se a ponderação alexyana colocou-se fim ao conflito definindo que o princípio neoliberal da livre iniciativa deve prevalecer, tendo em vista que, quando ocorre a sucessão trabalhista nos moldes da lei de falência o comprador da empresa (sucessor) não assume as dívidas trabalhistas, isso amplia consideravelmente as chances de o empreendimento continuar funcionando. Isso será importante para toda sociedade, já que não se trata apenas dos interesses individuais dos empresários, mas também da manutenção dos empregos para os trabalhadores.

As colisões entre direitos fundamentais podem ser suplantadas unicamente por meio da restrição de um - ou de ambos - os lados da balança e que o conflito entre princípios “encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ‘ponderação’, que possibilita um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos” (LOPES, 2014, p. 34).

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Legislação Federal. 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva - elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Os Princípios do Direito Comercial**. Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2007.

_____. In: BARROS, Alice Monteiro (coord). **Curso de Direito do Trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá**. São Paulo: LTr, 1993.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Ana Paula Brito Abreu. **Revista Seara Filosófica**. N. 6, Inverno, 2013. ISSN 2177-8698. 2013.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **A (In) Adequada Recepção da Ponderação Alexyana pelo Direito brasileiro** São Leopoldo. 2014.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor Social do Trabalho - na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Ltr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

UMA OUTRA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM RISCO DIANTE DAS AMEAÇAS DO TERROR

Oswaldo Pereira de Lima Junior

Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-Doutorando em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Benedito Fonseca e Souza Adeodato

Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Sociologia Jurídica pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Resumo:

O ensaio tem por objeto compreender os caminhos historicamente percorridos no Ocidente frente às manifestações de atos de terror, como forma de revolta contra a opressão dos explorados contra os exploradores ou como forma de domínio do Estado sobre seus súditos. Parte do pressuposto de que o enfrentamento ao terrorismo internacional se tornou preocupação de segurança na agenda global, impulsionado, em grande medida, pelos atentados de 11/9/2001 e pelas pressões norte-americanas por um firme engajamento da comunidade internacional. Reflete sobre o terror como prática e o discurso sobre o terror. Aponta ser necessário que a sociedade compreenda as ideologias que movem as práticas terroristas e os discursos construídos sobre essas práticas, na medida em que, a cada ano que passa, a humanidade se sente mais acuada e receosa, temerosa de ataques com armas de destruição em massa. O terrorismo é um tipo específico de violência. A saída é o resgate inclusivo dos Direitos Humanos. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e pelo uso de referências bibliográficas, busca-se analisar repensar os direitos humanos considerando a ideia segundo a qual são produto de um desenvolvimento inclusivo e global, que considere a existência e participação de mais de um ator social habilitado e uma sociedade cujo signo seja o da solidariedade e da tolerância nesse processo. O texto conclui que o caminho da paz requer, necessariamente, o reconhecimento do Outro e o diálogo entre as culturas, sem a força da dominação ou do ódio, elementos estimuladores do terror.

Palavras-chave: Interpretação; Direitos Humanos; Terrorismo; Inclusividade; Ubuntu.

Introdução

Ao escrever sobre terrorismo e atos terroristas, a primeira noção a ser dominada é a de que a violência é um fenômeno marcadamente humano, isto é, seja onde estiver, em povoados ou nas grandes aglomerações urbanas, o ser humano convive com manifestações dos mais diversos tipos de violência. Exemplos históricos e, em certa medida, simbólicos não faltam. Talvez uma das mais conhecidas histórias de violência é o fratricídio cometido por Caim contra seu irmão Abel, aposta no Antigo Testamento bíblico, revelando espírito bélico e violento entre os próprios irmãos e, por sequência, narrando um pouco da própria origem simbólica dos hebreus.

Colocada à parte das representações míticas, a violência é, pois, parte do cotidiano humano, assumindo formas diversificadas ao longo da história: atua às vezes por meio de atos físicos, outras através da supressão direta da vontade, também por agressões diretas contra a vida, por meio da imposição de controle sobre o agir individual ou coletivo, entretanto, invariável e muito frequentemente, acontece por intermédio de instrumentos mais sutis como agressões psicológicas e simbólicas desferidas contra indivíduos e grupos sociais que, frequentemente, se encontram nas camadas mais vulneráveis da sociedade. Representa, portanto, uma forma de dominação e de manifestação de controle de grupos que possuem poder econômico, social e político.

Uma das formas mais comuns de uso da violência, principalmente se pensada contra a vontade e a ação de grupos sociais mais fracos, é o terrorismo. O terror, instrumento da violência descrita, representa ato de imposição de medo ou pavor, favorecendo o controle e a manipulação da vontade de pessoas e grupos sociais que se veem acuados pelos atos e/ou ameaças. Nesse sentido, o terrorismo investigado no presente artigo abrangem tanto as formas de imposição da vontade pelo medo como também os atos de violência perpetrados contra indivíduos ou contra construções (mesquitas, igrejas, praças públicas etc.) com objetivo claro de buscar a queda de regimes, a tomada de poder, a desorganização e o caos de uma coletividade, tudo visando algum tipo de controle através da desordem e do medo. O terrorista, então, além de ser o indivíduo engajado nas ações de terror, está notoriamente conectado com atos de cunho violento e apavorante, sendo também o adjetivo adequado a qualificar o ato que faz uso das mais variadas formas de violência com finalidade eminentemente política, ou seja, que faz uso sistemático da violência com o fito de atingir determinada finalidade política.

Atualmente, o terrorismo vem bem delineado em atos como o ocorrido contra os Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001, que vinculavam suas ações à verdadeira guerra santa, fazendo alvo a nação hegemônica citada para, com a promoção do medo, conseguir a divulgação de suas ideias e o engajamento político de seus sectários, ocasionando onda de violência e medo que são difíceis de estancar. As consequências são imprevisíveis e, não raro, acabam dando origem a medidas pouco democráticas em prol de um

estado de segurança maior.

Breve relato sobre o terrorismo na história

Havendo a civilização sempre tratado com práticas de violência e, conseqüentemente, de terror, é difícil precisar um marco histórico que preorde-ne qual seria a primeira, ou as primeiras, ações que tomem características de ações de terror tal como hoje se compreende. No entanto, é possível pensar certos exemplos na história que denotam claras manifestações de terrorismo. Isso porque já a partir da Antiguidade se vislumbra, na cultura Ocidental, atitudes assemelhadas ao uso do terror como *modus* de agir - ou de reagir - contra a opressão de governos - oprimidos em face de opressores - ou mesmo como forma de mera intimidação de agentes inimigos ou de opositores ao regime ou facção do pensamento.

Já no reino de Israel, durante a época de dominação romana, tem-se ciência do movimento de resistência ao controle latino orquestrado pelos zelotes, vinculado à tradição judaica, que possuía nos *sicários* (homens de punhal), seu grupo mais radical e que, frequentemente, faziam uso de práticas que facilmente poderiam ser descritas como inerentes ao método do terror: era frequente o atentado contra autoridades romanas e em face, até mesmo, de compatriotas que se mostravam acordes e colaborativos com o domínio de Roma (SCHILLING, 2011).

Ainda se tem, facilmente, outros exemplos, em outros territórios e envolvendo outros povos, corroborando a ciência de que é um fenômeno mais afeito ao humano do que a um povo ou a uma religião, é importante detalhar. SCHILLING (2011) minudencia os seguintes exemplos:

- a) Oriente médio, envolvendo a Palestina Síria e o Egito (séculos XI e XIII): é memorável o caso da conhecida ordem dos assassinos, comandadas pelo denominado *velho da montanha* - Hassan Ibn Sabbah - líder ismaelita que direcionava seus ataques contra cristãos e sunitas;
- b) Índia (Império Britânico - 1763 a 1856): caso dos *Thugs*, uma seita de ladrões e assassinos indianos que dirigiam suas ações contra autoridades britânicas e contra viajantes indianos ricos;
- c) França revolucionária (1789): o conhecido *Reino do Terror* (1793-1794) sob a liderança de Robespierre e Saint Just em face da contrarrevolução, que culminou com 17 mil guilhotinados e cerca de 300 mil aprisionados;
- d) França sob o consulado de Napoleão (1800): caso do atentado organizado pelos *Chouans* com a chamada “máquina mortal”, uma carroça programada a explodir diante da passagem da carruagem do Cônsul.

No campo do que se pode ser considerado terrorismo contemporâneo, insta citar seu inicial aparecimento no contexto europeu do Séc. XIX, referen-

ciado como tipo de contraposição anarquista¹ ao Estado. Trata-se, então, de ações disparadas contra o Estado e, assim, em desfavor de sua organização ordinária e a favor da conclamação pública visando a luta armada em vista de um novo projeto de coletividade, uma sociedade sem Estado. Em razão disso, percebe-se que o alvo maior desse tipo de terror seriam os dirigentes e as chefias estatais, deixando-se de lado as ações contra a sociedade civil.

Mas a maior visibilidade à violência por meio do terrorismo viria mesmo a partir do Séc. XX, quando esse tipo de ação se tornou bastante corriqueiro como modo de encampar as lutas políticas de diversos matizes, tais como aquelas entre grupos que almejam o poder em face de seus possíveis opressores ou, ainda, como instrumento para a manutenção da ordem das coisas, como verdadeira ação estatal em prol da manutenção de sua estrutura de controle e poder. Surgem novos centros de emanção de práticas de terror e novos grupos que fazem uso dessa prática, normalmente visando objetivos políticos ou religiosos. Especial atenção deve ser dirigida aos agrupamentos que surgem como os Curdos na Turquia e no Iraque separatistas e os bascos na Espanha, os muçulmanos na Caxemira e, mais próximo da realidade do Ocidente, os grupos de extrema direita nos EUA.

Nesse sentido, o Séc. XX foi pródigo na produção de diversos exemplos de terrorismo, dentre os quais SCHILLING (2011) enumera:

- a) Rússia Czarista (1905 -1914): ações do grupo *Tchernaia Sotnia* (a centúria negra), uma organização secreta de ultradireita apoiadora do czar, que assassinava os revolucionários e intimidava a população judaica com *pogroms*;
- b) Rússia soviética (1917 em diante): viveu momentos de grande pavor em face do terror vermelho e o terror stalinista. O primeiro organizado por Lenin por meio da polícia secreta *tcheka* com vistas a combater a contrarrevolução; o segundo, por Stalin para eliminar a oposição interna do partido comunista e de militares, com estimativas que avaliam em 700 mil o número de fuzilados;
- c) Alemanha nazista (1933 - 1945): cita-se o terror pardo (referência à camisa dos militantes da SA nazista²), incitado contra judeus, co-

1 Nesse sentido, é de se comentar que, conforme WALTER e CARRAPATO (1981, p.4-5), o anarquismo, como movimento político de seu tempo, tinha por base primeiramente o mero caos, a desordem, sendo que a compreensão da ausência de lei, de governo, consubstanciado verdadeira “ordem de desordem” viria somente depois: “Os primeiros que foram cognominados anarquistas, foram-no por insulto, ao longo das revoluções inglesa e francesa dos séculos XVII e XVIII, para dar a entender que queriam a anarquia, quer dizer, o caos ou a confusão. Mas, a partir dos anos 1840, foram anarquistas os que aceitaram esse nome como símbolo para mostrarem que queriam a anarquia, quer dizer, a ausência de governo. A palavra grega *anarkhia*, como a palavra inglesa *anarchy* (ou a portuguesa *anarquia*) tem os dois sentidos; os que não são anarquistas sustentam que ambos vêm a dar no mesmo, mas os anarquistas fazem questão em fazer a distinção”.

2 Hitler fez alargado uso do terrorismo para consolidar seu poderio político e militar na Alemanha, valendo-se de técnicas como o uso do medo, das notícias falsas, do estado de emergência e crise, dentre outros para deliberadamente ir corroendo as instituições democráticas do Estado alemão: “Hitler dependia do terror para atingir seus objetivos.

munistas ciganos, dentre outros. Era parte da ação política que envolvia a hegemonia genética e ideológica do partido nazista, contabilizando mais de 6 milhões de mortos, uma grande parte em campos de extermínio e em fuzilamentos;

- d) Irlanda, Irlanda do Norte e Espanha (datas várias): Na Irlanda (1916-1920), surge a *Sin Fein-IRA* contra a ocupação britânica; na Irlanda do norte, nos anos 1960, surge o Exército Republicano Irlandês, o IRA, que lutava contra irlandeses protestantes apoiados pela corte britânica; na Espanha, finalmente, tem-se o grupo ETA (Pátria Basca e Liberdade), visando, ainda no período ditatorial do ditador Franco, a independência dos países bascos espanhóis;
- e) Argélia (controlada pela França): surge a Frente de Libertação Nacional da Argélia - FLNA, que se contrapunha às tropas francesas com atentados a bomba em Paris, tendo cessado apenas com a independência em 1962;
- f) África equatorial: o controle colonialista europeu gerou tensões em diversos países da África equatorial, fazendo surgir movimentos como o *Mau-Mau* no Quênia, contra os britânicos e a Frente de Libertação de Angola e de Moçambique, grupos que apenas cessaram seus ataques terroristas com a independência de seus Estados;
- g) Israel e Palestina: a OLP - Organização pela Libertação da Palestina, comandada por Yasser Arafat (1966) e, após, pelo grupo fundamentalista *Hamas*, visa a libertação de zonas de ocupação de Israel, fazendo ataques com homens-bomba.

Outros movimentos poderiam ser citados, como aqueles que aconteceram na América Latina, durante os períodos de controle ditatorial militar, mas, para os propósitos imediatos do recorte deste trabalho, convém memorar os movimentos insurgentes no Oriente Médio, devido à sua ação estendida até o tempo atual e sua ramificação em outros Estados, como os EUA e os países europeus. Hoje sua importância se dá no fato de que desses movimentos emergiram os principais grupos terroristas ainda em ação, dos quais citam-se:

- a) *Hezbollah*: formado em 1982 em função da guerra civil no Líbano, volta suas ações contra Israel e contra os países árabes de orientação sunita, seu campo de ação envolve o Oriente Médio, os EUA e a Europa;
- b) *Al-Qaeda*: formado sob o apoio dos EUA, em 1979, por Osama Bin Laden, começou combatendo a invasão soviética no Afeganistão, tendo, depois, se voltado contra o governo americano direcionando

Atraídos pelos salários, sentimento de companheirismo e uniformes bonitos, dezenas de milhares de jovens desempregados vestiram as camisas marrons e colocaram as botas de couro das Tropas de Choque nazistas (*Sturmabteilungen*), chamada de SA, Aqueles “policiais auxiliares” saíram às ruas para agredir e executar os que eram contra o regime. O medo das SA garantia o silêncio dos alemães que não apoiavam os nazistas” (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, 2022).

vários ataques aos EUA, tais como os atentados de 11 de setembro de 2001;

- c) *Ansar al Islam*: grupo terrorista do Iraque que possui métodos sanguinários como a tortura, os espancamentos em interrogatórios e decapitações de prisioneiros;
- d) *Talibã*: apresenta universitários na condição de membros mais influentes, seu território de atuação é o Afeganistão e o Paquistão;

Esses grupos não excluem outros movimentos menores e em consolidação, que surgem em função do agrupamento de pessoas com ideais radicais sobre temas que vão da religião à política e que, frequentemente, se opõem a formas de dominação ou se mostram como aliados do Estado na manutenção do *status quo*. O que se percebe é que, historicamente, a civilização convive com a violência e a prática do terror como instrumentais para fazer valer ideais, objetivos, políticas e/ou crenças religiosas, confirmando o recorte do estudo.

As classificações do terror

Hoje vive-se numa sociedade altamente conectada, matizada pelo uso de novas tecnologias e orientadas para o que se chama de *quarta revolução industrial*³. Trata-se de um libelo em conformação a uma nova forma de economia do Séc. XXI, tratada como revolução por importar em mudança radical abrupta, pautada pela ascensão de novas tecnologias e novas formas de compreender o mundo, trazendo consigo grandes modificações nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos (SCHWAB, 2016, p. 17). A mesma constatação é vicejada por DE MASI (2000, p. 62), para quem “É importante refletir hoje sobre tudo isso, pois estamos às vésperas de uma revolução nova e, igualmente, drástica: a da reorganização informática, graças ao teletrabalho e ao comércio eletrônico...”. Essa mudança também representa reorganizações sociais, fazendo com que inéditas questões surjam, originais formas de controle apareçam e renovadas maneiras de impingir a violência e o terror vicejem. Trata-se de virada que atesta, tanto para o autor italiano como para o alemão, um caminhar que se perfaz sob um só fator histórico, mas que se espalha sobre toda a modelagem segundo a qual os indivíduos se reconhecem e vivem em comunidade, pautando-se na reorganização de três aspectos econômico-sociais a) o uso de novas fontes energéticas; b) a criação de novas divisões do trabalho; e de c) novas divisões do poder. A modificação de um

3 O termo “quarta revolução industrial” ficou conhecido e repercutiu no planeta todo quando Klaus Schwab, engenheiro, economista e fundador do Fórum Econômico Mundial (*World Economic Forum*), fez menção às mudanças estruturais profundas que a Economia de Dados provocava já na sociedade, cada vez mais conectada e cercada pela tecnologia que avançava a motes exponenciais, se desenvolvendo e dando origem a novas e mais complexas possibilidades como as atividades autônomas, o aprendizado de máquina (*machine learning*) e a inteligência artificial.

desses fatores equivale a um momento de inovação, mas a transformação dos três simultaneamente, tal como se opera atualmente, caracteriza verdadeiro salto de época, impulsionando o ser humano a lugares e a possibilidades nunca antes vistos (DE MASI, 2000, p. 25).

Dessas três possibilidades, a última é a mais relevante para o presente ensaio, decerto que novas divisões do poder ensejam novas divisões sociais e, conseqüentemente, novas discussões e novos conflitos entre os que controlam e os que são controlados. Esse é o campo fértil para o surgimento de novos grupos e novas formas de violência por intermédio do terror. A tecnologia não possui um lado, é instrumento que pode ser usado tanto para bem quanto para mal, sendo que seu desenvolvimento no campo da informação e vigilância e, em particular, no arranjo bélico, envolvem o Séc. XXI em reformuladas hipóteses de ações terroristas que agora se misturam com o mundo virtual, fazendo uso de suas novas ambiências e do medo para propagar a intolerância religiosa, a discriminação racial, o discurso de ódio, a homofobia etc. Nesse sentido, CARVALHO (2022) assevera que o Século XXI suscita novas discussões sobre como se dá e como se deve compreender as diversas espécies de terrorismo, que podem ser classificadas da seguinte maneira:

- a) Terrorismo revolucionário: tem como data de aparecimento o Séc. XX, seus praticantes são conhecidos como guerrilheiros urbanos marxistas (maoístas, castristas, leninistas);
- b) Terrorismo nacionalista: tem por esteio a formação de um novo Estado nacional dentro de um Estado já existente (separação territorial), tal como ocorre com o grupo separatista espanhol ETA;
- c) Terrorismo de Estado: é aquele posto em ação pelos próprios Estados Nacionais, compreendendo duas práticas: primeiramente, o terrorismo feito contra sua própria população, tal como houve nos regimes totalitários de Hitler e Mussolini, a ditadura militar brasileira de 1964 e a chilena, de Pinochet; a secundariamente, por meio de variadas maneiras pelas quais o Estado age violando os direitos humanos relativos aos estrangeiros, refugiados etc.;
- d) Terrorismo de organizações criminosas: neste caso não há fins políticos envolvido, de maneira que o terror é direcionado a finalidades econômicas ou religiosas. É o caso de carteis de drogas e organizações mafiosas, também abrange organizações de cunho religioso como a *Al Qaeda*.

As classificações, convém anotar, são feitas para compreender certos elementos internos do objeto classificado com fito de melhor rotulá-lo e, com isso, melhorar a compreensão sobre seu conteúdo e forma de manifestação. Isso garante a possibilidade de que várias classificações venham a se adequar a finalidade diversas e, assim, não haveria uma que se apresente como errada, no máximo, pode-se afirmar que dada classificação não convém para uma dada finalidade. Atualmente, com os meios de comunicação interlaçando rea-

lidades, com a elevação da vida real aos níveis não imagináveis de virtualização, é acertado indicar que novas formas de cometimento de atos de terror surgem e se direcionam aos objetivos da classificação supramencionada separadamente ou em verdadeira mistura de objetivos, novos propósitos também emergem, sendo o mundo, hoje, bastante direcionado pelo medo propalado principalmente por meio de notícias falsas, por falsificações de fatos, pela manutenção da população em estado de constante emergência e pavor para que seja mais facilmente controlada e manipulada. Autores como MONDON e WINTER (2020) alertam para o surgimento de uma extrema direita populista que se vale da desinformação para cultivar discursos antidemocráticos e liberais travestidos de falas tipicamente democráticas e liberais, muito do que conseguem se dá através de técnicas sutis de manipulação e de imposição de pavor, o que se configura como atos de terror:

A democracia não é necessariamente progressiva, e só o será se assim a fizermos. O que chamamos de “democracia reacionária” é a implantação do conceito de democracia e sua compreensão central do poder (*kratos*) sendo mantido pelo povo (*demos*) para fins reacionários. Argumentamos que o ressurgimento do racismo, do populismo e da extrema direita não é resultado de demandas populares, como frequentemente nos dizem, mas sim a conclusão lógica da manipulação mais ou menos consciente do conceito de ‘povo’ para empurrar ideias a serviço do poder⁴.

Em função disso, passa-se agora a discorrer sobre alguns meios pelos quais se pode compreender e instilar a responsabilidade pela condução de atos de terror, com vistas a buscar novas formas de combatê-los, preveni-los e remediar seus ataques na população. Há de se pensar na maneira adequada de enfrentamento do problema.

A confrontação do terrorismo

Compreendendo-se a complexidade da questão que envolve os atos terroristas, é esperado que se busquem novas ideias e soluções que consigam se não estancar, ao menos diminuir os efeitos nocivos desse tipo de violência. Seu desenho complicado remete a pesquisa às suas raízes que se espalham sobre as razões locais de seu acontecimento e se embrenham sob as dinâmicas estruturais e históricas que os fundamentam.

Do ponto de vista legal, é necessário destacar a ratificação da Convenção Interamericana de Combate ao Terrorismo, feita perante a Organização

4 Tradução livre de: “Democracy is not necessarily progressive, and will only be so if we make it. What we call ‘reactionary democracy’ is the deployment of the concept of democracy and its central understanding of power (*kratos*) being held by the people (*demos*) for reactionary ends. We argue that the resurgence of racism, populism and the far right is not the result of popular demands, as we are often told, but instead the logical conclusion of the more or less conscious manipulation of the concept of ‘the people’ to push reactionary ideas in the service of power” (MONDON; WINTER, 2020, pos. 102).

dos Estados Americanos, que confere ao Brasil posição pragmática no engajamento, no desenvolvimento e na criação de políticas públicas e ações estatais que se direcionem ao combate ao terrorismo de maneira cooperativa com os demais Estados. Trata-se de instrumento de ação que busca soluções coletivas e orquestradas contra o crescente receio do terrorismo no Séc. XXI, tendo sido pautada como direção decorrente do princípio da segurança coletiva na América, tal como expresso na Declaração sobre Segurança nas Américas, aprovada em 28 de outubro de 2003.

Referida Declaração exalta a compreensão da segurança como uma questão de nivelamento multidimensional, o que implica na atração de ameaças novas às já conhecidas formas tradicionais de terror, bem como enaltece a busca de coordenação conjunta em face de todos os desafios que emergem em relação à segurança dos Estados, sem deixar de lado as questões culturais e as prioridades de cada um deles. Seus escopos incluem, portanto, a consolidação da paz, o desenvolvimento social e econômico, a justiça social, a garantia dos valores democráticos, do respeito, promoção e defesa dos direitos humanos, da solidariedade, da cooperação e do respeito à soberania dos Estados (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2003).

Pode-se, portanto, incluir o Brasil no rol dos Estados que compreendem a relevância do problema e o tratam como um assunto de preocupação coletiva, e que busca suprimir não apenas os efeitos mas as fontes, comprometendo-se a combater também o financiamento do terrorismo, a lavagem de dinheiro e outras atividades que facilitem sua incursão nos Estados americanos.

Por demais, é determinante compreender, como alerta CARVALHO (2022), que o terrorismo e seu enfrentamento se desdobram em duas partes: a primeira é a ação terrorista, ou o terror como prática; a segunda, é o discurso a respeito do terror. A divisão insta o estudioso a compreender a complexidade do problema e a buscar as causas que movem os atos de terrorismo. Uma importante contribuição é dada por MONDON e WINTER (2020), conforme já explanado, quando se percebe, por exemplo, a intenção de tomada de poder (ou manutenção no poder) de grupos de extrema direita através de discursos de ódio e incitamentos que beiram a ação terrorista e causam pavor e medo na população. CARVALHO (2022) afirma que

É importante refletir sobre o terror como prática e o discurso sobre o terror. A separação dessas ações é fundamental para a compreensão da prática terrorista e para a análise dos discursos construídos sobre o terrorismo. Feito isso, é possível entender as questões políticas e ideológicas que estão por trás das práticas e discursos sobre o terror. Assim sendo, estaremos mais aptos a questionar, lutar e compreender por que tantas pessoas matam e morrem por determinadas causas. É mais que necessário a sociedade compreender as ideologias que movem as práticas terroristas e os discursos construídos sobre essas práticas. A cada ano que passa, a humanidade sente-se mais acuada e receosa, temerosa de ataques com armas de destruição em massa.

Percebe-se, então, que há de se empreender esforços não apenas na coibição e na reparação de atos terrorista, mas, sobretudo, na prevenção ideológica de seu acontecimento, o que remete o estudioso ao discernimento das causas sociais e econômicas que o deflagram.

Reorganizando o enfrentamento do terrorismo sob a perspectiva Ubuntu

Vislumbrando-se o terrorismo como uma manifestação de violência social que está sempre muito perto das comunidades, eis que se manifesta em certas localidades como uma realidade do cotidiano das pessoas, o melhor caminho a se tomar não deve ser centrado apenas na repressão, mas sim, especialmente, na confrontação de suas causas socioeconômicas, por intermédio da adoção de uma diversa perspectiva de compreensão dos direitos humanos, uma visão que compreenda sua função inclusiva e radicalmente humanizada.

Tomando por base a ideia e a metáfora proposta por MUTUA (2008), a abordagem *mainstream* de direitos humanos está contaminada por uma lógica de controle hegemônico-colonialista que reflete uma dialética maniqueísta entre bem e mal, violadores ou vítimas e salvadores. Em outros termos, nas palavras de HOGEMANN (2017, p. 18), “[...]por trás dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento, e mesmo de multiculturalismo, na retórica moderna, subjaz a lógica colonial de uma epistemologia eurocêntrica” que, longe de integrar, está apta a causar mais violência e, portanto, fomentar mais atos de terror por desconsiderar a cultura dos povos oprimidos em favor “...de um padrão de conhecimento que é imposto como universal e categorizante da humanidade”. Nessa percepção, os europeus e seus padrões de direitos, antes de integrarem uma abordagem amigável e construtiva, numa percepção verdadeiramente multicultural e que perceba as diferenças e as incompletudes culturais, uma hermenêutica diatópica (SANTOS, 1997), surgem como verdadeiros “salvadores” de culturas e concepções de direitos humanos, que são tratadas como inferiores, eis que seriam eles os verdadeiros detentores da ideia universal de direitos e, assim, estariam aptos a transmitir esse pretensso conceito universal.

Essa ideia opressora deve ser invertida, fazendo-se com que os discursos de direitos humanos atentem à função integradora das culturas, bem como à sua natureza sempre dinâmica e incompleta. A concepção Ubuntu ética tribal que se revela por completo na expressão Bantu: *umuntu ngumuntu ngabantu* que, em tradução livre, significa *uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas* (HOGEMANN, 2017). Reflete, pois, uma compreensão ética pautada pela alteridade, na qual a busca da harmonia social se faz não pela imposição de conquistadores, mas pelo uso da paz e do reconhecimento ético do Outro e da necessidade de diálogo intercultural para que se construa essa ponte de relacionamentos com base no respeito mútuo e na capacidade verdadeira de criar direitos que sejam de todos. O ódio, a ameaça, a necessidade de controle,

a criação de estamentos devem ficar de fora, pois são contrários à perspectiva integradora do Ubuntu e, sobretudo, porque são elementos fortes na criação de espaços férteis ao desenvolvimento do medo, do pavor e do terror.

Sendo assim, a filosofia Ubuntu possui capacidade de proporcionar uma ética que vai além da mera tolerância, pois busca identificar e compreender em completude do Outro, fazendo-se organizar sob a égide da busca da reciprocidade do cuidado. Essa reciprocidade se constitui como um laço entre indivíduo e comunidade, uma ligação baseada na necessidade real e constante de equilíbrio entre as próprias pessoas e o meio que as cerca. RICHARDS (1980) aponta que a existência das coisas e seres está lastreada no equilíbrio para a sustentação do ecossistema, da biosfera e do cosmos. Por meio da reciprocidade a sobrevivência se torna possível e o progredir do humano se faz verdadeiro e em compasso com a comunidade que o envolve. Sem essa reciprocidade tem-se a quebra de confiança que culmina numa desarmonia, sustentando revoltas, raiva e rancor e, assim, trazendo à baila a perspectiva da violência e do medo.

Na perspectiva Ubuntu, os percalços sociais, econômicos e políticos que estão no seio das desarmonias geradoras de violência - e, portanto, de terror, e de atos de terror - são compreendidos e empregados sob a perspectiva da alteridade e não da individualidade egoística, compreendendo o valor da reciprocidade na própria constituição da sociedade e construindo um processo de realização do indivíduo através do Outro: "...como um processo de realização pessoal por meio dos outros, o Ubuntu ajuda a realização pessoal dos outros" (BROODRYK, 1997, p. 5-7). Em outros termos, deve ser constituída, a pessoalidade de um indivíduo, em constante contato e interação com a de outro indivíduo, sendo a sociedade um prerequisite para a própria personalidade, decerto que facilita a reciprocidade e, assim, permite igualmente o desenvolvimento da personalidade e a autorrealização, desenhando a personalidade para a comunidade e não contra a comunidade (tal como se percebe nos atos de violência e de terror) (MACQUARRIE, 1972).

Em suma, a perspectiva Ubuntu, além de desenhar-se como uma possibilidade de se evitar os processos que levam tanto a globalismos localizados como a localismos globalizados, em prol de diálogos interculturais que sejam mais autênticos, ainda se inclui numa proposta que considera a perspectiva cosmopolita num contexto de globalização de-baixo-para-cima, conferindo voz e valor a culturas que foram historicamente suprimidas, apagadas e descreditadas (SANTOS, 1997). Embora não se possa tê-la como um apanágio para todos os problemas que se referem à violência social e ao terrorismo, é uma perspectiva que busca agregar os indivíduos em uma sociedade que busque o respeito, a paz, a autorrealização pessoal e, sobretudo, a confiança dos indivíduos uns nos outros. O medo, a aversão, o ódio, a repulsa e a exclusão, importantes fatores de constituição das bases da violência do terrorismo, se não são suprimidos, são minorados, e passam a ser mais bem compreendidos, uma vez que são avaliados segundo um ponto de vista que considera as

demandas de todos na comunidade e que procura construir harmonia e reciprocidade. Esse pode ser, se não uma solução, um caminho importante a ser visto, melhor analisado e debatido.

Conclusão

À guisa de conclusão, tem-se que a violência, e os processos perniciosos de controle e manipulação do medo que dela advêm, são típicos da história do Ocidente, estando intimamente conectados com intentos de controle e de poder sobre a comunidade. Sua natureza política, embora não exclusiva, costuma ser prevalescente. A violência por meio dos atos de terrorismo perpassa, então, a compreensão que se tem sobre uma sociedade em um dado momento histórico e, principalmente, envolve as vontades, os desejos e as demandas que foram apagadas, suprimidas, sufocadas ou simplesmente negadas.

Embora seja importante pensar em termos coletivos de repressão ao terrorismo, o que envolve medidas de segurança pública que, muitas vezes, são controversas, por limitar o próprio direito à liberdade e autonomia do indivíduo, é sumamente imperioso que se atente às causas dessa violência e se busque suprimir os agentes causadores do terror por debandada de seu discurso, nulificando as motivações que usam para instilar o ódio e o medo.

Nesse contexto, há de se compreender os direitos humanos como uma ideia, um discurso e uma prática que se situam, atualmente, num contexto de universalização cuja base colonialista e hegemônica é problemática e que possui potencial para piorar a situação. A sua análise sob a epistemologia ética do Ubuntu foi a perspectiva usada neste ensaio para sugerir uma possível nova rota para a questão de como repensar os direitos humanos de uma forma inclusiva e verdadeiramente globalizada. Parte-se de um *Ethos* do indivíduo e da competição para outro, centrado no cuidado, na reciprocidade, no respeito ao Outro e na constituição da pessoa pela comunidade e vice-versa. A marca do combate à violência deve ser, portanto, a inclusividade, o respeito e a alteridade, fazendo com que se busque em outras culturas, tradicionalmente invisibilizadas e desacreditadas, pontes de transformação para a constituição de uma sociedade humana preocupada com todas as vozes que a compõem e que veja a violência como um desvio pernicioso, e não como um instrumento político de transformação social, de visibilidade de pleitos ou de manutenção, ou conquista, de poder.

A visão Ubuntu, por ser centrada na reciprocidade e no cuidado de indivíduo para indivíduo, possui viçoso potencial para constituir uma sociedade pautada pela aceitação da diferença, pelo debate de ideias diferentes, pela busca de consensos, pelo respeito às culturas e, principalmente, pela busca da paz. O trabalho aqui esboçado, contudo, não delineaia contornos finais ao tema, mas produz instigante provocação para que se vá mais a fundo na perspectiva de uma mudança radical nas relações sociais, econômicas e políticas da nossa já tão vergastada comunidade Terra.

Referências

- BROODRYK, Johann. **Ubuntu management and motivation of welfare**. Johannesburg: Gauteng Department, 1997.
- CARVALHO, Leandro. Terrorismo. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasil-escola.uol.com.br/historia/terrorismo.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- HOGEMANN, Edna Raquel. **Direitos humanos e filosofia Ubuntu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MACQUARRIE, John. **Existentialism**. London: Penguin Books, 1972.
- MASI, Domenico de. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- MONDON, Aurelien; WINTER, Aaron. **Reactionary democracy: how racism and the populist far right became mainstream**. New York: Verso Books, 2020.
- MUTUA, Makau. **Human rights: a political and cultural critique**. EUA: University of Pennsylvania Press, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência Especial sobre Segurança. Declaração sobre Segurança nas Américas. México, 2003. Disponível em: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/DeclaracionMexico_Seguridad.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.
- RICHARDS, Dona. European mythology: The ideology of ‘progress’. In: **Contemporary black thought: alternative analyses in social and behavioral science**. Beverly Hills: Sage, 1980.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 48, jun. 1997.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SCHILLING, Voltaire. As origens do terrorismo na história. **Notícias Terra**, 2011. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/historia/as-origens-do-terrorismo-na-historia,a3d842ba7d2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 19 set. 2022.
- UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. O início do terror nazista. *Holocaust Encyclopedia*. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-nazi-terror-begins>. Acesso em 18 out. 2022.
- WALTER, Nicolas; CARRAPATO, Júlio. **Do anarquismo**. Livraria, Sc., 1981.

A DEMOCRATICIDADE DA DECISÃO JUDICIAL DE MAIORIA¹

Amanda Karolina Silva Pereira

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Mestranda na Linha O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Vitor Salino de Moura Eça

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós doutorado em Direito Processual Comparado na Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Magistrado em Minas Gerais

Resumo:

O objeto da pesquisa é a análise da adequação decisão judicial de maioria ao paradigma democrático. A relevância do estudo decorre da aparente contradição entre o critério majoritário e a concepção pluralista e inclusiva do Estado Democrático, na qual deve-se atentar à garantia de direito das minorias. O objetivo dessa investigação, portanto, é, a partir da metodologia de revisão bibliográfica, adotando como marco teórico a teoria do processo constitucional, verificar a correlação existente entre as decisões majoritárias proferidas nos procedimentos judiciais e as garantias do estado democrático. A hipótese que se pretende testar, nesta pesquisa, corresponde à conjectura segundo a qual as garantias processuais de fundamentação das decisões, contraditório, ampla-defesa, isonomia, juízo natural e do devido processo legal, permitem que as decisões judiciais de maioria se legitimem no inter procedimental, sendo limitadas pela atuação das partes. Desta feita, pretende-se demonstrar que apenas a fundamentação das decisões vinculada ao contraditório garante a democraticidade da decisão pluripessoal de maioria.

Palavras-chave: Maioria; Decisão judicial; Garantias processuais; Estado democrático.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Introdução

A pesquisa desenvolvida no presente estudo tem como tema as decisões judiciais pluripessoais formadas por maioria, interrogando-se se tal método de formação de decisão colegiada é compatível com paradigma de Estado Democrático de Direito.

A metodologia a ser adotada é a revisão bibliográfica sobre o tema da pesquisa, estruturada nas seguintes etapas: (I) estudo da legitimidade das decisões judiciais no estado Democrático de Direito; (II) análise da formação das decisões pluripessoais no Brasil; (III) investigação da compatibilidade democrática das decisões majoritárias a partir do marco teórico da teoria constitucionalista do processo; e, por fim, (IV) considerações conclusivas.

Destarte, o estudo se mostra relevante, ainda, no que se refere à análise do sistema brasileiro, uma vez a partir de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu-o em Estado Democrático de Direito, sem excluir as hipóteses de decisão por maioria do sistema jurídico. Ademais, nesse sistema há publicidade do entendimento judicial minoritário, gerando críticas e debates, mesmo sobre as razões que não foram consideradas determinantes para solução da questão debatida judicialmente. Assim, o exame da questão se dará na perspectiva processual, com foco nas decisões majoritárias proferidas em procedimentos judiciais, buscando indagar a legitimidade democrática das referidas.

Desenvolvimento

A legitimidade das decisões judiciais

Um Estado Democrático de Direito constitucionalizado é caracterizado pela compreensão que o povo é o detentor do poder o qual é exercido por meio de representantes, de modo que a legitimidade dos representantes deve ser regulada pela Constituição.

O Brasil passou a adotar o paradigma de Estado Democrático de Direito ao promulgar a Constituição da República Federativa, em 1988, estando previsto no primeiro artigo² a forma de estado adotada.

Nesse contexto, importam destacar alguns elementos configuradores do paradigma de estado destacado que são indispensáveis à legitimação daqueles que atuam enquanto delegatários do poder do povo no exercício das funções do estatais.

Aponta-se assim a característica da “divisão dos poderes do Estado, entendida esta divisão, todavia como separação de funções do Estado (legislati-

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

va, administrativa e jurisdicional). (DIAS, 2015, p. 60).

O exercício das competências legislativa e executiva legitima-se pelo voto popular e eleições diretas, já a função judiciária, exercida por membros não eleitos, deve legitimar-se pela tecnicidade das decisões proferidas e observância da Constituição e da lei, sob pena de configurar exercício abusivo da jurisdição.

Ressalte-se dessa forma o império da lei, enquanto expressão da vontade geral mediante ato emanado da função legislativa exercida com indispensável participação do povo (DIAS, 2015, p. 60), só podendo se falar em exercício e democrático de quaisquer das três funções estatais a partir da estrita observância do sistema constitucional e legal, dever de observância que, também, se aplica ao exercício da função judiciária.

Nesse paradigma de estado o ordenamento jurídico prescreve regras relativas ao exercício do poder pelo Estado e assegura aos indivíduos o poder jurídico de atuarem para questionar atos estatais que o tenha infringido (DIAS, 2015, p. 61). O judiciário se apresenta como o âmbito em que os indivíduos questionam a atuação estatal, mas também não se furta à contínua fiscalização do povo.

Destarte, nota-se que a função judiciária pode ser exercida por um único julgador (decisão unipessoal), ou ainda, de modo colegiado, por um conjunto de julgadores que foram um órgão coletivo (decisão pluripessoal), sendo que neste último as decisões, em regra, são definidas pela formação de uma maioria, perscrutando-se a compatibilidade desta com o princípio democrático.

Não obstante, é preciso, inicialmente, esclarecer a organização institucional dos órgãos colegiados jurisdicionais para melhor entender como se foram as maiorias nesse âmbito das funções estatais.

O método *seriatim* e o método *per curiam*

“A doutrina classifica os modelos colegiados de decisão a partir de diferentes critérios” e “quanto à forma de expressar a decisão, faz-se menção aos formatos *per curiam* e *seriatim*.” (MELLO, 2019, p. 449)

O método *per curiam* é majoritariamente adotado por países de *civil law*, ou seja, países em que a lei é principal fonte do direito, sendo exemplos de países que adotam tal método a França, a Itália, a Alemanha e a Espanha. (VIEIRA, 2022, p. 89).

É um modelo institucional em que a deliberação entre julgadores integrantes de um órgão colegiado ocorre de forma secreta, formando, ao final, um texto único, com uma única estrutura argumentativa. (VIEIRA, 2022, p. 90)

Em resumo:

A decisão *per curiam* se consubstancia em um arrazoado único, que expressa o entendimento da corte como instituição. Nas cortes que adotam esse modelo é rara a apresentação de um voto vencido. O tri-

bunal fala por uma voz única. Em razão dessa característica, as teses e os entendimentos adotados como fundamento para decidir tendem a ser mais facilmente identificáveis. (MELLO, 2019, p. 451)

O método *seriatim*, por outro lado, é utilizado, predominantemente, em tribunais de países que adotam o sistema da *common law*, no qual as decisões judiciais são a principal fonte do direito, podendo ser citados o Reino Unido, a Austrália e os Estados Unidos da América. (VIEIRA, 2022, p. 114).

Não obstante, ressalta-se que o modelo *seriatim* também é utilizado no Brasil, pelo STF, em que pese o aludido país adote o sistema de *civil law*. Nesse sentido, observa-se que o STF, de certa forma, acaba sendo exceção à “regra” de que países da *common law* adotam o modelo decisório *seriatim* e países de *civil law* adotam o modelo decisório *per curiam*. (VIEIRA, 2022, p. 117).

No modelo *seriatim* a deliberação entre julgadores integrantes de um órgão colegiado, em geral, ocorre de forma pública, formando, ao final, um texto composto pelo conjunto de todos os posicionamentos argumentativos apresentados pelos julgadores.

Diante de tais características, afirma-se que “nos modelos de decisão em série (*seriatim*), ao contrário, cada membro do colegiado produz o seu próprio voto e, ao proferi-lo, fala por si e não em nome da corte.” (MELLO, 2019, p. 451)

Isso significa dizer, que a decisão final dos órgãos julgadores que adotam o modelo *seriatim* é formada por maioria, pois após cada um dos julgadores apresentar sua conclusão individual, de forma seria, e, ao final, a decisão final corresponderá à soma das decisões individuais, prevalecendo o entendimento majoritário.

Desta feita, o modelo em questão é criticado, pois diante da publicação de todos os posicionamentos há dificuldade de identificação da razão de decidir do tribunal, inexistindo preocupação em construir a fundamentação da decisão conjuntamente por um processo de deliberação (MELLO, 2019, p. 449), sendo esta última o elemento que confere legitimidade aos órgão colegiados. (VIEIRA, 2022, p. 37)

Entretanto, no caso do Brasil, os elementos do modelo *seriatim* são extraídos da Constituição, estando a publicidade dos julgamentos e o dever de fundamentação estão previstos no art. 93, IX, da CRFB/88³, compelindo a cada um dos julgadores, individualmente, a cumprir o ônus de fundamentar e

3 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

de discutir publicamente até atingir uma opinião que represente o órgão.

Ademais, a dificuldade de identificar as razões de decidir às quais a maioria anuiu refere-se a uma falta de organização da decisão que não pode ser atribuída, exclusivamente, à forma de expressar a decisão pelo método *seriatim*.

Isso posto, apresenta-se como marco teórico a teoria constitucionalista do processo para análise da constitucionalidade e democraticidade das decisões colegiadas obtidas por maioria, conforme, será demonstrado a seguir.

A teoria constitucionalista do processo e a decisão judicial de maioria

As relações entre processo e Constituição se estabelecem para atender ao exercício legítimo de quaisquer poderes, servido como pressuposto de participação e formação das decisões. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 249)

De acordo com o modelo constitucional de processo as previsões constitucionais imperam no direito processual, apresentando-se as seguintes premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo, consagrada na Constituição;
- d) A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis. (BARACHO, 1997, p. 56)

Nesta senda, o processo é uma garantia constitucional que deve ser observada, sob pena de serem inconstitucionais e ilegítimas as decisões judiciais que não o observem, sejam essas decisões unipessoais ou colegiadas.

Assim, o devido processo constitucional é um princípio que garante que todas as decisões estejam formal e materialmente de acordo com o texto constitucional (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 290).

Desta feita, o devido processo legal não se apresenta como uma garantia isolada, ele é formado por um bloco aglutinante de outras garantias processuais (DIAS, 2015, p. 93), dentre as quais destacam-se o contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla defesa e a isonomia.

Neste contexto, um dos pressupostos e garantia do devido processo legal é o juízo natural que prevê a delimitação legal prévia aos fatos do juízo competente para julgamento de cada causa, sendo assim já especificada

as competências do órgão pluripessoal que não poderá ser substituído pelo órgão unipessoal. Nesse sentido, destaca Jéssica Chaves:

Nesse prisma, o julgamento dos recursos e das ações originárias deve ser pelo colégio decisor, em consonância com o estabelecido pelo devido processo constitucional, podendo-se concluir que é vedado ao julgador singular usurpar a competência do órgão pluripessoal, por meio das decisões monocráticas proferidas fora do enquadramento normativo [...] (CHAVES, 2017, p. 45)

Tal compreensão conecta-se, também, a garantia de ampla-defesa, pois a não apreciação da demanda apresentada pela parte pelo juízo pluripessoal é uma limitação indevida dos meios de defesa às partes disponíveis.

Ademais, “o processo democrático justo, entre outras conquistas, elevou o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do pronunciamento judicial com que haverá de solucionar o litígio em juízo” (NUNES, BAHIA, PEDRON, p. 302).

Nesse contexto, o contraditório e a teoria normativa da comparticipação formam um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle as ações dos sujeitos processuais (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 302), com influência direta das partes na fundamentação das decisões.

Isso porque, “o principal fundamento da comparticipação (cooperação) é o contraditório como garantia de influência e não surpresa” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 318) que permitirá às partes serem informadas, reagirem, dialogarem e influenciarem a decisão. (DIAS, 2015, p. 133)

Nesta senda unipessoal ou pluripessoal a decisão judicial, em perspectiva de direito constitucional democrático, não pode ser compreendida como resultado da razão de quem julgou, mas sim da discussão intra processual.

Desta feita, cabe aos julgadores apreciarem a discussão desenvolvida no processo de modo a promover efetiva comparticipação, conforme assevera Chaves:

A deliberação do órgão colegiado, independentemente de qual seja o órgão decisor, deve enfrentar tanto as peculiaridades fáticas, quanto as questões, propriamente, de direito material ou processual discutidas, em razão da indispensabilidade de deliberação sobre todo o arcabouço argumentativo ofertado, para a construção de uma decisão comparticipada e colegiada, no empreendimento de um verdadeiro projeto compartilhado e policêntrico de construção da decisão pluripessoal. (CHAVES, 2017, p. 146)

Isso significa dizer que independentemente de a decisão colegiada ser obtida por maioria ou ser obtida por unanimidade, adotar os métodos *per curiam* ou *per seriatim*, o que determinará sua legitimidade é a observância do devido processo legal e das garantias processuais na fundamentação de suas decisões.

Nesta senda, é a fundamentação da decisão pluripessoal que demonstrará a legitimidade do debate havido, pois “o contraditório há de permear tanto a reconstrução dos fatos quando a escolha e interpretação da norma material aplicável ao caso concreto” (LEAL, 2002, p. 103)

Isso significa dizer que a participação das partes deve ser observada na fundamentação da decisão judicial reflete exercício de participação democrática, sendo expressão do Estado Democrático de Direito no processo jurisdicional, pois:

A garantia processual do contraditório como influência e não surpresa possibilita a compreensão da colegialidade como normatividade de promoção de um espaço deliberativo, não-adversarial, entre todos os “sujeitos do contraditório”¹⁵³, para a formação da decisão pluripessoal. Pontue-se que é o contraditório o “princípio estruturador” do debate endoprocessual (CHAVES, 2017, p. 65-66)

Assim, tanto as decisões unipessoais quanto as decisões pluripessoais devem observar a fundamentação das decisões enquanto dever do decisor e garantia das partes, intrinsecamente ligada à garantia do contraditório, sob pena da decisão não processual e constitucionalmente adequada ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Conforme apresentado neste estudo, o exercício da função jurisdicional no sistema processual brasileiro não decorre de eleição popular, devendo ter sua legitimação democrática extraída da observância da Constituição.

Isso posto, verificou-se que a decisão jurisdicional pode ser tanto unipessoal, quanto pluripessoal e, neste último caso, é formada por maioria, cabendo a investigação da forma de formação e de sua compatibilidade com o paradigma democrático.

Estudou-se, então, os métodos de formação das decisões por órgãos coletivos, quais sejam, *per curiam* e *seriatim*, verificando-se, em síntese, que o primeiro se caracterizaria por uma única decisão proferida pelo órgão coletivo mediante deliberação secretas e o segundo caracterizado pela publicação de decisões dissidentes após deliberação pública entre os membros do órgão decisor colegiado.

Destarte, segundo modelo referido, qual seja, o modelo *seriatim* é adotado na formação das decisões pluripessoais no Brasil e metodologicamente indutor do estabelecimento de decisão final pela formação de uma maioria.

Verificou-se, ainda, a existência de críticas ao modelo adotado no sistema brasileiro, contudo entendeu-se que suas características derivam das normas constitucionais e por isso, não induzem a ilegitimidade das decisões proferidas de forma seriada.

Em seguida apresentou-se os fundamentos da compreensão constitu-

cionalizada de processo, percebendo-se que o processo em perspectiva democrática é uma garantia da pessoa humana.

Ademais deu-se destaque às garantias do juízo natural, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões e sua relação com o modelo participativo de processo na formação de uma decisão pluripessoal de maioria.

Assim, as garantias processuais, especialmente o contraditório, lido de acordo com a teoria participativa, indicam um direito das partes de influenciar as decisões, que só serão legítimas caso fundamentadas de acordo com o debate intra processual.

Pelo exposto, o que se nota é que a contradição entre decisão da maioria e a matriz do Estado Democrático de Direito é apenas aparente, sendo a maioria um critério de decidibilidade constitucionalmente adequado, desde que observadas as garantias processuais constitucionais, tais como juízo natural, ampla-defesa, contraditório e fundamentação das decisões judiciais.

Desta feita, a decisão judicial fundamentada, informada pelos institutos do contraditório e da ampla-defesa, deve considerar, efetivamente, os argumentos das partes, as quais exercem influência, garantindo o caráter democrático do ato decisório. Consequentemente a decisão judicial de maioria que observa as garantias processuais representa a sintonia com o paradigma constitucional democrático, por permitir a efetiva participação e influência das partes no processo decisório.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. In. **Revista Do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte, MG-Brasil Ano 1 n. 1 1965-1997. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/rev_55_56.pdf. Acesso em: 10, jul. 2021. p. 56-68.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 abr. 21.

CHAVES, Jéssica Galvão. **Princípio constitucional da colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RosaLC_1.pdf. Acesso em: 05 Mai. 2021.

DIAS, Ronaldo de Carvalho Brêtas. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal e Teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, set.-dez., 2019, p. 443-467

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Ed.Jus Podium, 2020.

VIEIRA, Isabelle Almeida. **Repensando o Processo Decisório Colegiado do Supremo Tribunal Federal**: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriátm. Londrina, PR: Thoth, 2022.

A DEMOCRACIA E O *RECALL* NO DIREITO BRASILEIRO: A REVOGAÇÃO DE MANDATO POLÍTICO NO PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Sérgio Augusto Veloso Brasil

Advogado. Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br//0281180381209568>

Resumo:

O Estado Democrático de Direito brasileiro, previsto no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não é capaz de controlar o exercício do mandato político, quando ocorrem desvios distintos dos crimes de responsabilidade. Há falhas na democracia representativa. O objetivo geral do artigo é estudar o dispositivo *recall* no Brasil à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, no passado, atualmente e, em perspectiva, na democracia brasileira. O instituto do *recall* no direito brasileiro apresenta-se, no estudo, como hipótese viável, via Emenda Constitucional, para revogação de mandato político no direito brasileiro, em casos distintos do instituto do *impeachment*. No que se refere à metodologia, classifica-se a pesquisa como bibliográfica e documental, utilizando como fontes as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema e, também, a produção doutrinária e jurisprudencial. Ao final, conclui-se pela viabilidade de um mecanismo constitucional de participação popular no Brasil - o referendo revogatório, que fortaleça a soberania popular e o controle do mandato eletivo.

Palavras-chave: Democracia representativa; *Recall* político; Representação política; Referendo revogatório; Constitucionalismo democrático.

Introdução

A democracia representativa no Brasil é exercida com a escolha dos eleitos conforme se aduz do art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). O princípio democrático previsto no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88 tem sustentação na soberania (povo como fonte do poder) e na vontade popular (participação direta e indireta, do povo no poder) (BRASIL, 1988).

O parágrafo único do art. 1º da CRFB/88¹ apresenta a legitimidade do poder estatal no Estado Democrático de Direito. O princípio democrático assenta-se na soberania e na vontade popular, pois “[...] todo o poder emana do povo” (BRASIL, 1988, n. p.). Ocorre que a soberania popular tem sido mais valorada pela representação política do que pela participação popular.

Por outro lado, os mecanismos de participação popular direta mencionados nos incisos do art. 14 da CRFB/88 são insuficientes para controle dos representantes eleitos na democracia representativa brasileira e, verifica-se no estudo, que o *recall*, enquanto instituto de revogação de mandato político, diverso do dispositivo do *impeachment*, adequa-se ao ordenamento jurídico com intento de ampliar a participação e controle do povo.

Justifica-se apresentar o presente tema pois o Estado Democrático de Direito brasileiro, previsto no caput do art. 1º da CRFB/88, não é capaz de controlar o exercício do mandato político, quando ocorrem desvios, distintos dos crimes de responsabilidade.

O objetivo geral é estudar o dispositivo *recall* no Brasil à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, no passado, atualmente, e em perspectiva futura na democracia brasileira. Os objetivos específicos são: a) apresentar as propostas anteriores de *recall* vigentes no Brasil; b) descrever as propostas de Emendas Constitucionais para implementar o *recall* no Brasil; c) apresentar aspectos gerais da proposta de referendo revogatório no Brasil.

No que se refere à metodologia, classifica-se a pesquisa como bibliográfica e documental, utilizando-se como fontes as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema, como também, a produção doutrinária e jurisprudencial. Adotou-se o método de pesquisa dedutivo, com apreensão de conceitos e reflexão de fatos, partindo-se de considerações fundamentais sobre a democracia e dos mecanismos constitucionais vigentes para avaliar a erosão democrática e identificar possíveis soluções com maior participação popular.

Democracia e *recall*

Destaca-se na democracia brasileira, logo no início do texto constitucional, a previsão do Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, constituídos pela soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político.

A participação popular (estado democrático) e a previsão do império da lei, da divisão dos poderes e do enunciado e o rol de direitos fundamentais e sociais (estado de direito) fundem-se em um Estado constitucional que tem a

1 “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988, n. p.).

obrigação procedimental de assegurar a participação dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, igual e fraterna.

Deve-se propiciar oportunidades para que todos possam se manifestar, sem distinção, quanto às medidas e decisões que afetem a rotina de vida dos cidadãos. A soberania popular, prevista no art. 14 da CRFB/88, dá o tom de seu exercício, ou seja, pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Ao apresentar as ramificações clássicas da democracia - representativa, direta e participativa, entre outras -, destaca-se a característica híbrida da democracia semidireta ou participativa da CRFB/88, marcada pelo desempenho do poder do povo, seja por seus representantes eleitos ou, diretamente, por mecanismos dispostos na lei.

A democracia é marcada por luta incessante na garantia dos direitos conquistados e evoluiu socialmente, desde os atenienses, no que seria a primeira transformação democrática descrita por Dahl (2012), isto é, na primeira metade do século V a. C. ocorreu uma transformação nas ideias e instituições políticas entre os gregos e romanos, que suscitaria uma nova compreensão de mundo.

As grandes extensões territoriais e o número de habitantes, na maioria dos países, impossibilita o exercício pleno daquela democracia direta preconizada na antiga Grécia e, via de regra, acarreta um desvirtuamento do ideal democrático, sendo gerados obstáculos ao exercício pleno do poder pelo povo.

O descumprimento do exercício do mandato político por representantes eleitos pelo povo, atendendo a interesses diversos com os quais se comprometem em sua campanha eleitoral, demonstra falhas na democracia, em especial na representação dos eleitores e no controle dos representantes eleitos.

Cronin (1989) rememora que, como parte dos costumes do povo, integrou-se à legislação suíça, a partir de 1850, a possibilidade de um determinado número de cidadãos requerer uma votação especial para destituir um parlamentar ou membro de conselho.

O *recall*, nos EUA², acentuadamente, no ano de 1903, com a ‘Carta de Los Angeles’, de Roosevelt, tornou-se referência para estudos no Brasil como instituto revogatório de mandato político, em épocas distintas. Naquele país, o referido mecanismo serve como uma forma de fiscalizar os mandatos políticos das autoridades públicas, para aproximar representante e representado e, ainda, para tornar a Administração Pública menos corrupta (ÁVILA, 2009).

Ao revogar um mandato político, com uso do *recall*, há fundamentação

2 O *recall* norte-americano remanesce ao ano de 1903, na ‘Carta de Los Angeles’, de Roosevelt, com o “[...] movimento progressivo”, conforme descreve Monteschio (2018, p. 334). Mas quase três séculos antes, em 1631, Spivak (2004) descreve a primeira previsão normativa sobre revogação de mandato eletivo pelos eleitores, nos Estados Unidos, concretizada pelas leis intituladas *General Court of Massachusetts Bay Colony*; e 60 anos depois, em 1691, na *Colony Charles*.

na soberania do povo que decide seu próprio destino, diferentemente da justificativa e com amparo na teoria do mandato representativo e em empecilhos da soberania nacional. “O fundamento é a participação direta prevista na Declaração das Nações Unidas e, no caso do Brasil, na Constituição Federal” (ÁVILA, 2009, p. 68). Como dito, o *recall* teve influência no Brasil, como será visto, a seguir.

Propostas de revogação do mandato político no Brasil

Em política, *recall* significa o poder de cassar e de revogar o mandato de qualquer representante político pelo eleitorado; é chamar de volta, para ‘reavaliação’ popular, um mandatário improbo, incompetente ou inoperante. Trata-se de um mecanismo que, em grande parte, é uma garantia ao eleitor de que aquele candidato no qual votou conduzirá um mandato probro e dentro das propostas apresentadas antes do voto, em atenção a um princípio de confiança, ou melhor, antes de tudo, de coerência e legitimidade.

Historicamente, a revogação de mandato dos representantes políticos, no Brasil, vem do Império, com o Decreto de 16 de fevereiro de 1822, criado pelo príncipe regente para as eleições do Conselho de Procuradores do Estado, com previsão de perda do mandato de procurador, por eleição, se este não desempenhasse corretamente suas obrigações. Entretanto, o Decreto teve uma curta duração - de 2 de junho de 1822 a 7 de abril de 1823 (BENEVIDES, 1991).

Na República, o *recall* esteve previsto nas Constituições dos Estados de Goiás (GOYAZ, 1891), de São Paulo (1891), do Rio Grande do Sul (1891) e de Santa Catarina (1892). E, posteriormente, regulamentado em leis e decretos em alguns Estados. Devido ao contexto político da época, o instituto caiu em desuso, com dificuldades no recolhimento de assinaturas dos eleitores e pelo coronelismo vigente (CALIMAN, 2005), sem notícias de que tenha sido utilizado nos Estados da federação brasileira (ÁVILA, 2009).

No Brasil, a Constituição do Rio Grande do Sul de 1891, previu o *recall* em seu art. 39 para deputados estaduais, nesses termos: “Art. 39º - O mandato de representante não será obrigatório; poderá ser renunciado em qualquer tempo, e também cassado pela maioria dos eleitores” (RIO GRANDE DO SUL, 1891, n. p.).

Na Constituição de Goiás de 1891 (reformada em 1898) admitiu-se o instituto em seu art. 27, para retirar ‘conselheiros’ municipais (GOYAZ, 1891, n. p.). E, ainda, a Constituição de Goiás da época, em seu art. 56, previa, pela primeira vez no Brasil³, o instituto de revogação do mandato legislativo⁴, em cumprimento do que a lei estabelecesse, nesses termos: “Art. 56 - o manda-

3 “A presença no arcabouço legislativo pátrio do *recall* eleitoral não é novidade, sendo registrada nas constituições estaduais. A primeira a estabelecer esse instituto em seu texto foi a de Goiás” (MONTESCHIO, 2018, p. 327).

4 O mandato legislativo tinha a duração de três anos, de acordo com o § 1º do art. 54 da Constituição Estadual de Goiás, no ano de 1891 (GOYAZ, 1891).

to legislativo não será obrigatório, e o eleitorado poderá cassá-lo declarando, mediante o processo que a lei estabelecer, o mandatário carecedor de sua confiança” (GOYAZ, 1891, n. p.).

Nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, o dispositivo de revogação de mandato legislativo foi inserido em seus textos constitucionais no mesmo ano de 1891, na data de 14 de julho (MONTESCHIO, 2018).

No Estado de São Paulo havia o sistema bicameral, e no Rio Grande do Sul o unicameral. O sistema bicameral paulista, composto por um Congresso Estadual, com deputados e senadores eleitos por sufrágio direto e maioria de votos, foi previsto no § 1º do art. 5º da Constituição Paulista (SÃO PAULO, 1891, n. p.). E nos §§ 3º e 4º do art. 6º da Carta paulista havia previsão da proposta de cassação do mandato, iniciando-se o processo com o pedido de 1/3 dos eleitores; e se, durante a votação de revogação do mandato, não se atingisse a metade mais um do sufrágio com que o deputado ou senador tivesse sido eleito, este seria, então, destituído, com eleições a serem convocadas para suprir a vaga.

A Constituição Política do Estado do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, previu, em seu art. 39, que “O mandato do representante não será obrigatório; poderá ser renunciado em qualquer tempo e também cassado pela maioria dos eleitores” (RIO GRANDE DO SUL, 1891, n. p.). E, logo em seguida, no art. 40 do mesmo diploma, é previsto que, após o conhecimento de vacância de representante, o presidente do Estado providenciaria imediatamente que houvesse o preenchimento da vaga (RIO GRANDE DO SUL, 1891, n. p.).

Em Santa Catarina, a Constituição Estadual de 7 de julho de 1892⁵, em seu art. 14, previa que “O mandato legislativo pode ser renunciado, e a sua revogabilidade se efetuará quando, consultado o eleitorado por um terço dos eleitores, não obtiver o deputado metade e mais um dos votos com que foi eleito” (MONTESCHIO, 2018, p. 329).

A implementação do *recall* como alternativa de destituição de um chefe do Executivo no Brasil deve se aliar à “[...] adoção de critérios mais sólidos e consistentes de participação popular” (MONTESCHIO, 2018, p. 330). Foram realizadas várias propostas de Emendas à Constituição Federal republicana,

5 Esta foi a segunda constituição de Santa Catarina. “A primeira Constituição republicana do Estado catarinense foi promulgada em 11 de junho de 1891. Porém, crises no governo brasileiro - como a eleição de Deodoro da Fonseca pelo Congresso, o fechamento do Congresso Nacional, a segunda Revolta da Armada, o avanço dos ideais da frente Federalista, do Rio Grande do Sul para Santa Catarina e Paraná, que pretendia a formação de um novo país, e a reação republicana contra o governo Estadual de Lauro Müller, inclusive este foi ameaçado publicamente por praças do 25º Batalhão de Infantaria - são alguns dos principais fatores que levaram à deposição do governador Lauro e a instalação de uma Junta Governativa para comandar o governo estadual. A Constituição de 1891 foi violada, pois previa eleições diretas, e, contrariamente, a junta tomou o poder, fechou a Assembleia Legislativa e adiou as eleições para deputados estaduais, de 27 de março para 24 de abril de 1892. [...]. A segunda Constituição Estadual republicana foi promulgada em 7 de julho de 1892” (MEMÓRIA..., [2013?], n. p.).

em momentos distintos, como será visto, a seguir.

As propostas de Emendas à Constituição para implementar o *recall* no Brasil

A CRFB/88, por sua vez, não teve previsão de *recall* em seu texto, mas, rotineiramente, foram apresentadas Propostas de Emenda à Constituição (PEC), como forma de incrementar a participação popular e aumentar a previsão de mecanismos de participação direta do cidadão no exercício da soberania popular, previstos nos incisos do art. 14.

Durante a Assembleia Constituinte, que formulou o texto da CRFB/88, foi cogitado o ‘voto destituente’ por meio de iniciativa popular constitucionalmente prevista e, depois, mediante encaminhamento das petições ao Poder Legislativo, que decidiria pela responsabilização política (ou não) da autoridade pública (TEMER, 2006).

A cidadania é exercida de forma plena quando os cidadãos se mobilizam e sugerem formas de aperfeiçoamento das instituições; e é nessa linha que Michel Temer (2006) tenta implementar o referido voto destituente, que destitui o parlamentar quando a representação ferir princípios éticos ou não cumprir obrigações e compromissos assumidos anteriormente.

A justificativa para o voto destituente está na própria base do sistema democrático. O mandato não pertence ao parlamentar e sim ao povo, que é o dono da representação. A qualquer hora, e quando julgar conveniente, a sociedade organizada poderá pedir a destituição de quem estiver traíndo a representação ou conspurcando o mandato. Pelo meu projeto, os cidadãos, em abaixo-assinado, em número proporcional à densidade eleitoral da região, poderão pedir às Mesas Diretoras das Casas Legislativas que se abra um processo para verificar ocorrências e fatos que desabonem a vida parlamentar (TEMER, 2006, p. 77-8).

Ocorre que o referido instituto diverge do *recall* norte-americano, em que não há participação do Poder Legislativo e decorre de um princípio do *Good Business Principle* para que a administração pública das cidades seja levada a efeito por bons profissionais (AVILA, 2009).

Ao final, a proposta de implementar o instituto do ‘voto destituente’, apresentada pelo deputado Lysâneas Maciel (Partido Democrático Trabalhista - PDT/Rio de Janeiro - RJ), em 14 de maio de 1987, mesmo com apoio de outros parlamentares, foi combatida, por repetidas vezes, em diversos turnos de votações, e ficou fora do texto constitucional. Segundo Aieta (2002, p. 9) foram frágeis as argumentações nas emendas contrárias ao ‘voto destituente’, propostas por parlamentares de partidos políticos como PMDB, Partido da Frente Liberal (PFL) e Partido Comunista do Brasil (PCdoB): “[...] conspiração de suplentes”, “[...] retaliação entre correntes antagônicas”, “[...] manipulação do poder econômico”, entre outras.

Martins e Baptista (2018) relembram que o *recall* não foi previsto na CRFB/88, em que pesem as propostas de EC nº 80/2003, nº 82/2003, nº 73/2005 e nº 477/2010, todas arquivadas em decorrência do final da legislatura. Veja-se cada uma delas a seguir.

Na PEC nº 21, de 2015, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, do Partido Socialista Brasileiro (PSB) de Sergipe (SE), verifica-se, na justificção, a proposta de inserir, no sistema democrático brasileiro, dois instrumentos de democracia semidireta ou participativa: o direito de revogação (*recall*) e o veto popular (BRASIL, 2015). Este último instituto não é objeto deste estudo. A PEC nº 21/2015 é a única em vigor, aguardando ser submetida ao Plenário do Senado, para deliberação, desde 2017.

De autoria do senador Antônio Carlos Valadares, do PSB/SE e outros, a PEC nº 80/2003 foi arquivada em 26 de dezembro de 2014, tendo em vista o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, que opinou pela sua prejudicialidade em virtude do voto favorável à PEC nº 73/2005. Teve o intuito de alterar o art. 14 da CRFB/88, incluindo dois institutos: o direito de revogação (individual e coletivo) e do veto popular (MARTINS; BAPTISTA, 2018). Essa proposta “[...] parece delegar um espaço de conformação muito grande ao legislador ordinário” (BOGOSSIAN; DE LUCA, 2015, p. 1033). A proposta de alteração do art. 14 da CRFB/88 da PEC nº 80/2003, com o “[...] objetivo de inserir dois instrumentos da democracia indireta ou participativa”, ficou assim redigida: “Art. 14. [...] IV - direito de revogação, individual e coletivo; V - veto popular” (BRASIL, 2003, n. p.).

A PEC nº 82/2003, de autoria do senador Jefferson Peres (PDT/Amazonas - AM) e outros, sugeria a convocação de plebiscito na metade do mandato de senadores e chefes do Poder Executivo, com quórum de 10% do eleitorado, para subscrever petição solicitando sua revogação. E, juntamente com o plebiscito, previa a realização de eleições para preenchimento de eventual vaga. Os detalhes procedimentais ficariam a cargo de lei ordinária e manteria o sistema eleitoral vigente. A PEC nº 82/2003 alteraria os arts. 28, 29, 32, 55 e 82 da CRFB/88, “[...] para que fosse incluído o plebiscito de confirmação de mandato dos representantes eleitos em pleito majoritário, que seria aplicado para presidente, governadores, senadores e prefeitos” (MARTINS; BAPTISTA, 2018, p. 921). Essa PEC foi arquivada em 7 de janeiro de 2011.

No ano de 1987, com auxílio do senador Eduardo Suplicy (Partido dos Trabalhadores - PT/São Paulo - SP), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) apresentou a PEC nº 73/2005, que propôs alterar dispositivos dos artigos 14 e 49 da CRFB/88 e acrescentar o artigo 14-A, com a instituição do referendo revogatório do mandato de presidente da República e de congressistas (BRASIL, 2005). A proposta foi arquivada ao final da legislatura, em 26 de dezembro de 2014. Na proposta, o referendo e a convocação de plebiscito para destituição dos mandatos de presidente da República e membros do Congresso Nacional poderiam ser feitos diretamente ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com destaque à soberania popular, esculpida no art. 1º da

CRFB/88. A proposta de PEC fez parte da Campanha Nacional em Defesa da República e da Democracia, lançada pela OAB, e questionou a relação de confiança, no caso do mandato político, com responsabilidade pelo desempenho de um cargo ou função pública.

A PEC nº 477/2010 foi apresentada pelo deputado Rodrigo Rollemberg (PSB/Distrito Federal - DF) para acrescentar o art. 14-A na CRFB/88, visando instituir a Petição Revogatória, a Petição Destituínte e o Plebiscito Destituínte (BRASIL, 2010). Após ter sido recebida pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a proposta foi arquivada em 31 de maio de 2015, por encerramento do mandato do proponente (GUNDIM, 2017). A proposta daria ao cidadão a possibilidade de pedir a revogação de leis aprovadas nos oito anos anteriores e demandar a realização de plebiscito para decretar a perda de mandato de prefeito, senador e governador. Os pedidos deveriam ser subscritos por um percentual mínimo do eleitorado nacional, dependendo do caso (BRASIL, 2010).

De autoria do senador Antônio Carlos Valadares (PSDB/SE) e outros, a PEC nº 21/2015 propõe alteração da redação do art. 14 da CRFB/88, inserindo incisos que criam dois novos institutos da democracia participativa, o Direito de Revogação e o Veto Popular (BRASIL, 2015). Está em tramitação, pronta para deliberação do Plenário desde 21 de junho de 2017. Acrescenta incisos e parágrafos ao art. 14 da CRFB/88, para determinar que a soberania popular será exercida, nos termos da lei, mediante veto popular e direito de revogação de mandato de membros dos poderes Executivo e Legislativo, estabelecendo que poderão ter seus mandatos revogados após transcurso de dois anos da data da posse.

As propostas de inclusão da revogatória de mandato no Brasil, por meio das PEC nº 214/2016 e nº 223/2016, foram apresentadas pelo deputado Rubens Pereira e Silva Júnior (PCdoB/Maranhão - MA) e outros, ambas devolvidas aos autores por não conterem o número mínimo de assinaturas necessárias exigido pela exegese do inciso I do art. 60 da CRFB/88 (1/3 dos membros da Câmara) (GUNDIM, 2017). O conteúdo das PEC (BRASIL, 2016a, 2016b) era o mesmo e propunha acrescentar o art. 14-A e, ainda, acrescentar o inciso IV ao art. 14 e o inciso VI ao art. 51, todos da CRFB/88. Bastava o chefe do Executivo perder legitimidade, condições políticas de governabilidade, que a Constituição autorizaria, sem maiores percalços, a sua substituição.

Gundim (2017, p. 125) observa ainda que foi apresentada ao Senado uma possibilidade de implementar o Referendo Revogatório no Brasil, por meio de uma “[...] ideia legislativa”. O cidadão propõe a criação ou a sugestão de alteração de leis vigentes, e aquelas que recebam pelo menos 20.000 apoios serão encaminhadas à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), para que seja exarado parecer. O prazo final expirou em 22 de agosto de 2017 e não atingiu o número mínimo de apoios.

Na seção seguinte apresenta-se o *recall* brasileiro - a proposta do Referendo Revogatório.

Referendo revogatório do mandato político: aspectos gerais

Na proposta de referendo revogatório, como mecanismo de soberania popular, em uma demanda coletiva, haverá necessidade da assinatura de um percentual de eleitores para uma chamada pública (Aviso de Intenção) objetivando a votação do Referendo Revogatório, que exigirá um percentual mínimo por região (País, Estado, Município) e por frações da região (Estados, Municípios).

O Referendo Revogatório é a forma de exercício direto do poder pelo povo, a ser previsto como inciso do art. 14 da CRFB/88, que possibilitará a deflagração de um processo político-judicial de reavaliação popular, todavia, sem a figura de um representante no Congresso Nacional, com vistas a cassar e revogar o mandato de qualquer político eleito por voto majoritário, em face de improbidade, incompetência, desídia ou inoperância técnica que cause baixa popularidade e perda de confiança do político diante do eleitorado.

Para melhor entendimento da implementação do dispositivo revogatório no Brasil por meio de PEC, com alteração, em especial, do art. 14 da CRFB/88, entre outros, cumpre destacar que o instituto do *recall* norte-americano, um dos institutos de referência de revogação de mandato, utilizadas neste estudo, tem alguns requisitos a serem cumpridos, conforme preleciona o professor Dalmo de Abreu Dallari (2016):

- a) número de eleitores para consulta à opinião do eleitorado sobre a manutenção ou a revogação do mandato conferido a alguém;
- b) depósito em dinheiro dos requerentes;
- c) em muitos casos dá-se a oportunidade de quem está com o mandato em cheque imprimir a defesa na própria cédula que será usada pelos eleitores.

O procedimento eleitoral do *recall* divide-se em duas fases: na primeira fase, parcela do eleitorado confirma a vontade de instaurar o procedimento e levar a votação popular a opção de manter ou não o agente público; e em uma segunda fase, os eleitores, por meio de votação, decidem sobre a destituição e a substituição do agente público (ÁVILA, 2009).

No direito norte-americano exige-se uma caução em dinheiro como requisito para o funcionamento do mecanismo e “[...] diminuir o risco de aventuras políticas e de promover uma reparação pela movimentação do aparato eleitoral sem justificativa” (ÁVILA, 2009, p. 56). Se a maioria dos cidadãos decidir pela revogação do mandato, será efetivado o *recall*; caso contrário, o mandato não se revoga, e os requerentes perdem para o Estado o depósito (DALLARI, 2016).

No caso do Referendo Revogatório entende-se inapropriada a exigência de caução como requisito de procedimento, por vários motivos, julgados relevantes, entre eles, resumidamente:

- a) o depósito de caução será uma causa de dificuldade para os legiti-

- mados para iniciar o Referendo Revogatório;
- b) há outros requisitos exigidos para iniciar o Referendo Revogatório, como:
- percentual preliminar de assinaturas de eleitores, seja em âmbito nacional ou por Estados da Federação, no caso do cargo de Presidente da República, por exemplo,
 - há única proposta de pedido de revogação de mandato por eleito; e caso não seja aceita com fundamentação e motivação suficientes, a proposta de retirada e substituição do político pelos eleitores será arquivada,
 - serão previstas sanções em lei para aqueles eleitores que agirem com má-fé ou falsidade ideológica na proposição do dispositivo constitucional revogador de mandato;
- c) há entendimento do TSE de que não é cabível, como regra, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça Eleitoral (BRASIL, 1997)⁶, com exceção dos casos de má-fé⁷; conforme previsão no art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, estabeleceu-se a gratuidade de alguns atos, entre eles o previsto no inciso I: “[...] os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição” (BRASIL, 1996; LIMA, 2019); em uma interpretação teleológica⁸, uma vez que o fim da norma é o exercício da soberania popular pelo cidadão, não parece apropriada a cobrança de caução àquele cidadão que queira propor a medida de substituição do político eleito que esteja se desviando do interesse público;
- d) a realidade econômica do cidadão norte-americano⁹, comparada com a do brasileiro, é muito diferente para que o proponente do instituto de revogação de mandato possa assumir um ônus que, em tese, é para o bem de todos; ademais, não há garantia que se efetive a proposta de substituição do político, pois trata-se de uma deliberação democrática e republicana, em que se devem respeitar as opiniões em contrário e, obviamente, princípios constitucionais como

6 RO nº 61, Rel. Min. Costa Porto, DJE de 21.6.2002 e do AgR-Respe nº 23.027, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, PSESS em 13.10.2004 (LIMA, 2019).

7 AI nº 7570, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 20/08/2014 (LIMA, 2019).

8 Teleologia refere-se à noção de finalidade, de objetivo. A intenção é descobrir a razão finalística que motive a produção normativa. O referendo revogatório tem por finalidade o exercício da soberania popular pelo cidadão, eleitor regularmente inscrito. A cobrança de caução contraria os incisos I e V do art. 1º da Lei nº 9.265/1996, *in verbis*: “Art. 1º - São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: I os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição; [...] V - quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e à defesa do interesse público” (BRASIL, 1996, n. p.).

9 Sugere-se o *site Countryeconomy* em que há um comparativo dos países no mundo com os EUA. O PIB *per capita* do Brasil, em 2020, foi estimado em 5.345 euros, e o dos EUA, no ano seguinte, foi de 58.855 euros. Não há dados em todos os anos, mas vários indicadores que dão conta da realidade brasileira (COUNTRYECONOMY, [202-]).

- os do art. 37 da CRFB/88;
- e) a proposta apresentada possui outros requisitos de filtro para o pedido, como será visto; e se não cumpridos, a proposta de revogação de mandato será arquivada.

Entende-se, então, que não haverá depósito de caução, e os legitimados para requerer o referendo revogatório serão listados em lei federal específica, incluindo-se qualquer cidadão, partidos políticos¹⁰, OAB e associações civis¹¹.

A questão primordial a ser desbancada no contexto político será a de os legitimados serem capazes de propor o Referendo Revogatório, reportando-se diretamente ao TSE ou Tribunal Regional Eleitoral (TRE), dependendo do cargo político, após cumpridos os requisitos para o referendo ser votado pelos cidadãos, sem interferência do Congresso Nacional.

Revitaliza-se, assim, a soberania popular e o poder legítimo do povo para os casos a serem regulamentados em lei e que não se enquadrem como *impeachment*, nos casos de crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 (e posteriores alterações).

Conclusão

A democracia é o regime político em que a soberania é exercida pelo povo, e as decisões adotadas devem ser consentâneas com o interesse público, para que o povo possa exercer, com plenitude essa soberania. Contudo, o processo eleitoral e a legislação constitucional e infraconstitucional vigentes no Brasil não são capazes de valorizar o voto do eleitor, com vistas ao exercício da soberania e, rotineiramente, se defrontam com representantes eleitos que se desviam dos compromissos propostos.

A democracia brasileira é híbrida, exercida via representantes eleitos e, também, de maneira direta. No art. 14 da CRFB/88 há mecanismos de efetivação da democracia direta, mas de maneira insuficiente. Por isso, além da previsão do plebiscito, referendo e iniciativa popular, agrega-se a proposta do *recall* político brasileiro - o referendo revogatório, na Constituição magna do país, limitado aos mandatos políticos auferidos por voto majoritário, ou seja, de Presidente da República, Senador da República, Governador do Estado e Distrital e Prefeito Municipal. A tentativa é de evitar que se frustrate a vontade do eleitor e que a soberania popular fique vulnerável.

Um dos resultados neste estudo foi o de apresentar o histórico de revogação de mandato dos representantes políticos eleitos, no Brasil, que vem

10 Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, com previsão no inciso V do art. 44 do Código Civil e organizados e funcionamento de acordo com a Lei nº 10.825, de 23 de dezembro de 2008.

11 As associações civis são instituídas no Brasil conforme o inciso I do art. 44 do Código Civil, como pessoas jurídicas de direito privado. Elas são formadas por pessoas ou empresas que desejam investir parte dos seus recursos e do seu tempo à uma causa ou um objetivo social.

do Império, com a perda do mandato de Procurador do Estado, caso não desempenhasse corretamente suas obrigações. Posteriormente, na República, o *recall* esteve previsto nas constituições dos Estados de Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul (1891) e Santa Catarina (1892).

Outro resultado do artigo foi constatar que embora a CRFB/88 não tenha previsto em seu texto hipótese constitucional de *recall*, as tentativas de se implementar o *recall* no Brasil, passaram, inicialmente, pela Assembleia Constituinte de 1988, cogitando-se o ‘voto destituente’ por meio de iniciativa popular. Posteriormente, nos termos do I do art. 59 da CRFB/88, foi dado início ao processo legislativo, via Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de números 80/2003, 82/2003, 73/2005 e 477/2010, todas arquivadas. As PEC nº 214/2016 e 223/2016 não seguiram em frente, por não observar o número mínimo de assinaturas exigido pela exegese do inciso I do art. 60 da CRFB/88. E, ainda em vigor, a PEC nº 21, de 2015, aguarda, desde 2017, deliberação do Plenário do Senado Federal.

O terceiro resultado foi apresentar, sinteticamente, a proposta de implementação de revogação de mandato de representantes eleitos, por voto majoritário no Brasil, via referendo revogatório, sem participação do Congresso Nacional, como forma de aumentar a participação e o controle popular, com apoio da Justiça Eleitoral para constatar a regularidade dos eleitores e dos requisitos do instrumento a ser regulamentado em lei específica, sem desprezar, inclusive a ampla defesa e o contraditório.

Enfim, ocorreram tentativas anteriores e atuais para que a democracia brasileira possa ser mais substantiva do que representativa, com valoração da soberania popular no controle das ações e condutas dos representantes eleitos para que, de maneira indireta, possam concretizar políticas públicas que auxiliem na concretude de uma justiça social eficiente.

Referências

AIETA, Vânia Siciliano. O recall e o voto destituente. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 157-70, jul./set. 2002.

ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores**: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.

BENEVIDES, Maria V. de M. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.

BOGOSSIAN, André M. DE LUCA, Alexandre C. O que é bom e o que poderia ser melhor - Propostas para a Reforma Política. **RBEC**, 9, n. 32, p. 1023-45, maio/ago. 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.** Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19265.htm#:~:text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%20C3%9ABLICA%20Fa%20C3%A7o,que%20se%20reporta%20o%20art. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 21/2015.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4362973&ts=1630436486342&disposition=inline>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 73, de 2005.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3930571&ts=1630417214737&disposition=inline>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 80, de 2003.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3898634&ts=1630423348352&disposition=inline>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 214/2016a.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1425644&filename=PEC+214/2003. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 223/2016b.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1459509&filename=PEC+223/2016. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 477/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472552>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CALIMAN, Auro A. O recall no Estado de São Paulo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 197-203, jan./mar. 2005.

COUNTRYECONOMY. **Compare countries.** [202-]. Disponível em: <http://countryeconomy.com>. Acesso em: 19 maio 2022.

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOYAZ. [Constituição (1891)]. **Constituição do Estado.** 1891. Disponível em: https://www.casacivil.go.gov.br/images/imagens_migradas/upload/arquivos/2011-08/constituicao-1891.pdf. Acesso em: 2 ago. 2021.

GUNDIM, Wagner W. D. **Da crise governamental no Brasil: O recall e o juízo político: mecanismos de responsabilidade político-eleitoral. Uma proposta de instrumentos de enfrentamento de crises políticas.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

LIMA, Edvanilson de Araújo. Honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça

Eleitoral: por uma necessária releitura do tema. **Jus Navigandi**, a. 24, n. 5888, 15 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64067>. Acesso em: 23 out. 2021.

MARTINS, Urá L.; BAPTISTA, Vinícius F. A adoção do *Recall* como instrumento de ampliação do controle popular dos mandatos políticos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 13, n. 2, p. 909-30, 2º quadrimestre 2018.

MEMÓRIA política de Santa Catarina. [2013?]. Disponível em: http://memoriapolitica.alesc.sc.gov.br/legislativo/deputado-estadual/legislaturas/248-1a_Legislatura. Acesso em: 7 ago. 2021.

MONTESCHIO, Horácio. **Política brasileira: a crise da representação e os instrumentos para o controle dos mandatos eletivos**. Curitiba: Juruá, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1891)]. **Constituição Estadual de 1891**. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=oknlkK_3Etc%3d&tabid=3107. Acesso em: 2 ago. 2021.

SANTA CATARINA. [Constituição (1892)]. **Constituição do Estado**. Disponível em: https://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/Const_Est_1891.pdf. Acesso em: 2 ago. 2021.

SÃO PAULO. [Constituição (1891)]. **Constituição Estadual de 1891**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antiores/constituicao-estadual-1891/>. Acesso: 2 ago. 2021.

SPIVAK, Joshua. Californian's recall: adoption of the grand bounce for elected officials. **California History**, v. 81, n. 2, p. 22, 2004.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006.

O USO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Renato Sabino Carvalho Filho

Doutor em Direito do Trabalho (Universidade de São Paulo), São Paulo, SP, Brasil,
Mestrando em Direitos Humanos (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)

Resumo:

O problema do artigo é verificar juridicamente a aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo geral é analisar a postura do Tribunal na aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana processos por ele julgados. Os objetivos específicos são investigar o funcionamento da Corte Interamericana e analisar a técnica para o diálogo interjudicial entre as Cortes. O objeto da pesquisa é a ligação entre a jurisprudência das Cortes internacional e interna e a sua relação com os direitos fundamentais. A importância do tema se justifica porque os diálogos permitem maior efetividade dos direitos fundamentais. A hipótese é de que o STF tem precedentes pela aplicação da jurisprudência da Corte, o que traz efetividade aos direitos fundamentais. O artigo é escrito por levantamento bibliográfico e jurisprudencial e método dialético, com análise doutrinária. O artigo é iniciado com a análise do que está inserido no conceito de jurisprudência da Corte IDH. Após, é explorada a teoria da coisa interpretada, com a explicação do seu conceito e a análise dos seus fundamentos. Por fim, analisam-se três precedentes do STF sobre a aplicação da jurisprudência da Corte IDH. Conclui-se, ao final, que, quando o STF aplicou a *corpus iuris* DA Corte IDH, houve maior efetividade dos direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Diálogos interjudiciais; Coisa interpretada; Jurisprudência.

Introdução

É cediço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é o órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) responsável pela realização da interpretação autêntica da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Para tanto, em sua função jurisdicional, pode proferir sentenças e medidas provisórias e, em sua função consultiva, pode emitir opiniões consultivas. Tais pronunciamentos garantem, no âmbito inter-

nacional, a efetividade dos direitos humanos.

No âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal (STF), que é a Corte Constitucional do Brasil, também deve analisar possíveis violações e garantir o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

O presente artigo pretende analisar a postura do STF quanto à aplicação da jurisprudência da Corte IDH sobre os direitos humanos.

Para tanto, será feito um estudo sobre a abrangência do conceito de jurisprudência da Corte IDH enquanto fonte de direito internacional dos direitos humanos. Especificamente, será analisado se apenas os atos emanados dos órgãos jurisdicionais são considerados como jurisprudência ou se também o são as opiniões consultivas.

Em seguida, será feito um estudo sobre o controle de convencionalidade e a teoria da coisa interpretada, notadamente quanto à obrigatoriedade de o Estado-parte respeitar, no plano interno, a interpretação já dada pela Corte IDH em suas sentenças e opiniões consultivas sobre os dispositivos da CADH.

Por fim, será abordado o ponto central do estudo, que é a posição do STF quanto à aplicação da jurisprudência da Corte IDH, seja pela aplicação do *corpus iuris* do sistema internacional, seja sobre a sua não aplicação e as consequências no âmbito internacional.

A primeira hipótese a ser desenvolvida é de que há precedentes pela aplicação da jurisprudência internacional no plano interno, com a garantia de efetividade dos direitos fundamentais. A segunda hipótese é de que existem consequências negativas caso o STF não respeite a jurisprudência da Corte IDH em suas decisões.

O objetivo do artigo é estudar se o STF promove o diálogo interjudicial com a Corte IDH, na busca da efetividade dos direitos fundamentais.

Para tanto, será feito levantamento bibliográfico e utilizado o método dialético, para o exame das posições doutrinárias antagônicas a respeito de cada problema apresentado. Também será utilizado o método dedutivo, pois as conclusões específicas do trabalho serão atingidas por meio da verificação das premissas gerais que serão realizadas. Ainda, será feito levantamento jurisprudencial do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade desde 2010. Como fontes, valer-se-á, primordialmente, dos textos legislativos nacionais e estrangeiros que regulam a matéria.

A abrangência do conceito de jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que ela deverá aplicar as decisões judiciais como meio para se auxiliar a aplicação das regras de direitos. Com isso, deve-se concluir que a jurisprudência é fonte de direito internacional desde o momento em que foi proferida. Ela integra, assim, o direito constitucional dos direitos humanos e ingressa no ordenamento

jurídico dos Estados automaticamente¹.

A doutrina se debruça sobre a abrangência do conceito de jurisprudência. Cavallo ensina que ela é emanada dos atos judiciais dos tribunais internacionais dos direitos humanos, bem como dos pronunciamentos com conteúdo de direitos humanos dos tribunais internacionais. Além disso, o autor também insere em tal conceito os atos provenientes dos órgãos quase jurisdicionais de supervisão dos tratados internacionais de direitos humanos².

Os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos contam com órgãos jurisdicionais internacionais, que possuem a competência para julgar os casos que a eles são submetidos. No sistema americano, existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte IDH tem competência contenciosa para resolver as controvérsias entre as partes sobre a violação a direitos humanos. O órgão tem, assim, competência para a interpretação e a solução de possíveis violações à CADH. Tal competência vem consagrada nos artigos 61, 62 e 63 da Convenção. O exercício da competência contenciosa da Corte IDH tem, como ato final, uma sentença, que deve ser obrigatoriamente cumprida pelas partes envolvidas. Por meio da competência contenciosa, a Corte IDH cumpre seu papel de garantir a prevalência dos direitos, além da reparação das violações aos direitos humanos³.

Além dessa, existe a competência para se adotar medidas provisórias. Trata-se de tutela que pode ser exercida de forma antecipada ao processo, envolvendo casos urgentes, em que pode acontecer dano irreparável. Para tanto, a Corte IDH pode agir a requerimento ou de ofício. A sua previsão está no art. 63.2 da CADH e no art. 25 do Regulamento da Corte IDH. Se já existir processo em curso, o pedido de concessão de medida provisória pode ser feito pelas vítimas ou seus representantes. Já quando não há processo em curso, a concessão da tutela depende de solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em ambos os casos, a medida provisória tem eficácia vinculante às partes envolvidas.

Após a prolação das suas decisões, a Corte IDH também tem competência de supervisão das sentenças. Trata-se de procedimento que se dá por meio da edição de resoluções e, inclusive, com a possibilidade de realização de audiências. São solicitadas informações aos Estados e também podem ser feitas observações pelas vítimas ou seus representantes.

Por fim, a Corte IDH também conta com competência consultiva, que se manifesta quando o órgão responde uma dúvida ou interrogação sobre a interpretação da CADH ou de outros tratados referentes à proteção de direitos humanos, bem como quando a Corte emite parecer sobre a compatibilidade entre qualquer lei interna e a CADH ou outros tratados de direitos humanos (art. 64 da CADH). Nessa hipótese, a Corte orienta os Estados so-

1 Cavallo (2021), p. 185.

2 Cavallo (2021), p. 188.

3 Cavallo (2021), p. 191-192.

bre questões jurídicas relevantes e constitui a interpretação autorizada sobre o conteúdo da CADH. O ato final de tal competência é a opinião consultiva, que não se limita à CADH, mas também alcança outros tratados de proteção aos direitos humanos⁴.

A opinião consultiva tem abrangência ampla, pois todos os Estados são notificados quando há uma solicitação de opinião consultiva para, previamente, fazer suas ponderações e participar das audiências sobre o tema (art. 73.1 do Regimento da Corte IDH). Em tal norte, a legislação e a jurisprudência interna de cada um dos países que optam por esse manifestar também é considerada quando da emissão da opinião. Tal participação se justifica porque todos os Estados devem cumprir com o que for resolvido pela CIDH.

No conceito de jurisprudência a ser aplicado no âmbito interno dos países, devem ser abrangidas não apenas as sentenças, mas também as opiniões consultivas, exaradas pela Corte IDH. Por serem fontes de direitos internacional, as sentenças e as opiniões consultivas possuem eficácia normativa *erga omnes* quanto à interpretação da norma e a fixação dos sentidos das disposições convencionais⁵.

Chancelando tal posicionamento, na Opinião Consultiva n. 21/2014 (parágrafos 31 e 32), a Corte IDH decidiu expressamente que as suas opiniões consultivas também devem servir de parâmetro quando da realização de controle de convencionalidade.

Cavallo defende que a jurisprudência da CIDH deve ser admitida também como fonte de direito internacional dos direitos humanos. Em primeiro lugar, porque os Estados, de forma livre e voluntária, a reconheceram como órgão competente para resolver as denúncias individuais sobre violações a direitos humanos. E, sendo assim, os Estados devem reconhecer o resultado da sua atuação como fonte de direito, até mesmo pela boa-fé com que devem cumprir os tratados internacionais por ele ratificados. A partir do momento em que os Estados aceitam a CIDH como órgão do SIDH, então a sua atuação é legítima. Aliás, na prática, os Estados-membros cumprem os critérios que emanam das decisões da CIDH, até mesmo porque o descumprimento da decisão da CIDH pode acarretar a remessa automática do caso à Corte IDH, conforme art. 45.1 do Regulamento da CIDH⁶.

Constata-se, assim, que as Cortes Internas devem fazer a análise de constitucionalidade tendo como parâmetro o bloco de constitucionalidade convencionalizado, que também abrange a análise de compatibilidade dos atos e normas com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela jurisprudência da Corte IDH (conceito no qual se inserem as sentenças e as opiniões consultivas).

Trata-se do controle de convencionalidade de forma difusa, feito por qualquer autoridade do Estado, de qualquer parte dos Estados-membros. Di-

4 Cavallo (2021), p. 193-194.

5 Cavallo (2021), p. 204.

6 Cavallo (2021), p. 236-238.

z-se difuso porque o controle de convencionalidade de forma concentrada é feito quando a própria Corte IDH analisa a possível incompatibilidade de norma interna de um Estado com relação à CADH, outros tratados de direitos humanos ou à jurisprudência da Corte⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal possibilidade é possível porque o art. 102, I, *a*, da Constituição e o art. 3º da Lei n. 9.868/99 estabelecem que deve ser sempre indicado o dispositivo de lei ou ato normativo que é objeto de controle de constitucionalidade, porém a norma é omissa quanto à amplitude do conteúdo paradigma. Isso permite que se insira, assim, a análise da constitucionalidade também abrange a análise da convencionalidade, não ficando restrita à compatibilidade com a Constituição ou normas equivalentes⁸.

Extrai-se, assim, a premissa de que as sentenças e as opiniões consultivas da Corte IDH devem ser consideradas como fontes de direito internacional de direitos humanos e, em consequência, devem ser observados quando da análise do controle de convencionalidade pelo direito interno.

A teoria da coisa interpretada

A aplicação da jurisprudência da Corte IDH nos tribunais internos dos Estados-membros da OEA se dá por meio da teoria da coisa interpretada.

Conforme art. 68.1 da CADH, as decisões da Corte IDH têm efeito vinculante para os Estados que foram partes nos processos internacionais. A hipótese é de coisa julgada internacional, que impõe o efeito obrigatório entre as partes de um processo julgado pelo tribunal internacional (assim como a coisa julgada *inter partes* nos processos jurisdicionais do sistema interno).

Por outro lado, a teoria da coisa interpretada propõe que a interpretação que foi dada pela Corte IDH quanto à aplicação do tratado internacional tenha efeito *erga omnes*, devendo ser aplicada pelos tribunais internos. Dessa forma, mesmo que o Estado não tenha participado do processo internacional, ele deve cumprir a diretriz interpretativa exarada pela Corte. Isso traz a ressignificação do pensamento arendtiano de que o direito não é apenas um dado, mas é algo construído.⁹

Haveria, contudo, exceção, nas hipóteses em que a norma local seja mais favorável à proteção do direito fundamental envolvido. Em tal caso, a norma interna deve ser aplicada em detrimento da decisão internacional. Isso se dá em decorrência do princípio *pro persona*, previsto no art. 29 da CADH.

A aplicação da teoria da coisa interpretada não é unânime na doutrina.

No sentido de sua não obrigatoriedade, argumenta-se que a previsão expressa da CADH diz respeito apenas ao cumprimento das sentenças de cujo processo o Estado é parte. Não se poderia, assim, obrigar o Estado a cumprir

7 Gussoli (2020), p. 6

8 Conci; Faraco (2020), p. 106

9 Fuchs Marino; Coimbra de Carvalho (2020), p. 78

a jurisprudência do tribunal internacional se não houve nenhuma previsão normativa de vinculação em tratado ratificado¹⁰.

Acrescenta-se que a CADH não trouxe nenhuma previsão de que a sentença teria qualquer efeito para o Estado que não foi parte no processo, mas previu apenas a transmissão da sentença aos Estados. Não poderia, assim, se extrair uma conclusão de vinculação, quando o tratado foi silente sobre a matéria¹¹.

Henríquez Viñas defende que não poderia haver aplicação obrigatória da teoria da coisa interpretada, uma vez que existe dúvida e divergência quanto ao que estaria abrangido no conceito de jurisprudência interamericana, notadamente se as opiniões consultivas estaria ali incluídas ou não. Para a autora, isso violaria a certeza jurídica-justiça formal e a soberania estatal¹².

De qualquer forma, existe um sistema de precedentes jurisdicionais que geram a vinculação interpretativa como parâmetro de unidade, igualdade e coerência do sistema interamericano, protegendo os direitos da CADH¹³.

Pensamos que existe a obrigatoriedade por parte dos Estados-membros de aplicar a teoria da coisa interpretada no âmbito interno, por vários argumentos.

Em primeiro lugar, a partir do momento em que ratificaram a CADH, os Estados se comprometem a respeitar os direitos e liberdades fundamentais nela reconhecidas (art. 1º). E, para isso, os Estados se comprometem a adotar todas as medidas legislativas ou de qualquer natureza que sejam necessárias para que os direitos e liberdades fundamentais das pessoas sejam efetivadas (art. 2º). Vê-se, assim, que deve existir um esforço dos Estados para que a efetividade dos direitos fundamentais seja garantida.

Ainda, o art. 1º do Decreto n. 4.463/2002 reconhece a jurisdição da Corte IDH no direito interno brasileiro. A partir do momento em que o direito interno chancela a jurisdição da Corte Internacional, então a sua jurisprudência também deve ser internalizada no sistema interno, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Corte IDH é a intérprete autêntica da CADH. Assim, seguir a jurisprudência da Corte IDH é corolário de se seguir a própria CADH, como uma forma de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A partir do momento em que o tribunal internacional se pronuncia sobre determinado tema, existe a expectativa legítima de que o tratado internacional seja interpretado da mesma forma em casos posteriores que envolvam outros estados.¹⁴

Alheio a isso, o art. 69 da CADH prevê que *a sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados-Partes na Convenção*. A notificação

10 Tello Mendoza (2015), p. 206-207.

11 Núñez Poblete (2009), p. 513.

12 Henríquez Viñas (2014), p. 127 e 130.

13 Machado (2017), p. 356.

14 Arnardóttir (2017), p. 823-824.

das partes decorre do fato de que elas são obrigadas a cumprir as determinações nela contidas (coisa julgada internacional). Já a transmissão da sentença para outros Estados tem a sua razão de ser exatamente para que as cortes internas tenham conhecimento sobre o conteúdo da decisão da Corte IDH¹⁵. Parte-se, assim, do pressuposto de que a transmissão da sentença deve ter uma finalidade específica, que, no caso, deve ser o conhecimento do conteúdo para posterior aplicação no âmbito interno.

A coisa julgada internacional gera, assim, vinculação direta e imediata para o Estado condenado. Já para os demais Estados, a mesma sentença gera a coisa interpretada internacional, com vinculação mediata ou indireta, com importante nível de perceptividade¹⁶.

Além disso, o art. 26 da Convenção de Viena prevê que os Estados devem ter boa-fé no cumprimento dos tratados internacionais que são por ele ratificados. Em tal norte, ao ratificar a CADH, o Estado-parte deve agir de boa-fé em seu cumprimento, o que deve abranger, inclusive, a interpretação dada pela sua intérprete autêntica. Com isso, garante-se a efetividade dos direitos fundamentais.

Com efeito, a partir do momento em que o Estado-parte se compromete a cumprir a CADH, é corolário de tal compromisso que o Estado também deve cumprir a interpretação dada pela Corte IDH. Não haveria sentido em se dizer que o Estado deve cumprir o tratado internacional, porém não seja obrigado a cumprir aquilo que o seu intérprete autêntico aponta sobre a norma internacional.

Por fim, há, ainda, a finalidade de se evitar uma futura condenação do Estado na Corte IDH. A partir do momento em que se conhece a interpretação da Corte sobre determinado tema, o descumprimento da diretriz pode acarretar a condenação do país, na hipótese de um caso análogo a ser julgado.

Observe-se que não se estabelece a eficácia *erga omnes* das sentenças quanto às suas disposições condenatórias e finais. Não se pode obrigar um Estado a cumprir a sentença de um processo do qual não foi parte. O que tem a eficácia *erga omnes* é a interpretação que a Corte dá aos dispositivos dos tratados internacionais envolvidos. Nessa linha, haveria eficácia *erga omnes* para todos os Estados, uma vez que a jurisprudência deve ser reconhecida como fonte do direito internacional dos direitos humanos¹⁷. A partir do momento em que existe o reconhecimento como fonte, então a sua aplicação se estende a toda a comunidade internacional. Ferrer Mac-Gregor (2013) defende que a eficácia *erga omnes* da interpretação da sentença se aplica de forma indireta apenas aos Estados que são parte na CADH¹⁸. Também no sentido da restrição aos Estados signatários da Convenção é o ensinamento de Cançado Trin-

15 Bazan (2015), p. 53, e Fuchs Marino; Cimbra de Carvalho (2020), p. 84.

16 Bazan (2015), p. 53.

17 Cavallo (2021), p. 204.

18 Ferrer Mac-Gregor (2013), p. 656.

dade, que afirma haver eficácia *erga omnes partes*¹⁹.

Assim, deve ser reconhecida a plena eficácia de todos os pronunciamentos da Corte IDH, com independência do ato processual do qual a manifestação emana e do tipo de competência que tenha sido exercido pela Corte²⁰.

De fato, as sentenças da Corte IDH refletem um sistema multilateral de proteção de direitos e de afirmação coletiva dos Estados-partes em cumprir a CADH. Nesse sentido, o Estado-parte não pode atuar como sujeito privado internamente e invocar a tríplice identidade da coisa julgada. Ao contrário, a interpretação vinculante constitui uma interpretação construtiva de norma, em razão da abertura e da elasticidade das normas convencionais que reconhecem direitos fundamentais²¹.

A Corte IDH decidiu, no Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile (2006), sobre a lei de anistia chilena, que o Poder Judiciário dos Estados-partes deve respeitá-la não apenas o conteúdo da CADH, mas também a interpretação deste já feita pela Corte Interamericana.

Além disso, no Caso Aguado Alfaro e outros (Trabalhadores Demitidos do Congresso) vs. Peru (2006), a Corte IDH também estabeleceu a obrigatoriedade de os tribunais internos fazerem o controle de constitucionalidade e também o controle de convencionalidade de ofício, dentro de suas competências e regras processuais correspondentes. Vale ponderar que o controle de convencionalidade de ofício abrange a compatibilidade com a CADH e com a jurisprudência da Corte IDH.

Por fim, em supervisão de cumprimento de sentença no Caso Gelman x Uruguai (2013), a Corte IDH delimitou expressamente que os Estados devem obrigatoriamente fazer o controle de convencionalidade quando houver sentença internacional com coisa julgada contra o próprio Estado ou mesmo quando não tenha sido parte no processo em que foi estabelecida a jurisprudência.

Com efeito, o texto da convenção internacional (seja a CADH ou a CEDH) dialoga com os intérpretes judiciais e o legislador, além de que as normas de tratados internacionais tendem a compreender-se conforma a sua última versão. Como exemplo, a CEDH é interpretada de acordo com a nova Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²².

Precedentes do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a aplicação da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos

A partir das premissas acima, concluímos que, apesar de serem distintos, os sistemas interno e internacional devem interagir entre si, em uma via de

19 Trindade (2003), p. 259.

20 Carbonell (2013), p. 83.

21 Nogueira Alcalá (2017), p. 163.

22 Roca; Alcalá; Gisbert (2012), p. 72.

mão-dupla. Com isso, o Poder Judiciário brasileiro deve, em seus julgamentos, respeitar as decisões da Corte IDH. Da mesma forma, quando prolatar suas sentenças e emitir suas opiniões consultivas, a Corte IDH também deve levar em consideração a jurisprudência do Poder Judiciário brasileiro e também dos demais países da OEA²³.

Com efeito, partindo-se da premissa que a CADH e a jurisprudência da Corte IDH integram o *corpus iuris* do SIDH, então há maior efetividade dos direitos fundamentais no plano interno quando os tribunais internos respeitam o conteúdo das decisões da Corte internacional.

Por outro lado, na hipótese de a decisão da Corte Constitucional brasileira ser oposta ao que foi decidido pela Corte IDH, o Estado-parte pode receber sanções previstas na Carta da OEA, como sofrer exclusão e ter reputação, em âmbito internacional, de país que não cumpre os acordos entabulados e que permite violações aos direitos humanos²⁴.

Vale ponderar que, ainda que se entenda que a aplicação da coisa interpretada no âmbito interno não pode ser tida como obrigatória, um Estado poderia, por sua conta, outorgar, na prática ou na normativa interna, um maior grau de incidência da jurisprudência da Corte IDH. Para isso, as autoridades que assim o determinem deve ter a faculdade para tanto²⁵. Nesse sentido, o STF, enquanto Corte Constitucional do Brasil, pode alinhar sua jurisprudência no sentido da aplicação obrigatória da jurisprudência da Corte IDH.

E, nesse ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil conta com diversos precedentes nos quais foi respeitada a CADH, as opiniões consultivas e a jurisprudência da Corte IDH, com a consequente efetividade dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, na medida cautelar na ADPF 347, o STF adotou expressamente, como razão de decidir, a previsão da CADH. Em tal caso, o STF enfrenta a discussão sobre o reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional” no que tange ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em razão de lesões e preceitos fundamentais dos presos, em decorrência de ações e omissões do poder público brasileiro.

Ao julgar a medida cautelar em tal ação de controle concentrado de constitucionalidade, o STF decidiu pelo deferimento da medida para determinar que os juízes e tribunais realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. A decisão foi fundamentada na obrigatoriedade de observância do art. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e no art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Tal decisão cautelar foi confirmada no mérito da ADPF, julgado em 8 de junho de 2021.

23 Carvalho; Calixto (2019), p. 13-14.

24 Neves dos Santos (2011), p. 284-285.

25 Tello Mendoza (2015), p. 207.

Além disso, na ADI 4275, o STF expressamente adotou uma opinião consultiva da Corte IDH como razões de decidir. No caso, discutia-se acerca da obrigatoriedade da realização de procedimento cirúrgico para que fosse autorizada a alteração de nome e de gênero no registro civil das pessoas transgênero.

Para tanto, o redator designado, Ministro Edson Facchin, cita expressamente a Opinião Consultiva 24/17 da Corte IDH como um precedente que prevê a dispensa a intervenção cirúrgica na hipótese de alteração de gênero.

A Corte Constitucional decidiu, portanto, que a aplicação da opinião consultiva é um dos fundamentos para que as pessoas transgênero possam ter acesso aos seus direitos fundamentais, sem necessidade de cirurgia e, ainda, de autorização judicial.

Já na ADI 2404, o STF aplicou expressamente a jurisprudência já exarada pela Corte IDH no Caso Olmedo Bustos vs Chile (2001). O objeto de referida ação era o art. 254 da Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), segundo o qual tipificava como infração administrativa a conduta de “Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação”.

A Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”. Isso, porque o art. 21, XVI, da Constituição do Brasil já estabelece que a União fará a classificação indicativa dos programas de rádio e televisão, o que já é suficiente para indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para crianças e adolescentes. Não há, contudo, como se confundir a classificação etária com censura prévia ou licença, daí porque não há falar em horário autorizado, mas sim em horário recomendado.

Para tanto, pautou-se no conteúdo da decisão da Corte IDH em caso que envolvia o Chile, e não o Brasil. Em tal precedente, a corte internacional entendeu que a única hipótese de censura prévia admitida pelo art. 13.4 da CADH é a que se aplica à entrada de espetáculos públicos, com o objetivo de proteger a moral da infância e da adolescência. A Corte IDH já exarou o entendimento de que, em todos os demais casos, haveria uma medida de censura que reduziria a liberdade de pensamento e de expressão.

No mesmo julgamento, o STF também entendeu que é cabível a manutenção da previsão de sanções ao descumprimento, pois ele regula a liberdade de expressão. Entendeu-se que, no Caso Ricardo Canese vs. Paraguai (2004), a Corte IDH também já havia decidido que a tipificação legal de sanções aplicáveis às emissoras de radiodifusão é exigência do Pacto de São José da Costa Rica.

Ao adotar o mesmo entendimento, o STF garantiu a maior efetividade do direito fundamental à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV, da Constituição, além de que evitou uma possível condenação futura do país na Corte IDH.

Vale ponderar que todos os Estados-partes têm a obrigação de adequar

o seu ordenamento jurídico aos parâmetros convencionais, o que decorre do art. 2º da CADH, quando dispõe que os Estados devem tomar as medidas legislativas e todas as demais medidas necessárias para tornar efetivos os direitos previstos na CADH. Em alguns casos, a Corte IDH apenas ordena a interpretação da norma interna conforme os parâmetros da CADH, sem que haja a necessidade de adequação do ordenamento interno. Porém, em outras hipóteses, a Corte determina que o Estado adéque o seu ordenamento jurídico, podendo derrogar, reformar ou anular as normas contrárias à CADH²⁶.

Conclusão

Os tribunais internacionais possuem competência para editar diversos tipos de atos, com o objetivo de garantir a observância dos direitos humanos. Na competência contenciosa, a Corte IDH pode proferir sentenças e medidas provisórias, enquanto em sua competência consultiva, a Corte pode emitir opiniões consultivas.

Tais atos devem ser reconhecidos como fonte de direito internacional dos direitos humanos e, assim, devem ser aplicadas pelos Estados-partes da OEA. Isso significa que devem obrigatoriamente cumprir as sentenças dos processos em que foram partes e as opiniões consultivas que foram solicitadas.

Além disso, a doutrina da coisa interpretada aponta que os Estados-partes do SIDH devem respeitar também a interpretação que foi dada pela Corte IDH em determinado caso julgado, mesmo que o Estado não tenha sido parte no processo. O mesmo ocorre quanto à aplicação do conteúdo das opiniões consultivas. A aplicação de tal teoria é determinada expressamente pela Corte IDH.

Por fim, existem vários precedentes no STF que aplicam a jurisprudência da Corte IDH, inclusive a interpretação que foi dada pelo tribunal internacional em processo do qual o Brasil não foi parte. Com isso, garantiu-se maior efetividade aos direitos fundamentais no âmbito interno.

Referências

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2017). “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, Oxford (v. 28, n. 3), pp. 819-843.

Bazán, Victor (2015). “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid (n. 19), pp. 25-70.

Trindade, Antônio Augusto Cançado (2003). *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* / Antônio Augusto Cançado Trindade; Manuel E. Ventura Robles - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003. Disponível em <https://www.cortei->

26 Mendieta; Herrera (2021), p. 329, 323-333

dh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf. Acesso em 28 de novembro de 2021.

Carbonell, Miguel (2013): *Introducción general al control de convencionalidad* (Mexico D.F., Editorial Porrúa).

Carvalho, Luciani Coimbra de; Calixto, Angela Jank (2019). Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369430919>. Consulta em 20 de novembro de 2021.

Cavallo, Gonzalo Aguilar (2021). “El valor de la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos”, en Cavallo, Gonzalo Aguilar; Herrera, Gloria Algarín, Conci. Luiz Guilherme Arcaro; Tapia, Manuel Bermúdez; Garat, Paula; Mendieta, David. *El control de convencionalidad: Ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latino-americano* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 181-270.

Conci, L.G.A e Faraco, M.(2020) “O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira”, en Cleve, C. M. et al.(Org). *Jurisdição Constitucional em Perspectiva* (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais) pp. 93-111.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013): “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)”, en *Estudios Constitucionales*, (Año 11, N° 2), pp. 641 - 694.

Fuchs Marino, Thiago; Coimbra De Carvalho, Luciani (2020). “A doutrina da *res interpretata* no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diferenciáis, potencialidades e desafios”, en *Revista Direitos Humanos e Democracia*, (Ano 8, n.16), pp. 75-94.

Garlicki, Lech (2012). “Universalism v. Regionalism? The role of the Supranational Dialog”, en Roca, Javier García; Sánchez, Pablo Antonio Fernández; Machetti, Pablo Santolaya; Usera, Raúl Canosa (org.). *El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (Madrid, Editorial Civitas) pp. 27-64.

Gussoli, Felipe Klein (2020). “Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica”, en *Revista Jurídica FURB*, Blumenau (v. 24, n. 53), e7853.

Henríquez Viñas, Miriam (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (n. 24), pp. 113-141.

Machado, Priscila (2017): “El efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nogueira, Humberto & Aguilar, Gonzalo (Coord.): *El parámetro de control de la convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Santiago de Chile, Editorial Triángulo), pp. 356- 375.

Marino, Tiago Fuchs; Carvalho, Luciani Coimbra de (2020). “40 anos da Lei da Anistia Brasileira: análise da APDF 153 e dos casos ‘Guerrilha do Araguaia’ e Vladimir Herzog, sob a perspectiva do transconstitucionalismo e da teoria

do duplo controle de direitos humanos”, en *Revista Direito & Paz*, São Paulo (Ano 13, n. 42), pp. 309-327.

Mendieta, David; Herrera, Gloria Maria Algarin (2021), “Efectos del incumplimiento de las obligaciones contenidas en la CADH por parte de los Estados”, en Cavallo, Gonzalo Aguilar; Herrera, Gloria Algarín, Conci. Luiz Guilherme Arcaro; Tapia, Manuel Bermúdez; Garat, Paula; Mendieta, David. El control de convencionalidad: Ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latino-americano (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 319-351.

Neves dos Santos, Juliana Corbacho (2011). “A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos”, en *Prismas: Dir., Pol. Publ. E Mundial*, Brasília (v. 8, n. 1), pp. 261-307.

Nogueira Alcalá, Humberto. (2017). El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. *Revista De Derecho*, 1(15), 143-200. <https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1375>

Núñez Poblete, Manuel (2009): “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: práctica y principios metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXII, 1er Semestre), pp. 487 - 529.

Ramos, André de Carvalho (2016). *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. (São Paulo, Saraiva).

Roca, Javier Garcia; Alcalá, Humberto Nogueira; Gisbert, Rafael Bustos (2012). “La Comunicación entre Ambos Sistemas y las Características del Diálogo”. In: Roca, Javier Garcia; Alcalá, Humberto Nogueira; Gisbert, Rafael Bustos (org.). *El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. (Madrid, Editorial Civitas), pp. 66-107.

Tello Mendoza, Juan Alonso (2015). “La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”, en *Prudentia Iuris*, Argentina (n. 80), pp. 197-220.

PROJETO DE LEI Nº 153-A/2020: EXECUÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS, NO BRASIL, DAS DECISÕES PROLATADAS PELOS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Brenda Souza Nascimento

Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Luciana Diniz Durães Pereira

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade FUMEC. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Resumo:

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos possui, como marco histórico de sua institucionalização, a criação da Organização dos Estados Americanos, em 1948. O estabelecimento de seus órgãos específicos de proteção dos direitos humanos iniciou-se posteriormente, a partir do final da década de 1950. Primeiramente, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja origem remonta ao ano de 1959 quando, por meio da Resolução VIII da Assembleia Geral da Organização, decidiu-se pela criação de um órgão que lidasse com a promoção dos direitos humanos nas Américas. O surgimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, data da celebração da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, possuindo esta competência consultiva e contenciosa. Ao ratificar a Convenção, o Estado está, automaticamente, aceitando a sua competência consultiva. Porém, o aceite à sua competência contenciosa deve ser realizado de forma solene, segundo o artigo 62, 1, do tratado, tendo o Brasil aderido à tal competência em 1998. Apesar de fazer parte do Sistema, o país ainda não possui nenhuma legislação doméstica específica destinada exclusivamente à execução das decisões e sentenças eventualmente prolatadas em seu desfavor, sendo o Projeto de Lei nº 153-A/2020 uma dessas iniciativas, porquanto o

presente artigo objetiva, de forma crítica, estudá-lo.

Palavras-chave: Projeto de Lei nº 153-A/2020; Execução; Efeitos jurídicos; Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Breve panorama acerca do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos¹ tem como marco histórico de sua institucionalização a criação, em 1948, pela Carta de Bogotá, da Organização dos Estados Americanos². Foi durante a IX Conferência Interamericana que o primeiro instrumento significativo de proteção aos direitos humanos da região foi negociado e adotado, qual seja, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Além da Declaração, originalmente não dotada de força vinculante aos Estados³, nesta mesma ocasião foi também estabelecida a Carta Interamericana de Garantias Sociais, documento internacional dispunha sobre os direitos econômicos e sociais dos trabalhadores das Américas, mas que jamais chegou a entrar em vigor.

O processo de estabelecimento dos órgãos de promoção e proteção dos direitos humanos do Sistema Interamericano, por sua vez, iniciou-se mais tarde, a partir do final da década de 1950. Em primeiro lugar foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja origem remonta ao ano de 1959, haja vista a preocupação dos Estados americanos, na época, com as violações massivas dos direitos humanos perpetradas pelo regime de Trujillo, na República Dominicana, bem como pela ascensão ao poder de Fidel Castro, em Cuba.

Sendo assim, diversos países reuniram-se na cidade de Santiago, no Chile, para a V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA. Nessa reunião, por meio da Resolução VIII⁴, decidiu-se pela criação

1 A denominação Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos, apesar de não muito conhecida, é igualmente utilizada por alguns autores nacionais e estrangeiros. Todavia, a referência ao sistema como “*Interamericano*” demonstra-se mais acertada, tendo em vista o respeito às particularidades, culturais, econômicas, linguísticas e geográficas das Américas, que, em “*dimensão interamericana*”, configura-se pela união dos Estados nacionais da América Latina, América Central, América Caribenha e América do Norte.

2 A OEA possui, na atualidade, trinta e cinco Estados membros, dentre esses o Brasil. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp Acesso em: 20 out 2022.

3 Apesar de não ser tecnicamente um tratado, a Declaração Americana explicita detalhadamente os direitos mencionados na Carta de Bogotá. Assim, posto que os Estados membros da OEA foram gradualmente adequando suas práticas aos postulados da Declaração, a observância de seu texto passou a ser obrigatória, por se configurar como costume internacional e, com o passar de décadas de sua observância e cumprimento, seu status normativo foi alterado, sendo o texto, para alguns doutrinadores, norma *ius cogens*.

4 ACTA FINAL DE LA QUINTA REUNION DE CONSULTA DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf> Acesso em: 20 out 2022.

de um órgão que lidasse com a promoção dos direitos humanos nas Américas, e que buscasse dar operacionalidade aos direitos previstos tanto na Carta de Bogotá como na Declaração Americana.

A Comissão Interamericana, portanto, é órgão da OEA, instituída por documento que não detém natureza jurídica de tratado, mas sim de decisão resolutiva interna da Organização. Possui sede em Washington DC, nos EUA, mesma cidade sede da OEA. Começou suas atividades em 1960, quando o Conselho da Organização aprovou seu Estatuto. Seu Regulamento, lado outro, datado de 1980, foi atualizado, pela última vez, em 2013⁵.

É composta por sete membros eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral da OEA, para um mandato de quatro anos. Durante o exercício do mandato, que pode ser renovável apenas uma vez, os membros da Comissão gozam das mesmas imunidades reconhecidas, pelo Direito Internacional, aos agentes diplomáticos⁶.

A Comissão realiza suas funções de natureza eminentemente administrativas, a partir de três pilares básicos de trabalho: o sistema de petições individuais e de comunicações interestatais; o monitoramento das situações dos direitos humanos nos Estados membros, inclusive com a realização de observações e visitas *in loco*, seja em caráter de policiamento e averiguação do cumprimento de direitos, seja por eventuais ocorrências de violações e; a realização de medidas de atenção às áreas temáticas prioritárias da Organização, em busca da salvaguarda e promoção dos direitos humanos nas Américas⁷.

Dentre tais espectros de atuação, não há dúvida de que o mais relevante é a competência da Comissão no tocante ao exame das comunicações e denúncias de supostas violações de direitos humanos realizadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou por pessoa jurídica de natureza não governamental que seja legalmente reconhecida em pelo menos um dos Estados que fazem parte da OEA.

Isso porque, o Sistema Interamericano, diferentemente do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, ainda não conferiu aos indivíduos *jus standi in judicio*, isto é, legitimidade processual ativa para peticionar direta-

5 REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamento-CIDH.asp> Acesso em: 20 out 2022.

6 Para a eleição, os candidatos a membros da Comissão devem ser pessoas de notória consistência moral e detentores de grande conhecimento acerca da temática dos direitos humanos. Cada Estado membro da OEA pode propor à Assembleia Geral o nome de três candidatos, seus nacionais, ou de outro Estado também membro da Organização, sendo vedado, contudo, que faça parte da Comissão, concomitantemente, mais de um nacional de um mesmo Estado. Até o presente momento, o Brasil já teve seis nacionais comissários, a saber: Carlos A. Dunshee de Abranches, Flávia Piovesan, Gilda Maciel Correa Russomano, Hélio Bicudo, Paulo Sérgio Pinheiro e Paulo Vannuchi. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/funciones.asp> Acesso em: 20 out 2022.

7 *Ibidem*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/funciones.asp> Acesso em: 20 out 2022.

mente em juízo. A Comissão figura, então, como um “degrau”, uma “instância” anterior à apreciação, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de violações perpetradas, no continente, contra indivíduos ou grupos de indivíduos.

Ao peticionarem à Comissão, além da possibilidade de resolução administrativo-burocrática de suas controvérsias por esse órgão⁸, as vítimas podem também convencê-la - tendo em vista ser a Comissão o órgão legitimado a levar as questões dos indivíduos à jurisdição da Costa Rica - a dar início a uma demanda internacional junto à Corte, que será proposta contra um Estado que aceite sua jurisdição, devendo, ainda, estar fundamentada em violações a um ou mais direitos salvaguardados pelos instrumentos normativos regionais americanos⁹.

Para tanto, os critérios de admissibilidade de casos junto à Comissão estão previstos no artigo 46¹⁰ da Convenção Interamericana de Direitos Huma-

8 O processo perante a Comissão está previsto nos artigos 48 a 51 da Convenção Americana, que, resumidamente, dispõem: quando uma petição cumpre todos os requisitos de admissibilidade, essa terá obrigatório prosseguimento perante a Comissão. Esta, então, solicita informações ao governo do Estado denunciado, o qual responde. Posteriormente, a parte denunciante analisa a resposta do país, podendo acrescentar provas e demais observações. A Comissão reenvia as denúncias ao Estado, que encaminhará suas observações finais. Em seguida, há uma audiência probatória agendada. Se a Comissão achar necessário, poderá, desde que com a permissão do (s) Estado (s) envolvido (s), realizar uma investigação. Caso se chegue a uma solução amistosa, a Comissão redigirá um informe à Secretaria da OEA para posterior publicação. Quando não, a Comissão redigirá um relatório, contendo fatos e conclusões, a ser encaminhado ao Estado denunciado. O referido Estado terá o prazo de três meses para cumprir as Recomendações enviadas pela Comissão. Ultrapassado o prazo concedido sem que as Recomendações tenham sido acatadas, se o Estado for parte do Pacto de San José e tiver reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana, o caso será encaminhado para este tribunal. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS OU PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 01 nov 2022.

9 A listagem completa de tais documentos está elencada na página da Comissão. São exemplos desses documentos: a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas; a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e; a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará. *COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp Acesso em: 01 nov 2022.

10 “Artigo 46, 1 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional e; d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2 - As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-lo e; c) houver demora

nos¹¹, de novembro de 1969, coloquialmente denominada Pacto de San José da Costa Rica¹², tratado que, ao entrar em vigor em 1978, deu origem à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³, sendo, pois, órgão da Convenção e não da OEA. Não obstante, trabalham conjuntamente, em regime sistêmico de complementaridade de funções, e, ao contrário do que se poderia pensar, não são órgãos estanques. Sobre esta característica do Sistema Interamericano, afirmam Cláudio Grossman, Pedro Nikken e Thomas Buergenthal:

Apesar dessa dualidade, a vocação do Sistema a uma unidade é manifesta. Primeiro, porque o artigo 150 da Carta e da Resolução II da Conferência Especializada que adotou a Convenção estabeleceram o caráter transitório do sistema anterior à entrada de vigência desta (Pacto de San José). Segundo, porque existe um órgão comum a ambos os sistemas, que é a Comissão. Terceiro, porque a Comissão regulamentou os procedimentos para o trâmite dos assuntos que se propunham ante a ela com uma orientação claramente unificadora, de maneira que se submetem a regras comuns várias etapas processuais, independente da aplicação de um ou outro sistema.¹⁴

Conforme dispõe o Pacto, a Corte, sediada na cidade de San José, na Costa Rica, é formada por sete magistrados de nacionalidades distintas, os quais são provenientes dos Estados que fazem parte da OEA, mediante eleição para o cargo. Com mandato de seis anos e podendo ser reeleitos apenas uma vez, os juízes da Corte devem possuir conduta ilibada, conhecerem em profundidade a temática dos direitos humanos e, ainda, serem juristas de destaque¹⁵.

Quanto às suas atribuições, a Corte possui tanto competência consultiva como contenciosa. Ao ratificar a Convenção Americana, o Estado já automaticamente aceita a competência consultiva da Corte, isto é, a faculdade de po-

injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.” CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS OU PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 01 nov 2022.

11 O Brasil ratificou Convenção em 1992, promulgando seu texto internamente através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

12 A Convenção entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após ter alcançado o número mínimo necessário de 11 ratificações. Podem dessa fazer parte e, portanto, aderir ao tratado, apenas os Estados que sejam membro da OEA.

13 Capítulo VIII do Pacto de San José, formado pelos artigos 52 a 73 do tratado. *Ibidem*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 01 nov 2022.

14 BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Cláudio.; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 79. Disponível em: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABK483.pdf Acesso em: 01 nov 2022.

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> Acesso em: 01 nov 2022. Até o presente momento, o Brasil já teve os seguintes nacionais na qualidade de juízes da Corte Interamericana: Antônio Augusto Cançado Trindade, Roberto F. Caldas e Rodrigo Mudrovitch.

der solicitar-lhe a elucidação técnica de dúvidas e/ou questionamentos sobre dos instrumentos protetivos de direitos humanos do continente ou sobre situações jurídicas hipotéticas. Porém, a vinculação à competência contenciosa da Corte deve ser realizada de forma solene pelo Estado, segundo o disposto no artigo 62, 1, do Pacto. O Brasil aderiu à competência contenciosa da Corte apenas em 1998¹⁶, e para eventuais denúncias formuladas a partir desta data. A aceitação da competência contenciosa da Corte pode ser realizada incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos¹⁷.

Podem apresentar demandas contenciosas à Corte os Estados membros da Convenção e, no caso da defesa de interesses de indivíduos ou grupos de indivíduos, a Comissão. Relevante destacar, contudo, que, desde 2000, de acordo com o Regulamento da Corte, uma vez estando diante desta um caso, é assegurado à(s) vítima(s) e/ou a seus representantes legais, ainda que não sejam propriamente polo(s) ativo(s) do processo, o direito de participação, apresentando petições, argumentos e provas de forma autônoma, ou seja, lhes é garantido, ao menos, o *locus standi in judicio*¹⁸. Sobre a evolução jurídica proporcionada pela possibilidade do *locus standi* e de sua aplicação pela Corte Interamericana, recorda Cançado Tridade:

A consolidação de sua capacidade jurídica internacional marca a emancipação do indivíduo do seu próprio Estado, ilustrada por seu *jus standi* ante os tribunais internacionais de Direitos Humanos (o que já é uma realidade na Corte Europeia). O direito de acesso (*lato sensu*) à justiça internacional tem-se, enfim, cristalizado como o direito da realização da justiça no plano internacional. (...) Quando ingressei como juiz titular da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1995, me chocava o fato das vítimas não terem participação autônoma no procedimento contencioso perante a Corte. Desde então me insurigi contra este estado das coisas em uma audiência pública, em 1996, no caso O Amparo *versus* Venezuela (ao dirigir minhas perguntas aos representantes das vítimas), e deixei constar meus protestos em meus Votos Concordantes nas Sentenças da Corte sobre Exceções Preliminares (dos dias 30 e 31.01.1996), nos casos Castillo Páez e Loayza Tamayo, respectivamente sobre o Peru. Aí, em ambos os votos (parágrafos 14-17), avancei na tese da premente necessidade de reconhecimento do *locus standi in judicio* para os peticionários em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte, a ser seguido

16 Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998.

17 “Artigo 62, 1: Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”

18 CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e; PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos** (Curso EAD do Centro de Direito Internacional - CEDIN). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/sistemas-internacionais-de-protacao-dos-direitos-humanos/> Acesso em: 01 nov 2022.

Relevante destacar que o Brasil possui, na atualidade, dez casos contenciosos pendentes de apreciação pela Corte, já havendo sido prolatadas em seu desfavor dezessete sentenças e quarenta e sete medidas provisórias/cautelares. A título de exemplo, elenca-se algumas decisões em que o país foi penalizado pelo Sistema Interamericano, respectivamente pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos: (i) caso *Carandiru*, caso *Candelária*, caso *Dimiz Bento da Silva* e caso *Maria da Penha* e; (ii) caso *Escher e Outros*, caso *Garibaldi*, caso *Gomes Lund* ou caso *Guerrilha do Araguaia*, caso *Nogueira de Carvalho*, caso *Fazenda Brasil Verde* e caso *Ximens Lopes*²⁰.

Projeto de Lei nº 153-A/2020

O acesso de indivíduos e grupos de indivíduos aos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ocorre toda vez que, provado o esgotamento dos recursos/remédios internos aptos a reparar a(s) suposta(s) violação(ões) de direitos humanos no plano doméstico, aciona-se a Comissão de forma complementar.

Isso porque, e assim como ocorre no caso dos outros dois Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, o Africano e o Europeu, e também no Tribunal Penal Internacional, o acesso a jurisdições internacionais atende ao princípio da complementariedade, ou seja, uma vez não resolvida (ou mal resolvida) a questão no plano interno, é que se abre às vítimas necessitadas de reparação a possibilidade de iniciar suas demandas nas instâncias/cortes não nacionais.

No caso específico brasileiro, caso o país seja demandado em um dos ór-

19 “*La consolidación de su capacidad jurídica internacional marca la emancipación del individuo de su propio Estado, ilustrada por su jus standi ante los tribunales internacionales de derechos humanos (lo que ya es una realidad ante la Corte Europea). El derecho de acceso (lato sensu) a la justicia internacional se ha en fin cristalizado como el derecho a la realización de la justicia en el plano internacional. (...) Cuando ingresé como Juez titular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1995, me chocaba el hecho de que las víctimas no tenían participación autónoma en el procedimiento contencioso ante la Corte. Muy pronto me insurgí contra este estado de cosas en una audiencia pública en 1996 en el caso El Amparo versus Venezuela (al dirigir mis preguntas al representante de las víctimas), y dejé constancia de mi protesta en mis Votos Razonados en las Sentencias de esta Corte sobre excepciones preliminares (de los días 30 y 31.01.1996), en los casos Castillo Páez y Loayza Tamayo, respectivamente, atinentes al Perú. Abí, en ambos votos (párrs. 14-17), avancé, la tesis de la apremiante necesidad de reconocimiento del locus standi in iudicio a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte, a ser seguido de su jus standi ante la Corte”.* TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. ***Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización Del Derecho Internacional***. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, pp.41-66, jan./jul., 2007, p. 52.

20 (i) Casos apreciados no mérito e divididos por ano de análise, em que o Brasil foi, na Comissão Interamericana, parte denunciada. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/merits.asp> Acesso em: 06 nov 2022. (ii) Casos em que o Brasil foi, na Corte Interamericana, parte demandada. *Ibidem*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/cases.asp> Acesso em: 06 nov 2022.

gãos do Sistema Interamericano - como já ocorreu algumas vezes, conforme mencionado alhures -, em tese caberá à Advocacia Geral da União²¹, com o devido apoio operacional e diplomático do Ministério das Relações Exteriores e de quantas outras Pastas ministeriárias forem necessárias, a defesa do Estado. Inclusive é possível, a depender da especificidade do caso em apreço, a contratação de advocacia especializada, de acordo com as regras pátrias de contratação de serviço particular a ser prestado à ente público federal.

Se condenado pela Corte, ou então que se determinado pela Comissão ressarcimentos e reparações à(s) vítima(s), é esperado, dentro da lógica própria do Direito Internacional, que o país cumpra espontaneamente suas obrigações, considerando as forças normativas dos tratados, bem como os princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*.

Todavia, se não o fizer espontaneamente, caberá à(s) vítima(s), a seu(s) representante(s) legal(ais) ou ao Ministério Público Federal propor ação junto à Justiça Federal brasileira, conforme previsto no artigo 109, III, da Constituição da República de 1988, em busca de real efetividade da decisão proferida internacionalmente²².

O internacionalista pátrio André de Carvalho Ramos defende que, em casos em que o Brasil não venha a cumprir voluntariamente as decisões internacionais às quais for eventualmente condenado em sede de violações a direitos humanos, os pagamentos/execuções de tais indenizações devam ser excluídos da ordem de pagamento dos precatórios prevista no artigo 100 da Constituição da República de 1988, equiparando-se, portanto, em razão de suas respectivas naturezas jurídicas, às sentenças prolatadas nacionalmente sobre obrigação alimentar²³.

Nesse diapasão é que se coloca o grande impasse existente, pelo menos por ora, no âmbito doméstico: a inexistência de legislação específica a tratar sobre a processualística de cumprimento das decisões oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil.

A despeito de outras tentativas legislativas anteriores, como o Projeto de Lei nº 4.667-C/2004, aprovado pela Câmara dos Deputados em 12 de agosto de 2010²⁴, mas sem conclusão até o presente momento, encontra-se em atual

21 Informações detalhadas sobre a atuação da AGU junto ao Sistema Interamericano estão em ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113927 Acesso em: 08 nov 2022.

22 As sentenças internacionais, que não são idênticas nem em conceito e nem em natureza às sentenças estrangeiras, são decisões provenientes de tribunais transnacionais, isto é, estranhas à jurisdição interna de qualquer país que seja. Assim, para gerarem efeitos jurídicos no país, não dependem de homologação prévia no Superior Tribunal de Justiça.

23 RAMOS, André Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos Casos Contenciosos e Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 499.

24 Este PL, cuja íntegra pode ser consultado no link a seguir, é de autoria do então Deputado Federal pelo Partido dos Trabalhadores de São Paulo, José Eduardo Cardozo. Disponível em: CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO) [206 | VII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra - 2022](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9CA2040112FCBC9C3941AC77265439F7.node2?codteor=528706&filename=A-</p></div><div data-bbox=)

tramitação, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 153-A/2020.

Em seu texto, o Projeto de Lei nº 153-A/2020, de iniciativa da Câmara dos Deputados²⁵, institui em seu artigo 1º que as decisões proferidas pela Comissão e pela Corte deveriam produzir efeitos jurídicos imediatos no âmbito interno brasileiro. Em seguida, no artigo 2º, dispõe que, quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituirão títulos executivos judiciais, estando sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal, devendo, as indenizações respeitar os parâmetros fixados pelos mecanismos internacionais, consignando, ainda, que, para todos os efeitos legais, o crédito possuirá natureza alimentícia. Por fim, em seu 3º artigo, preceitua que caberá à União ação de regresso contra pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, que foram responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos²⁶.

Como mencionado, inúmeros casos em que o Brasil foi demandado já foram objeto de apreciação pela Corte e, embora as sentenças prolatadas possuam natureza de título executivo definitivo e inapelável, cujo cumprimento é impositivo ao país, sob pena de responsabilização internacional, não se vislumbra, no âmbito interno, normas cogentes que confirmem eficácia a tais decisões, dependendo, como já exposto, da boa-fé do Estado-parte. Assim, o Projeto de Lei nº 153-A/2020, apesar de sucinto, traz diretrizes básicas que visam esclarecer pontos importantes sobre o cumprimento das sentenças internacionais.

Um deles diz respeito à necessidade, ou não, de homologação das decisões da Corte pelo Superior Tribunal de Justiça para que lhes sejam conferidas eficácia. Nessa seara, consoante o disposto no artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição da República de 1988, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras.

Verifica-se, assim, o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como nos artigos 5º e 6º da Resolução do Superior Tribunal de Justiça que, em suma, dispõe que (i) a sentença deve ser proferida por autoridade competente; (ii)

vulso+-PL.+4667/2004 Acesso em: 08 nov 2022.

25 O PL foi apresentado em 05/02/2020, tendo como autor os seguintes parlamentares: Paulão - PT/AL, Sergio Vidigal - PDT/ES, Mauro Nazif - PSB/RO, Gonzaga Patriota - PSB/PE, Dr. Leonardo - SOLIDARI/MT, Olival Marques - DEM/PA, Genecias Noronha - SOLIDARI/CE, Dagoberto Nogueira - PDT/MS, Hélio Costa - REPUBLIC/SC, Jorge Solla - PT/BA, Lafayette de Andrada - REPUBLIC/MG, Toninho Wandscheer - PROS/PR, Alexandre Serfiotis - PSD/RJ, Alencar Santana Braga - PT/SP, Chiquinho Brazão - AVANTE/RJ, Isnaldo Bulhões Jr. - MDB/AL, José Guimarães - PT/CE, Marcon - PT/RS, João Daniel - PT/SE, Rui Falcão - PT/SP e outros. Atualmente, encontra-se aguardado parecer do Relator na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN). CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236670> Acesso em: 08 nov 2022.

26 CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236670>. Acesso em: 17 jun. 2022.

haver citação das partes ou ter sido legalmente verificada a revelia; (iii) a ocorrência do transitado em julgado; (iv) autenticação do cônsul brasileiro, assim como acompanhada de tradução realizada por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e; (v) não ofender a soberania nacional ou ordem pública.

Decorre que as sentenças prolatadas pela Corte têm natureza jurídica de decisões proferidas por órgão internacional, não se assemelhando às provenientes de Estado/Juízo estrangeiro. Acerca do tema, Valério de Oliveira Mazzuoli esclarece:

Sentenças proferidas por “tribunais internacionais” não se enquadram na roupagem de sentenças estrangeiras a que se referem os dispositivos citados. Por sentença estrangeira deve-se entender aquela proferida por um tribunal afeto à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um tribunal internacional que tem jurisdição sobre os seus próprios Estados-partes²⁷

Torna-se necessário, pois, a previsão do disposto no artigo 1º do Projeto de Lei nº 153-A/2020, visto que, ao prever a produção imediata de efeitos das decisões da Corte Interamericana no âmbito doméstico brasileiro, exclui-se qualquer eventual dúvida acerca da necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, enfatizando a obrigatoriedade de cumprimento do Estado-parte, sob pena de responsabilização internacional²⁸.

Quanto ao artigo 2º, ao ter o legislador atribuído caráter indenizatório às decisões, sendo estas, portanto, dotadas de eficácia de título executivo judicial, por tratar-se a Convenção de ato normativo vigente no ordenamento jurídico brasileiro, caberá, assim, execução direta contra a Fazenda Pública Federal²⁹. Acerca do tema, Flávia Piovesan assinala que:

(...) se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado”, ou seja, se a sentença da Corte impuser ao Estado brasileiro a obrigação de pagar indenização em favor das vítimas ou de seus herdeiros, eventual inadimplemento do Brasil autorizará a propositura execução judicial forçada da sentença internacional nos moldes do art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil³⁰.

27 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Premier Máxima, 2005, p. 80-81

28 O artigo 68-1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS OU PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 01 nov 2022.

29 Conforme dispõe o artigo 109, III, da Constituição da República de 1988, compete aos Juízes Federais processar e julgar originariamente as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 nov. 2022.

30 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Compa-**

Segundo o Projeto de Lei, a Fazenda Pública Federal fica autorizada, ainda, a recompor seu prejuízo por meio de Ação de Regresso contra o responsável imediato pela violação dos direitos humanos outrora violados, ou seja, a pessoa física ou jurídica que efetivamente deu causa à condenação internacional do Estado brasileiro.

Além disso, por força de seus termos, a União é obrigada a pagar as indenizações devidas às vítimas reconhecidas pelos órgãos do Sistema Interamericano com absoluta prioridade, por ter sido atribuído ao crédito reparativo status de verba de natureza alimentícia.

Nesse ponto, relevante esclarecer que a *ratio legis* vinculada a tal determinação prevista no Projeto de Lei nº 153-A/2020 vem a compatibilizar o que muitos internacionalistas pátrios e órgãos da sociedade civil organizada sempre pleitearam em termos mais amplos de justiça para as decisões oriundas do Sistema Interamericano, em especial as condenações proferidas em desfavor do Brasil pela Corte, isto é, que as vítimas que se encontram em situações de desamparado e vulnerabilidade causadas pelo Estado-parte em razão das violações sofridas - muitas vezes aguardando, por anos ou décadas, pela reparação moral, emocional e financeira -, possam ter prioridade tanto na tramitação de eventual processo executório como no recebimento de valores decorrentes da reparação material imposta pela decisão.

Conclusão

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos permite que indivíduos e grupos de indivíduos acessem seus órgãos protetivos, tanto a Comissão como a Corte Interamericanas, após a comprovação do esgotamento dos recursos internos no plano doméstico, em decorrência do princípio da complementariedade, que estabelece que o acesso a tais mecanismos internacionais de justiça e reparação de violações de direitos humanos encontra-se aberto, caso não resolvida, primeiramente, a celeuma internamente.

Nos casos de acionamento do sistema e posterior condenação do país pela Comissão ou pela Corte, espera-se o cumprimento espontâneo, respectivamente, da determinação e da sentença pelo Estado-parte, haja vista a força normativa dos princípios internacionais da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, bem como do que estabelece o próprio Pacto de San José, sendo possível, ainda, à(s) vítima(s), a seu(s) representante(s) legal(ais) ou ao Ministério Público Federal, a propositura, em caso de desídia brasileira, de ação junto à Justiça Federal, para que se pleiteie o efetivo cumprimento da decisão proferida internacionalmente.

Nesse tocante, pode-se observar a existência de lacuna no ordenamento jurídico nacional acerca de uma legislação específica endereçada a especificamente tratar da processualística de cumprimento das decisões oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil, tornando-se relevante

rativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

o conteúdo ora analisado do Projeto de Lei nº 153-A/2020.

Tal Projeto de Lei traz em seu texto propostas para dirimir divergências acerca dos efeitos imediatos, no âmbito doméstico, das decisões proferidas pela Corte, distinguindo-as das sentenças estrangeiras e, portanto, afastando a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Determinada, igualmente, que a União fica obrigada a pagar as indenizações às vítimas com prioridade de verba de natureza alimentícia, bem como autoriza a Fazenda Pública Federal a recompor eventual prejuízo por meio de Ação de Regresso contra o responsável imediato pela(s) violação(ões) de direitos humanos reconhecida pelo Sistema Interamericano.

Assim, se tem por certa a importância do Projeto de Lei nº 153-A/2020 que, apesar de simples e de poucos dispositivos, intenciona estabelecer as linhas gerais de cumprimento das decisões oriundas tanto da Comissão como da Corte Interamericanas de Direitos Humanos e, nesse norte, por tratar do *modus operandi* interno de reparação a violações de direitos humanos salvaguardados pelo Brasil interna e internacionalmente em relação ao sistema regional protetivo do qual o país faz parte, entende-se como prioritária sua tramitação e consequente votação e aprovação pelas duas Casas do Congresso Nacional brasileiro.

Referências

ACTA FINAL DE LA QUINTA REUNION DE CONSULTA DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf> Acesso em: 20 out 2022.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; FONSECA, Flávio Prado; JÚNIOR, Dimas Pereira Duarte. O BRASIL E A EXECUÇÃO PECUNIÁRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. In: **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro. v. 24, n. 34, p. 193-207, 2021. ISSN 2448-0517. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9614>. Acesso em: 17 jun. 2022.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113927 Acesso em: 08 nov 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 153-A, de 2020**. Brasília. Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236670>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 nov. 2022.

CAETANO, Fernanda Araújo Kallás e; PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos** (Curso EAD do Centro de Direito Internacional - CEDIN). Disponível em: <http://www.cedin.com.br/sistemas-internacionais-de-protacao-dos-direitos-humanos/> Acesso em: 01 nov 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO) Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra.jsessionid=9CA2040112FCBC9C3941AC77265439F7.node2?-codteor=528706&filename=Avulso+-PL+4667/2004 Acesso em: 08 nov 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO) Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236670>. Acesso em: 17 jun. 2022.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/funciones.asp> Acesso em: 20 out 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS OU PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 01 nov 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> Acesso em: 01 nov 2022.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos** (Coleção Para Entender). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BUERGENTHAL, Thomas.; GROSSMAN, Cláudio.; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 79. Disponível em: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABK483.pdf Acesso em: 01 nov 2022.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. A execução das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília. Superior Tribunal de Justiça, 1999, pp. 81-86. E-Book. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/API/article/view/3515/3637>. Acesso em: 17 jun. 2022.

NETTO, Jonas Jorge Dos Santos; RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves. O cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil: dialógica com a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 14, n. 3, p. 01-34. Santa Maria, 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32806>. Acesso em: 17 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp Acesso em: 20 out 2022.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas. **Revista do TST**, Brasília/DF, vol. 75, nº 1, jan/mar de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva/Saraiva Reader, 2016, pp. 47-52 e 60-61. E-Book. ISBN 978-85-472-0352-8. Disponível em: <http://www.saraiva.com.br/curso-de-direitos-humanos-9337548.html>. Acesso em: 15 jun. 2022.

RAMOS, André Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos Casos Contenciosos e Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp> Acesso em: 20 out 2022.

RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *In: Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2. Brasília, pp. 226-237, 2013. ISSN 2237-1036. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2579>. Acesso em: 17 jun. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS; COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana**: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados. San José; Brasília: ACNUR: CICV: IIDH, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización Del Derecho Internacional*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n° 50, pp.41-66, jan./jul., 2007.

REPRESENTATIVIDADE FEMININA: A DEMANDA SOCIAL POR UM PADRÃO ESTÉTICO INIBE A PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NO LEGISLATIVO FEDERAL E A VEICULAÇÃO DE PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE CUNHO FEMINISTA

Anna Lídia Di Nápoli Andrade e Braga

Mestranda Universidade FUMEC

Resumo:

Persevera, ainda, a pouca diversidade de gênero no Congresso Nacional do Brasil. Além disso, a bancada feminina, eleita para as legislaturas de 2019 e 2023, é, majoritariamente, conservadora, comprometendo a veiculação de projetos de lei de cunho feminista, uma vez que há pouca representatividade na aprovação de leis nesse sentido. Esse trabalho será desenvolvido a partir do problema da representação, bem como da existência de uma política de ideias e de presença feminina. O Brasil é um país de maioria feminina, realidade não refletida no Congresso Nacional brasileiro, reflexo da discriminação e da opressão ao gênero feminino na formação da sociedade brasileira, que podem ser traduzidas sob diversas formas. De acordo com a União Interparlamentar (UIP, 2022), organização sem fins lucrativos que reúne 193 países, a participação das mulheres nos parlamentos é de 26,4%, em média, o que representaria 135 assentos femininos no caso do Brasil. Assim sendo, no ranking dessa instituição, o Brasil ocupa o 146º lugar.

Palavras-chave: Democracia; Representatividade feminina; Legitimidade.

Introdução

O déficit de representatividade e de participação feminina no âmbito do legislativo federal brasileiro é um dado que indica a insuficiência de mecanismos representativos, especialmente a existência de uma política de ideias e de presença feminina, reflexo da discriminação e da opressão ao gênero feminino na formação da sociedade brasileira, que podem ser traduzidas sob diversas formas de violência, das quais se destaca a imposição de padrões estéticos.

Nesse sentido, o presente trabalho será desenvolvido a partir do proble-

ma da representação (PITKIN, 1978), tendo como marco teórico o conceito de política de presença e de ideias (PHILLIPS, 1995) para tratar da representatividade feminina no âmbito do legislativo federal brasileiro.

Objetiva-se, assim sendo, compreender o impacto da ausência de uma política de ideias e de presença feminina no legislativo federal brasileiro e o consequente déficit de representatividade e de participação feminina, esmiuçando, também, os aspectos dessa defasagem. Além disso, pretende-se apresentar as interfaces entre o movimento feminista na perspectiva política e a pedagogia do oprimido de Paulo Freire (2013), apontando como a exigência de padrões estéticos como forma de opressão pode se associar à presença feminina no Congresso Nacional brasileiro.

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

Sobre a representatividade feminina no Congresso Nacional do Brasil

O Brasil é um país de maioria feminina, embora persevere a pouca diversidade de gênero no Congresso Nacional brasileiro, órgão que deveria ser composto por representantes do povo. Se a cúpula de exercício da função legislativa não conta com representantes dos mais diversos grupos sociais, incluindo-se dentre eles, as mulheres, é possível que os direitos desses grupos não seja objeto de debate das propostas legislativas.

Após as eleições ocorridas em outubro de 2022, a bancada feminina cresceu na Câmara dos Deputados do Brasil. Haverá 91 deputadas federal na Legislatura de 2023, que representarão 17,7% dos assentos, em contrapartida aos 15% da Legislatura anterior (BRASIL, 2022). A despeito do percentual dos assentos ocupados por mulheres no legislativo federal brasileiro, percebe-se, ainda, uma sub-representação dessa minoria, em relação aos dados globais. De acordo com a União Interparlamentar (IPU PARLINE, 2022), organização sem fins lucrativos que reúne 193 países, a participação das mulheres nos parlamentos é de 26,4%, em média, o que representaria 135 assentos femininos no caso do Brasil. Assim sendo, no ranking dessa instituição, o Brasil ocupa o 146º lugar.

No Senado, embora mais mulheres tenham concorrido ao cargo, o resultado demonstrou que o número de Senadoras diminuirá na próxima Legislatura. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) registrou, em 2022, 53 candidatas ao Senado, percentual que alcançou 22,5% dos concorrentes ao pleito. Apesar desse aumento em comparação a 2018, o índice ainda ficou abaixo do mínimo esperado de 33%. Dessa forma, em 2023, o Senado Federal contará com apenas 10 mulheres ocupando cadeiras no Senado, o que corresponde a

12,3% do total de parlamentares. Das dez senadoras, apenas seis se manterão no cargo até 2027 (SENADO, 2022).

A legislação eleitoral brasileira incentiva a ampliação do número de candidaturas femininas no Brasil. Em termos de representação política, a Lei 9.504 (BRASIL, 1997) assegurou a reserva de 30-70% para cada gênero do número de candidaturas a que os partidos políticos e coligações têm direito. Em 2009, com a Lei 12.034 (BRASIL, 2009), alterou-se o vocábulo reservar para preencher, no que tange às candidaturas com 30% de cada gênero, essa medida deveria resultar em um aumento do número de mulheres candidatas, pois garantiria, também uma parcela do tempo de propaganda no horário eleitoral, além de um percentual do fundo partidário. No entanto, candidaturas femininas foram forçadas para o cumprimento do dispositivo legal, sem que as mulheres tivessem apoio ou acesso a recursos para disputa do processo eleitoral, resultando em uma representação inexpressiva do gênero feminino na política (BRASIL, 2004).

Além disso, tramita no Congresso Nacional brasileiro, o projeto de Lei 1.951/21 que determina uma porcentagem mínima de mulheres a serem eleitas para a Câmara dos Deputados (BRASIL, 2021). De acordo com a proposta, já aprovada no Senado Federal, a nova regra será aplicada, gradualmente, a partir das eleições de 2022, com o objetivo de atingir 18% das vagas proporcionais nas diferentes instâncias do Poder Legislativo em 2022 e 2024. Pretende-se, a partir disso, 20% nos pleitos de 2026 e 2028; 22% em 2030 e em 2032; 26% em 2034 e em 2036; e 30% em 2038 e em 2040. Esse projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados do Brasil irá alterar o Código Eleitoral (BRASIL, 1965), a Lei dos Partidos Políticos (BRASIL, 1995) e a Lei das Eleições (BRASIL, 1997), assegurando recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do Fundo Partidário para candidaturas proporcionais femininas (para os cargos de deputada e de vereadora).

Promulgada a Emenda Constitucional nº 117, que acrescentou ao artigo 17 da Constituição Federal, os parágrafos 7 e 8, com o propósito de incentivar a participação feminina com a aplicação de recursos do fundo partidário e com a promoção e difusão da participação política das mulheres. Haverá a aplicação de recursos desse fundo e do Fundo Especial da Financiamento de Campanha, junto da divisão do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão no percentual mínimo de 30% para candidaturas femininas. Nesse sentido, a redação do referido artigo (BRASIL, 2022) prevê, em seus parágrafos 7 e 8, que os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e de difusão da participação política das mulheres, em acordo aos interesses intrapartidários. Assim sendo, o montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de, no mínimo 30%, proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá

ser realizada conforme critério definidos pelos respectivos órgãos de diretas e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário.

Apesar de a representatividade feminina no Congresso Nacional seja inferior à esperada pelos institutos de pesquisa internacionais, o Brasil elegeu, em 2022, número recorde de mulheres para a Câmara dos Deputados do Brasil para a Legislatura de 2023. A cada seis parlamentares, uma será mulher (ESTADO DE MINAS, 2022).

Embora as mulheres não conformem um grupo homogêneo, tendo de se levar em conta classe social, raça, etnia, orientação sexual, geração, escolaridade e outras variáveis, pode-se encontrar pontos de convergência entre suas demandas por representação e por igualdade de gênero (BUTLER, 1993).

A representatividade e a participação feminina no legislativo federal brasileiro

Durante o século XX, a ortodoxia na ciência política indicava que mulheres de democracias ocidentais estavam mais inclinadas ao conservadorismo do que os homens. As diferenças de gênero, por sua vez, não eram consideradas como divisores eleitorais, como era a região, a religião e a classe econômica. Não havia um partido de mulheres que fosse popular, cujas pautas se aproximassem das questões regionais, das igrejas ou, até mesmo, dos sindicatos de operários, apesar de o conservadorismo feminino ser comumente notado como um fenômeno persistente e consolidado (INGLEHART; NORRIS, 2000).

E, como destaca Bell Hooks, não se pode desconsiderar a tendência de as mulheres ganharem “poder e prestígio dentro de uma estrutura existente, caso apoiem esta estrutura” (HOOKS, 2019, p. 137).

No século XXI, a maioria dos eleitores e, também, 40% das filiações partidárias são mulheres (KRAMER, 2016). A despeito disso, é ínfima responsividade dos eleitos às necessidades e às preferências das mulheres na elaboração de leis, de programas ou de políticas públicas. Além disso, os cargos políticos do executivo propõem às mulheres esforço e desafio adicional, se comparado aos cargos do legislativo, sendo que pouquíssimas mulheres lograram os maiores postos do executivo de seus países (WATSON, JENCNIK, SELZER, 2005). Embora seja vastamente lembrado pela história e pela literatura que mulheres ocuparam, de fato, posições de liderança.

A despeito de a campanha pelo sufrágio feminino do Brasil não ter alcançado a proporção de um movimento de massas, Hahner (1978) afirma que, entre os países da América Latina, a demanda brasileira pode ser percebida como melhor organizada. O direito ao voto das mulheres nesse país pode ter dependido dos homens, como ocorreu em maior ou menor grau em todos os países, mas as brasileiras, contrapondo-se às mulheres de alguns Estados latino-americanos, não tiveram acesso facilitado pelos conservadores masculinos da época, que tentavam, a todo custo, proteger a manutenção do status

quo.

Nesse contexto, conclui Touraine (1999) que as mulheres, enquanto sujeito social, não estão mais dispostas a restringirem-se à vida privada, em suas casas e em suas famílias, almejando a inserção na vida pública, com direitos e deveres plenos. Por essa razão, Young (2006), defende que a agenda de mulheres ultrapassa o desejo de votar para o anseio de representar e de contar com representantes femininos no parlamento e nas demais instituições políticas, resultando na relação entre representação política, identidade e minorias.

Desse modo, vê-se que as questões feministas, compreendidas como a oposição à opressão sexista (HOOKS, 2019, p. 59), não são inseridas no processo legislativo. O ingresso feminino no mercado de trabalho, além do direito ao voto e dos avanços normativos no Brasil (2002), tornou imprescindível a participação feminina no processo legislativo, de modo a representar, diretamente, os interesses dessa minoria.

O simples direito ao voto não é sinônimo de democracia, conquanto seja um pré-requisito para a existência de um sistema político realmente democrático. A ampliação do universo dos votantes foi uma bandeira levantada no Brasil ainda no século XIX, contrariando numerosas correntes que defendiam a participação política restrita e elitista (MARQUES, 2019).

Por força da Constituição Federal (BRASIL, 1988), as mulheres conquistaram o reconhecimento, mesmos direitos e deveres para homens e mulheres na esfera do matrimônio, a inclusão do planejamento familiar, o aperfeiçoamento do conceito de família e a proteção ao trabalho exercido pela mulher. O esforço dos movimentos sociais por exercício pleno de cidadania, com atenção às pautas feministas, deu origem a uma rearticulação dos partidos políticos, que se organizaram para incorporação das demandas femininas, mesmo que de forma incipiente.

Apesar disso, resiste o sentimento de exclusão política, disseminado entre grupos minoritários, não, necessariamente, em realidade numérica, mas de inserção política, definidos por seu gênero, etnia ou raça. Sob similar perspectiva, Anne Philips (1995) esclarece que inúmeros argumentos correntes sobre a democracia envolvem o que pode ser considerado demandas por presença política, seja pela representação igual de mulheres e homens, seja por uma proporção mais igualitária entre diferentes grupos étnico de cada sociedade, seja por inclusão política de grupos que se reconhecem como marginalizados, silenciados ou oprimidos. Assim sendo, a política de ideias é desafiada por uma política alternativa, a de presença.

Anne Phillips (1995) conclui que a ideia da política de presença, exigindo que os grupos que compõem a sociedade sejam representados no ambiente político, não só a partir daqueles que carregam suas ideias (política de ideias), mas também porque faz parte de tal grupo, afirmando que a presença teria maior impacto na diversidade, que é característica vital e inevitável de um sistema democrático.

A participação feminina na construção do estado democrático de direito do Brasil

Apesar da existência de cotas, Kramer (2016) conclui que elas não foram suficientes para ampliar o número de mulheres nos espaços públicos formais de poder, de modo que as estruturas partidárias contribuem para essa sub-representação e para a reprodução do patriarcado inerente à sociedade brasileira. Por isso, percebe-se que são necessários mecanismos mais eficientes para reduzir a sub-representação experimentada pelas mulheres no processo eleitoral, uma vez que não basta eliminar as barreiras à inclusão, como no modelo liberal, sendo imprescindível incorporar explicitamente os grupos marginalizados ao corpo político (PHILLIPS, 1995).

As práticas colonizadoras, embora ditas modernizantes pelos povos europeus, mascaram, na retórica salvacionista, práticas de exclusão e de violência sobre os colonizados. Essa modernidade sustenta-se na repressão e na força física e simbólica, as quais impõem verdades e formas pretensamente universais de explicar os fenômenos sociais, culturais, biológicos, políticos e econômicos (DUSSEL, 2007). Assim sendo, o descobrimento da América e de outros territórios deve ser compreendido como conquista, caracterizada pelo domínio, pela repressão e pela imposição do homem branco europeu sobre os povos latino-americanos, que se tornam minorias oprimidas (LIMA, 2016).

A respeito da opressão de minorias, Paulo Freire (2013) desenvolveu a teoria sobre a pedagogia do oprimido. Nesse sentido, as minorias, ou oprimidos, desempenham um grande papel na sociedade: o de se libertarem e o de libertarem o opressor. Marcelo Checchia (2020) explica que a posição de uma autoridade simbólica facilita, portanto, o abuso de poder pelo efeito de fascínio que essa posição produz. Dessa forma, atitudes fatalistas do oprimido levam a análises superficiais de docilidade, como caráter nacional, o que é um engano (FREIRE, 2013). O fatalismo junto da docilidade é fruto de uma situação histórica e sociológica e não um traço essencial da forma de ser do povo, especificamente da mulher. Nesse sentido, complementa Sérgio Buarque de Holanda (1995) que, de todas as formas de evasão da realidade, a crença mágica no poder das ideias foi absorvida no processo de formação do Estado brasileiro como a mais dignificante para a construção política e social.

Freire (2013) enfatiza a existência de uma irresistível atração do oprimido pelo opressor, por seus padrões de vida, confirmando que, em sua alienação, os oprimidos querem, a todo custo, tornar-se o opressor, imitando-o, seguindo-o. Essa análise é corroborada por Holanda (1995) que questiona certas soluções sobre as quais recaem verdades parciais, transformando-as em requisitos obrigatórios e único de todo progresso. Enquanto Freire (2013) analisa o indivíduo, Holanda (1995) estuda uma perspectiva macro da formação do Estado brasileiro. A partir disso, tem-se que o deslumbre do oprimido pelo opressor e a conduta do homem cordial caminham lado a lado como

sintomas de um problema estrutural de uma sociedade que não identificou a solução para a real liberdade.

Além disso, a opressão, segundo Paulo Freire (2013), ocorre em diversas instâncias, desde uma perspectiva estatal à vida privada dos indivíduos, sendo o grupo das mulheres integrante dos oprimidos nessa crítica. Dussel (2007) complementa essa análise, de modo a enfatizar a necessidade da abertura do feminino ao mundo, que foi extinta pela opressão das mulheres, não somente no nível erótico, mas também no pedagógico e no político. Assim sendo, a injustiça erótica da mulher, como objeto sexual, relaciona-se com a injustiça pedagógica, de uma mulher analfabeta, sem pensamento crítico, e com a injustiça política, na ausência de mulheres parlamentares e no recebimento de salários menores.

Se a construção do Estado brasileiro, independente, soberano e autônomo, deu-se, por meio da importação de moldes exitosos em países ricos e ditos civilizados, similar análise pode ser conferida à adaptação de formatos educacionais e políticos hierarquicamente impostos, que não levam em consideração as peculiaridades das minorias, em especial das mulheres. Por essa razão, percebe-se o fracasso desses métodos romantizados, ditos modernos e idealizados para a verdadeira independência do Estado brasileiro.

Conclusão

Na sociedade brasileira, a emancipação feminina é cerceada por diversas formas de repressão, que podem ser traduzidas em violência física e em violência psicológica, mas não apenas. Wolf (1999) descreve que, entre essas formas de aviltamento do arquétipo feminino, está a imposição de padrões estéticos de beleza inalcançáveis, que almejam minar a independência política e financeira conquistada pela mulher.

Com efeito, Paulo Freire (2013) reconhece que o grande entrave social está em saber como os oprimidos, que hospedam o opressor em si, poderão participar da elaboração, como seres duplos, inautênticos, da pedagogia de sua libertação.

A ausência de mulheres em cargos de representação pode ser atribuída, em parte, à discriminação histórica contra elas, como ocorre com os demais grupos vulneráveis na sociedade. O fato de o padrão estético, étnico e racial ser um cerceador da presença de mulheres no setor público deve ser combatido com maior normalização, com promoção de uma educação agregadora e com maior respeito pela heterogeneidade da sociedade brasileira, promovendo, dessa forma, a legitimidade democrática no Brasil.

Essa discriminação, segundo Sawyer (2000), compromete a eficácia de instituições democráticas, já que as mulheres constituem 50% ou mais da população; a exclusão feminina compromete não só o desempenho das cúpulas de poder, mas a legitimidade da própria democracia representativa, questionando assim a própria natureza do regime democrático.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 de nov. 2022

BRASIL. Emenda Constitucional 117. Brasília: 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc117.htm Acesso em: 21 de nov. 2022.

BRASIL. Agência Câmara de Notícias. **Câmara dos Deputados lança Observatório Nacional da Mulher na Política**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/778542-camara-dos-deputados-lanca-observatorio-nacional-da-mulher-na-politica/>

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [Código Civil (1916)]. **Código Civil**. Rio de Janeiro: Senado, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. [Código Eleitoral (1965)]. **Código Eleitoral**. Brasília: Senado, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/conselho>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei 2.234**. Brasília: Senado, 1985. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/collecao_leis_1985_parte1. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei dos Partidos Políticos**. Brasília: Senado, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm. Acesso em 21 nov. 2022

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei das Eleições**. Brasília: Senado, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em 21 nov. 2022.

BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: The Discursive Limits of 'Sex'*. New York: Routledge, 1993.

CHECCHIA, Marcelo A. **Origens psíquicas da autoridade e do autoritarismo**. São Paulo: Editora Dialética, 2020.

DELAMONICA, Laura Berdine Santos. **Mulheres Diplomatas Brasileiras**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

DUSSEL, Enrique. **Para uma erótica latino-americana**. Caracas: Fundación Imprenta, Ministério del Poder Popular para la cultura, 2007.

ESTADO DE MINAS. Câmara dos Deputados: Brasil elegeu número recorde de mulheres e negros. Belo Horizonte: Estado de Minas, 2022. Disponível em: ht-

tps://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2022/10/05/noticia-diversidade,1402966/camara-dos-deputados-brasil-eleveu-numero-recorde-de-mulheres-e-negros.shtml Acesso em: 21 de nov. 2022.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

HAHNER, June E. **A Mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978:9.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. 26ª ed. 2001.

HOOKS, Bell. *Feminist Theory: from margin to center*. Boston: South End Press, 1984.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

INGLEHART, Ronald; NORRIS, Pippa. **The Development Theory of Gender Gap; Women and Men's Voting Behaviour in Global Perspective**. London, Thousand Oaks, California, and New Delhi: International Political Science Review, 2000 (Vol. 21, No. 4, p. 441-463). Inocência: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016.

KRAMER, Josiane Caldas. **Quando as mulheres vão para a política? Brasil e Finlândia**. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, v. 5, nº 1, 2016.

LIMA, Adriane Raquel Santana de. **Educação para mulheres e processos de descolonização da América Latina no século XIX: Nísia Floresta e Soledad Acosta de Samper**. Universidade Federal do Pará, Belém, 2012.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2ª ed., 2019.

PHILLIPS, Anne. *From a Politics of Ideas to a Politics of Presence*. 1. Ed. London: In: DAHL, Robert. Democracy and its limits; England, 1995.

PITKIN, Hanna. *El concepto de Representacion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SAID, Edward W. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Polianna Pereira dos; BARCELOS, Júlia Rocha de; GRESTA, Roberta Maia. **Debates sobre a Participação Feminina no Parlamento Brasileiro: Sub-representação, violência e assédio**. Resenha Eleitoral (Florianópolis). Vol. 23, n 1, p. 21-50, 2019.

SENADO Federal. **Mais mulheres na política**. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/2a-edicao-do-livreto-mais-mulheres-na-politica> Acesso em: 21 de nov. 2022.

SENADO Federal. Apesar de maior presença de mulheres na disputa ao Senado, bancada feminina diminui. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/10/03/apesar-de-maior-presenca-na-disputa-ao-senado-bancada-feminina-reduz-tamanho>. Acesso em: 21 de nov. 2022.

TABAK, Fanny. **Mulheres públicas: participação política e poder**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

TEÓFILO, Sarah. Maioria da bancada feminina na Câmara é conservadora e aliada de Bolsonaro. Belo Horizonte: **Estado de Minas**, 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/01/03/interna_politica,1225503/maioria-da-bancada-feminina-na-camara-e-conservadora-e-aliada-de-bolsonaro.shtml

UPI PARLINE. Monthly ranking of women in national parliaments. Geneva: **IPU Headquarters**, 2022. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=10&year=2022>. Acesso em 21 de nov. 2022.

WATSON, Robert; JENCIK, Alicia and SELZER Judith A. **Women World Leaders: comparative analysis and gender experiences**. Journal of International Women's Studies, v. 7, pp. 53-76, 2005. Disponível em: <http://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1434&context=jivs>. Acesso em: 21 de nov. 2022.

WOLF, Naomi. **The Beauty Myth**. New York: Harper Perennial, 1991.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. Lua Nova, São Paulo, n. 67, 2006: 139-190.

A NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA É VINCULANTE OU DECLARATÓRIA? ANÁLISE DO LITÍGIO RÚSSIA VERSUS UCRÂNIA

Luiz Alberto Alves da Silva

Discente do curso de graduação em Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba

Luiza Rosa Barbosa de Lima

Professora associada da Universidade Estadual da Paraíba e professora adjunta da Universidade Federal da Paraíba, possui Doutorado em Direito Internacional pela Universit de València, Espanha; mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba e graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Resumo:

A Corte Internacional de Justiça, Órgão Judicial com caráter universal de maior relevância no seio das Nações Unidas, já se manifestou decretando mais de 130 sentenças contenciosas desde a sua criação, em 1945. Contudo, em recorrentes ocasiões, os Estados não cumprem as decisões da Corte, ficando estas sentenças parcial ou totalmente descumpridas. Assim, o objetivo principal do presente estudo centra-se em avaliar a executoriedade das decisões da Corte Internacional de Justiça, em especial ao que tange o litígio Rússia versus Ucrânia. Desde 24 de fevereiro de 2022, o governo da Ucrânia tem buscado utilizar todos os mecanismos disponíveis no Direito Internacional conferido a qualquer Estado membro das Nações Unidas para proteger sua integridade territorial e salvaguardar os direitos de seu povo. O caso em questão agrava-se pela Rússia ser um Estado Membro Permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas, assim torna-se imperativa a seguinte arguição: serão suas decisões igualmente vinculantes? Para tanto, utiliza-se a metodologia dedutiva/hipotético, juntamente com a pesquisa descritiva e os procedimentos bibliográfico e histórico. Conclui-se que o desempenho da Corte é mitigado frente à estrutura da Sociedade Internacional, agravando-se quando envolve membros permanentes do Conselho, fazendo com que não haja a devida vinculação de suas decisões e, conseqüentemente, não garantindo a observância

de direitos dos Estados.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça; Decisões; Vinculação; Rússia; Ucrânia.

Introdução

A Corte Internacional de Justiça é o Órgão Judicial com caráter universal de maior relevância no seio das Nações Unidas. A CIJ já se manifestou decretando mais de 130 sentenças contenciosas desde a sua criação, em 1945. Contudo, a experiência nos indica que, em recorrentes ocasiões, os Estados não cumprem as decisões da Corte, ficando estas sentenças parcial ou totalmente descumpridas. É a CIJ, então, uma instituição com jurisdição universal vinculante?

O que conduziu à criação de uma Corte Permanente no âmbito internacional foi a ideia de que somente este órgão poderia aplicar o Direito Internacional - ao emitir decisões, aplicar princípios, resolver litígios entre os Estados, e utilizando-se de Normas Internacionais (positivadas ou não). Assim, estaria regulando o exercício do Direito Internacional, em áreas antes não reguladas pelos sujeitos do Ordenamento Jurídico.

Por isto, dado a conjuntura atual, o objetivo principal do presente estudo centra-se em avaliar a executoriedade das decisões da Corte Internacional de Justiça, em especial ao que tange o litígio Rússia versus Ucrânia. Assim, buscar-se-á na análise das sentenças e opiniões consultivas já promulgadas pela Corte acerca do litígio Rússia *versus* Ucrânia, e em casos semelhantes, o aporte teórico para a análise do grau de vinculação de suas decisões. Ato contínuo, intentará averiguar se a CIJ carece de competência real, ou se pelo contrário, a sua função, sobretudo judicante, a converte em um órgão judicial internacional com capacidade de atuação vinculante e universal que assegura a concreção de direitos dos Estados.

Desde 24 de fevereiro de 2022 a Ucrânia está sendo invadida pela Rússia, que demonstrava notória superioridade militar, o que vem causando um drama a população ucraniana e um abalo ao sistema internacional. O governo da Ucrânia tem buscado, desde então, utilizar todos os mecanismos disponíveis no Direito Internacional conferido a qualquer Estado membro da ONU para proteger sua integridade territorial e salvaguardar os direitos de seu povo (BOEGLIN, 2022).

Contudo, o caso em questão agrava-se pela Rússia ser um Estado Membro Permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Conforme o preceito do artigo 92 da Carta das Nações Unidas, o fato do Estado agressor ser um Estado Membro Permanente do Conselho de Segurança não afeta a competência e atuação legal da Corte, mas, torna-se imperativa a seguinte arguição: serão suas decisões igualmente vinculantes?

Nesse sentido, esta pesquisa se justifica pela relevância de aferir a atuação da Corte Internacional de Justiça como um órgão judicial de caráter universal de fato, tendo como hipótese que, em razão do sistema adotado, onde o consentimento estatal é cerne do sistema internacional e, *pari passu*, os Estados soberanos, o desempenho da Corte é cada vez mais mitigado e que, hoje a CIJ padece de fenômeno que é crucial para o Direito Internacional, o cumprimento e executoriedade de suas decisões.

Para tanto, utilizar-se-á nesse processo a metodologia dedutiva/hipotético juntamente com método descritivo, centrado no caso Rússia *versus* Ucrânia, para extrair uma reflexão final sobre a executoriedade das decisões da CIJ. Ademais, usar-se-á os procedimentos bibliográfico e histórico, com a compilação da jurisdição da Corte para obter uma melhor análise do material estudado.

CIJ: competências e atuação

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão jurídico da Organização das Nações Unidas (ONU). Instituída em 1945 pelo art. 92 da Carta da ONU, viria a substituir a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), que havia sido criada em 1922, ainda no seio da Sociedade das Nações. O Estatuto da Corte é parte integrante da Carta da ONU, e os membros da Organização são, *ipso facto*, partes de dito estatuto.

A Corte tem caráter universal e as suas atribuições são amplas, podendo esta julgar qualquer matéria que lhe for sujeita por Estados soberanos, ou seja, disputas entre países. O art. 36 de seu estatuto expressa que a sua competência “abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”. Assim, cabe ao Tribunal interpretar tratados internacionais, assim como qualquer matéria de direito internacional, julgar violação de compromisso internacional por parte de um Estado e a devida reparação do dano causado pela ruptura de tal compromisso (art. 36. 2).

Se faz necessário que os Estados aceitem a jurisdição da Corte para que esta consiga desempenhar a sua função. Este aceite poderá ser feito pelo consentimento expresso entre as partes em litígio, por meio de uma cláusula de tratado em que ambos sejam partes ou por cláusula facultativa de jurisdição da Corte (arts 36 e 37 do ECIJ). O consentimento é peça chave no ordenamento jurídico internacional, tendo em vista que não existe um poder supranacional confiado por todos os Estados, o que torna a justiça internacional facultativa (DIEZ DE VELASCO, 2013).

Ademais de proferir decisões judiciais, estas de caráter definitivo e inapelável (art. 60 do ECIJ), a Corte ainda dispõe de competência para emitir pareceres sobre qualquer questão jurídica, em conformidade com o direito internacional (art. 65. 1). Contudo, as solicitações dessas opiniões consultivas ficam a cargo da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança e de Órgãos

das Nações Unidas e entidades especializadas, quando consentido pela Assembleia Geral (art. 96 da Carta da ONU). Nesse caso não será a Corte que avaliará a utilidade do ditame, fica a cargo do órgão solicitante fazê-lo.

É competência do Conselho de Segurança da ONU (CSNU) tornar executáveis as decisões contenciosas da Corte. Contudo, é importante ressaltar que, apesar de terem caráter obrigatório, a vinculação das decisões da CIJ pode ser comprometida pela própria natureza política do CSNU, principalmente da vontade política de seus cinco membros permanentes que detêm o poder de veto (DIEZ DE VELASCO, 2013), sendo um deles a Federação Russa.

Apesar do fato de um Estado membro permanente do CSNU não afetar a atividade da Corte, “dificilmente se poderiam aplicar, hoje, sanções a qualquer daqueles cinco Estados que detêm o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU” (REZEK, 2011, pp. 26-7).

No que diz respeito à sua atuação, a Corte funciona de maneira permanente e é composta por quinze magistrados independentes de diferentes nacionalidades, eleitos pela Assembleia Geral e o Conselho de Segurança por um mandato de nove anos. Ademais, estes devem possuir formidável prestígio profissional e aptos a desempenhar altas funções judiciárias em matéria de direito internacional (arts. 2º, 3º e 4º do ECIJ), e para a composição da Corte, deve ser levado em consideração a representação das diversas civilizações e dos principais sistemas jurídicos do mundo (art. 9º do ECIJ).

Existe ainda a figura do juiz *ad hoc*, conforme o art. 31. 2 do Estatuto da Corte, que pode ser convocado quando não haja nenhum juiz de nacionalidade dos Estados litigantes, vindo a deter as mesmas funções dos juizes da Corte enquanto durar o julgamento do caso em questão.

Conflito Rússia v. Ucrânia: breve contextualização

O atual conflito entre Rússia e Ucrânia pode ser entendido como consequência de diversos eventos históricos que percorre a região desde o século XX, ainda quando este último era território integrante da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URRS), que se desintegrou com o fim da Guerra Fria em 1991. De forma mais precisa, as tensões entre ambos países se intensificaram com o avanço que a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) vem fazendo no leste europeu desde a década de 1990 e com a anexação da Crimeia pela Rússia em 2014. Este é, sem dúvidas, o confronto armado com maior impacto geopolítico na Sociedade Internacional das últimas décadas (RAMOS, LIMA e MUNIS NETO, 2022).

No dia 24 de fevereiro do corrente ano, o presidente da Rússia, Vladimir Putin, noticiou o início de uma “operação militar especial” na Ucrânia, com o fito de suprimir um alegado genocídio cometido pelo governo ucraniano na região leste de Donbass do país, que corresponde aos territórios das províncias de Luhansk e Donetsk, onde há grupos separatistas pró-Rússia (ver

figura 1). Ambas as regiões haviam sido reconhecidas como Estados independentes pelo governo russo em 21 de fevereiro de 2022.

Figura 1: Região de Donbass, Ucrânia.

Crise na Ucrânia

Moscú tem milhares de soldados na fronteira



Fonte: Valor

Fonte: Valor Econômico, 2022.

O governo ucraniano refutou de imediato qualquer ocorrência de genocídio em seu território e adotou medidas contestando as alegações da Rússia por meio da abertura de um processo formal junto à Corte Internacional de Justiça em 25 de fevereiro, em conformidade com o art. 36 do Estatuto da Corte. A solicitação referia-se à existência de uma disputa entre Rússia e Ucrânia acerca da interpretação e aplicação da Convenção sobre o Genocídio, de 1948, ao qual a Rússia justifica a sua operação militar. Para o governo de Volodymyr Zelensky, os argumentos russos são infundados e, portanto, não teriam suporte legal na Convenção (CIJ, 2022).

O artigo IX da referida Convenção inclui a cláusula de compromisso das Partes em remeter à CIJ todas as questões jurídicas referentes ao seu texto, quando dispõe que:

As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III, serão sub-

metidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.

Assim, a solicitação da Ucrânia tornava-se passível de ser atendida pela Corte, dado ao consentimento expresso em cláusula de tratado vigente onde ambos países são signatários.

No dia seguinte, em 26 de fevereiro, a Ucrânia apresentou-se novamente perante ao Tribunal, dessa vez com um pedido de implementação de quatro Medidas Provisionais no intento de resguardar seus direitos com fundamento no “risco de prejuízo irreparável e urgência” do caso, em conformidade com o artigo 41 do Estatuto da Corte e os artigos 73, 74 e 75 das Regras da Corte. São elas:

- a) *The Russian Federation shall immediately suspend the military operations commenced on 24 February 2022 that have as their stated purpose and objective the prevention and punishment of a claimed genocide in the Luhansk and Donetsk oblasts of Ukraine.*
- b) *The Russian Federation shall immediately ensure that any military or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, take no steps in furtherance of the military operations which have as their stated purpose and objective preventing or punishing Ukraine for committing genocide.*
- c) *The Russian Federation shall refrain from any action and shall provide assurances that no action is taken that may aggravate or extend the dispute that is the subject of this Application, or render this dispute more difficult to resolve.*
- d) *The Russian Federation shall provide a report to the Court on measures taken to implement the Court's Order on Provisional Measures one week after such Order and then on a regular basis to be fixed by the Court.*

A Rússia, por sua vez, decidiu não comparecer à audiência realizada pela CIJ para tratar sobre o pedido instaurado pela Ucrânia - a sua não comparecência não afeta em nada o curso do procedimento (BOEGLIN, 2022). Ao invés disso, enviou um documento de repulsa contestando a jurisprudência da Corte no caso, alegando ainda que as ações do país teriam sido tomadas com base no 51 da Carta da ONU, que dispõe sobre o direito à autodefesa. Declara também o direito de autodeterminação dos povos consagrado na Carta da ONU e no Direito Consuetudinário para reconhecer a soberania de Donetsk e Lugansk (CIJ, Documento da Federação Russa, 2022).

O protesto, ademais, tem como anexo uma carta do então presidente russo, que foi proferida à sua população para anunciar o ataque à Ucrânia, no qual alega entre as causas que levaram a decisão “*the eastward expansion of NATO, which is moving its military infrastructure ever closer to the Russian border*” (CIJ, Documento da Federação Russa, 2022, p. 9).

Decisões da CIJ: natureza vinculante ou declaratória?

Pelo caráter de urgência e prioridade sobre os outros casos, como qualquer pedido de medidas provisionais (art. 74. 1 das Regras da Corte), a Corte proferiu a sua sentença dentro de poucos dias, em 16 de março. Como bem aborda Lopes e Worthington (2022), estas são decisões para salvaguardar os direitos de uma das Partes enquanto o caso continua diante da CIJ para ser julgado em sua totalidade.

A CIJ, em sua decisão, atendeu de forma proveitosa as solicitações do governo ucraniano e refutou a oposição do governo russo acerca de sua jurisdição. Nesse sentido, a Corte reconheceu uma divergência de pontos de vista entre as Partes acerca dos dispositivos da Convenção sobre o Genocídio, o que é suficiente para confirmar a jurisprudência *prima facie* do Tribunal para se pronunciar sobre a aplicação de medidas provisionais.

A Ucrânia conseguiu provar perante a corte a gravidade da situação e o risco de intensificação e reincidência dos danos causados em seu território, ressaltando a vulnerabilidade de sua população, a eminência de mais crimes de guerra e o impacto ambiental da invasão russa (CIJ, 2022, parágrafos 65-77). A Corte levou em consideração, ademais, a Resolução A/RES/ES-11/1 da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 2 de março de 2022, que expressa a magnitude dos danos causados a Ucrânia, evidentes na destruição da infraestrutura do país e na crise de refugiados causada pela situação.

Nesse sentido, por 13 votos a favor e 2 contrários, a Corte decidiu que (1) a Rússia deve suspender as operações militares no território ucraniano imediatamente e (2) deve assegurar que qualquer unidade armada ou irregular que esteja diretamente sob suporte russo, assim como quaisquer organizações e pessoas que estiverem sob seu controle, não procedam com as operações militares; e por consenso unânime e de forma mais abrangente, que (3) ambas as partes devem abster-se de qualquer ação que venha agravar ou estender a disputa (CIJ, Medidas Provisionais, 2022).

O artigo 94 da Carta da ONU expressa a obrigatoriedade dos países se conformarem com a decisão da Corte, sob a possibilidade de recorrer ao Conselho de Segurança para que este tome as medidas para o cumprimento da sentença. Ademais, a CIJ já havia decidido no caso LaGrand¹, em 2001, que as medidas provisionais têm efeito vinculante e, desse modo, criam obrigações jurídicas internacionais à quem estas sejam dirigidas.

Contudo, a sentença se mostrou inefetiva, tendo em vista a falta de mecanismos que assegurem o seu cumprimento no Direito Internacional, já que a aquiescência do Estado se faz necessária (REZEK, 2011) e a Rússia se mostrou relutante desde o início do processo, com a sua não comparecência nas audiências orais. Ademais, em última instância, a Rússia é membro permanente do CSNU e a mesma não se esquivou de utilizar seu poder para vetar

1 LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 506, para. 109. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/104/judgments>.

a Resolução 2623, de 27 de fevereiro de 2022, que condenava a invasão da Ucrânia.

De fato, não houve cumprimento da sentença pelo governo russo e as operações militares na Ucrânia prosseguiram e perduram nos dias atuais, acarretando crises irreparáveis ao povo ucraniano, que já registra mais de 7,4 milhões de refugiados na Europa (ACNUR, 2022) e dezenas de milhares de mortos, incluindo soldados e civis (BBC, 2022)².

Isso ressalta a mera natureza declaratória das decisões da CIJ, assim como em outros casos em que envolviam membros permanentes do Conselho. São exemplos o contencioso histórico Nicarágua versus Estados Unidos, de 1984³, e, mais recentemente, a controvérsia envolvendo a República de Maurício e o Reino Unido acerca do Arquipélago de Chagos, parecer consultivo de 2019⁴, ao qual ambos ignoraram qualquer obrigação jurídica perante a Corte e a Sociedade Internacional.

Considerações finais

Não se pode negar a grande relevância e autoridade que a Corte Internacional de Justiça representa ao ordenamento jurídico internacional. Ela é o órgão mais importante no seio da ONU responsável pela aplicação do Direito Internacional, com competências amplas de atuação e com um grande histórico de solução de controvérsias desde a sua criação, em 1945. Contudo, é notório que o seu desempenho é mitigado frente à estrutura da Sociedade Internacional que, apesar de existir um ordenamento jurídico e um sistema jurisdicional para aplicá-lo, tem a aquiescência do Estado soberano como chave central.

Percebe-se, ademais, que quando as controvérsias envolvem países membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, como no caso do conflito entre Rússia e Ucrânia aqui analisado, a natureza das decisões da Corte se tornam declarativas, não garantindo a observância de direitos dos Estados no cenário internacional.

Como visto, é competência do Conselho de Segurança tomar as medidas necessárias para o cumprimento das sentenças da Corte, todavia, ao contrário de órgãos judicantes que tomam decisões com base em normas de

2 Não se pode comprovar o número exato de ucranianos mortos desde o início do conflito, visto a dificuldade em se registrar mortes em zonas de guerras, mas as estimativas já ultrapassam 10 mil mortos, incluindo soldados e civis. Ver: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62034340>.

3 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-BI.pdf>.

4 Apesar dos pareceres consultivos não terem poder vinculativo, a Assembleia Geral, como órgão solicitante, tem competência para adotar medidas para garantir o seu cumprimento, como o foi feito com a aprovação da Resolução A/RES/73/295, de 22 de maio de 2019. Contudo, até o presente momento, o Reino Unido não executou as decisões do Tribunal. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/151/29/PDF/N1915129.pdf?OpenElement>.

direito internacional, as decisões do Conselho são puramente políticas e, em muitas vezes, contrariam o ordenamento jurídico internacional, tornando ineficaz as decisões do Tribunal.

Referências

ACNUR. **Ukraine Refugee Situation**. 2022. Disponível em: https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.144510268.800073479.1663867319-756300041.1663867319.

BOEGLIN, Nicolás. **Ucrania vs. Rusia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)**: Rusia opta por no comparecer. Servindi, 2022. Disponível em: <https://www.servindi.org/actualidad-reportaje/09/03/2022/ucrania-vs-rusia-ante-la-corte-internacional-de-justicia-rusia-opta>.

CIJ. **Rules of Court**, 1978. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/rules>.

CIJ. **Ukraine v. Russian Federation. Application Instituting Proceedings**. 26 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>.

CIJ. **Ukraine v. Russian Federation. Document from the Russian Federation**. 07 de março de 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf>.

CIJ. **Ukraine v. Russian Federation. Provisional Measures**. 16 de março de 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/182>.

CIJ. **Ukraine v. Russian Federation. Request of Provisional Measures**. 27 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-WRI-01-00-EN.pdf>.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. Madrid: Tecnos, 18ª Ed., 2013. pp. 998-1023.

HABERSHON, Sarah et al. **Guerra na Ucrânia: quantas pessoas já morreram no conflito**. BBC News, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62034340>.

LOPEZ, Jaime; WORTHINGTON, Brady. **What's the Status of Ukraine's Case Against Russia at the ICJ?** Lawfare, 2022. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/whats-status-ukraines-case-against-russia-icj>.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz; NETO, José Mariano Muniz. Breves considerações sobre as causas e consequências da invasão russa na Ucrânia. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais-FIURJ**, v. 3, n. 1, p. 106-131, 2022. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cj-siurj/article/view/112>.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público curso elementar**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 13ª Ed., 2011. pp. 25-9.

CONTRIBUIÇÕES TRANSCONSTITUCIONAIS AO DIREITO BRASILEIRO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcos Sergio Rego

Mestrando em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo:

O estudo objetiva reconhecer contribuições para a proteção de direitos da criança e do adolescente no Brasil. O transconstitucionalismo adota a ideia de que há uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas. Já a interconstitucionalidade pressupõe que as ordens constitucionais conversam entre si, opondo-se, em parte, à teoria transconstitucional. Ambas poderiam incrementar a proteção da criança e do adolescente pela conjugação dos Direitos Humanos com o direito interno nacional. Analisa-se, portanto, se essa interação auxilia a defesa dos direitos infantojuvenis no Brasil. A gênese do Direito da Criança e do Adolescente atual reside no Direito Internacional dos Direitos Humanos, gerando reflexos na Constituição Brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas decisões relacionadas aos infantes na Corte Interamericana de Direitos Humanos. É possível identificar contribuições transconstitucionais para o amparo dos direitos da criança e do adolescente por meio de três aportes internacionais para o desenvolvimento do sistema de proteção infantojuvenil no Brasil, sendo eles, o diálogo entre a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição Brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente; a definição do princípio do melhor interesse a partir dos tratados internacionais; e a opinião consultiva 17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da dimensão positiva do transconstitucionalismo, fator reconhecido pela interconstitucionalidade, renova-se o Direito da Criança e do Adolescente pelo debate internacional com subsídios para a interpretação da doutrina da proteção integral aplicada à ordem brasileira. Trata-se de pesquisa teórica, bibliográfica e qualitativa pelo método dedutivo.

Palavras-chave: Criança e adolescente; Direitos Humanos; Transconstitucionalismo; Interconstitucionalismo; Proteção integral.

Introdução

O presente trabalho objetiva reconhecer possíveis contribuições das teorias do transconstitucionalismo e da inerconstitucionalidade à proteção da criança e do adolescente no Brasil.

O transconstitucionalismo compreende que há uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas. Já a interconstitucionalidade parte do pressuposto de que as ordens constitucionais mundiais podem conversar entre si. Ambas poderiam incrementar a proteção da criança e do adolescente no país a partir da conjugação do Direito Internacional dos Direitos Humanos com o direito interno nacional.

A importância do tema reside na possibilidade de análise da questão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil à luz dos Direitos Humanos, particularmente, pela relevância das convenções internacionais ligadas ao tema, sua aplicabilidade, interpretação e convergência de interesses com a legislação nacional e, ainda, pela crescente relevância do controle de convencionalidade a par do controle de constitucionalidade.

A pesquisa, portanto, analisa se essa interação entre ordens jurídicas funciona para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema jurídico protetivo da criança e do adolescente no Brasil a partir de três aportes internacionais, sendo eles: a) o diálogo entre a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, com a Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que data de 1990; b) a definição do princípio do melhor interesse da criança a partir dos tratados internacionais relativos aos direitos da criança e do adolescente; e c) a opinião consultiva 17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua interação com a ordem jurídica brasileira.

Trata-se de pesquisa teórica, bibliográfica e qualitativa, pelo método dedutivo, tendo o transconstitucionalismo como marco teórico e a interconstitucionalidade como seu contraponto.

A hipótese inicial é a de que é possível conceber contribuições transconstitucionais ao direito brasileiro para a incrementação da proteção aos direitos da criança e do adolescente, discutindo, a princípio, o que é a teoria transconstitucional e a interconstitucional para, em seguida, verificar a interação entre a ordem jurídica internacional dos direitos humanos com o sistema de direitos existente no Brasil de asseguramento aos direitos infantojuvenis, a permitir a construção de uma racionalidade transversal positiva e que contribua de modo significativo para a compreensão dos institutos jurídicos que envolvem o Direito da Criança e do Adolescente.

Transconstitucionalismo e interconstitucionalidade

O transconstitucionalismo é uma teoria desenvolvida por Marcelo Neves. Ela estabelece que a pluralidade de ordens jurídicas existentes no mundo contemporâneo aponta para a convivência de um sistema mundial de níveis

múltiplos com hierarquias entrelaçadas¹ em que se faz mister uma interrelação de modo que elas possam contribuir umas com as outras.

Esta ideia decorre da convivência entre estamentos diversos que podem tratar do mesmo tema, especialmente, a partir da internacionalização dos direitos humanos e da internalização destes como direitos fundamentais constitucionais, o que pode gerar tanto conflitos de competência, como falta de convergência entre as decisões².

O transconstitucionalismo aborda a necessidade de construção de uma racionalidade transversal³ entre estas diversas ordens jurídicas, sendo este o caminho para a solução de colisão entre elas. Dessa maneira, para Marcelo Neves, a questão constitucional não pode ser provinciana, pois deve ser construída a partir de conversações constitucionais construtivas⁴.

O pressuposto é, portanto, o reconhecimento de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos em que um mesmo problema jurídico-constitucional tem relevância simultânea para uma diversidade de ordens jurídicas. Entretanto, este modelo de níveis não é hierárquico, mas baseado em uma pluralidade de ordens jurídicas entrelaçadas em que nenhuma delas é detentora da *ultima ratio* discursiva⁵. E este sistema multicêntrico é incompatível com uma hierarquia ou com uma concepção escalonada. Assim, este entrelaçamento ocorreria quando um problema jurídico-constitucional for relevante para mais de duas ordens jurídicas simultaneamente⁶.

No âmbito dos direitos humanos, o transconstitucionalismo é pluridimensional⁷. Marcelo Neves cita que esse modelo é de articulação e não de convergência ou de resistência. No modelo de articulação, todas as ordens jurídicas entrelaçadas transversalmente são capazes de reconstrução permanente por meio do aprendizado com outras ordens jurídicas concomitantes para solução dos problemas jurídico-constitucionais de direitos fundamentais ou de direitos humanos⁸.

O transconstitucionalismo contém uma dimensão positiva e outra negativa. A positiva erige-se sobre a construção de uma racionalidade transversal

1 NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 107-108.

2 Id.

3 Ibid, p. 111.

4 Ibid, p. 118.

5 Ibid, p. 126.

6 Ibid.

7 Ibid, p. 129.

8 Ibid, p. 130. O modelo de convergência refere-se à aplicação do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal que indicam a não exclusão de outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais além daqueles mencionados expressamente pela Constituição e a possibilidade de que tais tratados, se admitidos pelo mesmo quórum das emendas constitucionais, passem a ser admitidos internamente como emendas constitucionais. Já o modelo de resistência, resumidamente, é aquele que não admite status constitucional a estes tratados internacionais de direitos humanos.

entre ordens jurídicas. Já a negativa reside nas relações bloqueadoras e destrutivas entre elas, seja porque não estão dispostas a estabelecer essa articulação, seja porque são constituídas por formas assimétricas de direito em que uma delas pode se sobrepôr às outras, seja, ainda, porque as estruturas de direito são fragmentadas no direito internacional⁹. Caberia ao transconstitucionalismo promover estruturas estáveis, conectando os fragmentos transversalmente, estabelecendo um diálogo entre identidade e alteridade, sendo a primeira reconstruída pela última, por observação da outra ordem, tanto de dentro para fora, como de fora para dentro dos sistemas jurídicos¹⁰.

Essa teoria foi criticada por Paulo Rangel, para quem a terminologia transconstitucionalismo é equivocada, por pressupor a superação das ordens constitucionais a partir de um viés ideológico¹¹. Para ele, o termo correto a ser utilizado deveria ser interconstitucionalidade¹², com base na teoria de Canotilho.

Em sua crítica, Paulo Rangel ainda argumenta que não se deve falar em sociedades multicêntricas, e sim poliárquicas, em que há um complexo altamente heterogêneo de entidades com aspirações ou pretensões de poder com fisionomia constitucional. Assim, não haveria pluralidade de poderes, mas diversidade de estruturas e processos de participação política e constitucional a título próprio e não mais a título delegado pelo Estado decorrente do fenômeno da desterritorialização¹³.

Embora o Estado tenha perdido seu lócus privilegiado de solução de problemas constitucionais, a constituição remanesce e a teoria da constituição não precisaria ser superada, mas sim renovada a partir dos estudos acerca da perda de poder do Estado, já que não é mais o único e exclusivo ator com legitimidade e coerção na ordem mundial¹⁴.

Propõe Paulo Rangel então que se regresse à Teoria da Constituição e ao Direito Constitucional através de um conceito interconstitucionalmente adequado em que a Constituição se abre a um mundo político em rede, combinando normativos formais com práticas normativas não positivadas, com abertura, permeabilidade e porosidade estruturais em que a interconstitucionalidade refrataria e refletiria esse esforço de articulação¹⁵.

9 Ibid, p. 136-137.

10 Ibid, p. 138.

11 RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento “transconstitucional” de Marcelo Neves. In CORREIA *et al*, op. cit., p. 152-153. É possível ainda identificar outras teorias semelhantes para designar um constitucionalismo que vai além das ordens jurídicas estatais, como o constitucionalismo transfeiriço, de Luís Carlos Araújo; o constitucionalismo multinível, de Ingolf Pernice; e o constitucionalismo internacionalizado, defendido por Siddharta Legale. Porém, optou-se pela teoria interconstitucional por sua crítica direta ao transconstitucionalismo de Marcelo Neves.

12 Id, p. 154-155.

13 Ibid, p. 158-162.

14 Ibid, p. 162.

15 Ibid, p. 164-167.

Apesar disso, o autor admite pontos de interseccionalidade entre a interconstitucionalidade e o transconstitucionalismo e acrescenta que uma grande contribuição do último é a capacidade de oferecer instrumentos operativos e metódicos para resolver as questões enunciadas¹⁶.

Como se denota, a crítica ao transconstitucionalismo não afasta o seu viés positivo, particularmente, a construção de uma racionalidade transversal entre sistemas jurídicos diversos. E é com base nela que se pode verificar sua contribuição para a proteção constitucional da criança e do adolescente no Brasil, seja a partir da conversação entre a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Magna Carta de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, seja pela interpretação dada ao princípio do melhor interesse pelos instrumentos internacionais, seja pela explanação relativa aos direitos da criança e do adolescente efetivada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se verá adiante.

Contribuições transconstitucionais ao direito da criança e do adolescente no Brasil

Delineados os marcos teóricos da presente pesquisa, passa-se à análise de possíveis contribuições transconstitucionais ao Direito da Criança e do Adolescente no Brasil sem a pretensão de esgotamento do tema e de detecção de possíveis outras situações não observadas.

Assim, identificam-se três significativos aportes internacionais para a construção e aperfeiçoamento do sistema protetivo da criança e do adolescente no Brasil, pela implementação de uma racionalidade transversal entre normas e ordens jurídicas de cunho internacional e nacional.

Estas três contribuições são as seguintes: a) o diálogo entre a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, com a Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que data de 1990; b) a definição do princípio do melhor interesse da criança a partir dos tratados internacionais relativos aos direitos da criança e do adolescente; e c) a opinião consultiva 17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua interação com a ordem jurídica brasileira.

Nesta seção, portanto, elas serão destrinchadas para a compreensão e identificação da construção de uma realidade transversal que aponta para o viés positivo do transconstitucionalismo para os direitos da criança e do adolescente.

A proteção jurídica à criança e ao adolescente nasce nos documentos internacionais, particularmente, com a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989¹⁷. Dessa

¹⁶ Ibid, p. 172.

¹⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. A Criança

maneira, o contexto inicial dos direitos da criança e do adolescente é sobretudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fato que por vezes é esquecido ou sobrelevado no estudo destes direitos no Brasil.

A Magna Carta de 1988, ao estabelecer em seu art. 227 a doutrina da proteção integral, inaugura para o Brasil a fase em que a criança e o adolescente são reconhecidos como sujeitos de direitos, rompendo-se com a tradição menorista anterior da doutrina da situação irregular.

É de suma importância destacar que a doutrina da proteção integral adveio das discussões estabelecidas na ONU para a elaboração dos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança, pois esta levou dez longos anos para que fosse concluída, o que contagiou os debates da Assembleia Constituinte brasileira de 1987/1988 por influência do UNICEF¹⁸, órgão da ONU voltada à proteção do público infantojuvenil.

Eis então um exemplo de racionalidade transversal entre elaborações de normas em contextos diversos e que possuíam o mesmo objetivo: assegurar direitos para a criança e o adolescente. A Constituição brasileira, portanto, incorporou a doutrina da proteção integral a partir das discussões realizadas nos grupos de trabalho para a elaboração da Convenção, mesmo antes de esta vir a ser promulgada pela ONU.

Relembre-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotava até 1988 a doutrina da situação irregular, evidenciada no Código de Menores de 1979 e que era direcionada apenas a algumas crianças e adolescentes, aqueles que estavam em situação de desamparo social ou abandono pela família e os que viviam na delinquência¹⁹.

A doutrina da proteção integral, ao estabelecer que toda criança e adolescente são sujeitos de direitos, universaliza e equaliza o sistema de garantias e direitos infantojuvenil, distanciando-se das práticas assistencialistas e paternalistas apregoadas pela doutrina da situação irregular. Além disso, ela é estruturante, rompendo com as perspectivas anteriores da doutrina da situação irregular, o que demanda uma nova visão teórica sobre os direitos da criança e do adolescente que se distancie dos parâmetros e paradigmas da filosofia anterior, especialmente, com a elaboração de um conjunto axiológico de prin-

e o Adolescente no Marco Internacional. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.) **Direito da criança e do adolescente: novo curso - novos temas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11-39.

18 NOGUEIRA NETO, Wanderlino. **Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção:** a Convenção sobre os Direitos da Criança. p. 3. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/04/analise-historica-sobre-os-23-anos-do-cca.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2021.

19 CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. In: **Revista do Direito UNISC.** n. 29 - jan-jun 2009. p. 25. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657> Acesso em: 18 abr. 2022.

cípios distintos²⁰.

Portanto, o intercâmbio de ideias entre as discussões pertinentes à Convenção sobre os Direitos da Criança e a Constituição brasileira de 1988 resultou numa importante interação e que deu vida ao art. 227 da Magna Carta nacional, que traz, expressamente, a criança e o adolescente como detentores de direitos fundamentais.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, ao regulamentar o art. 227 da Constituição Federal, destrincha quais são estes direitos fundamentais e o modo de seu exercício, dando vida à doutrina da proteção integral.

Frise-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é anterior à ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, haja vista que o Estatuto foi promulgado em 13 de julho de 1990 e o Decreto n. 99.710, que internaliza tal convenção no Brasil, data de 21 de novembro de 1990²¹.

Neste tocante, é preciso haver um esforço interpretativo que complemente as determinações jurídicas da Convenção sobre os Direitos da Criança com aquelas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a ressaltar o viés positivo do transconstitucionalismo, não só, pela influência da ordem internacional sobre o texto constitucional, mas também sobre as regras infraconstitucionais, a indicar que a norma pode interagir com o direito interno em sua implementação, aplicação e interpretação.

Não se pode olvidar que, apesar das críticas doutrinárias, em conformidade ao já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, as convenções e tratados relativos a direitos humanos assinados pelo Brasil anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 possuem status supralegal²². Logo não podem ser esquecidos quando, em casos concretos, o Poder Judiciário venha a decidir alguma questão relativa aos direitos da criança e do adolescente que estejam regulados na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Evidencia-se assim a criação de um modelo de articulação entre ordens jurídicas com relevância simultânea dos temas, demonstrando o caráter pluri-dimensional dos direitos humanos, aprofundando a necessidade de edificação de uma racionalidade transversal entre o nível internacional, a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, e a ordem estatal brasileira, seja no patamar constitucional, seja no infraconstitucional, de modo que entre elas haja complementação.

20 Ibid.

21 A Convenção sobre os Direitos da Criança, embora aprovada pela ONU em 1989, somente entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. O Brasil ratificou a Convenção em 24 de setembro de 1990.

22 Vide julgamento do RE 466.343, julgado em 03/12/2008 e publicado em 05/06/2009, quando o STF declarou a ilicitude da prisão civil do depositário infiel em apoio à adoção pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda a prisão por dívidas, exceto a referente à obrigação alimentar em confronto com o texto constitucional e a legislação civil brasileira que a permitia, firmando a Tese n. 60 da Repercussão Geral.

Outra demonstração de entrelaçamento de ordens jurídicas distintas está na interpretação acerca do princípio do melhor interesse da criança. Este princípio foi esboçado na Declaração Universal dos Direitos da Criança nos princípios segundo e sétimo, para quem os melhores interesses da criança devem ser considerados para instituir leis que a levem ao desenvolvimento como pessoa e como diretriz a nortear sua educação e orientação. Porém, foi na Convenção sobre os Direitos da Criança que ele foi esmiuçado, passando a ser seu princípio reitor²³. Ele consta do art. 3, item 1 da Convenção e é des-trinchado em inúmeros outros dispositivos convencionais.

Na Constituição de 1988, contudo, o melhor interesse da criança é um princípio implícito, pois o art. 227 não lhe faz menção expressa. Tampouco o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, ao regulamentar o dispositivo constitucional em evidência, traz expressamente este princípio²⁴. Tânia da Silva Pereira o considera corolário da doutrina da proteção integral tal como formulada no texto constitucional²⁵.

Ora, se este princípio está expresso na Convenção sobre os Direitos da Criança e implícito na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção surge como importante vetor jurídico de interpretação acerca do que é o melhor interesse da criança, evidenciando, mais uma vez, a necessidade de construção de uma racionalidade transversal entre a ordem internacional dos direitos humanos, a ordem constitucional brasileira e o direito interno brasileiro, o que contribui de modo significativo para a compreensão desse princípio no Brasil, sendo mais um exemplo do transconstitucionalismo em seu viés positivo.

O princípio do melhor interesse da criança representa um padrão em que devem ser consideradas as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais ou responsáveis, sendo que esta análise deve ser realizada à luz do caso concreto²⁶. Por este mesmo motivo, torna-se difícil sua conceituação, já que imprime grande carga de subjetividade na aplicação e necessita de parâmetros de análise a fim de que não se torne uma arma de arbitrariedade nas mãos do Poder Judiciário²⁷.

23 VERONESE, op. cit., p. 23.

24 Algumas legislações posteriores à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram para o texto a menção ao melhor interesse ou ao interesse superior da criança em determinadas situações. Na nova redação do art. 19, § 2º da Lei n. 8.069/90, dada pela Lei n. 13.509/17, destaca-se o interesse superior como critério para a permanência de criança em programa de acolhimento institucional. Também é possível constatar tal menção quando se trata de adoção internacional, conforme a nova redação do art. 52-C, §§ 1º e 2º da digitada norma jurídica pela Lei n. 12.010/09. Na aplicação de medidas protetivas, ele é agora um princípio expresso, conforme art. 100, parágrafo único, IV com a nova redação prevista pela Lei n. 12.010/09.

25 PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In. PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

26 Ibid.

27 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2a ed. São Paulo:

Neste tocante, Andrea Amin entende que, como este princípio é muito aberto e não há na legislação brasileira vetores para interpretá-lo, algumas assertivas a seu respeito podem ser extraídas da Convenção sobre os Direitos da Criança em seu art. 3º. São elas: 1) o princípio se dirige e deve ser observado pelas instituições públicas e privadas de atenção ao público infantojuvenil e aos poderes públicos no âmbito de suas atividades, devendo aí também ser incluída a família; 2) serve de orientação para a criação de políticas públicas e medidas administrativas e legislativas por parte dos Estados para assegurar a proteção e o cuidado necessários ao bem-estar das crianças e adolescentes, direcionando-as aos pais ou responsáveis para que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres; e 3) a imposição ao Estado do dever de exigir e fiscalizar os serviços de atendimento à criança e ao adolescente. A autora ainda chama a atenção para o fato de que este princípio é mais direcionado ao Estado do que aos particulares, mas que, no Brasil, há uma falsa percepção em sentido contrário, já que ele tem sido o balizador de decisões ligadas ao Direito de Família ou ao próprio Direito da Criança e do Adolescente²⁸.

A título de exemplo, esta interpretação pode ser observada nos casos de suspensão ou perda do poder familiar, que, segundo a Convenção, deve ser analisada pelo melhor interesse da criança (art. 9º, itens 1 e 3). No Brasil, há um histórico de institucionalização de crianças desamparadas, legitimando uma violação ao direito à convivência familiar apenas com base na pobreza, apesar da adoção da doutrina da proteção integral e da vedação legal para tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Importante, portanto, que esse contraponto da Convenção seja estudado e cumprido pelas instituições responsáveis pelo sistema de garantias e direitos da criança e do adolescente de modo a evitar o afastamento do infante de sua família por razões não admitidas em lei²⁹.

Na mesma direção, a Opinião Consultiva n. 17, de 2002, da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁰ também é bastante significativa.

Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma opinião consultiva sobre a

Saraiva, 2018, p. 2230.

28 AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 88-89.

29 O histórico de institucionalização pela pobreza, herança da época da doutrina da situação irregular, ainda é muito presente no Brasil. Relatório do IPEA de 2004 indica que 52% do afastamento de crianças do convívio familiar se deveu expressa ou tacitamente à pobreza, apesar de haver vedação legal para tanto, consoante o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ver SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

30 OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf> Acesso em: 29 nov. 2021.

interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos quanto aos direitos da criança e do adolescente.

Esta opinião consultiva se estruturou, basicamente, em cinco pontos: definição de criança; de igualdade; de interesse superior da criança; de deveres da família, sociedade e Estado; e de procedimentos judiciais ou administrativos em que crianças participem.

A Corte Interamericana, socorrendo-se da Convenção sobre Direitos da Criança da ONU, conceituou criança e o princípio do melhor interesse tais como previstos nesta última. Assumiu, ainda, um sentido de igualdade material entre crianças e adultos e reconheceu o lugar da família, da sociedade e, sobretudo, do Estado na proteção integral dos direitos dos infantes. Por fim, a Corte reconheceu a necessidade de proteção ao princípio do devido processo legal nos processos envolvendo crianças e adolescentes e a participação efetiva deles nas questões que lhes digam respeito.

Importante ressaltar que, pela primeira vez, a Corte Interamericana exercitou sua função consultiva para reconhecer a criança como sujeito de direitos, consolidando a doutrina da proteção integral, habilitando-se ao controle de convencionalidade sobre normas, medidas e procedimentos aplicáveis a menores de 18 anos, utilizando a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança como instrumento de interpretação destes direitos, também previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em caso típico de construção de racionalidade transversal.

Frise-se que, embora não se trate do exercício jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a opinião consultiva é importante mecanismo de interpretação destes direitos e deve ser observada pela Comissão e pela própria Corte internacional.

Verifica-se, assim, que a contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos é expressiva no campo da proteção à criança e ao adolescente, sendo necessário incrementar o debate interdisciplinar entre as decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana acerca destes direitos e a ciência pretoriana de nossos tribunais, especialmente, a partir da construção de uma racionalidade transversal entre o sistema internacional e o nacional, dando-se destaque ao caráter pluridimensional dos direitos humanos e o modelo de articulação informado por Marcelo Neves.

De outra sorte, ao habilitar-se para o controle de convencionalidade acerca dos direitos relativos às crianças e aos adolescentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não só realça a essência destes direitos ligados à ordem internacional dos direitos humanos, como se predispõe a implementá-los em caso de violação ou ameaça a tais direitos.

Por este motivo, também se faz necessária a construção de uma racionalidade transversal entre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o que se vem decidindo nos tribunais brasileiros de forma a se destacar a importância da Convenção sobre os Direitos da Criança para o sistema de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.

Conclusão

O debate acerca do transconstitucionalismo pode trazer importantes inovações para o direito interno brasileiro, especialmente, no que tange à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, de modo a construir uma racionalidade transversal positiva entre ordens jurídicas, particularmente, a partir de um modelo de articulação entre elas e que leve em conta o caráter pluridimensional dos direitos humanos.

Como visto, considerando que o fundamento dos direitos da criança e do adolescente tem origem no Direito Internacional dos Direitos Humanos, é relevante a contribuição que a normativa internacional pode exercer no ordenamento constitucional brasileiro, sobretudo, levando-se conta a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, e suas interações com o ordenamento constitucional brasileiro.

Compreender essa gênese e a contribuição entre ordens jurídicas para a elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Constituição brasileira de 1988, além de trazer à lume as discussões relativas ao melhor interesse da criança no âmbito internacional e de aplicar diretamente a Convenção sobre os Direitos da Criança ou observar as interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca dos direitos infantojuvenis pode ser proveitoso para a ordem interna brasileira, contribuindo significativamente para a construção de uma racionalidade transversal na reafirmação da doutrina da proteção integral.

Deste modo, a teoria transconstitucional pode contribuir de modo expressivo para a compreensão e a interpretação dos direitos da criança e do adolescente, fortalecendo o sistema de garantias e direitos criado pelo Brasil para este fim.

Referências

AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. In. **Revista do Direito UNISC**. n. 29. jan-jun 2009. p. 25. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Acesso em: 18 abr. 2022.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editó-

ra, 2012. p. 107-150.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. **Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção:** a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2018/04/analise-historica-sobre-os-23-anos-do-eca.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 29 nov. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In. PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RANGEL, Paulo. Transconstitucionalismo *versus* interconstitucionalidade. Uma leitura crítica do pensamento “transconstitucional” de Marcelo Neves. In. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M; LOUREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.** vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 151-174.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. A Criança e o Adolescente no Marco Internacional. In. VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.) **Direito da criança e do adolescente:** novo curso - novos temas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11-39.

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À REDE DE ATENÇÃO À SAÚDE PELA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NA CIDADE DE SÃO PAULO

Maria Luiza Angelina de Souza

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestranda em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito. Advogada da área da saúde

Resumo:

O direito à saúde é um dos pilares dos direitos humanos, insculpido no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Constituição Federal brasileira afirma que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”, em seu artigo 196. Dois anos após a promulgação da Carta Cidadã, foi criada a lei complementar 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), que disciplina a matéria constitucional sobre a saúde, tornando o seu acesso universal, público, gratuito e integral. O objetivo do trabalho é demonstrar os principais dados característicos da população em situação de rua na cidade de São Paulo, e como se constrói o acesso à rede de atenção à saúde por essa população vulnerável, como torná-lo efetivo no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica, que deu organicidade às Equipes do “Consultório na Rua”. A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica e os dados estatístico disponibilizados por fontes oficiais da cidade de São Paulo. As equipes de Consultório na Rua ainda são insuficientes para a demanda que cresceu de modo substancial, especialmente no cenário da crise sanitária da COVID 19. Tal constatação interrompe a linha de cuidado da rede de atenção à saúde da população em situação de rua. Há constante violação aos direitos humanos em razão da desassistência da população vulnerável em situação de rua.

Palavras-chave: Direitos; Humanos; Saúde; População; Rua.

Direitos Humanos e saúde no Brasil

A relação entre Direitos Humanos e saúde soa bastante óbvia, a medida em que os cuidados com a saúde são essenciais para a vida das pessoas. Nesse contexto, o direito à saúde foi contemplado no artigo XXV da Declaração

Universal dos Direitos Humanos, o qual dispõe que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar.

A Declaração de 1948 é constituída por um conjunto de direitos e faculdades, sem as quais um ser humano não consegue desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Esse conjunto de direitos e faculdades tem alcance universal, sendo aplicável a todas as pessoas de todos os países, sem exceção (PIOVESAN, 2022, p. 240).

Diante do contexto histórico que se proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebe-se que aludido documento inovou ao conter uma linguagem que contemplou o discurso liberal da cidadania com o discurso social (PIOVESAN, 2022, p. 243). Desta forma, a Declaração passou a elencar tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais, esses últimos entre os artigos XXII e XXVIII, onde se encontra o direito à saúde.

Antes que se adentre na especificidade do tema da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, imperioso recordar que a Constituição Federal de 1988 fora elaborada pela assembleia nacional constituinte em momento histórico para o país. Ali se rompia o regime militar, instalado em 1964, e pela necessidade de se democratizar o país, o Texto Constitucional consagrou direitos de cidadania ao seu povo, fortalecendo direitos fundamentais e sociais.

A Carta Cidadão elenca o direito da saúde como um direito social em seu art. 6º, e em seu artigo 196, estabeleceu-se que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, de acesso universal, integral e igualitário.

Dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a lei complementar nº 8.080/1990, que dispõe acerca do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Referida lei trata da organização, direção e gestão dos serviços de saúde, assim como dispõe sobre a competência e atribuições dos entes federativos no que tange aos mecanismos de controle, avaliação e fiscalização dos serviços de saúde.

Os princípios basilares do SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade. A universalização é a amplitude do alcance da saúde como um direito social de todas as pessoas, de modo que o acesso aos serviços de saúde deve ser garantido pelo Estado a todas as pessoas.

A equidade no âmbito dos SUS é bastante significativa, pois não basta o acesso ser universal, o Estado precisa de mecanismos para fazer o serviço de saúde chegar a quem mais precisa, especialmente às populações mais vulneráveis.

Por fim, a integralidade do SUS se refere ao atendimento de todas as necessidades de quem está doente e precisando de assistência, o que requer uma política de integração de ações, que incluam a promoção da saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação, em todos os níveis de atenção à saúde, ou seja, serviços de baixa, média e alta complexidade.

A Política Nacional de Atenção Básica e o programa Consultório na Rua

Conforme definido na cartilha publicada pelo Ministério da Saúde, a Política Nacional de Atenção Básica é um documento elaborado a partir de experiências construídas em conjunto com movimentos sociais, usuários do SUS, trabalhadores e gestores governamentais. O desenvolvimento da Atenção Básica no Brasil é descentralizado e deve aplicado no local mais próximo de onde vivem as pessoas, sendo a principal porta de entrada e o centro da comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde (BRASIL, 2012).

Por meio da Portaria nº 2.436/2017, do Ministério da Saúde, foram alteradas as diretrizes da Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) instituídas no ano de 2011, que tem por objeto a regulamentação da implantação e operacionalização da Atenção Básica na Rede Atenção à Saúde (RAS), e é por meio desta Portaria que se dá organicidade ao plano nacional para a população em situação de rua.

Dentro do funcionamento da PNAB, insere-se a “Estratégia Saúde da Família”, a qual visa a organização da atenção básica no país, no âmbito dos preceitos do SUS, com objetivo de expandir, qualificar e consolidar a atenção básica. As equipes de saúde da família são multiprofissionais, que contam médicos generalistas ou com especialidade em saúde da família, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde, esses últimos devem ser pessoas que residem no território (comunidade) localizado a unidade de saúde, conforme estabelecido pelo art. 6º, I, da Lei Complementar nº 11.350/2006.

A exigência acima para a contratação de um agente comunitário de saúde, qual seja, morar no território de atuação, é justificada pela necessidade de inserção da comunidade nas discussões de políticas públicas de saúde local. Cabe aos agentes comunitários de saúde fazer a interlocução da unidade de saúde, por meio da Estratégia Saúde da Família, com a população em localidade em determinada região geográfica.

Isso porque são necessárias coleta de dados, utilização de instrumentos para diagnóstico demográfico e sociocultural, visitas domiciliares regulares e periódicas para acolhimento e acompanhamento das gestantes no pré-natal, no parto e no puerpério, da lactante nos meses seguintes ao parto, da criança - especialmente para verificação do estado vacinal, adolescentes, idosos, dependentes químicos e demais acompanhamentos inerentes à população local.

Dentro da Estratégia Saúde da Família, estão inseridas as Equipes de Consultório na Rua, que são equipes da atenção básica, compostas por profissionais de saúde com responsabilidade exclusiva de articular e prestar atenção integral à saúde das pessoas em situação de rua. As equipes realizam as atividades de forma itinerante, desenvolvendo ações na rua, em instalações específicas, na unidade móvel e também nas instalações das Unidades Básicas de Saúde do território onde está atuando, de modo articulado e integrado a

demais serviços de saúde, como os centros de atenção psicossocial e rede de urgência, por exemplo (BRASIL, 2012).

Pode-se dizer que as equipes de Consultório na Rua constituem o braço da Estratégia Saúde da Família na atenção à saúde da população específica em situação de rua. Dentro das normativas do SUS e da PNAB, os municípios têm articulado esse trabalho importantíssimo com a população em situação de rua, respeitadas as particularidades de cada cidade, os principais fatores sociais que permeiam a vida dessa população vulnerável, bem como observadas as particularidades regionais que se desenvolvem em cada canto desse país.

No caso da cidade de São Paulo, que é o objeto desse artigo, as equipes de Consultório na Rua exercem um trabalho que parece interminável, especialmente diante do vertiginoso crescimento dessa população, de modo específico no período pós pandemia. Sem prejuízo dos dados que serão demonstrados nos parágrafos vindouros, o assustador crescimento dessa população salta aos olhos, e tem se mostrado cada vez mais cruel - são centenas de milhares de barracas, tendas, abrigos improvisados espalhados pela cidade, muitos deles contendo famílias inteiras, entre idosos e crianças.

A população em situação de rua na cidade de São Paulo e o Consultório na Rua

A Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social da cidade de São Paulo (SMADS) realizou pesquisa censitária da população em situação de rua, cujo relatório aponta que, “as principais necessidades das pessoas em situação de rua orientadas para o processo de superação da situação de rua são: trabalho e moradia”, e essas necessidades se relacionam, apontando os resultados da pesquisa de que é necessária a satisfação das duas concomitantemente (SÃO PAULO, 2022).

O censo da população em situação de rua na cidade São Paulo revela que há 31.884 (trinta e um mil oitocentos e oitenta e quatro) pessoas vivendo em situação de rua, sendo 39,8% em acolhimento e 60,2% nas ruas¹.

O documento produzido pela SMADS, datado de 2022, foi produzido a partir da aplicação de questionário para uma amostra de indivíduos estratificada, balizado por alguns resultados censitários e de perfil. A população que serviu de referência para o cálculo da amostra foi o quantitativo de pessoas em situação de rua e recenseadas na cidade de São Paulo, a partir de pesquisas censitária realizada entre os dias 20 de outubro de 2021 e 10 de novembro de 2021.

A pesquisa realizada pela SMADS envolveu adultos acima de 18 anos de idade, que estavam em condições de responder à pesquisa, evitando-se pes-

1 São Paulo. Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. Censo da População em situação de Rua 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWE4MTE5MGItZjRmMi00ZTcyLTgxOTMmMjc3MDEwMDM0NGI5IiwidCI6ImE0ZTA2MDVjLWUzOTUtNDZIYS1iMmE4LThlbnJl1NGM5M-GUwNyJ9>. Acessado em 3 de novembro de 2022.

soas sob o abuso de álcool e outras drogas e com aparente transtorno mental grave.

As informações abordadas nesse tópico foram obtidas por meio do referido relatório, o qual demonstra a urgência de se instituir políticas públicas que possam transformar a realidade vivida por essa população vulnerável.

Nos termos do relatório realizado pela SMADS, na edição do censo de 2021, percebeu-se que há um fenômeno no crescimento da população em situação de rua, cujo aumento dessa população recenseada foi de 51,8%, em dois anos, enquanto, no mesmo período, o seguimento de acolhidos foi de apenas 8,4%. Ainda segundo o relatório (SÃO PAULO, 2022, p. 18/19):

“Os principais motivos apontados pelas pessoas em situação de rua para estarem em situação de rua foram os conflitos familiares 34,7%, a perda de trabalho/renda 28,4% e a dependência de drogas ilícitas 16,6%.

Os conflitos familiares eram causados pelo uso abusivo de álcool e outras drogas 28,6%, términos de relacionamentos 20,7% e questões envolvendo dinheiro 14,8%.

O tempo em que a pessoa está em situação de rua é um fator muito importante para o desenho da política de atendimento. Em relação ao tempo em que as pessoas em São Paulo vivem em situação de rua, 28,4% estavam em situação de rua há menos de 1 ano, 22,4% há mais de 10 anos, 14,9% entre 5 e 10 anos, 13,8% entre 1 e 2 anos, 10,9% entre 3 e 5 anos e 8,7% entre 2 e 3 anos. A soma dos que estavam em situação de rua há menos de dois anos totalizava 42,2% e a soma dos que viviam em situação de rua há mais de 5 anos foi de 37,3%.”

O fator do desemprego, em especial o de longa duração, é determinante para a situação posta. Segundo os dados da entrevista realizada com essa população específica, 31,9% das pessoas estavam há mais de dez anos sem trabalho formal. A soma dos que estão sem trabalho há mais de dois anos equivale a 72,3%. A situação de miserabilidade reflete nos semáforos, viadutos e também nos números coletados:

“Quanto a renda, auferiam um salário-mínimo ou mais 20,6% das pessoas em situação de rua, 21,8% tinham renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente a época das entrevistas que estava no valor R\$ 1.100,00. 17,9% ganhavam entre $\frac{1}{4}$ e $\frac{1}{2}$ salário-mínimo e 21,5% ganhavam entre $\frac{1}{2}$ e 1 salário-mínimo e 3,9% não conseguiam ter renda nenhuma. A soma dos entrevistados que recebiam até um salário-mínimo era de 61,2% das pessoas em situação de rua.”

As dificuldades apontadas no relatório originam uma reflexão que fica como um espiral na cabeça de quem as lê, é preciso ter emprego para se ter um lar, mas como ter um emprego se não se tem um lar? Onde se toma o banho e se perfuma para a entrevista de emprego, onde se pode dormir, e como se alimentar, para ter o mínimo de dignidade e buscar os objetivos, como o

trabalho? Também existe a exigência do tal comprovante de residência para ser colocado no currículo.

Os problemas desencadeadores e mantenedores da situação de rua se retroalimentam uns dos outros. A situação de miserabilidade provoca a má alimentação, a falta de condições de higienizar-se adequadamente, que abrem as portas para enfermidades crônicas ou agudas. E sem a devida atenção à saúde dessa população, a linha de cuidado nada mais é do que uma letra morta nos documentos do SUS e da PNAB, e, principalmente, do Texto Constitucional.

Esse tolhimento de direitos da população em situação de rua deixa de fora o exercício da cidadania desse seguimento que (sobre)vive em extrema vulnerabilidade, num isolamento político/coletivo, que os mantêm constantemente à margem de políticas públicas efetivas, invisíveis por quem vai e por quem vem, pois já se carrega a sensação de que aquelas barracas são parte daquele viaduto. Habitamo-nos.

As políticas públicas voltadas para a população em situação de rua necessitam de várias ações conjuntas, de modo a garantir a efetividade dos Direitos Humanos a essa população. Tais ações englobam, mas não somente, programa de emprego e renda, educação, moradia, respeito às diversidades, e, fundamentalmente, políticas de saúde pública que atendam essa população e garantam o livre acesso, de forma equitativa e integral em toda a linha de cuidado.

Na cidade de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, existem atualmente 468 Unidades Básicas de Saúde, que são a principal porta de entrada e centro de comunicação com a Rede de Atenção à Saúde (RAS). O ponto de partida da assistência à saúde destinada às pessoas em situação de rua avançou significativamente em 2004, com a implantação do projeto “A Gente na Rua”, instituição que já desenvolvia trabalhos voltados à população em situação de rua há quase 20 anos.

Atualmente, a Secretaria de Saúde de São Paulo possui 26 equipes de Consultório na Rua e mais 8 equipes de Redenção na Rua, esse último programa foi instituído por meio do Decreto Municipal nº 58.760/2019, no âmbito da Política Municipal sobre Álcool e outras Drogas, Lei Municipal nº 17.089/2019, e está sob a execução da Secretaria Municipal de Governo. O Redenção na Rua “é uma política pública que envolve ações integradas de atenção à saúde, reinserção social e capacitação profissional como estratégias para o tratamento de dependentes químicos que fazem o uso abusivo de álcool e outras drogas e que estão em situação de vulnerabilidade ou risco social” (SÃO PAULO, 2022).

Note-se, portanto, que o programa Consultório na Rua e o programa Redenção na Rua estão voltados para a mesma população, sendo o primeiro exclusivamente atuante na área da saúde, e o último sob a integração de atenção à saúde, reinserção social e capacitação profissional como estratégias para o tratamento de dependentes químicos que fazem o uso abusivo de álcool e

outras drogas e que estão em situação de vulnerabilidade social, boa parte das vezes, em situação de rua.

Nesse sentido, destaca-se:

“O conhecimento das vulnerabilidades, riscos e potencialidades do território é fundamental para o planejamento das ações individuais e coletivas. As equipes não devem se limitar apenas no conhecimento do território, mas na definição do espaço geográfico, que envolve a compreensão de cada local (onde dormem, onde se alimentam, seus hábitos de higiene, entre outros), das relações que podem favorecer ou barrar acessos da equipe, dos atores locais e seus papéis sociais nos grupos, dos equipamentos existentes e que devem ser articulados para ações da equipe.”²

De acordo com o Documento Norteador dos Consultórios na Rua, editado em dezembro de 2016 e o único disponível no sítio eletrônico da Secretaria de Saúde, os principais agravos da saúde dessa população são a saúde bucal, sequelas de acidentes, portadores de HIV e tuberculose. Ainda nos termos do referido documento produzido em 2016, as pessoas acolhidas em algum equipamento social usavam menos substâncias do que a população entrevistada nas ruas (54,3% e 83,8%), sendo o álcool a substância mais utilizada por todos (44,6% dos acolhidos e 70,1% da rua). As drogas ilícitas eram utilizadas por 28,7% dos acolhidos e por 52,5% das pessoas entrevistadas nas ruas³.

De acordo com os dados do censo da população em situação de rua de 2021:

“No geral **47,5% das pessoas em situação de rua tinham algum problema de saúde**. As principais diferenças entre os problemas de saúde da população entrevistada nas ruas e nos centros de acolhida eram que, entre os entrevistados nos centros de acolhida, 46,7% não tinham nenhuma doença, e entre as doenças com registro diferente estavam, hipertensão arterial, com 14,9%, dores crônicas, com 9,7%, outros transtornos com 9,7%, diabetes com 6% e depressão com 6,3%. Entre as pessoas entrevistadas nas ruas, destaca-se que 57,1% não tem nenhuma doença, 5,6 tem doença arterial, 5,5% têm dores crônicas, 2,8% têm transtornos mentais, 3% diabetes e 2,3% têm depressão. **Os números de doenças entre as pessoas acolhidas e nas ruas indicam que as pessoas acolhidas eram mais doentes ou mais diagnosticadas que as pessoas que ficam nas ruas**. Esses dados mostram a necessidade de atenção da política de saúde as

2 São Paulo. Secretaria Municipal de Saúde. Atenção Básica. Saúde da Pessoa em Situação de Rua na Atenção Básica. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/atencao_basica/index.php?p=307614. Acesso em 12 de novembro de 2022.

3 São Paulo. Secretaria Municipal de Saúde. Atenção Básica. Saúde a Pessoa em Situação de Rua na Atenção Básica. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/norteadorconsultoriona%20ruabaixa23122016.pdf>. Acessado em 10 de novembro de 2022.

condições das pessoas em situação de rua.” (destaques não originais)
(...)

“Serviços que deveriam estar muito presentes no cotidiano das pessoas em situação de rua, como o **Consultório na Rua** e o Serviço Especializado em Abordagem Social foram lembrados, respectivamente **por 21,7%** e 14,3% dos entrevistados.” (destaques não originais)

Em apertada síntese, nos termos dos dados fornecidos pelas secretarias Municipais de Saúde e de Desenvolvimento e Assistência Social de São Paulo, tem-se que cada equipe de Consultório na Rua possui uma demanda para a atendimento de, aproximadamente, 1.226 (mil duzentas e vinte e seis pessoas). E que apenas 21,7% da população entrevistada se recorda de ter sido atendida por alguma equipe de Consultório na Rua nos seis meses anteriores à pesquisa.

Imperioso fazer constar que existem vários fatores extrínsecos ao programa Consultório na Rua que podem dificultar o trabalho das equipes, a abordagem e, inclusive, a continuidade de tratamento para essa população, como o uso de drogas ilícitas e a falta de documentos. Recorde-se também que o Consultório na Rua se refere à assistência à saúde no âmbito da atenção básica, fator que implica necessariamente que o acesso à saúde pela população em situação de rua aos demais serviços, como consultas médicas especializadas, por exemplo, não são contempladas, em princípio.

Considerações finais

Os dados do último (2021) e penúltimo (2019) censo da população em situação de rua na Cidade de São Paulo mostram que houve um crescimento de 31% em dois anos. Esse crescimento foi 25,8 vezes superior a taxa de crescimento geral da população no município, registrada em 1,2% no mesmo período (SÃO PAULO, 2022).

O programa Consultório na Rua, apesar de bem avaliado pela população em situação de rua, nos termos do relatório final do censo de 2021, realizado pela SMADS, revela que o alcance das equipes ainda é pequeno diante da demanda instalada na cidade de São Paulo.

Ademais, registre-se que as equipes de Consultório na Rua também exercem a função de acompanhante da pessoa em situação de rua, como uma forma de que seja garantido o acesso à saúde. Isso porque equipes e usuários relatam que essa população vulnerável é maltratada nos serviços de saúde (COSTA e LUCENA, 2022).

Os dados do censo da população em situação de rua na cidade de São Paulo em 2021 refletem o que já se imaginava, que os problemas que permeiam essa população transcendem a questão da moradia, e que até mesmo a falta de documentos é uma realidade presente para 6,38% dos entrevistados. Não custa lembrar que a falta de documentos certamente reflete na assistên-

cia à saúde dessa população, seja no âmbito da identificação pessoal, seja no controle vacinal, no acompanhamento por meio do prontuário médico.

Também por essa razão se faz imprescindível que haja profissionais de saúde na busca ativa por essas pessoas vulneráveis, pois a necessidade de documentos para se fazer uma ficha de atendimento nas Unidades Básicas de Saúde podem ser uma barreira estrutural que inviabilize a assistência à saúde (FERNANDES e RIBEIRO, 2022).

Nesse diapasão, o programa Consultório na Rua certamente exerce uma função essencial para garantir o acesso à Rede de Atenção à Saúde pela população em situação de rua na cidade de São Paulo. Mas a timidez com que o programa foi lembrado pelas pessoas que responderam a pesquisa nos acende um alerta de que essas equipes precisam de um corpo maior, de modo que o programa seja uma efetiva referência para aqueles que ainda não conseguem autonomamente procurar os serviços de saúde, especialmente considerando a heterogeneidade dessa população.

Doutra banda, há uma latente necessidade de integração entre o Consultório na Rua e outras políticas públicas voltadas para essa população, inclusive no âmbito da saúde, haja vista o programa ser limitado à atenção básica de saúde. Também se faz imprescindível a articulação com áreas diversas de atuação, como por exemplo a assistência e desenvolvimento econômico e social, políticas de inserção no mercado de trabalho e identificação e civil.

Não se pode imaginar uma pessoa em situação de rua ouvindo na consulta médica que ela precisa comer mais frutas, verduras e legumes, quando se sabe que a insegurança alimentar dessa população é crônica, muitas vezes se alimenta do resto de sanduiche que alguém não conseguiu comer inteiro, ou, muitas vezes, revirando o lixo em busca de algo para matar a fome.

Infelizmente não basta que o Consultório na Rua funcione bem, é necessária uma rede de apoio para que os profissionais direcionem a quem de direito caberia resolver determinadas problemáticas. O efetivo acesso à saúde para a população em situação de rua envolve a passagem do transporte coletivo, a mínima condição de higiene (até mesmo para permitir uma avaliação médica adequada), ter e estar em posse de documentos de identificação, alimentação, água potável para beber, e local para higienizar as roupas, por exemplo.

É importante utilizar a porta que o programa Consultório na Rua abre para dialogar com a população em situação de rua, e a partir dela garantir não apenas o acesso à saúde, mas também garantir o exercício de cidadania e de acesso à justiça para buscarem inclusão em programas governamentais que sequer sabem como solicitar.

Garantir que a Carta Cidadã seja cumprida nesse país para a população em situação de rua, requererá um esforço inédito dos gestores públicos, e não obstante o trabalho das equipes lotadas nas ruas da cidade de São Paulo para assistir essa população, o alcance tem se mostrado curto demais para a demanda, além de que o cuidado com a saúde requer uma série de outros ele-

mentos, como segurança alimentar, saneamento básico e higiene pessoal.

São esses fatores que dão conta do tamanho da urgência em se pensar políticas públicas voltadas para essa população de modo organizado, sistemático, que obedeça a fluxos e periodicidade no atendimento das pessoas que necessitam. A partir disso é que se poderá a começar a pensar numa forma de efetivar uma assistência à saúde que seja pública, gratuita, equitativa e integral aos que mais necessitam.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990.

BRASIL. **Lei n. 11.350, de 05 de outubro de 2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de outubro de 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Atenção Básica**. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017**. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 de setembro de 2017.

COSTA, Maria Izabel Sanches; LUCENA, Fabiana Santos. **Cidadania e o direito à saúde da população em situação de rua: um olhar sobre a estratégia do Consultório na Rua**. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Bauru, v. 10, n. 1, p. 65/84, 2022.

FERNANDES, Márcia Astrês; RIBEIRO, Amanda Alves de Alencar. **População em situação de rua e o direito de acesso aos serviços de saúde**. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Bauru, v. 10, n. 1, p. 129/140, 2022.

SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Assistência Social - SMADS. **Pesquisa Censitária da População em Situação de Rua, Caracterização Socioeconômica da População em Situação de Rua e Relatório Temático de Identificação das Necessidades Desta População na Cidade de São Paulo**. São Paulo, 2022.

SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Saúde - SMS. **Documento Norteador dos Consultórios na Rua**. São Paulo, 2016.

SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Saúde - SMS. **Saúde da Pessoa em Situação de Rua na Atenção Básica**. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/atencao_basica/index.php?p=307614. Acessado em 12 de novembro de 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2022.

A PRÁTICA DA ESTERILIZAÇÃO FORÇADA E A POBREZA DE DIREITOS

Jaqueline Valeri Soares

Graduanda em Direito pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). É monitora acadêmica de Antropologia e Sociologia Jurídica. Participou do Núcleo de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Observatório de Violação de Direitos Humanos da USCS e desenvolveu uma Iniciação Científica com enfoque em Saúde Pública

Gabrielle Valeri Soares

Mestre em Filosofia de Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). É especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). É advogada titular do escritório Gabrielle Valeri Sociedade Unipessoal de Advocacia

Resumo:

O presente estudo tem como finalidade abordar como a prática da esterilização forçada foi iniciada com Robert McNamara, durante a sua gestão no Banco Mundial, e como ocorre a execução dessa política nos dias atuais. Demonstraremos que o termo “controle de natalidade” possui duas significações e que uma delas é ainda empregada de modo errôneo, algo que confunde o planejamento familiar com a realidade da esterilização forçada. Dessa maneira, introduziremos a obra de Stichweh para delinear a sua tese acerca do termo “pobreza” para indagarmos que a esterilização forçada ocorre, em sua maior parte, em mulheres de classe social baixa com a finalidade de reduzir o subdesenvolvimento dos países, cenário que abre espaço realçarmos a importância do Direito na asseguaração de direitos humanos e na proteção contra essa prática. Além disso, citaremos que o fato do Estado aceitar a implementação da ideia de McNamara não pode ser colocado por trás da concepção de “biopoder”, idealizado por Foucault.

Palavras-chave: Esterilização forçada; Controle de natalidade; Planejamento familiar; Biopoder; Biopolítica

Introdução

A presente pesquisa irá delinear como a implementação da política de

controle de natalidade, a qual foi impulsionada por Robert McNamara durante a sua gestão no Banco Mundial, afetou especificamente as populações de países subdesenvolvidos, justamente porque havia a concepção de que a esterilização de homens e mulheres, que possuíam uma baixa renda, acabaria com o subdesenvolvimento dos países. Desse modo, serão erigidas notícias e reportagens que atestaram como os governos e os funcionários agiam para, por exemplo, sedar os indivíduos a fim de realizar uma histerectomia ou, até mesmo, uma vasectomia. Assim, a concepção de “biopolítica” ou de “biopoder”, idealizada por Foucault, será trazida para o artigo com o intuito de elucidar como o “novo interesse” do Estado de controlar os corpos da população é uma forma de controle de natalidade forçado e de violação de direitos humanos no que tange a esterilização compulsória. Por outro lado, ressaltaremos que o Estado brasileiro adere uma forma de controle de natalidade: uma que ocorre sob a ótica do planejamento familiar.

Nesse passo, na segunda seção, abordaremos como Luigi Ferrajoli trata a democracia constitucional e as funções de garantia como mecanismos essenciais para a asseguuração de direitos e garantias fundamentais de grupos minoritários. Assim, na terceira seção trataremos da política da esterilização forçada sob a perspectiva do estudo de Júlio César França Lima, denominado: “O Banco Mundial, a Organização Mundial da Saúde e o ‘novo universalismo’ ou a ‘cobertura universal de saúde’”. Ademais, introduziremos uma crítica à concepção foucaultiana de “biopoder do Estado” com a obra “Feminismo e Empoderamento: Uma leitura crítica de Foucault”, desenvolvida por Monique Deveaux.

Para a quarta seção de nosso estudo, relacionaremos o conceito de “pobreza”, a qual seria a causa do subdesenvolvimento dos países, com a ideia de “pobreza” ou, até mesmo “ausência” de direitos no estudo “Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial”, de Rudolph Stichweh. Por fim, a metodologia utilizada constitui uma abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivo explicativo e procedimento bibliográfico e documental. Isso porque, tendo em vista a contextualização do objeto da pesquisa, existe a pretensão de tratar de aspectos da realidade que não podem ser quantificados, de sorte que a pesquisa desenvolvida se centra na compreensão e explicação de motivos, valores e atitudes.

A importância da democracia constitucional para os grupos minoritários

Luigi Ferrajoli, ao escrever o livro *Podere Selvagens: a crise da democracia italiana*, adere o conceito desenvolvido por Montesquieu sobre a Teoria da Tripartição dos Poderes, a qual tem como pedra de toque a ideia de que aquele que detém o poder tem a tendência de abusar do poder, de sorte que seria necessário criar mecanismos para que o poder pudesse controlar o próprio poder. Dessa maneira, Ferrajoli delinea os fatores que levaram à crise da de-

mocracia italiana por meio de uma análise da “crise do alto” e da “crise de baixo”. Assim, examinaremos como as funções de garantia (relativas à saúde e à educação) são fundamentais na estrutura da democracia constitucional e na temática do controle de natalidade compulsório.

Antes de ser delineada a importância das funções de garantia, Ferrajoli desenvolve o conceito de “democracia constitucional”, revelando que concepção mais difusa do termo “democracia” é relacionada ao poder do povo de participar das decisões públicas, apresentando um caráter “procedimental” porque basta que uma lei seja aprovada pelo Parlamento (eleito pela maioria) para ser válida, não tendo relevância o conteúdo que estas leis ou decisões apresentam.

Assim, Ferrajoli também tece a classificação “substancial” da democracia, demonstrando a sua função de limitar o poder da maioria, já que seria um processo que analisaria o conteúdo das decisões sob a ótica da Constituição, a qual, por sua vez, resguarda os direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis. Consequentemente, essa visão substancial da democracia impediria que a maioria extinguisse a própria democracia por intermédio da supressão de direitos fundamentais destes grupos, pois:

[...] na ausência de quaisquer das limitações substanciais relativas aos conteúdos das decisões legítimas, uma democracia *não pode* - ou, ao menos, *pode não* - sobreviver sendo sempre possível, em princípio, que com métodos democráticos se suprimam, por intermédio da maioria, os próprios métodos democráticos. (Ferrajoli, 2014).

Nesse passo, a democracia constitucional realiza a manutenção do sistema democrático, pois para que uma lei seja legítima, o seu conteúdo deve obedecer e estar em consonância com o conteúdo da Constituição. Ferrajoli se vale do exemplo das leis fascistas para solidificar a importância da democracia constitucional porque, após a Segunda Guerra, tanto na Itália quanto nos outros países europeus, ocorreu um processo de constitucionalização das leis e da democracia para impedir que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos fossem violados novamente.

Além disso, na Itália, durante o governo de Silvio Berlusconi, o autor identifica um outro processo de desconstitucionalização pelo qual o país passou que, conforme ele, realizou-se por meio das “violações da letra ou do espírito da Constituição”, além de ser marcada pela “rejeição da própria classe governante ao próprio constitucionalismo, ou seja, aos limites e vínculos constitucionais impostos às instituições representativas”. Assim, quando Ferrajoli cita o artigo 16 da Declaração de direitos francesa, de 1789, demonstra a importância do significado do termo “constituição”, a qual seria uma norma asseguradora da separação dos poderes, bem como dos direitos fundamentais de todos.

Sendo assim, Ferrajoli examina os fatores que levaram à crise mais re-

cente da democracia italiana, a qual foi causada pelo processo de desconstitucionalização, por meio do estudo dos fatores que levaram à “crise do alto” e à “crise de baixo” durante o governo de Berlusconi. Desse modo, teremos um maior enfoque na importância das funções de garantia como sendo asseguradoras dos direitos fundamentais, na esfera dos direitos reprodutivos, dos grupos minoritários (alvos do controle de natalidade forçado).

No presente estudo, ao nos referirmos a estes grupos, adotaremos a conotação qualitativa do termo “minorias” porque não adotaremos o valor quantitativo, mas o valor político e social no que tange a situação de não dominância destes grupos no cenário da esterilização forçada. Assim, adotamos o significado exposto por Raul Di Sergi Baylão:

O conceito de minorias que será desenvolvido aqui, como se infere nas seções anteriores, não é numérico, ou seja, não pretende revelar uma relação numérica entre os números de elementos de grupos de uma dada sociedade; pelo contrário, em muitos casos os grupos considerados minoritários poderão constituir-se em uma maioria numérica. A definição baseia-se, então, nas relações de violência econômica, simbólica e material que se estabelecem, historicamente, entre dois grupos, relações estas que caracterizarão a opressão de um grupo por outro. (Baylão, 2001).

A obra de Ferrajoli se encaixa neste conceito exposto por Baylão porque o autor analisa a posição de dominância e a opressão de um grupo sobre o outro como sendo um exemplo da falta de limites impostos ao poder da maioria, situação que contribuiu para o surgimento de “poderes desregulados e selvagens”. Podemos ter como exemplo o primeiro fator da “crise do alto”, é marcado pela personificação e encarnação da vontade popular na figura do Chefe de Estado ou de Governo. Conforme Ferrajoli, o sistema eleitoral presidencialista do tipo majoritário, ao qual alguns países aderem, tende a excluir a vontade e a representatividade dos grupos minoritários no paradigma da democracia constitucional pelo fato de atender os interesses da maioria. (Ferrajoli, 2014). Segundo o autor, esse cenário é caracterizado por uma:

Ideia da onipotência da maioria personalizada por um chefe, celebrado como encarnação da vontade do povo, o qual, por seu turno, vem imaginado como uma espécie de macrossujeito coletivo; a desqualificação das regras e, porquanto, dos limites legais e constitucionais ao poder de governo expresso pela maioria. (Ferrajoli, 2014).

Por conta disto, Ferrajoli, ao ditar soluções para a crise da democracia no âmbito da representatividade, propõe a aderência do método eleitoral proporcional para que haja a asseguaração do pluralismo político, ao invés de existir apenas a prevalência dos interesses da maioria. Os grupos minoritários, como as mulheres, encontram-se em um cenário de desigualdade no processo eleitoral que gera impasses na efetividade de seus direitos porque no Poder

Legislativo não há como a maioria aprovar ou elaborar uma lei sem que haja a perspectiva das minorias. Dessa maneira, veremos como a ideia do controle de natalidade foi impulsionada e como os governos, os quais representavam a maioria, implementaram essa política.

O início do controle de natalidade com Robert McNamara, as duas acepções do termo “controle de natalidade” e uma crítica ao biopoder estatal

Robert McNamara, durante a sua gestão no Banco Mundial, passou a implementar nos países subdesenvolvidos políticas que tinham como finalidade combater a pobreza e a desigualdade de renda entre as nações porque este cenário de pobreza era tido como um “câncer social” para os Estados Unidos da América”. Desse modo, McNamara começou a alterar a destinação dos empréstimos bancários para subsidiar os setores sociais (compostos pela saúde e pela educação) e a infraestrutura dos países. (Lima, 2015).

A política difundida por McNamara foi responsável por acentuar a atenção dos países subdesenvolvidos em relação ao controle demográfico e ao crescimento econômico, já que defendia o “controle de natalidade populacional, ou o controle de natalidade dos pobres”. (Lima, 2015). Quando examinamos artigos científicos que tratam da sua gestão no Banco Mundial, é evidenciada uma insistência no termo “planejamento familiar”: como citações que identificam que a gestão dele influenciou no “planejamento familiar e no controle populacional, a partir de um viés agudamente neomalthusiano que projetava o crescimento demográfico nos países do Terceiro Mundo como causa da perpetuação da miséria” (Pereira, 2011). Ou, percebemos a menção de que sua política prezava pelo “planejamento familiar [...] e à educação como forma de aumentar o bem-estar social e ajudar na distribuição de renda”. (Lima, 2015).

Porém, tanto o Banco Mundial quando os bancos multilaterais alavancavam fundos para os países de Terceiro Mundo realizarem um programa de “planejamento familiar”, mas que na verdade era um nome dado para camuflar o controle de natalidade forçado, o qual ocorria pela prática da esterilização forçada. No Peru, por exemplo, houve uma política estatal denominada “Programa Nacional de Saúde Reprodutiva e Planejamento Familiar” que teve como foco esterilizar cerca de trezentos mil indivíduos para que houvesse a diminuição da pobreza no país, sendo que a maioria das vítimas foram mulheres (trezentas mil mulheres), as quais foram submetidas ao procedimento de esterilização. Com base em uma notícia realizada a respeito do governo de Alberto Fujimori, presidente do Peru que propagou o programa de esterilização forçada:

O programa de esterilização visava mulheres em idade reprodutiva, a maioria de meios desfavorecidos e pobres. Muitas eram indígenas e deslocadas internas, algumas ainda sem filhos.

O caso de Mamérita Mestanza Chávez é exemplar: entre 1996 e 1998, a mulher de 33 anos foi coagida até aquiescer, sob pressão, a se submeter a uma operação. Sem receber assistência médica nem antes, nem depois, ela sofreu lesões graves e morreu das sequelas. (Papaleo, 2021).

Uma reportagem realizada pela revista *Le Monde Diplomatique* detalhou, por meio da história da indígena Hilaria, como eram as formas de coação que faziam as mulheres realizarem a esterilização no Peru, bem como o cenário que fazia elas serem anestesiadas para que o procedimento fosse realizado. Segundo a pesquisa:

Hilaria foi submetida a uma cirurgia na região abdominal da qual se recuperou com dificuldade: “Eles te insultam e dizem: Quer parir filhotes que nem os porcos? Teu marido vai ficar com raiva se você não fizer nada!? Depois, dizem que você logo ficará boa. Não é verdade. Externamente, a cicatriz sara rapidamente, mas internamente, não, porque nosso trabalho é muito duro.

Mulheres que iam ao ambulatório para controlar a saúde dos filhos eram trancadas, às vezes em número de dez ou vinte. Sob o pretexto de vaciná-las, eram conduzidas à sala de cirurgia, onde eram anestesiadas. Uma a uma, saíam do lugar ainda atordoadas. Mais tarde, compreenderiam - sob um choque terrível - que tinham sido esterilizadas, que jamais poderiam voltar a ter filhos. (Bartélemy, 2004).

O planejamento familiar, na verdade, equivale a um conjunto de ações que visam proporcionar o aumento ou a diminuição da população por meio de métodos educativos, de fundo preventivo, e pela asseguuração de um acesso igualitário às informações disponíveis para que possa haver a regulação da fecundidade. No ordenamento jurídico brasileiro, há a Lei do Planejamento Familiar, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, a qual está em conformidade com o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988. Ambos os dispositivos legais prezam pela liberdade de opção dos indivíduos, sendo vedada a prática da esterilização forçada (controle de natalidade forçado) e a imposição sobre o número de filhos que os indivíduos devam ter. A situação que ocorreu no Peru seria vedada no Brasil pelos seguintes artigos e parágrafos da Lei do Planejamento Familiar:

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de ex-

pressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. (Brasil, 1996).

Esta lei ainda impede que, para que as mulheres consigam trabalhar, seja exigido testes de gravidez ou atestados de esterilização, até mesmo veda a prática da esterilização coletiva, podendo esta ser enquadrada no crime de genocídio. A lei, citada anteriormente, vedaria essa prática no Brasil pelos seguintes artigos:

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. (Brasil, 1996).

O planejamento familiar que o Brasil realiza é uma forma de controle de natalidade, porém este não é coercitivo e preza pela liberdade de escolha dos indivíduos. O artigo 226 da Constituição Federal de 1998 enuncia que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (Brasil, 1998, grifo nosso).

Em 1990, o Brasil chegou a realizar procedimentos de laqueadura involuntária porque os métodos de contracepção eram escassos e pouco acessíveis pela população mais carente do país, cenário que propiciou um campo para que os procedimentos fossem realizados de maneira indiscriminada. Em 1996, no mesmo ano em que a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro começou a vigorar, a “Pesquisa Nacional de Demografia em Saúde, feita pelo Ministério da Saúde em 1996, mostrava que 45% das brasileiras em uniões estáveis estavam laqueadas e um quinto delas com menos de 25 anos”, além disso o programa da esterilização forçada era financiada com capital estrangeiro e seguiam as orientações do Relatório Kissinger, o qual foi adotado pelo presidente Gerald Ford tendo como base o discurso de que “o crescimento populacional dos países menos desenvolvidos era uma ameaça para a segurança nacional americana, pois geraria riscos de distúrbios civis e instabilidade política”. Perante o cenário que o Brasil passava, houve uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que promoveu a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

O controle que o Estado tem sobre os corpos da população pode ser justificado pela transição do modo de agir estatal, já que os interesses dos

antigos Estados soberanos foram substituídos por interesses de controle das taxas de natalidade, da longevidade da população, da saúde e da educação, ou seja, o Estado passou a ter um “biopoder” ou uma “biopolítica da população”. O que diferenciaria, nesse quesito, os Estados e suas políticas natalistas seria o modo como exercem o controle de natalidade (de modo forçado ou respeitando a liberdade de escolha dos indivíduos).

Ronald Dworkin, ao construir a ideia da comunidade de princípios, advoga pela negociação entre os grupos sociais para que a maioria não tenha o poder, por meio de uma legislação, de aplicar a sua vontade, ou seja, ele advoga pela necessidade de cada grupo ter voz para que haja uma decisão coletiva, algo que só é possível se houver um espaço público de diálogo. No que tange a esterilização forçada, o “poder” do Estado, tanto sob a ótica da obra de Dworkin quanto de Arendt, é considerado um ato violento e ilegítimo porque há a falta de um terreno que instaure um “meio-termo” perante a divergência de ideias dos grupos, cenário que favorece a aplicação da força da maioria, já que o poder verdadeiro, conforme Arendt, seria o ato de alcançar um acordo comum entre os entes da sociedade.

Monique Deveaux, ao examinar algumas críticas às obras de Foucault, demonstra dois eixos de poder do Estado que incidem sobre os corpos. O primeiro eixo teria como “foco principal [...] o corpo e suas forças, sua utilidade e docilidade, sua distribuição e submissão”.

O corpo torna-se um “campo político”, inscrito e constituído por relações de poder. (Deveaux, 1994, tradução nossa). O segundo eixo, nas palavras da autora:

[...] é o que Foucault chama de “biopolítica da população” ou simplesmente “biopoder”. O relato da ascensão do biopoder no Ocidente na modernidade período, sinalizando toda uma nova política de controle e gestão populacional, é usado por algumas feministas foucaultianas desta primeira onda para lançar luz sobre esses “discursos” - como leis de proteção fetal e novas reproduções tecnologias produtivas e genéticas (NRGTs) - que afetam diretamente o controle das mulheres sobre seus corpos e as opções reprodutivas.

Foucault usa o termo “biopoder” para denotar uma transformação na natureza do poder do soberano sobre seus súditos, em que o foco do Estado na proibição e na autoridade jurídica é substituído por novos interesses na taxa de natalidade, educação, disciplina, saúde e longevidade de sua população. (DEVEAUX, 1994, tradução nossa).

Podemos afirmar que as funções de garantia, no que tange a esterilização, foram instrumentos que violaram os direitos dos grupos minoritários e esse cenário apenas certifica que a saúde e a educação, categorizadas como garantias constitucionais positivas na obra de Ferrajoli, são essenciais para a estrutura de uma democracia constitucional porque resguardam e efetivam os direitos das minorias. Por isso, Ferrajoli sugere que haja a criação de um “quarto poder”, o qual seria constituído pelas funções de garantias após te-

rem sido separadas do Poder Executivo. Conforme Ferrajoli:

Se de fato a comum legitimação política e representativa justifica formas mais ou menos acentuadas, antes de codificação que de separação entre funções legislativas e funções executivas, ambas configuráveis como funções de governo, as funções de garantia, que devem ser separadas daquelas, foram atualmente estendidas além das clássicas funções jurisdicionais de garantia secundária, chegando-se a incluir todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social: a escola, as instituições de saúde, de previdência e similares. Todas estas funções administrativas de garantia primária, não consistindo certamente em funções legislativas ou judiciárias e não sendo igualmente enquadráveis na velha tripartição de Montesquieu, foram historicamente desenvolvidas nas dependências do Executivo sob o rótulo abrangente de “Administração Pública”. Mas é claro que estas, se pensamos na educação, e na saúde pública, não sendo legitimadas, como as funções de governo, pelo princípio da maioria, mas pela aplicação imparcial da lei e pelo seu papel de tutela, ainda que contra a maioria, dos direitos fundamentais de todos, são funções de garantia que deveriam ter assegurada a sua independência e ser separadas do Poder Executivo. (Ferrajoli, 2014).

Exclusão social e a pobreza de direitos

Rudolph Stichweh, ao analisar obras de René Linoir, evidencia que o conceito de “exclusão” desenvolvido por este se alastrou pela França em meados de 1974, instaurando uma reflexão sobre a política social de seu tempo, a qual “não parecia ser uma categoria política e teórica estabelecida” e que possibilitou a diferenciação da sociedade e a “síntese de categorias extremas de afetados por situações de exclusão”, isto é: “pessoas com distúrbios psicológicos, deficiências corporais, pobres, inválidos, suicidas, pessoas que praticam aborto, criminosos e pais solteiros”. A exclusão, ainda, causou na França uma ruptura da solidariedade social e nacional, renovando uma individualização dos problemas de exclusão. (Dutra e Bachur, 2013).

Stichweh destaca que o conceito de exclusão passou a consagrar duas posições teóricas: “1) assume o lugar de um aparato conceitual que descrevia a desigualdade social em termos estratificatórios e 2) suprime o conceito de pobreza”. A primeira posição se refere ao termo “subclasse”, o qual foi estabelecido nos Estados Unidos da América para introduzir uma categoria social que estivesse no nível mais baixo da hierarquia social, e que passou a ser alvo de críticas, como a formulada por Bill Clinton: “Não é mais uma subclasse. É uma outra classe”. A segunda posição identifica que ao invés de mencionarmos o termo “exclusão”, nos valemos da semântica francesa “que às vezes fala da grande pobreza” e relaciona a desigualdade e estratificação social a uma pobreza crescente, a qual é cunhada “por categorias econômicas e especialmente pela questão da renda disponível”. (Dutra e Bachur, 2013, tradução nossa).

No continente europeu, durante a Idade Média, o conceito de pobreza exprimia uma posição estrutural fraca, ao invés da indisponibilidade de recursos econômicos, e que era determinada por uma exclusão jurídica e:

[...] neste ponto, tratava-se de um fenômeno mais plausivelmente apreendido como indisponibilidade de poder do que como indisponibilidade econômica. O que é digno de nota é o seguinte: por causa dessa conexão com uma multiplicidade de aspectos jurídicos relevantes para a condução da vida, o conceito moderno de exclusão está muito mais próximo do conceito medieval de pobreza do que do conceito de pobreza da moderna pesquisa acadêmica. Isso explica também a afinidade de teorias da sociedade historicamente informadas (tais como Foucault ou Luhmann) com o conceito de exclusão e torna plausível a probabilidade de uma mudança de paradigma na pesquisa sobre pobreza. (Dutra e Bachur, 2013, tradução nossa).

Por conta disso, quando apontamos os grupos minoritários que são vítimas da prática da esterilização forçada, podemos afirmar que eles estão em uma situação de pobreza jurídica, ou seja, estão perante um cenário de pobreza de direitos porque não possuem o poder de consentir a prática da esterilização, já que esta é uma vontade que emana da maioria e do Estado. Assim, quando Ferrajoli sugere que haja a criação de um “quarto poder”, ele advoga pela asseguuração da saúde desses grupos por meio de sua desconexão do Poder Executivo, o qual encarna e personifica a vontade da maioria.

Considerações finais

A gestão de McNamara marcou a expansão e a difusão do controle de natalidade forçado e, portanto, da esterilização forçada em países subdesenvolvidos com a finalidade de diminuir a pobreza extrema que se alastrava cada vez mais pelo planeta. O modo como os países realizavam a esterilização de homens e, principalmente, de mulheres de baixa renda (incluindo as indígenas) demonstra uma violação de direitos humanos desse grupo minoritário, algo que gerou impactos físicos e psíquicos para os afetados.

A obra de Monique Deveaux, na qual a autora critica o conceito, idealizado por Foucault, de “biopoder” é de suma importância para refletirmos se o ato da esterilização forçada pode ser justificado como um mero interesse do Estado de controlar a natalidade e, portanto, os corpos da população. Ademais, um dos objetivos do presente estudo, foi elucidar que o termo “controle de natalidade” não pode ser igualado com o termo “planejamento familiar”, porque, como já explicado na terceira seção, há duas acepções do primeiro termo.

Por fim, a concepção da “pobreza de direitos”, no estudo de Rudolph Stichweh, apenas ilustra que os indivíduos, os quais passam pela experiência da esterilização forçada, se encontram em situação de pobreza extrema mas, também, em um cenário de pobreza de direitos, justamente por não terem

opção de consentirem e de decidirem de modo consciente perante o ato do controle de natalidade forçado.

Referências

- BARTHÉLEMY, F. 2004. “O crime da esterilização forçada”. *Le Monde Diplomatique*, jun. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/o-crime-da-esterilizacao-forcada/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- BAYLÃO, R. D. S. 2001. “Um conceito operacional de minorias”. *Revista Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. v. 9, n. 17, pp. 209-33.
- BBC. 2019. “‘Aldeias das mulheres sem ventre’: as milhares de indianas que removem o útero por causa de emprego”. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48887533>>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- BRASIL. 1988. Artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Trata do planejamento familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2021.
- BRASIL. 1996. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em: 24 set. 2021.
- DEVEAUX, M. 1994. “Feminism and empowerment: a critical reading of Foucault”. *Feminist Studies*, v. 20, n. 2, pp. 223-47.
- DUTRA, R.; BACHUR, J. P. (orgs.). 2013. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte (MG): UFMG.
- FERRAJOLI, L. 2014. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva.
- LIMA, J. C. F. 2015 “O Banco Mundial, a Organização Mundial da Saúde e o ‘novo universalismo’ ou a ‘cobertura universal de saúde’”. *EPSJV*, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/13400>>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- PAES, B. 2016. “Acesso à informação e direitos das mulheres”. Artigo 19. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/12/Acesso-%c3%a0-Informa%c3%a7%c3%a3o-e-Direitos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- PAPALEO, C. 2021. “Peru: esperança para vítimas de esterilização forçada”. *DW*, fev. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/peru-esperan%C3%A7a-para-v%C3%ADtimas-de-esteriliza%C3%A7%C3%A3o-for%C3%A7ada/a-56554778>>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. [s.d.]. Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/minorities.aspx>>. Acesso em: 1 set. 2021.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS FLORESTAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DO “ODS 15 - VIDA TERRESTRE” DA AGENDA 2030

Karla Karolina Harada Souza

Universidade de São Paulo. Pós-doutoranda pela Universidade de São Paulo. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OAB-SP. Pesquisadora visitante do “IUS GENTIUM CONIMBRIGAE” da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Andrés Felipe Thiago Selingardi Guardia

Universidade de São Paulo - Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”. Professor de Direito da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz e do Programa Interunidades de Pós-Graduação em Ecologia Aplicada. Coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão ESALQ Juris/USP

Resumo:

O presente trabalho busca contribuir para o desenvolvimento sistemático da compreensão e concepção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido como direito fundamental pela atual Constituição Federal Brasileira e como direito humano no plano internacional, em atendimento aos compromissos assumindo na Agenda 2030 e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, notadamente quanto à tutela dos ecossistemas terrestres, analisando o que o ordenamento jurídico prevê quanto à gestão de sustentável das florestas, combate à desertificação, cessação e reversão da degradação da terra e da perda de biodiversidade (ODS 15 - VIDA TERRESTRE). Para questionar a realidade em que se encontra a tutela e a defesa do meio ambiente, utilizar-se-á como método de abordagem para levantamento de dados o exploratório de base qualitativa, com análise bibliográfica e documental, constituída principalmente de artigos científicos, doutrina nacional e internacional, pesquisas e dados institucionais, legislação, normas esparsas e tratados internacionais. Destarte, o diálogo entre as fontes do Direito se mostra como técnica aplicada ao alcance da efetividade da tutela prevista pelo ordenamento jurídico. Diante de toda a teoria conceitual, da compreensão da evolução e estruturação do objeto, e da análise da estruturação e previsão normativa, buscar-se-á identificar o potencial e limitações da proteção ambiental no ordena-

mento jurídico brasileiro, com levantamento normativo, mudanças legislativas e instrumentos jurídicos disponíveis, em especial com relação à proteção de florestas, para compreender a qualidade da proteção e o suporte jurídico dado à efetivação dos objetivos do desenvolvimento sustentável e Agenda 2030, especialmente ao ODS 15 - VIDA TERRESTRE.

Palavras-chave: Fontes do direito e ordenamento jurídico; Inovação legislativa e Direito Ambiental Brasileiro; Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; Agenda 2030; Sustentabilidade.

Introdução

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (“Transformando Nosso Mundo”), realizada no âmbito das Nações Unidas, em setembro de 2015, trouxe os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs) globais. Com entrada em vigor em 1º de janeiro de 2016, esta nova agenda e ODSs propõem um plano de ação global, assumido por 193 países, dentre os quais o Brasil. Trata-se de um abrangente conjunto de objetivos de longo alcance, universais e transformadores, que devem ser trabalhados e implementados até o ano de 2030, juntamente com 169 metas integradas e indivisíveis.

Esta pesquisa tem por objetivo a compreensão sistemática do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecido como direito fundamental pela atual Constituição Federal Brasileira e como direito humano no plano internacional, notadamente quanto à tutela dos ecossistemas terrestres. Ao analisar o que o ordenamento jurídico prevê quanto à gestão sustentável das florestas, combate à desertificação, cessação e reversão da degradação da terra e da perda de biodiversidade, buscar-se-á compreender, por uma análise teórica, com pesquisa jurídico-doutrinária e documental, se as metas indicadas no “ODS 15 - Proteger a Vida na Terra” encontram amparo em direitos expressamente positivados e/ou reconhecidos.

O aprimoramento da tutela jurídica da proteção ambiental, notadamente quanto aos ecossistemas terrestres, gestão sustentável das florestas, combate à desertificação, cessação e reversão da degradação da terra e da perda de biodiversidade, constituiu um dos grandes desafios do Direito Brasileiro para a efetivação dos objetivos do desenvolvimento sustentável, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Agenda 2030. Confrontar esta problemática demanda complexa análise do arcabouço normativo e das mais recentes inovações legislativas e instrumentos jurídicos estabelecidos, para determinar se o nível de proteção atualmente estabelecido pelo ordenamento atende aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro nesta temática.

A presente pesquisa mostra-se relevante do ponto de vista jurídico porque busca uma reflexão sobre a concepção, estruturação e positivação do di-

reito, sua garantia no ordenamento de jurídico e a aplicação das normas de proteção ao meio ambiente, especificamente no âmbito do uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gestão de sustentável das florestas, combate à desertificação, cessação e reversão da degradação da terra e da perda de biodiversidade (ODS 15 - Proteger a Vida na Terra, Agenda 2030 da ONU). Tal reflexão também é importante para a sociedade, pois há o interesse urgente e emergente de que o objeto do presente trabalho seja protegido de modo satisfatório, o que reforça o dever de busca por uma concretização do direito, com o reconhecimento jurídico e garantia da proteção no direito nacional, em harmonização com as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, dando reforço à sua tutelabilidade e efetividade.

O tema é de suma importância na atual conjuntura, considerando que os vastos recursos naturais disponíveis estão se esvanecendo. Por todo o impacto das ações humanas o próprio ecossistema da Terra está em risco - por isso a consonância para a conscientização global no reconhecimento do direito e dever de proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, consolidando na ordem internacional o princípio do desenvolvimento sustentável (Declaração das Nações Unidas sobre o meio ambiente, Estocolmo-1972; Relatório de Brundtland - Nosso futuro comum, de 1987), o qual está igualmente presente na Agenda 2030 e nos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODSs).

Devemos, portanto, face a importância do tema em questão, realizar uma análise profunda e organizada do ordenamento jurídico brasileiro, na busca de compreender os direitos e obrigações consolidados na norma, bem como os instrumentos jurídicos à disposição para defender o objeto tema desta pesquisa¹.

Agenda 21

Diante do despertar e intensidade dos debates ambientais no mundo, a ONU realizou em Estocolmo, em 1972, a 1ª Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento que deu origem à *Declaração do Meio Ambiente*.² Passa-se a consolidar-se o **princípio do direito ao desenvolvimento sustentável**, sendo o desenvolvimento sustentável a expressão utilizada em 1987 no relatório denominado *Nosso futuro para todos*, “Relatório Brundtland”.

No mesmo espírito da Conferência de Estocolmo de 1972, foi realizada no Rio de Janeiro, em 1992, a “Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento”, que teve como produtos a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92 ou RIO-92)³, a Convenção-

1 A presente pesquisa faz parte do escopo de desenvolvimento do Projeto “Inovação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro”, com apoio e subsídios da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade de São Paulo - USP e Banco Santander

2 ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente**. Estocolmo, 1972.

3 Princípio 4 da ECO/92: “*A fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do ambiente*

Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998), a Convenção-Quadro sobre Diversidade Biológica (Decreto Legislativo nº 2, de 1994) e a Agenda 21, com seus respectivos objetivos do milênio (ODMs).

A Agenda 21 é um documento assinado em 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro, por 179 países, resultado da “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” - Rio 92, podendo ser definida como um instrumento de planejamento participativo visando o desenvolvimento sustentável.

A Agenda 21 representa o mais amplo projeto da comunidade internacional em busca do novo padrão de desenvolvimento - o desenvolvimento sustentável. Com o mote de “pensar globalmente e agir localmente”, a agenda sugere caminhos para se construir novos padrões, em prol de modelos de desenvolvimento que considerem e sejam conscientes das questões ambientais e sustentabilidade. A chave conceitual da agenda seria propor, não um programa pronto, mas de construção participativa, que juntamente com as instâncias governamentais, e levando em consideração as realidades locais, criara um plano de tarefas integradas à agenda global.

A Agenda 21 não deve ser considerada um documento normativo, pois não obriga as Nações signatárias, mas um documento ético que se reduz a um compromisso estabelecido entre as partes. Não se trata de um documento técnico, mas político. A ideia é que os países elaborassem planos estratégicos de implantação da Agenda 21. As Conferências Mundiais proporcionaram grande mobilização, com grande cobertura pela mídia e a participação ativa da sociedade civil, principalmente através das ONGs, o que contribuiu para pressionar as Nações Unidas e os Estados a assumirem as agendas da sociedade⁴.

Pode-se dizer que a Agenda nasce com claro propósito de afeiçoar a discussão do tema e do problema do desenvolvimento a uma ordenação do assunto que inverte a até então existente discussão. De fim último do desenvolvimento, a justiça social passa a se constituir no valor fundamental desse objetivo. De simples instrumento (ou até, em certa medida, objeto de exploração) o meio ambiente passa a configurar expressão maior da preocupação do homem para com o futuro. Por fim, de tópico principal de discussão, a economia passa a ocupar função meramente instrumental, ainda que amarrada a um todo coerente de sentido⁵.

Buscando integrar os compromissos assumidos pelos governos numa agenda mundial de desenvolvimento, definindo metas claras, prazos nos quais devem ser cumpridas, e indicadores do progresso alcançado por cada região,

deverá constituir-se como parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada”

4 GADOTTI, Moacir. **Agenda 21 e Carta da Terra**. Disponível em: <http://www.cartadaterra.com.br/pdf/Agenda21_CT2002.pdf>. Acesso 20 abril 2022.

5 BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015. Pg. 37.

país e comunidade, a Agenda 21 definiu como *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*:

1. Acabar com a fome e com a miséria;
2. Educação Básica de qualidade para todos;
3. Igualdade entre os sexos e valorização da mulher;
4. Reduzir a mortalidade infantil;
5. Melhorar a saúde das gestantes;
6. Combater a AIDS, a malária e outras doenças;
7. Qualidade de vida e respeito ao meio ambiente;
8. Todo mundo trabalhando para o desenvolvimento.

Quanto ao “ODM 7 - Garantir a Sustentabilidade Ambiental”⁶, pode-se citar como algumas das principais iniciativas do governo federal⁷:

- Quanto aos Recursos Ambientais: Programa de conservação e recuperação dos Biomas Brasileiros, Programa Nacional de Florestas - PNF (Decreto nº 3.420, de 20 de abril de 2000); Programa Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 - Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais); Programa Probacias Conservação de Bacias Hidrográficas (coordenado pelo Departamento de Recursos Hídricos e de Revitalização de Bacias Hidrográficas da Secretaria Nacional de Segurança Hídrica);
- Quanto à Água Potável e Esgotamento Sanitário: Programa Saneamento Para Todos (instituído pela Resolução 476, de 31 de maio de 2005); construção de cisternas; Programa Serviços Urbanos de Água e Esgoto;
- Quanto aos Assentamentos Precários: Programa de Arrendamento Residencial Programa (Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001), Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009); Programa Papel Passado (Programa 2054 - Planejamento urbano / Ação 8866 - Apoio à regularização fundiária em áreas urbanas (papel passado), do Ministério das Cidades⁸.

No Brasil, com a finalidade de propor estratégias de desenvolvimento sustentável e coordenar, elaborar e acompanhar a implementação daquela agenda, o Decreto Presidencial de 26 de fevereiro de 1997 criou, no âmbito da Câmara de Políticas dos Recursos Naturais, do Conselho de Governo, a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Bra-

6 BRASIL. **O Brasil e os ODM**. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/o-brasil-e-os-odm>>. Acesso 01 out. 2022.

7 BRRASIL. **As Políticas do Brasil para Atingir os ODM**. Secretaria-Geral da Presidência Da República. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/omsambiental/media/ODMBrasil.pdf>>. Acesso 01 out. 2022.

8 BRASIL. Ministério das Cidades. **Papel Passado - Manual da Ação Programática 8866**. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Sistematicas/2011/Manual_Papel_Passado_2013.pdf>. Acesso em 01 out. 2022.

sileira.

Sob o viés de uma democracia participativa e numa perspectiva do desenvolvimento e a sustentabilidade ampliada e progressiva, a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável produziu um relatório das “Ações prioritárias da Agenda 21”, trazendo o contexto internacional e o cenário do país à época, identificou e delimitou uma “Plataforma das 21 ações prioritárias”

A Agenda 21 Brasileira, dentro da temática “Recursos naturais estratégicos: água, biodiversidade e florestas”, inclui o “Objetivo 16 - Política florestal, controle do desmatamento e corredores de biodiversidade”, e prevê: controle do desmatamento (mais estímulo de subsídios e crédito), florestas plantadas (aumento da oferta de produtos florestais), proteção e uso da biodiversidade e ações exemplares nos biomas ameaçados.⁹

Agenda 2030

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (“Transformando Nosso Mundo”) e os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável globais nasce em 2015, em Nova Iorque, por ocasião da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Entretanto, as primeiras iniciativas para elaboração do texto ocorreram dois anos antes, quando foram renovadas as negociações no âmbito das Nações Unidas, onde os vários Estados se reúnem para rever os planos que haviam sido estabelecidos na Agenda 21 e atualizar os objetivos do milênio (ODMs).

A nova agenda, derivada de um processo inclusivo de negociações inter-governamentais, é compromisso assumido por líderes de 193 Países, inclusive o Brasil, e coordenado pelas Nações Unidas, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), nos termos da Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018, da Assembleia Geral da ONU. Trata-se de um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, com objetivos e metas universais e transformadoras, de caráter abrangente, de longo alcance e centrado nas pessoas. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com 169 metas associadas que são integradas e indivisíveis¹⁰.

Nunca antes os líderes mundiais comprometeram-se à ação comum e a um esforço via uma agenda política tão ampla e universal. Os novos objetivos e metas entraram em vigor em 1º de janeiro de 2016 e tem como propósito orientar as decisões dos Estados ao longo dos próximos quinze anos, no caminho para 2030.

Vê-se claramente, pela própria nomenclatura adotada, o reconheci-

9 BRASIL. **Agenda 21 Brasileira: Ações Prioritárias**. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. 25 de junho de 2002. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Agenda21/port/se/agen21/acoes.pdf>>. Acesso 01 out. 2022.

10 ONU. **Agenda 2030. Item 55**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acesso 10 nov. 2022.

to da transversalidade da sustentabilidade. Por toda evolução exposta e o esforço para o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito humano fundamental, de nada será válido se a efetivação da proteção jurídica ambiental não for posta em realidade; de nada vale um direito sem que este se concretize, por isto buscaremos nesta pesquisa compreender a instrumentalização jurídica para a efetivação do “ODS 15 - Proteger a Vida na Terra”, compreendendo-o no contexto da Agenda 2030.

A Organização das Nações Unidas assim define o “ODS 15 - Proteger a Vida na Terra” e suas metas correlatas¹¹:

ODS 15 - PROTEGER A VIDA NA TERRA

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade

15.1 Até 2020, assegurar a conservação, recuperação e uso sustentável de ecossistemas terrestres e de água doce interiores e seus serviços, em especial florestas, zonas úmidas, montanhas e terras áridas, em conformidade com as obrigações decorrentes dos acordos internacionais

15.2 Até 2020, promover a implementação da gestão sustentável de todos os tipos de florestas, deter o desmatamento, restaurar florestas degradadas e aumentar substancialmente o florestamento e o reflorestamento globalmente

15.3 Até 2030, combater a desertificação, restaurar a terra e o solo degradado, incluindo terrenos afetados pela desertificação, secas e inundações, e lutar para alcançar um mundo neutro em termos de degradação do solo

15.4 Até 2030, assegurar a conservação dos ecossistemas de montanha, incluindo a sua biodiversidade, para melhorar a sua capacidade de proporcionar benefícios que são essenciais para o desenvolvimento sustentável

15.5 Tomar medidas urgentes e significativas para reduzir a degradação de habitat naturais, deter a perda de biodiversidade e, até 2020, proteger e evitar a extinção de espécies ameaçadas

15.6 Garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e promover o acesso adequado aos recursos genéticos

15.7 Tomar medidas urgentes para acabar com a caça ilegal e o tráfico de espécies da flora e fauna protegidas e abordar tanto a demanda quanto a oferta de produtos ilegais da vida selvagem

15.8 Até 2020, implementar medidas para evitar a introdução e reduzir significativamente o impacto de espécies exóticas invasoras em ecossistemas terrestres e aquáticos, e controlar ou erradicar as espécies prioritárias

15.9 Até 2020, integrar os valores dos ecossistemas e da biodiversidade ao planejamento nacional e local, nos processos de desenvolvi-

¹¹ Ver as metas específicas e adaptadas ao Brasil em: IPEA. **ODS 15 - Vida Terrestre - Ipea - Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods15.html>>. Acesso em 10 nov. 2022.

mento, nas estratégias de redução da pobreza e nos sistemas de contas

15.a Mobilizar e aumentar significativamente, a partir de todas as fontes, os recursos financeiros para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade e dos ecossistemas

15.b Mobilizar recursos significativos de todas as fontes e em todos os níveis para financiar o manejo florestal sustentável e proporcionar incentivos adequados aos países em desenvolvimento para promover o manejo florestal sustentável, inclusive para a conservação e o reflorestamento

15.c Reforçar o apoio global para os esforços de combate à caça ilegal e ao tráfico de espécies protegidas, inclusive por meio do aumento da capacidade das comunidades locais para buscar oportunidades de subsistência sustentável.¹²

Evidencia-se como a consagração de um direito ao meio ambiente no âmbito internacional teve grande repercussão nos ordenamentos jurídicos internos dos países, como visto com o Brasil. De modo ainda mais enfático, há quem afirme que em razão da coexistência de instrumentos internacionais de proteção dotados de bases jurídicas distintas, todos os Estados (inclusive os que não ratificaram os tratados gerais de direitos humanos) encontram-se hoje sujeitos à supervisão internacional no tocante ao tratamento dispensado às pessoas sob sua jurisdição¹³.

A proteção dos ecossistemas terrestres e a tutela e proteção de florestas e espaços verdes no contexto do ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a proteção ambiental dos ecossistemas e preservação das áreas representativas (“recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora” - art. 3º, V, PNMA) ganham suporte com a promulgação da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trouxe uma visão bem cempreensiva do meio ambiente, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inciso I)¹⁴. Promulgada no mesmo ano, a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, trouxe a disposição para a criação de Estações Eco-

12 ONU. **As metas - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ODS**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/sobre-os-ods/copy_of_os-objetivos#:~:text=As%20metas%20dos%20Objetivos%20de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20-,vivendo%20com%20menos%20de%20US%24%201%2C25%20por%20dia>. Acesso em 10 nov. 2022.

13 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

14 BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso 20 abril 2022.

lógicas, Áreas de Proteção Ambiental, e foi regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990.

A Lei nº 6938, de 1981, Política Nacional do Meio Ambiente, foi considerada o grande marco para a tutela ambiental no Brasil, por trazer, pela primeira vez de forma assertiva, a responsabilidade ambiental e o dever de reparação da degradação e poluição ambiental. Com esta legislação tem-se a positividade da responsabilidade jurídica pelos danos causados pelo meio ambiente, impondo-se ao poluidor, quando não cumpridas as medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental, a obrigação, de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (art. 14, *caput* e §1º da Lei nº 6.938/1981).

Aderindo aos movimentos internacionais de constitucionalização e internalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a trazer a previsão expressa deste direito, no Título VIII, Capítulo VI - “do meio ambiente”, art. 225. Além dos dispositivos que dispõem sobre os deveres e competências do Poder Público de legislar e administrar/fiscalizar a proteção ambiental (art. 23, VI e VII; art. 24, VI e VIII), foi um grande avanço ter o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressado no art. 225, previsto como um dever do poder público e da coletividade, inclusive com o cuidado de destacar biomas especialmente protegidos, definindo como patrimônios nacionais a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (art. 225, § 4º, CF/88).

Levando em consideração a grande importância à proteção dos ecossistemas terrestres, foi a edição da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e regulamenta a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, como reservas legais, áreas de preservação permanente e unidades de conservação, para garantir a conservação da natureza e a preservação da diversidade biológica (art. 2, Lei nº 9.985/2000). Tal lei foi ainda regulamentada pelo Decreto nº 4.340 e pelo Decreto nº 4.519, de 2002, que dispõe sobre o serviço voluntário em unidades de conservação federais.

Sobre a temática em análise, cumpre destacar a importância dos espaços territoriais especialmente protegidos. Os espaços ambientais, em sentido amplo, são as porções do território estabelecidas com a finalidade de proteção e preservação, total ou parcial, do meio ambiente¹⁵, e podem ser efetivados por meio de zoneamento ambiental e espaços territoriais especialmente protegidos (art. 9º, VI, da Lei 6.938/1981; e art. 225, § 1º, III, CF/1988).

A área de preservação permanente (APP), que segundo o art. 3º, inciso II, do Código Florestal, de 2012), é compreendida como: “área protegida,

15 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7º Ed. São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 2009. Pg. 158.

coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

A reserva legal, seria considerada como “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa” (Art. 3º, III, do Código Florestal).

Por unidade de conservação da natureza, regulamentada pela Lei 9.985/2000 e Decreto 4.340/2002, seria o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (art. 2º, I, Lei 9.985/2000).

No âmbito da proteção de florestas, não podemos deixar de mencionar a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a vegetação nativa e veio a substituir o antigo Código Florestal (Leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965).

A reforma legislativa com a promulgação do “Novo” Código Florestal foi alvo de muitas críticas, sendo inclusive objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado da constitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, apresentando o fundamento constitucional e princípio da vedação ao retrocesso (ADIN 4901, ADIN 4902, ADIN 4903, ADIN 4937 e ADC 42).

Importante destacar também a Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável, institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB e cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF, e o seu decreto regulamentador - Decreto nº 6.063, de 20 de março de 2007. O Decreto nº 10.062, de 14 de outubro de 2019, instituiu o Conselho Consultivo do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal.

Após a constitucionalização do direito ao meio ambiente, vimos o despontar, em nosso ordenamento jurídico de normas protetivas das florestas e espaços verdes, e, além das já mencionadas, podemos ainda destacar:

- Lei nº 9.605/1998 - Lei de Crimes Ambientais (Crimes contra a flora) - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- Decreto nº 6.514/1998 - Infrações administrativas ambientais (Infrações administrativas contra a flora) - Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras

- providências.
- Decreto nº 5.975 de 30 de novembro de 2006 - dispõe sobre exploração de florestas.
 - Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 - Vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica - Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.
 - Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008. - Regulamenta dispositivos da Lei no 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.
 - Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015 - Dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Em 27 de outubro de 2016, através do Decreto nº 8.892, foi criada a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil. A comissão foi construída levando em consideração a participação de todos os entes da Federação Brasileira, bem como da sociedade civil (art. 3º, Decreto nº 8.892/2016)¹⁶.

Diante do exposto, observamos um longo caminho já percorrido, notadamente com relação à proteção de florestas, configurando um certo nível de harmonia e coadunação do Direito Brasileiro com os compromissos internacionais, especialmente os ODS (“ODS 15 - Proteger a Vida na Terra”) e a Agenda 2030. Porém, avanços não significam que estamos imunes ao retrocesso.

Projetos de Lei que impactam negativamente o Código Florestal Brasileiro

Observando as reformas e projetos de lei propostos no Brasil, podemos verificar uma tendência à redução, e não ao aumento, melhoramento e aperfeiçoamento da proteção ambiental. Neste sentido, em pesquisa realizada nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, podemos identificar algumas tentativas de reformas legislativas que poderiam ter um impacto negativo no Código Florestal, sobretudo se modificam as regras sobre: (i) Áreas de Preservação Permanente (APP); (ii) Reserva Legal; (iii) Cadastro Ambiental Rural (CAR); (iv) área rural consolidada em APP ou Reserva Legal; (v)

16 BRASIL. **Decreto nº 8.892**, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8892.htm>. acesso 01 out. 2022.

Programa de Regularização Ambiental (PRA); (vi) autorização para supressão de vegetação nativa e reposição florestal; e (vii) controle do desmatamento e incêndios florestais.

A título de exemplificação, podemos citar:

- 1) PL 6330, de 11 de setembro de 2013, acrescenta o inciso VI ao parágrafo 13 do art. 61-A da Lei 12.651/2012 que trata das modalidades de recomposição de áreas consolidadas em APP;
- 2) PL 4508, de 23 de fevereiro de 2016, acrescenta o art. 24-A à Lei 12.651/2012 para permitir o pastoreio em áreas de Reserva Legal;
- 3) PL 551, de 7 de fevereiro de 2019, altera o art. 12 da Lei 12.651/2012 que trata da possibilidade de redução do percentual de Reserva Legal nos estados da Amazônia Legal;
- 4) PL 3511, de 12 de junho de 2019, altera vários dispositivos da Lei 12.651/2012, com destaque para as alterações ao art. 59 que trata do PRA e ao art. 68 que trata da aplicação do percentual de Reserva Legal de acordo com a lei em vigor;
- 5) PL 1426, de 1 de abril de 2020, acrescenta o §5-A ao art. 12 da Lei 12.651/2012 para propor regras especiais de redução do percentual de Reserva Legal apenas para os estados de Roraima e Amapá.
- 6) PL 2374, de 4 de maio de 2020, acrescenta o art. 68-A à Lei 12.651/2012 para alterar o marco temporal de regularização ambiental de áreas consolidadas em Reserva Legal; que aumenta em 4 (quatro) anos - até 25 de maio de 2012 - a “anistia” dada pelo Código Florestal a quem desmatou Reserva Legal ilegalmente. Apesar da obrigatoriedade de reserva legal, que já vinha prevista desde o antigo Código Florestal de 1965, muitos proprietários rurais ignoraram a obrigação, desmataram e ocuparam a área. Haveria, portanto, o dever de restaurar a vegetação da Reserva Legal. Todavia com a reforma do “Novo Código Florestal”, trouxe-se a previsão de leniências às áreas desmatadas até 22 de julho de 2008, desde que aderissem ao programa de regularização ambiental (PRA).
- 7) PL 2429, de 6 de maio de 2020, altera os §§ 4º e 5º do art. 59 e altera o caput do art. 66, dispondo sobre a regularização de imóvel ou posse rural com áreas suprimidas irregularmente após 22 de julho de 2008.
- 8) PL 337/2022 que propõe a exclusão do Mato Grosso da Amazônia Legal, com a finalidade explícita de reduzir a Reserva Legal do estado para 20%. O Estado do Mato Grosso faz parte da Amazônia Legal, juntamente com os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá, Tocantins e Maranhão (art. 3, I, Lei 12.651/2012). Logo, as áreas de florestas neste Estado têm Reserva Legal de 80% e as de cerrado, 35%. Com o Projeto de Lei

337/2022, o PL busca excluir o Mato Grosso da Amazônia Legal, com a finalidade de reduzir a Reserva Legal do estado para 20%.¹⁷

18

Na contramão do que propõe a ciência¹⁹, que constata a indispensabilidade de reduzir o desmatamento de florestas tropicais, para preservar a biodiversidade e manter o equilíbrio ecológico, e a necessidade de fazer reflorestamento em larga escala para remover CO₂ da atmosfera, vemos projetos que propõe a redução das áreas verdes, e não a sua garantia, ampliação e proteção.

Ainda, verifica-se um descompasso também com os tratados e pactos internacionais mais recentes, sendo que o Brasil que assinou, em 2021, na Cúpula do Clima (COP 26), o Compromisso Global de Metano e a Declaração de Glasgow²⁰ sobre Florestas e Uso da Terra, que prevê uma ação contundente de controle de desmatamento, conservação florestal e de ecossistemas terrestres e políticas de fiscalização à supressão ilegal da vegetação nativa.

O Estado Brasileiro, do ponto de vista das alterações legislativas e reformas propostas, bem como da constatação fática²¹ do respeito às normas vigentes, ainda tem muito a reavaliar e cumprir.

Considerações finais

Por todo o exposto, podemos observar que o ordenamento jurídico brasileiro possui diversas disposições de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, trazendo inúmeras normas específicas a proteger, recupe-

17 Fundamento dado na exposição de motivos do PL 337/2022: “No Brasil como um todo, há pouco mais de 11 milhões de hectares de déficit de reserva legal, 21,7% em Mato Grosso. O custo econômico para recuperação das reservas legais, ou para compensação dessa imensa área seria muito grande, e injustificável para uma das regiões agrícolas mais importantes do país. Retirar o estado da Amazônia Legal reduziria essa exigência ao piso de 20%, poupando os produtores mato-grossenses das despesas necessárias à manutenção de até 80% de terras sem uso agropecuário”.

18 Segundo Nota Técnica do Observatório do Código Florestal, a aprovação do PL liberará pelo menos 10 milhões de hectares para o desmatamento e reduzirá em torno de 3,3 milhões de hectares a área sujeita a restauração em virtude de desmatamento ilegal (OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL. **Nota Técnica - PL337/22: Proposta de retirada do Mato Grosso da Amazônia Legal traz prejuízos ao Brasil em benefício de poucos**. Disponível em: <https://observatorioflorestal.org.br/nota-tecnica-pl337-22-proposta-de-retirada-do-mato-grosso-da-amazonia-legal-traz-prejuizos-ao-brasil-em-beneficio-de-poucos/>. Acesso 10 nov. 2022).

19 IPCC. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC). **Mudança Climática 2022: Impactos, Adaptação e Vulnerabilidade. Sixth Assessment Report**. Disponível em: <<https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorios/www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii>>. Acesso 10 nov. 2022.

20 ONU. Conferência do Clima., COP 26. **Pacto Global de Glasgow**, 2021. Disponível em: <<https://ukcop26.org/wp-content/uploads/2022/05/PORT-COP26-Presidency-Outcomes-The-Climata-Pact.pdf>>. Acesso em 10 nov. de 2022.

21 MAPBIOMAS. **RAD 2021 Relatório Anual do Desmatamento no Brasil**. São Paulo, Brasil MapBiomass, 2022. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/alerta.mapbiomas.org/rad2021/RAD2021_Completo_FINAL_Rev1.pdf>. Acesso 10 nov. 2022.

rar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, com legislações direcionadas à proteção das florestas e a biodiversidade, e a possibilidade de criação de espaços territoriais ambientalmente protegidos. Estar-se-iam, portanto, em consonância com o “ODS 15 - proteger a vida na terra”, da Agenda 2030 da ONU.

Todavia, por mais dos avanços já alcançados, percebemos movimentos de reformas normativas que violariam o princípio da proibição do retrocesso ambiental, trazendo redução nas formas e níveis de proteção e garantias já estabelecidas.

Destarte, se mostra imperioso o estudo do ordenamento jurídico brasileiro em sua evolução, com atenção às alterações legislativas e regulamentadoras, para verificar a coerência da proteção jurídica do meio ambiente no Brasil, em especial à tutela e proteção das florestas, verificando sua lógica e harmonia com a ciência, bem como com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro.

Referências

BALERA, Wagner. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada**. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. **“Novo” Código Florestal**. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Alterado pela Lei nº 12.727, de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>.

BRASIL. **Agenda 21 Brasileira: Ações Prioritárias**. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. 2002. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Agenda21/port/se/agen21/acoes.pdf>>.

BRASIL. **Agenda 21 brasileira: ações prioritárias**. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. 2. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.

BRASIL. **As Políticas do Brasil para Atingir os ODM**. Secretaria-Geral da Presidência Da República. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/omsambiental/media/ODMBrasil.pdf>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2**, de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>>.

BRASIL. **Decreto nº 2.652**, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 6.063, de 20 de março de 2007**. Disponível em: <<http://>>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6063.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 8.892**, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8892.htm>.

BRASIL. **Decreto Presidencial de 03 de fevereiro de 2004**. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Brasileira. Disponível em: <<https://antigo.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira/item/576.html>>.

BRASIL. **Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza**. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Acesso: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006**. Lei de Gestão Florestas Públicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm>.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Papel Passado - Manual da Ação Programática 8866**. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Sistematicas/2011/Manual_Papel_Passado_2013.pdf>.

BRASIL. **O Brasil e os ODM**. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/o-brasil-e-os-odm>>.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente**, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 8.892**, de 27 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8892.htm>.

BRASIL. **As Políticas do Brasil para Atingir os ODM**. Secretaria-Geral da Presidência Da República. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/omsambiental/media/ODMBrasil.pdf>>. Acesso 01 out. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

GADOTTI, Moacir. **Agenda 21 e Carta da Terra**. Disponível em: <http://www.cartadaterra.com.br/pdf/Agenda21_CT2002.pdf>.

IPCC. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC). **Mudança Climática 2022: Impactos, Adaptação e Vulnerabilidade. Sixth Assessment Report**. Disponível em: <<https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorios/www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii>>. Acesso 10 nov. 2022.

IPEA. **ODS 15 - Vida Terrestre - Ipea - Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods15.html>>.

MAPBIOMAS. **RAD 2021 Relatório Anual do Desmatamento no Brasil**. São Paulo, Brasil MapBiomas, 2022. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/alerta.mapbiomas.org/rad2021/RAD2021_Completo_FINAL_Rev1.pdf>.

OBSERVATÓRIO DO CÓDIGO FLORESTAL. **Nota Técnica - PL337/22: Proposta de retirada do Mato Grosso da Amazônia Legal traz prejuízos ao Brasil em benefício de poucos**. Disponível em: <<https://observatorioflorestal.org.br/nota-tecnica-pl337-22-proposta-de-retirada-do-mato-grosso-da-amazonia>>.

-legal-traz-prejuizos-ao-brasil-em-beneficio-de-poucos/>.

ONU. **Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>.

ONU. **Agenda 21**. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/Agenda 21 .pdf](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/Agenda%2021.pdf)>.

ONU. **As metas - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável ODS**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/ods/assuntos/sobre-os-ods/copy_of_os-objetivos#:~:text=As%20metas%20dos%20Objetivos%20de%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel%20-,vivendo%20com%20menos%20de%20US%24%201%2C25%20por%20dia>.

ONU. Conferência do Clima., COP 26. **Pacto Global de Glasgow**, 2021. Disponível em: <<https://ukcop26.org/wp-content/uploads/2022/05/PORT-COP26-Presidency-Outcomes-The-Climate-Pact.pdf>>.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente**. Estocolmo, 1972.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7º ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009.

DEEP FAKES E OS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO JUDICIAL: QUANDO A CERTEZA SOBRE UM FATO JURÍDICO PODE SER POSTA EM DÚVIDA

Nathaly Campitelli Roque

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Pós-doutorados nas Universidades de Lisboa e Coimbra. Professora do curso de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora do Município
de São Paulo

Resumo:

No presente artigo, será investigado o problema do tratamento processual dos meios de prova obtidas pelo uso de provas obtidas por *deep fakes*. Tal se justifica pois essa tecnologia, decorrente do uso de inteligências artificiais de categoria deep learning e de treinamento duplo adversarial é capaz de produzir vídeos, áudios e outros documentos com tamanha fidedignidade que qualquer pessoa (mesmo técnicos na área) são incapazes de identificar sua falsidade. E, mesmo que o uso inicial dessa tecnologia tenha sido voltada a entretenimento, atualmente se registra o seu mau uso, para disseminar todo tipo de informação falsa e, com seu barateamento, qualquer pessoa pode ter acesso a tal tecnologia. Assim, propõe-se a analisar o tema a partir dos conceitos de prova processual e *deep fake* para, ao fim, verificar qual é o tratamento que a *deep fake* usada como prova deve ter no sistema processual e encaminhar a melhor solução para reestabelecer o equilíbrio das partes e resguardar o devido processo legal.

Palavras-chave: Prova judicial; Devido processo legal; Tecnologia; *Deep fake*; Falsidade.

Introdução

Com a disciplina dos meios de prova no processo judicial, o objetivo abraçado pelos sistemas jurídicos é de controlar a fidedignidade das informações a respeito da ocorrência ou inoocorrência de fatos determinados concretamente. E, com a construção dos sistemas probatórios, busca-se a viabilizar os instrumentos corretos para que haja a certeza sobre a ocorrência dos fatos controvertidos. E, para tanto, o uso da tecnologia auxiliou em muito em que o

conhecimento dos fatos seja o mais objetivo possível.

Porém, o que pode acontecer se os meios de prova hoje tão respeitados deixassem de ser confiáveis? Caso a possibilidade de falsificação pudesse ser tamanha que não pudéssemos confiar no que assistimos, vemos ou ouvimos?

A verdade é que tal situação já existe e tem se tornado cada vez mais comuns. As *deep fakes* são resultado das grandes possibilidades oferecidas pela Inteligência Artificial. Esta tecnologia é capaz de criar imagens, rostos de pessoas e sons que não existem e de alterar vídeos, fotos e áudios com tal precisão que mesmo grandes especialistas em tecnologia da informação não são capazes de percebê-los. E isso sem qualquer atuação humana - a tecnologia é capaz a fazer tais composições, sem qualquer interferência humana.

E essa situação pode gerar problemas concretos na demonstração quanto a ocorrência ou não de fatos. Isso porque, como a aplicação do direito no processo judicial demanda a apuração da ocorrência ou inoocorrência de determinados fatos (e de quando, como e onde ocorreram e a quem se referem), se os meios de prova foram originários de tais falsidades, a atividade judicial esbarrará em enormes obstáculos.

Por isso, impõe-se analisar em como o sistema processual pode responder ao uso de um documento (filmagem, áudio, manuscrito ou fotografia) que seja produto de *deep fake* e que tenha por objetivo beneficiar indevidamente uma das partes no processo. E ainda, de reconhecer os instrumentos processuais aptos a prevenir ou reprimir danos para além do processo em que a prova em questão seja utilizada.

A função da prova judicial

Parece ser consenso entre os pesquisadores de Direito que o processo judicial baseado no devido processo legal é uma conquista civilizatória. É pelo processo judicial que a insurgência entre duas pessoas se coloca como problema a ser resolvido pela autoridade, que o fará pela aplicação da lei. E, para aplicar a lei, deverá o julgador se posicionar a respeito da ocorrência ou inoocorrência de um fato controvertido.

Por essa via, permite-se o debate dos envolvidos sobre os interesses juridicamente reconhecidos. Esse debate se desenvolve em atos sucessivos, que se desenrolam no tempo. Assim, o processo judicial viabiliza a substituição da ação impulsiva decorrente do calor dos acontecimentos, para a ação mais “fria”, produto da racionalização, reflexão e ponderação. E assim o faz pela intermediação de atores de confiança dos envolvidos, com a conduzida por um agente imparcial.

E é no processo judicial que a operatividade do direito se torna evidente: as ações de interpretar e aplicar normas jurídicas aos fatos serão o meio pelo qual a solução jurídica tratará a situação trazida a julgamento. Será sob o devido processo legal que a atuação do julgador, das partes, de seus representantes, agentes públicos e terceiros (interessados ou não) contribuirão para

construir uma norma concreta ou para garantir a aplicação desta norma concreta. O abstrato se torna concreto ao longo do processo judicial.

A aplicação do direito depende da interação entre a norma jurídica válida e o fato que ela objetiva disciplinar. A relação entre norma e fatos é recíproca implicação: será a norma que delimitará quais são os fatos passíveis de disciplina jurídica; e é a partir da verificação dos fatos que será possível eleger a norma aplicável, interpretá-la e dela extrair as consequências normativas.

Se delimitar os fatos é a condição para a norma jurídica ser aplicável, impõe-se a necessidade de haver formas jurídicas que possibilitem a verificação da ocorrência dos fatos, da forma, tempo e local destes, além dos desdobramentos decorrentes de sua verificação. Essa forma jurídica é a prova.

No processo judicial em especial, a prova resultará em um corte da realidade:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica ou científica, sobre a primeira limitação na necessidade de que o processo tenha um termo; transitada em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclui-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos apurados pelo juiz à realidade das coisas e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu (CHIOVENDA, 1965, p. 91)

A definição acima torna clara a natureza ficcional do Direito: a partir das convenções (sejam elas criadas pelos próprios interessados, sejam elas decorrentes do processo de elaboração das fontes normativas), cria-se um recorte da realidade a partir do qual o jurista desenvolverá seu trabalho. Esse é plano jurídico.

É justamente esta característica que dá ao Direito a possibilidade de seu manejo dogmático. Como tratado por Arthur Kaufmann, o jurista dogmático parte de pressupostos, não discutindo “o que é o Direito, nem sob que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico” (KAUFMANN, 2004, p. 18). Mas isso não quer dizer, segundo o autor, que não proceda o jurista a qualquer reflexão crítica: a dogmática sempre opera dentro do sistema, de forma a preservá-lo.

Por isso, não há nenhuma inconsistência para fins de operatividade do direito que a constatação dos fatos seja limitada pela norma jurídica. E que tal envolva tanto a seleção dos fatos quanto os critérios de sua verificação e avaliação. Assim, dentro do plano jurídico, a seleção, verificação e avaliação dos fatos para fins do processo judicial será orientado por um sistema de normas jurídicas, por meio dos critérios por elas fixados.

Para tais fins, as normas jurídicas têm adotado o critério “controvér-

sia sobre existência” para fins da prova judicial. Esse critério tem sido desenvolvido pela doutrina processual desde tempos muito antigos e foi objeto da atenção de Francesco Carnelutti, cujos resultados foram divulgados no tratado sobre a prova civil.

Relembrando os mencionados estudos, Carnelutti proporá que a prova judicial é menos um meio de verificação da verdade material e mais uma um *processo de fixação formal de fatos*. Trata-se não de limitar a verdade, pois “não se pode obter a verdade apenas em parte, ou se procura a toda até encontrá-la; ou aquilo que se procura não é a verdade” (Carnelutti, 2016, p. 58). O que se faz é limitar os fatos cuja verificação concreta se apurará.

Em outras palavras: para aplicação da norma jurídica a investigação será restrita a se os fatos aconteceram e como aconteceram. Isso porque será necessário que o pressuposto de fato da norma coincida com o pressuposto de fato da sentença a ser proferida: é nesta congruência entre fato abstratamente previsto e fato concretamente demonstrado que será possível concretizar o comando abstrato (Carnelutti, 2016, p. 60).

Por esse motivo, Carnelutti afirmou que “o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações; as afirmações não se conhecem, mas se controlam, os fatos não se controlam, mas se conhecem” (2016, p. 74). A provas, por conseguinte, são o meio pelo qual o juiz controla os fatos afirmados pelas partes, possibilitando a demonstração da verdade de um fato dada com os meios legais (2016, p. 78).

Sendo assim, no plano jurídico, o conhecimento dos fatos terá duplo limite: o primeiro, trazido pela norma jurídica, que elegerá o fato relevante para sua aplicação, e o segundo, decorrente da aplicação das normas referentes à forma jurídica “prova”. Será por ela se haverá a fixação da ocorrência ou ino-ocorrência de determinado fato e das circunstâncias desta ocorrência.

Sendo a *prova* forma de fixar formalmente a ocorrência ou ino-ocorrência dos fatos, importará haver critérios jurídicos para o acolhimento de determinados meio de prova e de proibição do uso de outros. Também importará o controle da confiabilidade dos meios de prova quanto ao conteúdo das informações nele contidas e na ausência de adulterações.

O meio de prova é a forma pela qual será admitida a demonstração da ocorrência e das circunstâncias de ocorrência de um fato controvertido no processo judicial ou em expediente equivalente. Como antes mencionado, o fato é limitado não só pela norma jurídica a ser aplicada; mas este também é limitado pela forma de apresentação dos fatos no processo judicial.

O sistema jurídico brasileiro, assim como outros sistemas ocidentais, adota a forma livre de provar, impondo formalidades para a apresentação desta prova em juízo. Exceção é feita aos chamados *atos solenes*, cuja forma do ato é essencial da sua validade (como é o caso dos contratos de compra e venda e do casamento) e os atos cuja prova seja estabelecida expressamente por norma jurídica (como é o caso de contratos acima de determinado valor).

Por esse motivo, a prova deve ser obtida por meios lícitos e ser veículo

de informação confiável. Quanto ao primeiro ponto, deverá a prova contemplar conteúdo verdadeiro e não poderá ser sido passível de nenhum tipo de adulteração. Caso a prova comporte informação falsa, o meio de prova será falso e não poderá ser considerado para fins de fixação formal da ocorrência ou inoocorrência de fatos. E se a prova verdadeira tiver sido de alguma forma adulterada (ideia mais compatível com as provas documentais), também não poderá ser ela considerada apta para os retromencionados fins.

Também a prova deverá ser lícita. A prova lícita é a garantia de se proteger os direitos fundamentais à vida, integridade física, privacidade, intimidade dentre outros, do litigante. Mas a prova deve sobretudo ser apta a gerar confiança ao julgador e a preservar a boa-fé que se espera dos litigantes em qualquer tipo de disputa.

E à medida em que a tecnologia é criada, os meios de prova são aperfeiçoados e adaptados para resguardar a função da prova, de fixação formal da ocorrência dos fatos controvertidos e para dar maior possibilidade de conhecimento e de verificação da ocorrência daqueles. E tudo isso de forma a atualizar constantemente o devido processo legal à sociedade em que ele ser aplicará.

Deep fakes: a verdade “criada” por inteligência artificial

De maneira bastante simplificada, *deep fake*¹ são resultado de programas de computador capazes de reconhecer vozes, sons, imagens e movimentos de qualquer ser vivo ou objeto. Esses programas, a partir desse reconhecimento, são capazes de coletar esses dados, aprender seus padrões e produzir vídeos ou fotos de situações que não aconteceram, mas que parecem reais até aos olhos mais atentos.

Os programas capazes de gerar *deep fakes* são as inteligências artificiais que são treinadas para ser programarem sem o apoio de qualquer ser humano; ou seja, o programa de computador precisa apenas de parâmetros iniciais dados por alguém (um ser humano ou outra máquina) e, a partir deles, cria os próprios parâmetros de cálculo e seleção de novas informações - os chamados algoritmos².

Tais programas podem, por exemplo, criar uma sequência inteira de um filme com a participação de um ator já falecido ou criar clipe de uma música que um cantor nunca compôs. Um dos meios comumente utilizados para tais criações é uma tecnologia de programação *deep learning* chamada *generative ad-*

1 Essa expressão apareceu pela primeira vez em 2 de novembro de 2017, em um fórum da plataforma Reddit. Trata-se da fusão de dois termos ingleses: *deep learnig* e *fake*. Em tradução livre, simulação ou falsificação decorrente de aprendizagem profunda. A respeito, ver <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/deepfake>, acesso em 21 de novembro de 2022.

2 Para maiores detalhes sobre o funcionamento da inteligência artificial, consultar LAVAGNOLI, Silvia. **Como surgiu a Inteligência Artificial?** Disponível em: <<https://www.opencadd.com.br/como-surgiu-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

versarial network (GAN) concebido por Ian Goodfellow, cientista pesquisador da Google Brain, em 2014.

Para melhor entendimento dos termos colocados, bastante técnicos, necessário se mostra fazer sua apresentação.

De forma simples, a inteligência artificial é um método que busca que um software seja capaz de aprender e tomar decisões por si mesmo e se aperfeiçoar nessas competências sem interferências externas. Em 1955, um projeto de “Pesquisa de Verão” desenvolvido sob a liderança do Professor John McCarthy na Universidade de Dartmouth (Hanover, EUA) lançou as bases de novas pesquisas para a automação cada vez maior dos computadores³.

Desde então, diversas universidades e empresas de tecnologia passaram a se ocupar de propostas semelhantes, nas quais se objetivava que o programa de computador pudesse aprender e se desenvolver sem nenhuma interferência de um programador humano. Seriam máquinas capazes de se auto programar, com base nas próprias tentativas e erros ao solucionar problemas.

São exemplos desses programas o chatbot Eliza, desenvolvido pela equipe de Joseph Weizenbaum no MIT em 1965, o Meta Dendral desenvolvido pela Universidade de Stanford em 1975, e os primeiros carros autônomos desenvolvidos pelo engenheiro Ernt Dickmanns em 1987. Porém, mais conhecido foi o software Deep Blue, desenvolvido pela IBM, que venceu o enxadrista Garry Kasparov em 1997 (LAVAGNOLI, 2019).

Os projetos de inteligência artificial são, em síntese, programas de computador capazes de desempenhar tarefas que tipicamente requerem a inteligência humana. Já as chamadas *machine learning* são categorias de inteligência artificial que utilizam dados pré-programados para fazer uma mesma tarefa com base em outros dados coletados pelo próprio programa (OPENCAAD, 2019)⁴.

3 Para esse projeto, foi elaborado um documento contendo suas premissas, que envolviam um profundo estudo dos processos de aprendizagem humanos e do uso de outras competências cognitivas. Do documento, realizado por John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, and Claude E. Shannon fixaram-se as seguintes premissas (1955):
a-) a criação de computadores automáticos, baseados na simulação das funções do cérebro humano;
b-) programar um computador para usar uma linguagem (na época, computadores eram como grandes calculadoras), de forma a possibilitar a formação de generalizações pela máquina;
c-) desenvolver redes de neurônios, de forma a possibilitar que uma máquina crie conceitos;
d-) uso da teoria do tamanho de um cálculo, para a qual seria necessário ser desenvolvida uma teoria da complexidade apropriada;
e-) auto-aperfeiçoamento da máquina, que poderá, a partir da tecnologia acima mencionada, ela mesma se corrigir;
f-) entendimento de abstrações pela máquina: a partir de dados sensoriais e outros dados, a máquina seria capaz de formar conceitos abstratos;
g-) uso de aleatoriedade e criatividade pela máquina, que seria capaz de lidar com dados incompletos e imprecisos.

4 Deep Blue é um tipo de *machine learning*, pois usa dados programados referentes a partidas de xadrez para criar outras jogadas e avaliar as jogadas que podem ser realizadas pelo adversário e pode, assim, antecipar-se ao jogador adversário.

Desde a criação das *machine learning*, diversos outros projetos têm sido desenvolvidos desde a primeira ideia, e abrangem diversos tipos de tecnologia de processamento de informação. Em 2012, o projeto *deep learning* assinala um novo marco no desenvolvimento da inteligência artificial.

Uma nova forma de organização dos sistemas operativos do programa possibilitava que o programa de computador pudesse trabalhar com um número cada vez maior de informações e com velocidade cada vez maior, de forma a aumentar a precisão do aprendizado da máquina e a diminuição sistemática de erros. Trata-se das redes neurais, que são inspirada no funcionamento anatômico dos neurônios humanos.

Ou seja, *deep learning* é (OPENCAAD, 2019):

“um tipo de *machine learning* no qual um modelo aprende a executar tarefas de classificação diretamente de imagens, texto ou sons. O *deep learning* é geralmente implementado usando uma arquitetura de rede neural. O termo “profundo” (deep) que se refere ao número de camadas na rede - quanto mais camadas, mais profunda a rede.”

Em softwares que possibilitam *deep learning*, a interferência humana na programação é muito pequena: basta que seja iniciada a programação, fixando-se os termos iniciais. São máquinas capazes de aprendizado não supervisionado, no qual a máquina deve ser capaz de identificar os padrões de ação e decisão.

E um ponto importante: um *learning machine* desenvolvida com *deep learning* poderá aprender a aprender com outra máquina e, assim, ambas se aperfeiçoam. Ou seja: a proposta lançada em 1956 está cada vez mais próxima de sua completa implementação.

No *aprendizado de máquina*, a ideia que se persegue é que o *aprendizado do programa seja cada vez mais autônomo*. E, por conta da velocidade do aprendizado, mais sofisticados tendem a ser os conteúdos produzidos pela máquina. É o que percebemos em nosso dia a dia, com as sugestões de busca em diversas plataformas, de publicidades cada vez mais direcionadas ao público-alvo, ou de carros autônomos capazes de evitar acidentes que decorrem da falta de atenção humana.

Porém, a máquina não é capaz ainda de aprender por si julgamentos complexos, como é o caso de ideias valorativas como “certo”, “errado”, “imoral”, “ilegal” ou “preconceituoso”. A máquina reproduzirá os critérios aprendidos e os aperfeiçoará sua eficiência a medida em que o usar e quanto maior for a base de dados a qual tiver acesso.

Porém, uma máquina não será capaz de paralisar seu processo de ação por constatar que algo é “moralmente errado para os seres humanos” - pelo menos, não ainda. Ela continuará a aperfeiçoar seu processo de produção a partir dos erros de programação que ela mesma constatar.

Um exemplo de emprego desta técnica pode ser visto no impressionan-

te projeto *This person does not exist*. Neste, são apresentados rostos de pessoas que não existem criada pela tecnologia GAN. Conforme informações do site do projeto, a máquina é capaz de coletar milhões rostos a partir das mais distintas bases de dados e fazer cruzamentos entre as imagens de forma a criar um rosto totalmente novo. Ou seja, o computador cria um rosto que não existe concretamente⁵.

Essa técnica causou furor nos meios de programação e rapidamente se difundiu, por força do barateamento dos programas para configuração de *deep learning* na modalidade GAN e do uso crescente de aplicativos de códigos abertos. E, como o próprio projeto adverte, o mau uso da tecnologia pode ser extremamente devastador, pois as simulações produzidas são de quase impossível verificação. São as antes mencionadas *deep fakes*.

Desde a primeira notícia a respeito de *deep fakes* em 2017 até o momento, as tecnologias de simulação de altíssima qualidade se difundiram pelo mundo. E rapidamente se popularizaram no mundo⁶. Tal se pode verificar de trabalhos artísticos e humorísticos, circulam pelas redes sociais diversas paródias de alto grau de realidade, além do uso no cinema e na televisão.

E, em que pese o uso recreativo da tecnologia ser lícito em todo o mundo, já há registro de tentativas de fraudes eleitorais com uso de *deep fake* (essas também registradas no Brasil) e de pornografia de vingança com montagens de *deep fake* (BBC, 14/01/2021).

Já há estudos sobre a necessidade de regulamentação do uso da tecnologia de simulação e da repressão a *deep fakes* e de outros maus usos da tecnologia. E, por esse motivo, deverá o estudioso do processo conceber ferramentas para que as partes e julgador possam, no âmbito do devido processo legal, a prova produto de *deep fake* possa ser afastada e o seu usuário, punido.

***Deep fake* e meios de prova: quando a realidade simulada é usada no processo para fins ilícitos**

Como a cada vez maior acessibilidade a diferentes tecnologias e o desenvolvimento de programas e aplicativos para tal situação e com a escalada das condutas de depreciação de imagens e reputações, é possível que tais práticas sejam cada vez mais comuns.

Tendo em vista que *deep fakes* criam realidades inexistentes, a pergunta que se põe é: caso se verifique a existência de prova resultante de *deep fake* no processo judicial, há ferramenta dogmático-legal para sua análise jurídica? E, caso positivo, qual procedimento deverá ser observado, a fim de conservar o devido processo legal e afastar a prova falsa?

5 Como se verifica das informações prestadas pelo site www.thispersondoesnotexist.com, o uso da GAN (assim como o de outras tecnologias de *deep learning*) é destinado a simular processos e assim beneficiar a indústria da moda, da arte, da arquitetura e da ciência.

6 Veja-se, por exemplo, as reportagens veiculadas no sítio <https://tecnoblog.net/sobre/deepfakes/> e <https://www.publico.pt/multimedia/interactivo/deepfake>, acesso em 21 de novembro de 2022.

Para respondermos a tal questão, impõe-se primeiramente unir os pontos acima mencionados e verificar a consequência jurídica do emprego da inteligência artificial para produzir simulações da realidade.

Como acima tratado, o direito se desenvolve a partir de suas ficções, criando o plano jurídico. No plano jurídico, as normas limitam a relevância dos fatos e impõem as formas de sua verificação. Também no plano jurídico são determinados os fatos que podem e que não podem ou não precisam ser considerados.

Sendo assim, no que toca à prova judicial, o juiz e as partes estão adstritos aos fatos controvertidos, na medida das narrativas postas na petição inicial e na defesa. E, como antes apresentado, os sistemas jurídicos costumam distinguir a prova ilícita da prova falsa. A primeira categoria se restringe aos meios ilegais ou imorais de sua obtenção. Já a segunda é aquela que traz em si informação falsa em sua origem ou na qual foi inserida informação falsa.

Pensemos em uma situação em que um homem pretende o divórcio de sua esposa e usa como prova um vídeo produzido por *deep fake* para fins de demonstrar uma traição em local público e assim, culpabilizar a mulher pelo fato. Ou forjar fotos de maus tratos aos filhos ou ainda, usar um áudio falso de uma suposta conversa com um terceiro, inexistente, sobre desvio dos bens do casal.

Sendo o vídeo, a foto e o áudio produto de *deep fake*, um juiz e mesmo o patrono do autor não conseguirão distinguir a realidade da simulação, diante do grande grau de similaridade do produto da inteligência artificial e de um produto real. Até mesmo técnicos em informática poderão se confundir.

Para a apuração da falsidade do documento produzido por *deep fake* todos os meios de prova deverão ser admitidos, além da perícia especializada. E caso o sistema jurídico permita, poderá até mesmo haver distinta distribuição do encargo probatório, a fim de que aquele que produziu a prova demonstre sua autenticidade.

Em nosso exemplo, imaginemos que a mulher consiga provar que naquela data apontada no vídeo estava no trabalho e que as fotos têm falhas e que ainda todos os bens estão preservados por outras fontes de prova. Ainda, será possível a perícia no próprio material e, se o caso, que se inverta a prova quanto a legitimidade do documento produzido.

Assim, é possível reestabelecer a paridade de armas das partes no processo e restaurar a confiabilidade nos fatos trazidos ao julgador. Preserva-se a função da prova judicial e garante-se a idoneidade do julgamento.

Além disso, haverá situações em que a avaliação da *deep fake* se confundirá com a prova do fato constitutivo do direito do Autor, como nas situações em que se busca a proteção a direito de personalidade (honra ou à imagem) decorrente do uso de *deep fake* para constranger ou prejudicar de alguma forma o autor da demanda. Seria o caso, por exemplo, de o ex-marido usar *deep fake* como pornografia de vingança contra a ex-mulher.

Nesta situação, a investigação sobre a própria natureza da investigação é

o objeto litigioso e, assim, a falsidade da mídia deverá ser objeto de instrução probatória. Porém, mesmo em vídeos, áudios ou fotografias adulteradas, a verificação do processo de *deep fake* não é facilmente detectável. Assim, apenas a perícia altamente especializada seria capaz de determinar a falsidade. E tal faz aconselhar o recurso a outros meios de prova que, em seu conjunto, possam evidenciar que documento é falso, porque totalmente forjado.

Também se pode imaginar o uso de *deep fake* para constranger ou direcionar testemunhos. Seria o caso de a testemunha receber um telefonema com áudio produzido por inteligência artificial com a voz de uma das partes ou de outra testemunha, trazendo alguma orientação.

Voltando ao nosso exemplo acima posto, imaginemos que o marido apresente o vídeo falso a algumas pessoas próximas e essas, confusas, construam narrativas igualmente falsas de que viram a mulher com outra pessoa ou que até conheçam o suposto amante que está no vídeo produzido por *deep fake*.

Porém, se a situação concreta envolver a adulteração de imagem ou vídeo obtido que estiver sob alguma forma de sigilo ou for obtido por alguma categoria de vazamento de dados, deverá ser punida a pessoa pela obtenção da informação de forma indevida. Entendemos que a adulteração para fins processuais não pode ser considerada passível de qualquer espécie de absorção, pois há dois bens jurídicos distintos atingidos e é a conduta extremamente reprovável.

Como *deep fake* produz um vídeo, uma fotografia, uma imagem ou um áudio, parece-nos claro que o tratamento processual deverá ser de documento, a teor das disposições processuais vigentes nos sistemas jurídicos. Ou seja, *deep fake* é um registro de um fato (mesmo que adulterado ou totalmente criado artificialmente). E, como *deep fake* parte de informações existentes para criar documentação não existente, serão falsos a filmagem, o áudio ou a fotografia apresentada.

Diante da sofisticação da tecnologia, entendemos que no caso de *deep fakes*, a distinção entre falso material e falso ideológico pode prejudicar a defesa da parte já posta em situação de desvantagem. Isso porque somente será possível verificar se o fato foi totalmente criado ou se houve adulteração de fato existente o depois da investigação a respeito do próprio documento apresentado.

Além disso, aquele que se utilizou do meio falso de prova deverá ser punido por litigância de má-fé, por abuso de direito de defesa, fraude processual ou outra categoria compatível prevista pelo sistema jurídico que reger a demanda. E, havendo outros prejuízos, em tese é possível a reparação civil e deve ser investigado eventual prática de crime.

Também é possível cogitar se a prova decorrente do emprego de *deep fake* poderia ser considerada ilícita, no sentido da ilicitude de sua obtenção. Tal debate merece atenta reflexão, vez que, em que pese ser a tecnologia em si lícita, o uso indevido da imagem pode ferir uma série de direitos da pessoa

prejudicada.

Em síntese, o uso de produto de *deep fake* no processo judicial como prova acarreta ao menos a falsidade da prova, não importando se a falsidade é material (adulteração) ou ideológica (conteúdo totalmente falso), devendo a parte que a utilizar ser responsabilizada pelos abusos de direito e pelos danos causados. O caráter de ilicitude do meio probatório demanda aprofundamento no estudo da questão e pode gerar outras expectativas de direito.

Considerações finais

Como até o momento abordado, a prova é meio formal de fixação dos fatos e também é meio consagrado pelo devido processo legal de participação das partes na formação da convicção do juiz. Sem a prova, a norma jurídica não encontra aplicação pela via processual.

Os meios de prova foram sendo aperfeiçoados com a constante evolução tecnológica que se assiste no correr dos séculos. Desde a implementação dos documentos escritos até a admissão de meios eletrônicos, o Direito procura responder à necessidade de confiabilidade das informações expressadas pelas provas.

E a tecnologia sempre avançará mais rápido que a solução jurídica, que depende da constatação de consequências concretas e da formação de diversas categorias de consenso. Por isso, atualizar instrumentos existentes é a mais importante tarefa que tem o estudioso do Direito.

Deep fakes demonstram que a tecnologia pode ser utilizada para prejudicar outras pessoas e/ou favorecer seu usuário. A tecnologia em si não deve ser rechaçada: deve ser compreendida, para que o limite entre regulação e avanço seja preservado.

E, verifica-se haver nos sistemas jurídicos instrumentos vigentes que podem enquadrar *deep fakes* usadas no processo judicial como prova falsa ou instrumento de fraude processual.

De qualquer forma, caso se verifique que o uso das ferramentas de simulação se torne muito popular, pode-se cogitar da previsão de meios repressivos mais drásticos. Porque, por força do princípio da legalidade, a punição depende de regra.

E, além disso, a própria instrução probatória pode ser tornar mais confiável se houver a possibilidade do uso de simulações realísticas e assim, dar melhores meios para que as partes, o julgador e eventuais terceiros possam juntos construir a trajetória factual.

Referências

CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil - Parte Geral. O conceito jurídico de prova.** Tradução e notas de Amilcare Carletti. 2ª. Edição. Revista e Ampliada. São Paulo: Pillares, 2016.

CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 1965.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 32ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefácio e Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LAVAGNOLI, Silvia. **Como surgiu a Inteligência Artificial?** Disponível em: <<https://www.opencadd.com.br/como-surgiu-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2021.

SITES - último acesso a todos em 21 de novembro de 2022.

<https://www.fenajufe.org.br/noticias/agencia-de-noticias/artigos/6624-o-potencial-destrutivo-das-fakenews-torna-se-agora-mais-devastador-com-o-deepfake>

<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/entenda-como-as-deepfakes-podem-mudar-todo-o-mundo-como-conhecemos-144169/>

<https://jc.ne10.uol.com.br/brasil/2020/10/11987064-deepfakes-ja-sao-produzidas-no-brasil--mas-sem-fins-politicos.html>

https://br.noticias.yahoo.com/porn%C3%B4-deepfake-imagens-falsas-com-122742531.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29v-Z2xllmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAE7ecw54tUWStzD2d8Yrs7CINpU-6kjKGAZ6MJym0rObl2qS1w7x_XEMNj_ln5WO86wCdnSnCJPtK0H2-a2-H-mOb8X1t1AQybSVuRCGm-Cp3SnQYYjtSc30bbITx8IzacaoYmJP7EHLdhEh-cLPtQm6jYMTjh7CY7euw2Ja9wF83UI

<https://jus.com.br/artigos/75510/o-deep-fake-e-a-legislacao-brasileira/2>

<https://jornal.usp.br/cultura/cada-vez-mais-sofisticados-deepfakes-vieram-para-ficar/>

<https://tecnoblog.net/sobre/deepfakes/>

<https://www.publico.pt/multimedia/interactivo/deepfake>

<https://ensina.rtp.pt/artigo/o-que-e-o-deepfake/>

A RECEPÇÃO DO TRATADO DE MARRAQUECHE PELO DIREITO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Luciano Lavor Tertó Junior

Advogado. Professor assistente de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito. Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo

Sheila Keiko Fukugauchi Miyazato

Advogada. Membro da equipe de Pós-Graduação de Família e Sucessões e Professora assistente de Direito Civil na graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

O Tratado de Marraqueche, firmado em 27/06/2013, em Marraqueche, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, foi introduzido no Brasil pelo Decreto n. 9.522, de 8/10/2018, “para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso”, adquirindo *status* constitucional, com base no § 3º do art. 5º da Carta Magna. Por conseguinte, o Brasil assumiu não só um compromisso internacional, como também constitucional e interno. O tratado constitui-se em forte aliado para efetivação do “direito à educação” para as pessoas com deficiência visual, direito este de mais alta fundamentalidade, constituindo-se primordialmente em direito do ser humano, fundamental-social na escala constitucional brasileira, direito da personalidade, ínsito à pessoa, primando pela dignidade humana da pessoa com deficiência visual na sociedade brasileira por meio de um dos grandes acessos ao desenvolvimento da inteligência do indivíduo. Segundo dados do censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, 3,5% da população total do país não consegue enxergar de modo algum ou apresenta grande dificuldade de leitura. A educação, direito de todos, previsto na Constituição Federal e na Declaração dos Direitos Humanos, é um ideal a se concretizar. Nesse sentido, o Tratado de Marraqueche tenta viabilizar o acesso ao conhecimento a porcentagem significativa da população brasileira. O tratado abre, ainda,

espaço para o aperfeiçoamento das técnicas para a leitura das pessoas com deficiência, pois o código Braille apresenta-se ainda rudimentar e insuficiente.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência visual; Tratado de Marraqueche; Direito à educação; Acesso à leitura.

Introdução

O Tratado foi firmado em 27/06/2013, em Marraqueche, no Marrocos, pelos Estados-membros da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O Tratado de Marraqueche facilita o acesso à leitura para pessoas desprovidas total ou parcialmente de visão ou com outras dificuldades para leitura sejam elas sensoriais, físicas ou motoras.

Sua importância encontra-se principalmente na **restrição dos direitos autorais** em obras científicas, artísticas e culturais, revistas e outros textos, porém **em formatos acessíveis**, que normalmente seriam oferecidas ao público leitor tão somente em formatos impressos.

No Brasil, o Decreto n. 9.522, de 8/10/2018, introduziu o Tratado no ordenamento interno; e o Decreto n. 10.882, de 3/12/2021, regulamentou-o. Observa *status* constitucional, por força do § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira.

O objetivo do tratado é eliminar ou ao menos reduzir em muito a “escassez de livros” para esse público vulnerável, praticamente extirpado da sociedade passível de educação formal e substancial em detrimento da carência de oferta de material disponibilizado em formato adequado, que atenda àqueles que não tenham visão ou apresentem dificuldades de leitura outras.

Os números demonstram o alijamento das pessoas deficientes visuais do universo de leitores:

- apenas 7% dos livros publicados são disponibilizados no mundo em formatos acessíveis, como Braille, áudio, impressão com letras maiores, formato *Digital Accessible Information System*.
- Em países em desenvolvimento o número é inferior a 1%, conforme dados da União Mundial de Cegos, 2013.
- No Brasil, segundo dados do censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 2010, 3,5% da população total do país não consegue enxergar de modo algum, ou têm grande dificuldade de visão.

A relevância do tratado da OMPI é indiscutível, considerando que sua adoção pode efetivamente mudar a vida das pessoas sem acesso à leitura, considerando que um dos grandes obstáculos para disponibilização dessas obras em formatos acessíveis é o direito autoral com a restrição desse direito, inclusive com a possibilidade de fluxo transfronteiriço dessas obras e incentivo

ao desenvolvimento de formatos acessíveis e adaptados às necessidades desse público.

Acredita-se na concretização do direito à educação para essas pessoas, direito vital e humano, que alça a pessoa à categoria humana, direito este que deve se estender às pessoas com deficiência visual ou com dificuldades para a leitura, inserindo-as no universo da comunicação, inteligência, cultura e artes a fim de propiciar o desenvolvimento de todas as suas habilidades, com atenção para as intelectuais.

Tratado de Marraqueche no direito brasileiro e sua proposta

O Tratado de Marraqueche tem por fim facilitar o acesso às obras publicadas por pessoas portadoras de deficiência visual ou com outras dificuldades físicas, motoras ou sensoriais de acesso ao texto em formato tradicional, estabelecendo limitações e exceções na legislação nacional, principalmente restringindo os direitos autorais, propugnando a implementação de formatos acessíveis e intercâmbio transfronteiriço dessas obras.

Direito autoral como barreira

A lei de direitos autorais representa uma barreira legal para a realização e distribuição de cópias de obras em formatos acessíveis para pessoas desprovidas de visão ou com dificuldades de leitura em graus maiores ou menores. Essa dificuldade pode decorrer não apenas da visão, mas também de alguma outra deficiência sensorial ou física da pessoa.

Os direitos autorais são grandes impeditivos para a reprodução e disponibilização dessas obras, que incluem não apenas livros, mas também periódicos, jornais, textos científicos, artísticos e culturais tradicionalmente impressos. O intercâmbio transfronteiriço de cópias também é óbice, esbarrando na responsabilidade por direitos autorais quando não autorizado.

Beneficiários

Os beneficiários são as pessoas as quais o Tratado pretende beneficiar com exceções e limitações dos direitos autorais. São três categorias diversas de pessoas com deficiência de leitura: *i*) pessoas totalmente desprovidas de visão; *ii*) pessoas cuja deficiência visual as impede de ler textos impressos e aquelas que possuem uma incapacidade perceptiva, como a dislexia, que dificulta a apreensão da leitura e escrita; *iii*) pessoas cuja deficiência física as impede de segurar ou virar páginas de um livro (conforme estabelece o art. 3º do Tratado).

A definição dos beneficiários tem base nas barreiras sociais e funcionais que impossibilitem o acesso ao formato tradicional de textos, que se apresentam no formato impresso

Embora o tratado seja dirigido a pessoas que apresentem dificuldades

no acesso ao texto impresso, também amplia a incidência normativa do pacto internacional para pessoas com outras deficiências, que não a visual. Referida extensão é bem-vinda, porquanto abrange maior número de pessoas beneficiadas pelas medidas para obter um caminho de acessar a leitura.

Formato acessível

O exemplar em formato acessível é aquele que proporciona o acesso à obra de forma prática e cômoda, como o acesso de uma pessoa sem deficiência visual ou sem outras dificuldades para acessar o texto impresso (art. 2º, “b” do Tratado).

Destaca-se dois pontos (ALVES, 2018, pág. 116):

Primeiro, com relação à **comodidade que pessoas com deficiência visual** terão na produção desses exemplares, que leva em conta o tipo de deficiência que experimente cada pessoa, suas condições físicas ou mentais, entre outras condições. Assim, o formato a ser produzido deverá se adequar às necessidades particulares das pessoas com deficiência, e não o contrário.

O segundo ponto se refere ao **formato flexível**, que assegura uma adequação às novas e futuras tecnologias que permitirão a acessibilidade de produção e compartilhamento de obras acessíveis a partir de novas descobertas. Os formatos acessíveis de hoje seriam: Braille, audiolivro e *Digital Accessible Information System* (Daisy, 2015), mas podem e devem se expandir e aperfeiçoar para trazer a pessoa com deficiência visual para o universo dos leitores da forma mais funcional possível. Essa é a ideia do Tratado, minimizar as barreiras para incluir a pessoa com deficiência visual no mundo da leitura, com possibilidade de efetivar o seu direito à educação e inseri-la de fato no mundo como cidadão.

Fluxo transfronteiriço

Além da propriedade intelectual, verifica-se um segundo obstáculo concernente ao trânsito de obras adaptadas às pessoas com deficiência visual. O direito autoral está atrelado à territorialidade, assim as limitações estão circunscritas ao território nacional, o que não autorizaria a exportação ou importação livre desse material, o que se agrava na situação dos países carentes de obras em formatos acessíveis, principalmente os pouco desenvolvidos.

O Tratado de Marraqueche busca suprimir duas barreiras de forma principal: *i*) barreiras domésticas; e *ii*) transfronteiriças entre países; ao permitir o trânsito de versões acessíveis de livros e outros trabalhos de um Estado-membro a outro, facilitando o compartilhamento por instituições com acervo maior para pessoas de incapacidade visual em países mais carentes, de forma a atender melhor essas pessoas em qualquer idioma.

Embora haja essa previsão, poucos países implementaram esse intercâmbio em suas legislações.

Entidades autorizadas

Pelo Tratado de Marraqueche, as organizações chamadas de “entidades autorizadas” e as bibliotecas podem enviar cópias em formatos acessíveis a outros países, consolidando o trânsito fronteiriço entre Estados-membros, o que simplifica o acesso, já que a obra para ser importada ou exportada passaria por várias adaptações e processos demorados. Dessa forma, uma entidade autorizada de um país membro disponibiliza à outra entidade autorizada de outro país a obra acessível, ou a uma pessoa com deficiência visual diretamente, sem que se constitua infração a direitos autorais.

As instituições públicas ou governamentais, organizações sem fins lucrativos ou grupos que executem serviços destinados às pessoas com deficiência de leitura podem constituir “entidades autorizadas” conforme o Tratado. Podemos indicar associações de pessoas com deficiência, escolas, organizações e instituições voltadas aos serviços de saúde, organizações não governamentais, entre outras, que prestarão serviços “sem fins lucrativos”. Importante salientar que, a não lucratividade não impede que a entidade cobre pelo custo de produção (ALVES, 2018, pág. 116).

A concretização da educação de pessoas com dificuldade de acesso à leitura

O Direito à Educação como atributo ínsito ao ser humano

O art. XXVI, da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, trata expressamente da educação como direito humano no plano do Direito Internacional. É um dos balizadores da dignidade da pessoa humana, no sentido de conferir condições para o indivíduo escolher seu destino e, também, da própria comunidade em que vive, possibilitando além do desenvolvimento intelectual, cultural e científico, também o acesso à informação, a formação como cidadão consciente de seus direitos e deveres no exercício da democracia e o exercício de vários outros direitos dela dependentes.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,¹²⁰ além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2016, pág. 60).

Os direitos sociais de cunho prestacional, consistente no direito a prestações fáticas e jurídicas, encontram-se na seara da igualdade e da liberdade e objetivam a proteção da pessoa com necessidades de caráter concreto e exis-

tência dotada de dignidade, no sentido da garantia de um mínimo existencial, pretendida num conjunto de prestações com o fito de assegurar a existência humana, e mais, uma vida com dignidade, ao considerar uma vida saudável, ou mesmo aquilo que é designado como uma vida boa (SARLET, 2016, págs. 92/93).

Em que pesem divergências quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, há um crescente consenso de que há plena justiciabilidade da defesa, dimensão negativa dos direitos sociais, e da possibilidade de se exigir perante o Estado-juiz a satisfação de pelo menos daquilo que se considera o mínimo existencial (SARLET, 2016, pág. 94).

A educação é direito de todos e dever do Estado, assim estabelece a Constituição Federal brasileira, que inclui a educação como direito social no art. 6º e, de forma mais específica, nos arts. 205 a 214, ao tratar da ordem social, no cap. III, seção I, detalha princípios norteadores do Estado para efetivar esse direito, como igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, art. 208, III.

A educação é um direito de todos, individual ou difuso, e compete ao Estado e à família oferecê-la, com a colaboração da sociedade, cujos objetivos devem visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/15, inserido por força da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência no sistema constitucional brasileiro, conforme art. 5º, § 3º, do texto constitucional, tem força de emenda constitucional, determina que as escolas recebam crianças com deficiência sem recusa à matrícula e sem cobrança de valores extraordinários em razão da deficiência (ARAUJO, 2017, pág. 643).

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, contra os dispositivos que obrigavam os estabelecimentos a admitir crianças com deficiência e não cobrar valores extraordinários para tanto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357, relatoria do Ministro Fachin, que aplicando a Convenção da Organização das Nações Unidas, rejeitou o pedido. A Convenção reforçou o caráter inclusivo da educação pelos Estados-parte.

Ao tratar dos direitos da personalidade, o Código Civil brasileiro em seus arts. 11 a 21 não menciona a educação expressamente, embora seja um direito da personalidade inegavelmente caracterizador do estado de ser humano. Exemplifica alguns direitos, como direito ao corpo, imagem, honra, privacidade, nome. A educação é um direito ínsito ao indivíduo, advindo da sua própria personalidade, ao lado de outros inúmeros direitos como direito à vida, saúde, nome, identidade, liberdade, corpo vivo e morto, intimidade, privacidade, honra, trabalho, moradia, lazer, alimentos, infância e juventude.

Goffredo Telles Jr. salienta:

a personalidade consiste num conjunto de caracteres próprios da pessoa” (TELLES JR, 1977, pág. 315). “A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam” (Ruggiero e Maroi, 1955), “é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (TELLES JR, 1977, págs. 315/316).

Limongi de França apresenta a classificação dos direitos da personalidade quanto ao critério dos aspectos fundamentais da personalidade, em direito à integridade física, intelectual e moral (DINIZ, 2018, pág. 137). O direito à integridade física envolve o direito à vida e prevê a educação nesse aspecto.

O Supremo Tribunal Federal tem se deparado com a presença do judiciário na definição de políticas públicas e com a necessidade de garantir os direitos sociais fundamentais na educação. O Ministério Público também tem papel importante ao ser legitimado para propor ação civil pública para garantir o direito à educação (MENDES, 2017, pág. 687).

É inegável a fundamentalidade do direito à educação como condição mínima para o ser humano existir como pessoa, já que sem este direito a vida torna-se inacessível por si só, privando a pessoa da necessária autonomia para prover suas necessidades básicas e, ainda, ao considerarmos a dignidade da pessoa humana, o direito é tão substancial que subtrai essa dignidade ao desstituir o ser humano da possibilidade de se tornar quem ele é em sua plenitude.

Educação inclusiva: Lei Brasileira de Inclusão, Lei n. 13.146/2015

No curso da humanidade, pessoas com deficiência física, mental ou sensorial, eram tidas como aleijadas, inúteis, imprestáveis, ou seja, descartáveis, indesejadas e excluídas pela sociedade. Nada obstante, apareciam nas narrativas épicas e mitológicas como seres amaldiçoados, ou “castigados” pelos deuses.

Édipo, rei e protagonista de uma das principais histórias de Sófocles, dramaturgo da Grécia Antiga, fora amaldiçoado, perfurou os dois olhos após casar-se com sua mãe, com quem teve dois filhos e duas filhas (SÓFOCLES, 2018). Hefesto, filho do pai de todos os deuses, Zeus, e Hera, rainha do Olimpo, nascera “coxo”, o que aborreceu tanto a sua mãe, que esta lhe atirou do alto Olimpo, sendo condenado a viver fora do reino dos deuses (BULFINCH, 2018).

Estas histórias, apesar de fantasiosas, expressam a visão discriminatória que recaiu às pessoas com deficiência por séculos, colocando-as à margem da sociedade, e exigindo-se que estas passassem a lutar por um espaço dentro da sociedade.

Poetas, pintores, estadistas, escritores, músicos, demonstraram que sua genialidade não se atrelava à necessidade que lhes era atinente, citamos como ex. Aleijadinho (Antonio Francisco da Costa Lisboa), eminente nome do barroco brasileiro, não tinha todos os dedos e suas mãos estavam atrofiadas; Toulouse-Lautrec, pintor francês, era anão e possuía sequelas terríveis nas pernas em razão de quedas de cavalo; Luiz de Camões, grande poeta lírico, não tinha a visão de um olho; Ludwig Van Beethoven, um dos maiores compositores da história da música era surdo; Miguel de Cervantes, um dos maiores escritores da Espanha, autor da obra Dom Quixote, não tinha a mão direita; Matilde Frida Kahlo, renomada pintora mexicana, tinha sequelas na coluna por causa de um acidente, agravadas pela poliomielite; Franklin Delano Roosevelt, estadista Norte Americano, era portador de poliomielite; John Hopkins, físico inglês, portava distrofia muscular e sua teoria desafia a teoria da relatividade de Albert Einstein (QUARESMA, 2010, pág. 925).

Toda esta vulnerabilização social fez com que a deficiência fosse desassociada do corpo das pessoas, tornando-se um fenômeno eminentemente social, que decorre das relações interpessoais (FRANÇA, 2014, p. 12). Consequentemente, esta deixa de ser entendida como um problema individual, passando-se a ser tratada pelas ciências não mais como um conceito médico, mas sim jurídico e social, que envolve a da vida em sociedade (ALVES, 2010, p. 3). Assim, está diretamente relacionada com o direito à isonomia e o princípio da igualdade, conferido a todos de forma igual e subjetiva.

As condições de igualdade muitas vezes só se estabelecem por medidas de equiparação de oportunidades, em sua falta, as pessoas com deficiência são atingidas por situações que os desfavorecem perante os outros cidadãos, em decorrência de não poderem concorrer com os outros em igualdade de condições, dessa forma, precisam de condições especiais (CURIONI, 2003, pág. 416).

Exige-se, portanto, a inclusão social destas pessoas, que “se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.” (CURIONI, 2003, pág. 416).

Nesse sentido, Regina Quaresma observa com pertinaz coerência que toda pessoa é capaz de mudar o mundo, desde que estimulada, conscientizada e respeitada. Pondera ainda que inúmeras pessoas com deficiência vivem uma existência plena e normal, apesar do desrespeito da sociedade e do Poder Público (QUARESMA, 2010, pág. 926).

Acontece que o pressuposto básico de qualquer mudança é a educação. A cidadania só se exerce com esclarecimento da vida e dos direitos e deveres do indivíduo. O inciso III do art. 208 da Constituição Federal garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

O art. 227, do texto constitucional brasileiro, no seu § 1º, considerando

especificamente a criança e o adolescente com deficiência, estatui como dever do Estado a criação de programas para atendimento especializado, com a integração social mediante treinamento para o trabalho e o acesso aos bens e serviços coletivos.

A Lei Brasileira de Inclusão, Lei n. 13.146/2015, em seu art. 42, instituiu a igualdade de oportunidades no mercado editorial para pessoas com deficiência visual, estabelecendo o direito de encontrar obras disponibilizadas em formato que atendam a sua dificuldade de leitura para venda. Já o art. 68 da Lei Brasileira de Inclusão privilegia as pessoas que não possuem recursos para compra de livros nesses formatos, estatuinto que os governos devem privilegiar editoras que trabalhem com formato acessível de livros para editais de compras de acervos de escolas e bibliotecas públicas, de forma a incentivar essa forma de produção.

O § 2º do art. 68 da Lei Brasileira de Inclusão traz os requisitos par acessibilidade obrigatória para todo livro e tomando isso por base o mercado editorial e o governo devem se organizar e obter 100% de livros publicados em formato acessível no Brasil, respeitando os princípios de acessibilidade e desenho universal.

Muitas pessoas consideram que os livros eletrônicos atuais (*e-books*) já atendem as necessidades especiais das pessoas com deficiência visual. No Brasil, cerca de 5% dos livros apresentam formato eletrônico e desse número uma ínfima parcela possui formato acessível para necessidades especiais de leitura e desenho universal (GUEDES. 2020, págs. 6/15).

Entre as obrigações dos editores de livros, a LBI estabelece os principais pontos:

- **Ofertas de livros acessíveis** (art. 42, § 1º): a partir de janeiro de 2016, as editoras devem oferecer livros em formatos acessíveis à pessoa com deficiência, ainda que protegidos pelo direito autoral;
- **Formato acessível** (art. 68, § 2º): São considerados formatos acessíveis os arquivos digitais que possam ser reconhecidos e acessados por *softwares* leitores de telas ou outras tecnologias assistivas que vierem a substituí-los, permitindo voz sintetizada, ampliação de caracteres, diferentes contrastes e impressão em Braille.
- **Vendas ao Poder Público** (art. 68, § 1º): o Poder Público deverá adotar cláusulas que impeçam a participação de editais de compra de livros para editoras que não ofertarem obras em formato acessível.
- **Sites acessíveis** (art. 63, e § 1º): é obrigatória a acessibilidade em sítios da *internet*, que devem conter símbolo de acessibilidade em destaque, mantidos por empresas com sede ou representação comercial no Brasil ou por órgãos de governo para uso de pessoa com deficiência.

Cabe lembrar que, existem rumores em Brasília de que setores contrá-

rios a essa disposição se mobilizam para convencer o mercado editorial, governantes e políticos de que é preciso alterar a Lei Brasileira de Inclusão para o retorno às disposições anteriores com manutenção de seus padrões tradicionais (GUEDES. 2020, págs. 4/15).

Embora presente no sistema constitucional, o regramento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, é preciso efetivar condições que importe no real acesso da pessoa com deficiência a recursos para educação e a disponibilização de acesso a obras impressas é imperativa para esse desiderato. Observamos que o mundo da leitura não está acessível às pessoas com deficiência de leitura e, dessa forma, a educação não passa de um ideal distante da realidade dessas pessoas.

Efetividade para a educação pelo Tratado de Marraqueche

O Tratado de Marraqueche tem o potencial de ampliar exponencialmente o número de obras em formatos acessíveis para as pessoas com ausência ou dificuldade de leitura, beneficiando mais de 300 milhões de pessoas em todo o mundo. Foi o primeiro Tratado da Organização Mundial de Propriedade Intelectual que limita e excepciona os direitos de propriedade intelectual, e a primeira vez que o sistema internacional de propriedade intelectual dialogou com o sistema internacional de direitos humanos. Cabe mencionar que o Brasil teve papel relevante na propositura do Tratado, sendo um dos precursores.

O Tratado de Marraqueche sofreu oposição dos grupos representantes da indústria do livro, da música, do audiovisual e dos rádio difusores, que viam nesse Tratado a imposição de limites ao direito de propriedade intelectual, gerando mais despesas, esforços e impacto nos lucros em face do direito das pessoas com deficiência visual terem acesso pleno à produção literária. O pensamento da indústria e das grandes corporações é de sobrepor os direitos de propriedade a outros direitos humanos fundamentais.

De acordo com dados da União Mundial de Cegos, menos de 10% de todas as obras intelectuais estão disponíveis em formatos acessíveis e como consequência dessa triste realidade consubstancia-se a exclusão social, que acentua a desigualdade, dessarte as pessoas com deficiência não têm as mesmas oportunidades de quem pode ler trabalhos em formatos tradicionais. Dada situação dificulta o desenvolvimento intelectual de 6,5 milhões de pessoas no Brasil e de quase 300 milhões de pessoas em todo o mundo (GUEDES. 2020, págs. 8/15).

O Tratado de Marraqueche possibilita a limitação do direito de propriedade intelectual, que era até então uma das grandes barreiras no Brasil para acessibilidade das pessoas com dificuldades no acesso à leitura, muito embora a Lei Brasileira de Inclusão tenha representado grande avanço na matéria. Além disso, o Tratado permite o livre trânsito de obras acessíveis entre países, outro benefício que busca uma efetividade no direito de inclusão de pessoas com deficiência na educação por meio da leitura acessível, sem a qual seria

impossível.

Conclusão

Ao longo da história, as pessoas com deficiência foram socialmente vulnerabilizadas, e marginalizadas, e, por isso, encontram-se desfavorecidas em relação aos demais cidadãos, e não podem concorrer com os outros em igualdade de condições.

A educação é o princípio basilar da inclusão social destas pessoas, apresentando-se dentro do ordenamento jurídico brasileiro como direito constitucional, garantido, também, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Trata-se este de direito da mais alta fundamentalidade, próprio da condição social-humana, e essencial à dignidade de qualquer pessoa, inclusive aquelas com deficiência.

Acontece que as pesquisas e índices internacionais e nacionais apontam que menos de 10% dos livros publicados mundialmente são disponibilizados em formatos acessíveis. Se tomados os países em desenvolvimento, a proporção diminui para 1% (União Mundial de Cegos, 2013). Assim, em que pesem as normas jurídicas, ainda é preciso efetiva garantia do acesso à leitura, que constitui o direito à educação.

Neste contexto, o Tratado de Marrakeche busca a alteração do presente cenário, com a facilitação do acesso das obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual, ou com outras dificuldades de acesso ao texto impresso, estabelecendo limitações e exceções na legislação nacional, principalmente restringindo os direitos autorais, propugnando a implementação de formatos acessíveis e intercâmbio transfronteiriço dessas obras.

O potencial do tratado é grande e significativo, podendo vir a beneficiar mais de 300 milhões de pessoas em todo o mundo. Aponta-se que já em 2010, 3,5% da população brasileira era composta por pessoas que não enxergam de modo algum, ou têm grande dificuldade para enxergar (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010), de modo que a demanda por livros acessíveis é real e urgente.

O Tratado enfrenta a repreensão promovida por grupos representantes da indústria do livro, da música, do audiovisual e dos rádio difusores, que vem nele o aumento das despesas, esforços e impacto nos lucros, sem qualquer atenção à função social e solidária do mercado para com o direito das pessoas com deficiência visual.

Por outro lado, o crescimento da população com deficiência visual, e também dos movimentos sociais em prol da igualdade, representam a esperança da inversão do panorama atual. Os movimentos retrógrados e contrários à efetiva isonomia perdem força diante das constantes manifestações, e também da força dada aos Direitos Fundamentais pelo Estado de Direito.

O Tratado é parte dessa jornada tomada pelas pessoas com deficiência

em vista da igualdade, não pode ser ignorado, mas também necessita de medidas mais eficientes.

Referências

ALVES, Elioenai Dornelles; BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce. **Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência.** Revista Latino Americana de Enfermagem, jul./ago. de 2010. Disponível em: Acesso em: 16 de set. de 2020.

ALVES, Jadgleison Rocha. **O Tratado de Marraqueche e a exceção aos VIP's: Harmonizando direitos humanos e propriedade intelectual para uma humanização dos direitos autorais.** Repositório Intitucional da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, Universidade Federal da Paraíba, pp.111-136, Paraíba, 2019.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis.** Tradução de David Jardim Júnior. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

CURIONI, Rossana Teresa. **Pessoas portadoras de deficiência: Inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade?** In ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada. Bauru: EDITE, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

FUNDAÇÃO DORINA. **O que são livros DAISY? Rede de leitura inclusiva.** Mar/2015. Disponível em: <<https://novo.redeleiturainclusiva.org.br/materiais-de-apoio/o-que-sao-livros-daisy/>>. Acesso em 20/09/2022.

FRANÇA, Tiago Henrique. **A normalidade: uma breve introdução à história social da deficiência.** Revista Brasileira de História e Ciências Sociais, v. 6, n. 11, jul./ago., de 2014.

GUEDES, Denyse Moreira; ADAMI, Fabíola Andrea Chofard; BARBOSA, Luciane Maria Molina. **A lei brasileira de inclusão e o Tratado de Marraqueche: Garantias de acessibilidade aos livros par as pessoas com deficiência visual.** Revista Intraciência. Faculdade de Guarujá. SP. Edição 19, jun/2020, pp. 1/15.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONUBR. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 20.03.2018.

QUARESMA, Regina. **A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social.** In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coords.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RUGGIERO; MAROI. **Istituzioni di diritto privato.** Milano: 1955, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamen-**

tais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÓFOCLES. **Édipo rei: edição bolso de luxo.** Clássicos ZAHAR: 2018.

TELLES JR., Goffredo. **Direito subjetivo - I.** In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28.

UMC. **Comunicado.** 2013.

AÇÃO COLETIVA DESTINADA À TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Patricia Miranda Pizzol

Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Autora de artigos e livros. Advogada

Gilson Delgado Miranda

Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da PUC-SP. Autor de artigos e livros. Desembargador do TJSP

Resumo:

O presente artigo visa à análise da importância da adequada informação para que a ação coletiva cumpra a sua função na tutela dos direitos humanos. A ação coletiva é instrumento capaz de tutelar de modo efetivo e adequado os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porém, para que ela cumpra, com plenitude, o seu papel, especialmente no que tange à repercussão dos provimentos jurisdicionais favoráveis à coletividade na esfera jurídica dos indivíduos, bem como em relação à diminuição das demandas individuais com a consequente otimização do trabalho do Poder Judiciário, é fundamental a real implementação do direito à informação. Dentre as inúmeras consequências positivas que a tutela coletiva pode gerar para a sociedade, destaca-se a desnecessidade de que o indivíduo promova ação individual para a tutela dos seus direitos. Isto se dá em razão dos limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo. A ação coletiva garante, portanto, acesso efetivo à justiça e duração razoável do processo, além de tratamento isonômico e segurança jurídica. Entretanto, para que os objetivos da tutela coletiva sejam cumpridos, é necessário que a sociedade, os legitimados à propositura das ações coletivas e os julgadores estejam cientes das ações coletivas propostas e das decisões proferidas ou acordos celebrados.

Palavras-chave: Ação coletiva; Direitos Humanos; Efetividade da tutela da coletividade; Direito à informação.

A ação coletiva como instrumento capaz de tutelar de modo efetivo e adequado os direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos)

A Ação coletiva pode ser conceituada como o instrumento processual destinado à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. Os direitos coletivos *lato sensu* são classificados, em conformidade com o artigo 81, parágrafo único, do CDC, em difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos¹.

O regime jurídico aplicável às ações coletivas é extraído de diversos diplomas legais², especialmente da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) e da parte processual da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC). Trata-se do chamado microssistema das ações coletivas, que se aplica independentemente do direito material tutelado (direito dos consumidores, das vítimas do dano ambiental, da criança e do adolescente, do idoso, do portador de deficiência, entre outros), sempre à luz da Constituição Federal (CF)³, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC). São encontradas no microssistema das ações coletivas regras sobre legitimidade, coisa julgada, competência, liquidação e execução, intervenção de terceiro etc., não havendo, porém, normas relativas ao procedimento, aplicando-se quanto a este as normas contidas no Código de Processo Civil.

A legitimidade ativa para a ação coletiva é disciplinada pelos artigos 82 do CDC e 5º da LACP. A legitimidade dos entes indicados nos dispositivos mencionados, em relação aos direitos difusos e coletivos, não se enquadra com exatidão no binômio “legitimidade ordinária/extraordinária”, podendo ser denominada autônoma para a condução do processo⁴. Sendo o direito

1 Discute-se, na doutrina, se toda ação destinada à defesa de um direito coletivo é coletiva e se uma ação individual não pode gerar o mesmo resultado para a coletividade de uma ação coletiva. Há quem entenda que ação coletiva deve ser definida não apenas pelo objeto, mas também pela legitimidade e pela coisa julgada (GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16). Ver PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.74.

2 Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), Lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016), entre outras leis especiais.

3 A Constituição Federal cuida dos princípios que regem o processo coletivo (artigos 5º, *caput*, I, XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXXVIII; 93, IX), bem como, especificamente, da tutela do consumidor, do meio ambiente e de outros direitos difusos (artigos 5º, XXXII, LXX, LXXIII, 127, 129, 170, 225 etc.).

4 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, comentário 3 ao art. 5º da LACP; NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 827-828. Em sentido contrário: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 160 (ordinária); MAZZILLI, Hugo Nigro.

individual homogêneo (acidentalmente coletivo), a hipótese é de legitimidade extraordinária (substituição processual). Em todos os casos, ela é concorrente e disjuntiva⁵. Têm legitimidade para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações civis, desde que constituídas há pelo menos um ano, que tenham entre as suas finalidades a defesa dos direitos protegidos pelo CDC e pela LACP, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e pela LACP (art. 5º da LACP e art. 82 do CDC).

A competência para a ação civil pública é do foro do local do dano, caso o dano seja de âmbito local; sendo o dano de âmbito regional ou nacional, a competência é concorrente, podendo a ação ser proposta na capital do estado ou no Distrito Federal (artigo 93 do CDC). Trata-se de competência funcional (absoluta), conforme artigo 2º da LACP. A propositura de uma ação coletiva torna prevento o juízo para as demais ações que sejam com ela semelhantes, em razão do pedido ou da causa de pedir (artigo 2º, parágrafo único, da LACP).

Como a legitimidade e a competência são concorrentes, ocorre, com bastante frequência, conexão ou litispendência entre ações coletivas, além do indesejado conflito de coisas julgadas.

Dentre as inúmeras consequências positivas que a tutela coletiva pode gerar para a sociedade, destaca-se a desnecessidade de que o indivíduo promova ação individual para a tutela dos seus direitos. Isto se dá em razão dos limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo.

A coisa julgada, no processo coletivo, se opera *erga omnes* ou *ultra partes* (conforme o tipo de direito tutelado - difuso, coletivo ou individual homogêneo), *secundum eventum litis* (conforme o resultado do processo - procedência ou improcedência; improcedência com provas ou sem provas suficientemente produzidas) e sem limitação territorial (a limitação da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator da decisão, contida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2021).

Além disso, a coisa julgada produzida pela sentença de procedência pro-

A defesa dos interesses difusos em juízo. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69; DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 204; VIGLIAR, José Marcelo. **Tutela jurisdicional coletiva.** São Paulo: Atlas, 1998, p. 146 (extraordinária).

5 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, comentário 3 ao art. 5º da LACP; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública.** Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70; ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 130; NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 827.

ferida em processo coletivo relativo a direito difuso ou coletivo *stricto sensu* beneficia as vítimas e sucessores que podem proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99 do Código de Defesa do Consumidor (transporte *in utilibus* da coisa julgada, conforme artigo 103, §3º, do CDC). Desse modo, proposta ação coletiva e proferida sentença de procedência no processo coletivo, não há utilidade na propositura de ações individuais, o que pode propiciar uma significativa diminuição do número de demandas individuais e uma relevante racionalização do trabalho do Judiciário.

A ação coletiva garante, portanto, acesso efetivo à justiça e duração razoável do processo, além de tratamento isonômico e segurança jurídica. Pode-se afirmar que o processo coletivo se caracteriza pela eficácia, eficiência e efetividade na proteção dos direitos da coletividade:

“O processo coletivo é **eficaz**, pois tem aptidão para promover a solução dos conflitos relativos a direitos coletivos; o microsistema das ações coletivas brasileiro é reconhecidamente um dos mais completos e adequados à tutela dos interesses transindividuais, se comparado aos existentes em outros ordenamentos jurídicos. É **eficiente**, se considerados os meios empregados (especialmente as ações coletivas e inquéritos civis com a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta, além de outros meios de negociação) e os resultados obtidos (sentenças de procedência com coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, termos de ajustamento de conduta e outras formas de solução consensual do conflito). Ressalte-se que, mesmo com o aumento da litigiosidade da sociedade e a insuficiência do processo coletivo na contenção das demandas individuais, o número de indivíduos que promovem ações ainda é muito menor do que o número de lesados, o que indica que a ação coletiva substitui ações individuais, cumprindo seus objetivos (acesso à justiça, isonomia, segurança jurídica e racionalização do trabalho do Judiciário). Poderia ser mais eficiente se tivessem sido resolvidos, ao longo desse tempo, alguns problemas já mencionados, como a deficiência na informação, a falta de prioridade na tramitação, a ausência de órgãos jurisdicionais especializados, a insuficiente cooperação entre os legitimados e entre estes e o Judiciário etc. É **efetivo**, se considerado o resultado prático do processo coletivo, isto é, se forem analisadas as inúmeras decisões judiciais proferidas com o objetivo de solucionar as lides relativas a direitos do consumidor, danos ao meio ambiente, atos de improbidade administrativa e outros interesses coletivos, além dos TACs (Termos de Ajustamento de Conduta) firmados pelo Ministério Público e por outros órgãos públicos legitimados.”⁶

Entretanto, para que os objetivos da tutela coletiva sejam cumpridos, é necessário que a sociedade, os legitimados à propositura das ações coletivas e os julgadores estejam cientes das ações coletivas propostas e das decisões proferidas ou acordos celebrados.

6 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 661-662.

A informação adequada como mecanismo indispensável à concretização dos objetivos da ação coletiva

É fundamental que os indivíduos sejam informados acerca da propositura da ação coletiva para que não demandem individualmente ou requeiram a suspensão de seus processos individuais, caso eles tenham sido iniciados.

Também é preciso que os legitimados tenham acesso às informações acerca dos processos coletivos em curso e findos para que não proponham ações coletivas semelhantes ou idênticas a outras já propostas, o que pode gerar conexão, litispendência ou ofensa à coisa julgada anterior.

Ressalte-se que o direito à informação é garantido constitucionalmente. Dispõe o art. 5º, XXXIII, da CF: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão garante o direito à informação: A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Ademais, a Constituição Federal garante o contraditório e ampla defesa (art. 5º., XXXV), que só pode ser efetivado no processo se houver a devida informação: “A notificação deve sempre ser suficiente para atingir o objetivo, ou seja, informar algo aos membros do grupo representado na ação coletiva”⁷

É necessário, ainda, que os julgadores tenham pleno acesso a tais informações para que possam aplicar as regras processuais pertinentes, conforme o caso - reunião dos processos para julgamento conjunto ou extinção por falta de interesse ou para que não haja ofensa à coisa julgada.

Há regras no microsistema das ações coletivas e resoluções do Conselho Nacional de Justiça que disciplinam a informação acerca das demandas coletivas.

Vejam as regras da legislação em vigor que visam a garantir a informação adequada.

- a) Publicação de edital para informar sobre a propositura da ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC). Entende-se que o edital deveria ser publicado em qualquer caso de ação coletiva, independentemente do direito tutelado, tendo em vista, especialmente, o transporte *in utilibus* da coisa julgada (art. 103, §3º, do CDC). Além disso, o edital não é suficiente para a comunicação do ajuizamento da ação coletiva., pois poucas pessoas têm acesso aos editais e, mesmo quando o acesso ocorre, as informações constantes do edital não são muitas vezes claras e precisas,

⁷ GOMES, Técio Spínola. A notificação adequada no processo civil coletivo brasileiro como instrumento de garantia do acesso à Justiça. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23973>. Acesso em: 10 out. 2022.

permitindo a sua compreensão pelo cidadão. A notificação pode ser feita de outras formas - por e-mail, carta, ou mensagem de WhatsApp; publicação no site, aplicativo ou na rede social do réu; informação no contracheque ou boleto bancário; anúncio em jornais, rádios ou por cartazes, conforme o caso concreto, dependendo das características do grupo que será beneficiado pela eventual sentença de procedência.

- b) Cientificação, nos autos dos processos individuais, acerca da propositura da ação coletiva para que os indivíduos possam optar pela suspensão do processo individual ou prosseguimento da demanda individual (art. 104 do CDC)
- c) Publicação de edital para a divulgação da sentença de procedência proferida no processo individual. Havia previsão nesse sentido no projeto do CDC, porém o artigo foi vetado (art. 96 do CDC). Entende-se que o veto inócuo, pois, se a lei exige a divulgação da propositura da ação, com maior razão, é fundamental a divulgação da decisão concessiva de tutela provisória, da sentença, do acórdão e de outros pronunciamentos judiciais que possam ser aproveitados pelos indivíduos. Ademais, é possível e recomendável, assim como foi dito em relação à comunicação da propositura da ação, a utilização de outras formas mais eficazes de divulgação, tais como publicação no site, no aplicativo e nas redes sociais dos réus, dos legitimados à propositura das ações coletivas, das agências reguladoras, do governo e outros, o que se justifica à luz dos artigos 139, IV, do CPC e 84 do CDC, que autorizam a utilização de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, necessárias para garantir o cumprimento da decisão judicial. É importante também a divulgação dos compromissos de ajustamento de conduta homologados em juízo ou não e dos acordos homologados em juízo e extrajudiciais
- d) As medidas mencionadas, necessárias para viabilizar o cumprimento das decisões judiciais pelo réu, podem ser aplicadas, sempre que possível, independentemente da iniciativa dos indivíduos beneficiados pela sentença proferida no processo coletivo (desconto dos valores devidos em prestações futuras), como forma de minimizar o déficit existente em relação à publicidade das ações coletivas.

Vale destacar também a Resolução n. 339/2020 do CNJ, de 08.09.2020⁸, que prevê a criação dos Núcleos de Ações Coletivas e aperfeiçoamento do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (CACOL). Dispõe sobre a criação e funcionamento do Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas, dos Núcleos de Ações Coletivas - NACs e dos cadastros de

8 Cite-se a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/2011 que tratava da necessidade de criação do referido cadastro.

ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios. É possível extrair dos motivos da resolução a importância das ações coletivas e da informação relativa à tramitação das demandas coletivas e do seu resultado⁹.

A Resolução n. 339 determina que os tribunais do país (Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal) criem os NACs e indica quais são as suas atribuições¹⁰, dedicando um capítulo ao Cadastro Nacional de Ações Coletivas¹¹.

9 “CONSIDERANDO que **as ações coletivas são instrumento importante no sentido da realização do direito material, do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, com economia processual, efetividade, duração razoável do processo e isonomia**; CONSIDERANDO as **dificuldades relacionadas com questões processuais** como legitimidade, competência, identificação e delimitação dos titulares dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, bem como dos respectivos beneficiados, de possível conexão, continência, litispendência ou coisa julgada com outras ações coletivas ou individuais e do alcance, da liquidação, do cumprimento e da execução de títulos judiciais coletivos; CONSIDERANDO a **necessidade de efetiva implementação e funcionamento adequado do Cadastro Nacional de Ações Coletivas**, instituído pela Resolução Conjunta CNJ/CNMP n° 2/2011, e de **banco nacional de dados que permita ampla consulta às informações para a otimização do sistema de julgamento das ações de tutela dos direitos coletivos e difusos**; CONSIDERANDO os estudos e as propostas formuladas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n° 152/2019”.

10 Art. 4° São atribuições do NAC: I - uniformizar a gestão dos procedimentos decorrentes das ações coletivas, com protocolos estaduais, regionais ou por seção, afim de alcançar efetividade processual e das decisões judiciais; II - realizar estudos e levantamento de dados que subsidiem as políticas administrativas, judiciais e de formação relacionadas às ações coletivas e aos métodos de solução consensual de conflitos coletivos; **III - implementar sistemas e protocolos voltados ao aprimoramento da prestação jurisdicional e das soluções consensuais de conflitos de modo coletivo**; IV - auxiliar os órgãos julgadores na gestão do acervo de ações coletivas; V - informar ao CNJ os dados e informações solicitadas; **VI - manter atualizado o Cadastro Nacional de Ações Coletivas**; e VII - manter, na página do tribunal na internet, os dados e contatos atualizados de seus integrantes, visando a integração entre os tribunais do país e a interlocução com o CNJ.

11 “CAPÍTULO III DA INIFORMIZAÇÃO E DA DIVULGAÇÃO DE DADOS DAS AÇÕES COLETIVAS

Art. 6° O CNJ desenvolverá o Painel das Ações Coletivas, que conterà dados estatísticos das ações de tutela dos direitos coletivos e difusos de competência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. § 1° **Os tribunais e órgãos judiciais deverão assegurar a ampla divulgação da existência dos processos coletivos em curso, por assessoria de comunicação, sítio do tribunal, notificação das partes nos processos individuais correlatos e outros meios adequados.** § 2° As informações do painel serão disponibilizadas para toda a comunidade jurídica, separados em painéis específicos os dados relativos às ações populares, mandados de segurança coletivo se às ações civis públicas julgadas pelos tribunais. § 3° A Presidência do Conselho Nacional de Justiça, após parecer do Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas, deverá editar Portaria, padronizando e detalhando as informações que deverão constar nos painéis e cadastros de ações coletivas dos tribunais, com o

Quanto ao Cadastro Nacional de Ações Coletivas, inúmeras são as vantagens para os cidadãos, os legitimados e o Judiciário. Em síntese, cumpre várias funções importantes para o bom funcionamento do processo coletivo: a) centralizar as informações sobre as ações coletivas; b) evitar a propositura de várias ações coletivas tratando do mesmo tema; c) facilitar a busca de informações pelos indivíduos acerca das ações coletivas de seu interesse, o que pode levar à diminuição das ações individuais; d) otimizar o trabalho do Judiciário por facilitar a busca das demandas repetitivas; e) para o indivíduo que já promoveu ação individual e foi notificado acerca da propositura de ação coletiva, facilitar a obtenção de maiores informações sobre o processo coletivo; f) facilitar o acompanhamento das ações coletivas sobre temas de interesse dos indivíduos, dos legitimados e dos advogados etc.

As regras mencionadas são suficientes para que se garanta o direito à informação e para que as ações coletivas possam atingir o seu máximo potencial em termos de efetividade e dar real cumprimento aos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo e da isonomia? Em tese, elas podem propiciar a pretendida efetividade, porém o aperfeiçoamento do microsistema das ações coletivas pode simplificar e ampliar a garantia de informação no processo coletivo.

Ressalte-se que há três projetos de lei tramitando no Congresso Nacional destinados ao aperfeiçoamento das normas relativas ao processo coletivo, que contém regras sobre a cientificação acerca do ajuizamento da ação coletiva e o Cadastro Nacional de Ações Coletivas. Em síntese, em 2020, foram apresentados dois projetos à Câmara dos Deputados para alteração da legislação referente às ações coletivas - PL 4778/20¹² e PL 4441/20¹³. Em 2021,

objetivo de **facilitar o acesso delas pela população e pelos órgãos públicos**. § 4º A gestão das informações a que se refere o caput deste artigo caberá ao Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas.

Art. 8º **Cabe aos tribunais abrangidos por esta Resolução a criação ou aprimoramento, conforme o caso, de cadastros próprios de processos coletivos, que deverão ser disponibilizados em seus portais na internet, com informações atualizadas e de interesse público**, observadas as seguintes diretrizes: I - as informações deverão ser de fácil localização, em formato de consulta e linguagem acessível ao jurisdicionado; II - destaque dos temas de repercussão social, econômico e ambiental; e III - apresentação de esclarecimentos sobre o funcionamento das ações coletivas e a possibilidade de direcionamento para cadastros de soluções administrativas, inquéritos ou soluções consensuais dos legitimados para as ações coletivas, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.”

12 Art. 11. Proposta a ação, deve-se-lhe dar **toda a publicidade possível**, por meio de **edital**, do **cadastro a ser criado pelo Conselho Nacional de Justiça**, pelo site de **agência reguladora** envolvida e por outros meios. § 1º Do cadastro do Conselho Nacional de Justiça constarão todas as ações coletivas existentes no país, os Termos de Ajustamento de Conduta e acordos realizados, a que se dará publicidade por meio de relatórios mensais. § 2º Caberá ao Conselho Nacional de Justiça manter tal cadastro atualizado, com a divulgação de relatórios mensais, que serão necessariamente consultados antes da propositura da ação, para a demonstração do interesse processual e para evitar eventual litispendência.

13 Art. 10. Deve ser dada **ampla publicidade à propositura da ação civil pública**: I - por meio de **edital**, que contenha informações claras e precisas sobre o objeto da ação;

foi apresentado novo projeto - PL 1641/21¹⁴. Foram todos apensados e se encontram na Comissão de Justiça e de Cidadania (CCJC).

Conclusão

Por todo o exposto, a conclusão alcançada foi no sentido de que o presente artigo trata de tema atual, de extrema importância para a sociedade e para os operadores do direito em geral, por estar intimamente ligado à efetividade dos direitos fundamentais, à preocupação com a adequação e a qualidade da prestação jurisdicional, com o acesso efetivo (e não meramente formal) à justiça, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

As regras contidas no microsistema e nas resoluções do CNJ são, em tese, suficientes para que se garanta o direito à informação e para que as ações coletivas possam atingir o seu máximo potencial em termos de efetividade e dar real cumprimento aos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo e da isonomia. Entretanto, algumas alterações pontuais nos diplomas legais relativos ao processo coletivo podem propiciar o aperfeiçoamento do microsistema e da tutela jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.

Desse modo, a previsão expressa de formas de divulgação, de amplo alcance, das decisões concessivas de tutela provisória e das sentenças de procedência pode provocar a melhor divulgação da propositura da ação coletiva e das decisões proferidas no processo. Além disso, o incentivo ao indivíduo para que ele aguarde o resultado deste ao invés de promover ação individual pode trazer grandes benefícios ao processo coletivo

O presente estudo foi feito a partir da legislação pertinente à matéria, da

II - por meio de **inscrição no cadastro do Conselho Nacional de Justiça**; III - na **rede mundial de computadores, como nos sítios de tribunais e da agência, órgão ou regulador** relacionado; IV - por meio de **anúncios em jornal ou rádio locais, a publicação de cartazes na região do conflito e outros meios**. § 1º As ações civis públicas constarão do cadastro do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo tribunal. § 2º Ressalvados os casos de segredo de justiça, os autos dos processos devem estar disponíveis na rede mundial de computadores, nos sítios do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo tribunal.

- 14 Art. 2º. A tutela coletiva rege-se, dentre outros, pelos seguintes princípios: (...) **VII - ampla publicidade dos processos coletivos, mediante adequada informação social a respeito do ajuizamento das ações, das decisões ou acordos de tutela coletiva e de sua exequibilidade;** (...)

Art. 11. Deve ser dada **ampla publicidade à propositura da ação civil pública**: I - por meio de **inscrição no cadastro do Conselho Nacional de Justiça**; II - na **rede mundial de computadores, a exemplo dos sítios de tribunais e da agência, órgão ou regulador** relacionado; III - por meio de **anúncios em jornal ou rádio locais, a publicação de cartazes na região do conflito e outros meios**, quando as circunstâncias assim o recomendarem. § 1º As ações civis públicas constarão do cadastro do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo tribunal. § 2º Ressalvados os casos de segredo de justiça, os autos dos processos devem estar disponíveis na rede mundial de computadores, nos sítios do Conselho Nacional de Justiça e do respectivo tribunal.

doutrina e da jurisprudência.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, DIDIER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno (Coordenadores). Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito processual coletivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 111.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-197.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi. In: Le azioni a tutela di interessi collettivi. (Atti del Convegno di Studio, Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, Cedam, 1976, p. 191 e seguintes.

DIDIER JR., Fredie, ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Juspodvím: Salvador. 12. ed., 2018, v. 4.

GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii (coordenadores). Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7,347/85 e legislação complementar). 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson, FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Edis. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 17. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e legislação constitucional. 2. ed. em e-book baseada na 6.

PIZZOL, Patrícia Miranda.. Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: RT, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SASSANI, Bruno (a cura di). Class action, Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31. Pisa: Pacini Giuridica, 2019.

CARPINELLA BUENO, Cássio (coordenador). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Saraiva, 2017.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006.

TARUFFO, Michele. Intervento. In *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del Convegno di Studio, Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova, Cedam, 1

VIGORITI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire. Milano, 1979.

WATANABE, Kazuo, GRINOVER, Ada Pellegrini (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANETTI, Hermes Jr (Coordenador). Processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela e Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIOÉTICA E BIODIREITO: DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA NA VULNERABILIDADE DA FASE INICIAL E DA FASE FINAL DA VIDA

Lino Rampazzo

Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - Professor nos Cursos de Filosofia e de Teologia da Faculdade Canção Nova de Cachoeira Paulista

Rodolfo Anderson Bueno de Aquino

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Doutorando em Desastres Naturais pela Universidade Estadual Paulista. Professor nos Cursos de Filosofia e Teologia da Faculdade Canção Nova e nos Cursos de Filosofia e de Direito do Centro Unisal

Resumo:

Este estudo tem como objeto o questionamento a respeito do rumo atual da ciência e da tecnologia que chegou a um ponto de ruptura, por colocar em risco o futuro da natureza e do mesmo homem; e aponta as recentes disciplinas da Bioética e do Biodireito como respostas a tal problemática. A escolha desta temática se justifica, então, do ponto de vista social, devido a tais riscos: o que levou a desenvolver as recentes disciplinas da Bioética e do Biodireito caracterizadas pela interdisciplinaridade, como respostas a tal problemática. Procura-se, então apresentar uma visão histórica do desenvolvimento técnico da humanidade que leva ao questionamento ético da ciência e da tecnologia. Neste pano de fundo a Bioética, com seus princípios, aparece como uma “ponte” entre o saber tecnológico e o saber humanista. Como hipóteses iniciais, as reflexões da Bioética e do Biodireito apontam para uma solução adequada desta problemática, pois apresentam princípios e normas jurídicas que têm por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término. Questiona-se a Lei nº 8.974 de 5.1.1995, que permite, em alguns casos, a destruição dos embriões congelados. Com referência ao término da vida, aparecem as discussões relativas ao suicídio assistido, relativa ao fim da vida. O estudo se realiza, do ponto de

vista metodológico, através de uma pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Declaração dos Direitos Humanos; Lei de biossegurança; Suicídio assistido.

Introdução

A linha de pesquisa do Simpósio 86 diz respeito a ‘Diálogos de fontes abrangentes dos direitos humanos e a efetividade da justiça, as vulnerabilidades e a sustentabilidade: países emergentes’. Articulado com tal linha, este artigo procura ressaltar a vulnerabilidade na fase inicial e na fase final da vida humana, à luz dos princípios da Bioética e do Biodireito. Este estudo tem como objeto o questionamento a respeito do rumo atual da ciência e da tecnologia que chegou a um ponto de ruptura, por colocar em risco o futuro da natureza e do mesmo homem; e aponta as recentes disciplinas da Bioética e do Biodireito como respostas a tal problemática. A escolha desta temática se justifica do ponto de vista social, diante do fato deste risco que solicita, ao mesmo tempo, seja o questionamento de tal grave problema, como a procura de soluções urgentes e adequadas. E, do ponto de vista científico, necessita verificar tais análises e correspondentes respostas que aparecem na interdisciplinaridade da Bioética e do Biodireito. Como objetivos desta pesquisa procura-se apresentar sinteticamente uma visão histórica do desenvolvimento técnico da humanidade ressaltando que, na sua fase mais recente, se encontra o maior risco de manipulação da natureza e do ser humano. Por isso aparece o questionamento ético da ciência e da tecnologia. Por um lado, a ciência nasce de uma ética do saber e do fazer pelo fato da vontade humana sentir-se chamada a lançar-se na conquista do cosmo e na descoberta do mistério que envolve a mente humana. Por outro lado, porém, esta ética ordenada e positiva dependerá não apenas dos fins para os quais se dirige a conquista, mas também dos modos e dos meios: teleologia e deontologia deverão estar juntas durante este caminho. Neste pano de fundo aparece a recente disciplina da Bioética, como uma “ponte” entre o saber tecnológico e o saber humanista. Seus princípios são os da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça. Como hipóteses iniciais, as reflexões da Bioética e do Biodireito apontam para uma solução adequada desta problemática, pois apresentam princípios e normas jurídicas que têm por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término. Com referência ao início da vida humana, questiona-se a Lei nº 8.974 de 5.1.1995, conhecida como a Lei de Biossegurança, que permite, em alguns casos, a destruição dos embriões congelados. Com referência ao término da vida, aparecem as discussões relativas ao suicídio assistido, relativa

ao fim da vida. O estudo se realiza, do ponto de vista metodológico, através de uma pesquisa documental e bibliográfica.

Ciência e tecnologia: questionamentos éticos

Ciência e técnica estão desde sempre entrelaçadas para saber mais, dominar mais, ser mais. Há, pois, uma tensão, porque a vontade humana não cessa de lutar contra os limites e de se lançar mais adiante na experiência de uma conquista do cosmo que circunda a vida, do mistério que envolve a mente.

Há no fundo uma vontade incoercível, há, pois, uma ética na sede do saber e do fazer. Ser esta ética ordenada e positiva dependerá não apenas dos fins para os quais se dirige a conquista, mas também dos modos e dos meios que se realizam durante o caminho e a conquista, dependerá sobretudo do projeto de homem e de humanidade que, pouco a pouco, se projetará no horizonte: teleologia e deontologia deverão estar juntas durante o caminho. Entretanto, é certo que sempre houve e haverá um caminho, porque o homem foi feito para caminhar, é peregrino em busca de grandezas maiores do que ele e de horizontes não conquistados ainda.

Mas podemos nos perguntar por que o problema se tornou hoje mais agudo e se fez objeto de questionamento ético.

Quando o homem domesticou o cavalo não surgiram problemas éticos, ainda que essas conquistas tenham servido não só para trabalhar a terra e transportar os produtos, mas também para abastecer os exércitos e aumentar a sede de conquistas. Hoje, o problema ético aparece de modo mais agudo por muitas razões: o crescente potencial explosivo posto nas mãos do homem, capaz de destruir o próprio homem e a humanidade toda; a necessidade de um novo projeto de humanidade que integre as conquistas aos valores humanos perenes e profundos; a convicção de que, para fazer isso, não basta a vontade de alguns ou de algumas leis, mas é necessário um crescimento global da humanidade.

Procuremos, antes de mais nada, definir o papel da técnica em relação à pessoa. A técnica, como práxis, configura a relação instrumental da pessoa com o mundo; é o prolongamento e o aumento da potência do corpo. Por milênios, o homem procurou instrumentos para incrementar a sua força muscular; em nosso tempo - e a mudança é, por isso, de época - o homem inventou meios para aumentar a potência do sistema nervoso central: não mais apenas para a força muscular, mas também a força mental. Abriu-se uma nova era, a da informática e da robótica, na qual as forças de dominação do mundo cresceram e o cérebro humano teve sua capacidade aumentada pela máquina.

Interdependência entre técnica e antropologia

É um dado comprovado que existe uma interdependência entre o progresso tecnológico e as mutações socioculturais do homem sobre a terra.

Além disso, há hoje duas perguntas a fazer: O “progresso”, que tecnicamente é linear, comporta da mesma maneira e automaticamente um aperfeiçoamento antropológico? A mutação que retorna sobre o tipo de vida do homem por causa do progresso científico é uma mutação que o próprio homem pode dominar?

Nesse sentido, pode vir em nosso socorro a filosofia da ciência com algumas de suas conclusões bastante compartilhadas.

A primeira observação que vem dessa reflexão filosófica é que o progresso técnico-científico é linear, por isso progressivo, mas, ao mesmo tempo, redutivo. As duas características dependem do fato de a ciência experimental, tanto na fase de pesquisa, como no estudo aplicativo, considerar o aspecto quantitativo mensurável e redutível a fórmulas matemáticas do real. Portanto, toda conclusão a que se chega por meio de uma fórmula para uma fase sucessiva. Nisto há um progresso, no qual as teorias sucessivas conservam as precedentes ao menos em parte, na parte experimentalmente verificável e “não falsificável”; a teoria sucessiva poderá se modificar no sentido de completar, corrigir, reinterpretar, mas não poderá deixar de se basear em conquistas precedentes, nem que seja para corrigi-las. Newton (lei da gravitação universal) pressuporá Galileu, Einstein (relatividade) não poderá ignorar Newton; nem aqueles que construíram as centrais nucleares podiam ignorar as leis da termodinâmica e os estudos sobre o átomo.

Ao mesmo tempo, essa linearidade quantitativa não pode senão “reduzir” o real a relações matemáticas, causais, quantificáveis. Os aspectos qualitativo, ontológico, finalístico da realidade são isolados. A causalidade ignora a finalidade, a técnica fica sem sentido de direção e de valor.

Com isso não se quer dizer que toda a pesquisa científica esteja privada de ética, justamente pelo mesmo fato de nascer de um impulso ético, que é constituído pela insaciabilidade do espírito humano, aberto ao conhecimento. Mas essa ética na fonte exige uma foz e uma saída igualmente éticas: onde é preciso ir e como é preciso chegar?

A ética do impulso está presente na ciência e na técnica, mas ela não conhece a ética dos meios e dos fins, a deontologia e a teleologia. É por isso que várias correntes filosóficas, o existencialismo, a fenomenologia, o personalismo, as próprias escolas de epistemologia exigiram e exigem uma nova síntese entre cultura tecnológica e humanismo, entre ciências experimentais e ciências humanas, e sobretudo se pede que a ética apreenda o sentido de direção da civilização e garanta o seu caminho.

Essa necessidade se torna mais aguda porque o “poder” científico-tecnológico atingiu o nível de ruptura. A ruptura se situa no plano da possibilidade “técnica” de destruir a humanidade inteira por meio da arma atômica ou da poluição do ambiente e, de outro lado, também no plano da possibilidade de introduzir a “mutação” genética do homem. Assim pode ser formulada hoje a pergunta ética: o que se deve fazer ou o que não se deve fazer para que o homem sobreviva e continue homem?

A ética da tecnologia, por isso, não deve ser considerada simplesmente em função da fase aplicativa, mas também em sua ambivalência teleológica e em sua dinâmica de saber-poder. Em outras palavras, a tecnologia exige ser completada e ter sua referência numa antropologia global na qual possa encontrar o seu papel ao lado das outras dimensões do homem. Isto supõe um projeto de homem que integre o desenvolvimento tecnológico sem desumanizá-lo e sem absolutizá-lo (SGRECCIA, 2017).

Bioética: a origem do termo e seu campo de pesquisa

Desde 1971, quando apareceu o vocábulo “bioética” no artigo escrito pelo oncólogo Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin (E.U.A.), com o título *The science of survival*, e no ano seguinte, no volume do mesmo autor com o título *Bioethics: bridge to the future*, esse nome teve um rápido e grande sucesso.

Na realidade o termo tinha aparecido em 1927 no editorial do periódico de ciências naturais *Kosmos*, intitulado *Bioética: um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas*. Autor do editorial foi Fritz Jahr, pastor protestante.

A despeito do título sugerir uma formulação da Bioética direcionada mais ao meio ambiente, Jahr pretendia dizer que, devia ser respeitada toda a forma de vida, inclusive animais e plantas, tanto mais deviam ser respeitados os humanos (no caso, os judeus). Para ponderar corretamente o contexto no qual deve ser compreendida a formulação de Bioética feita por Fritz Jahr, é importante lembrar que surgiu na mesma época e no mesmo país onde o nazismo estava estruturando sua linha de pensamento (HOSS, 2013).

Voltando para Potter, com quem o termo ganhou muita notoriedade, a origem da palavra bioética está ligada ao diagnóstico dramático que ele apresentou. Nos seus escritos apontou para o perigo que representa para a sobrevivência de todo o ecossistema a separação entre duas áreas do saber, o saber científico e o saber humanista. A clara distinção entre os valores éticos (*ethical values*), que fazem parte da cultura humanista em sentido lato, e os fatos biológicos (*biological facts*) está na raiz daquele processo científico-tecnológico indiscriminado que, segundo Potter, põe em perigo a própria humanidade e a própria sobrevivência sobre a terra. O único caminho possível de solução para essa iminente catástrofe é a constituição de uma “ponte” entre as duas culturas: a científica e a humanístico-moral. Em outros termos, a ética não deve se referir somente ao homem, mas deve estender o olhar para a biosfera em seu conjunto, ou melhor, para cada intervenção científica do homem sobre a vida em geral. A bioética, portanto, deve se ocupar de unir a “ética” e a “biologia”, os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema como um todo. O “instinto” de sobrevivência não basta: é preciso elaborar uma “ciência” da sobrevivência que o autor identifica com a *bioética*.

Na concepção de Potter, portanto, a bioética se movimenta a partir de

uma situação de alarme e de uma preocupação crítica a respeito do progresso da ciência e da sociedade (SGRECCIA, 2017).

Em 1978, a *Encyclopedia of Bioethics* fala sobre a “bioética” nos seguintes termos: “Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.” (REICH, 1995, p. XXI).

Na literatura específica sobre bioética, Beauchamps e Childress (2002) elaboraram uma espécie de “paradigma” ético voltado para quem trabalha na área da saúde, com o fim de fornecer uma referência prático-conceitual que os pudesse orientar nas situações concretas. Esse “paradigma” é constituído pela formulação dos princípios de autonomia, benefício e justiça.

O princípio de autonomia refere-se ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação. Esse princípio se inspira na máxima “não faças aos outros aquilo que não queres que te façam” e está, portanto, na base de uma moralidade inspirada no respeito mútuo. É sobre esse princípio que se fundamentam sobretudo a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento aos tratamentos diagnósticos e de terapias.

O princípio de benefício não comporta somente o abster-se de prejudicar, mas implica sobretudo o imperativo de fazer ativamente o bem e até de prevenir o mal.

O princípio de justiça se refere à obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, de justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc.

Este princípio foi gestado ao longo dos três últimos séculos como parte da consciência da cidadania e luta pelo direito à saúde, até chegar a ser um direito de todos.

O biodireito

A interdisciplinaridade, que é uma das características da Bioética, chega também no campo do Direito. A Bioética se articula com o Direito na medida em que esse trata de disciplinar na vida social os procedimentos biomédicos.

Do ponto de vista conceitual, o Biodireito desponta como um novo direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que tenham por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término.

Poder-se-ia, então, dizer que o Biodireito, enquanto campo fronteiro de análise de normas e princípios específicos vinculados ao controle de ação

do campo biomédico, gravita em torno de valores amplamente reconhecidos que impõem como respeito primário o valor da vida, da saúde e da morte. Em regra, esses princípios se apoiam basicamente sobre os mesmos valores definidos pela Bioética: o respeito à vida, à dignidade humana, à liberdade individual, à segurança, à proteção da saúde etc. Mas, dada a impossibilidade de identificar um código de valores éticos de unânime aceitação, o biodireito adquire a legitimidade de opinar e instruir a regulamentação das relações supramencionadas no seio de uma atividade legiferante do Estado. Pense-se, por exemplo, na Lei dos Transplantes, ou na discutida lei de Biossegurança, que trata das pesquisas com células-tronco.

O entendimento mais apropriado, que está na base desses princípios jurídicos, reside no comando constitucional que impõe a todos os indivíduos, grupos hegemônicos e ao Estado a obrigação de reconhecer e respeitar a dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional, fundamento basilar da República do Brasil e do Estado democrático de Direito. É a partir desse princípio fundamental que devem orientar-se todas as demais normas e princípios da legislação infraconstitucional.

Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana

Em um contexto político, social, econômico e cultural-religioso, surge o texto Constitucional, caracterizando-se o Estado Democrático:

pela supremacia da Constituição, que informa e conforma todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito público, como no privado. A supremacia da Constituição, por sua vez, assenta dois fundamentais pilares de sustentação: a rigidez constitucional e a correlata Justiça Constitucional. A primeira consiste na imposição de restrições e de procedimento mais dificultoso do que aquele empregado no processo legislativo ordinário para a reforma da Constituição (...). A segunda, caracteriza-se como jurisdição incumbida de elevada finalidade de defesa e aplicação da Constituição e, para além disso da implementação dos princípios e do programa Constitucionais. (SARLET; VIANNA, 2013, p. 97-98).

E, dentro do texto Constitucional, algumas disposições são consideradas como de Direitos Fundamentais, como pilares de sustentação de todo o ordenamento social.

No tocante à associação dos direitos fundamentais aos direitos humanos interessante destacar que, de acordo com Pérez-Luño (2005, p. 27), é possível distinguir três tipos de definições de direitos humanos:

a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos (...); b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitando-se a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hom-

bres, y de los que ningún hombre puede ser privado; c) Teleológicas, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización.

No entendimento de Gorczewski e Dias (2013, p. 284) os direitos humanos são entendidos como normas jurídicas superiores, uma vez que são direitos inerentes ao ser humano, fazendo parte da própria existência humana que possui uma dignidade inerente ao seu existir; e “são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

No Brasil, como missão preambular de assegurar a todos os brasileiros “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como constituição dirigente, traz uma carta de valores, tendo como pressuposto a garantia dos direitos fundamentais, sistematiza esses direitos fundamentais em várias partes do texto constitucional, como já apontado no início deste artigo, com base em princípios morais e legais, contribuindo para o estabelecimento de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, que se constrói sob a proteção de Deus.

No entendimento de Bonavides (2011, p. 560) “os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”. E, nesse sentido, “os direitos fundamentais têm por objeto a proteção e o respeito à dignidade da pessoa humana, em todas as suas projeções jurídicas.” (FALCÃO, 2013, p. 227).

Comparato (apud GRAU, 2012, p. 192) afirma que, embora assumam concreção de direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais.

O conceito do “homem como um fim em si mesmo”, não deve ser interpretado sob o aspecto antropocêntrico subjetivo, a centrar-se em cada sujeito isoladamente. As finalidades dos seres humanos devem ser finalidades de todos os seres humanos. Finalidades essas descobertas dentro de um processo comunicativo de argumentação que procura o bem de todos no mundo da vida (HABERMAS, 2010).

Deve-se afastar o antropocentrismo subjetivo do indivíduo predatório dos processos de tomada de decisões, deslocando os processos de escolha para um ambiente mais solidário com tudo e com todos, dentro “do dinamismo das inter-relações sistêmicas” (CATSMAN; SIMIONATO FILHO, 2010, p. 45).

Impende respeitar a dignidade da pessoa humana pelo fato única e ex-

clusivamente de tratar-se de um atributo da pessoa, e nesse sentido faz-se mister preservar a vida, como o direito fundamental mais essencial do qual pende a norma-princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Importante salientar, na esteira de Battista Mondin (apud PEDROSO, 2007, p. 57) que o homem é portador de dignidade por que é:

Um valor absoluto e não instrumental (que pertence à ordem do frui e não do uti, segundo a linguagem se S. Agostinho). Mas é claro que o valor absoluto que cabe ao homem é participado. A absolutividade participada, do valor humano pressupõe e remete à absolutividade incondicionada e subsistente do valor Deus. É assim que o homem, enquanto valor absoluto participado reflete e é ícone do valor absoluto e subsistente que é Deus.

A dignidade da pessoa humana enquanto elemento fundante dos direitos fundamentais vincula-se aos direitos à vida, à integridade física, à honra, à liberdade e à igualdade.

Efetividade da justiça na vulnerabilidade da fase inicial e da fase final da vida do ponto de vista jurídico

O Direito e a Justiça devem ter o objetivo primeiro de assegurar que a pessoa humana possa ver a dignidade que lhe é inerente sendo implementada, praticada e realizada em todas as fases da sua vida, da fase inicial até a fase final da vida.

Um dos maiores questionamentos da bioética diz respeito ao início da vida humana. Atualmente, a embriologia estabelece quatro momentos como possivelmente decisivos no desenvolvimento da vida do embrião: a fecundação, o momento de uma possível segmentação, a implantação do ovócito fecundado no útero e o desenvolvimento do córtex cerebral.

Dentre os conceitos filosóficos talvez o mais importante seja o da dignidade humana. Neri (2003) afirma que, de modo geral, dignidade indica o status de uma entidade, dadas suas qualidades intrínsecas e atribuídas.

Do ponto de vista da ação moral, pode-se dizer que deve ser aplicado o princípio da precaução. A saber, diante da eventual incerteza sobre o momento em que inicia a vida humana, opta-se por um comportamento que garanta sempre o respeito absoluto pela mesma. É bom lembrar, a esse respeito, que o princípio de precaução é aplicado também em outros campos, por exemplo, no Direito Ambiental (RAMPAZZO; NAHUR, 2012).

O problema ético mais debatido se refere especificamente à utilização das células-tronco embrionárias que frequentemente levam à destruição do embrião. Daí o grande questionamento é o seguinte: a destruição de um embrião pode ser considerada a supressão de um ser humano? Está claro que a resposta depende do posicionamento filosófico, acima considerado, que diz respeito ao início da vida humana. Os reflexos disso se encontram também a

nível jurídico. A título de exemplo, pense-se nas discussões que ocorreram e continuam ocorrendo a respeito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 3510, sobre a Lei 11.105 de 24 de março de 2005, conhecida como Lei de Biossegurança, especificamente no tocante ao artigo 5º da referida legislação. A resposta do STF se deu no dia 29 de maio de 2008, declarando, pela estrita maioria de 6 a 1, a improcedência desta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), autorizando a pesquisa com células tronco embrionárias.

Os mesmos critérios aplicados à segurança e proteção quanto ao início da vida também devem ser aplicados à vida humana quando a mesma caminha para o seu fim, seja por critérios de doenças terminais, seja por critérios de temporalidade. Sobre a vida física fundamentam-se e desenvolvem-se todos os outros valores da pessoa. A inviolabilidade do direito do ser humano inocente à vida é um sinal e uma exigência da inviolabilidade mesma da pessoa

Quanto ao critério vinculado às doenças terminais, levanta-se a discussão quanto ao suicídio assistido e à eutanásia. A discussão se aquilata na ponderação entre o valor da vida humana e o exercício da autonomia de vontade e liberdade da pessoa. Tais iniciativas não são permitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Importante destacar que o primeiro de todos os direitos é o direito à vida e o exercício de qualquer dos demais direitos fundamentais prescinde da valorização e da manutenção da vida humana.

Quanto ao critério temporal, o idoso é este ser humano composto de corpo e alma, somados a um valor intrínseco, que o diferencia enquanto ser pessoa “humana”, tendo assegurados todos os direitos fundamentais a ela inerentes, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se lhe, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (artigo 2º, Estatuto do Idoso), devendo ser respeitada em razão de suas particularidades próprias da pessoa idosa, dentro de critérios de igualdade formal, uma vez que também ele é titular de direitos fundamentais.

Assinala Sousa (2004) que, na seara da proteção integral, vários dispositivos da Constituição Federal, reportam-se aos idosos, a saber, o constitucionalizado no artigo 3º, IV, apontando como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Sousa (2006, p. 71) assevera que “a dignidade da pessoa humana é fundamental no respeito à vida, aos direitos pessoais, aos direitos sociais e econômicos, educacionais, bem como às liberdades públicas em geral, valores esses que devem ser extensivos aos idosos”.

A pessoa idosa enquanto ser social e pessoa humana resguardado pela proteção dos direitos fundamentais, pelo texto constitucional, deve ter assegurados todos os direitos, sem prejuízo da proteção integral, visando a preser-

vação da sua saúde integral.

Conclusão

Procurou-se apresentar o questionamento a respeito do rumo atual da ciência e da tecnologia que chegou a um ponto de ruptura, por colocar em risco o futuro da natureza e do mesmo homem, apontando as recentes disciplinas da Bioética e do Biodireito como respostas a tal problemática, mais especificamente diante da vulnerabilidade na fase inicial e na fase final da vida.

Com tal objetivo mostrou-se como a história da humanidade foi caracterizada por um extraordinário desenvolvimento tecnológico, mas com o risco de ser considerado como a única forma do saber. Ressaltou-se, então, uma necessária interdependência entre Técnica e Antropologia. Esta interdependência está baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à Bioética, foi considerada a origem do termo e seu campo de pesquisa expresso na Enciclopédia de Bioética nestes termos: “Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”. E viu-se que seu ‘paradigma’ é constituído pela formulação dos princípios de autonomia, benefício e justiça.

A Bioética, por sua vez, na sua interdisciplinaridade, chega a articular-se com o Direito na medida em que esse trata de disciplinar na vida social os procedimentos biomédicos: trata-se da nova área do Biodireito. O Biodireito desponta como um direito de formação muito recente no âmbito da ciência jurídica cujo objeto de análise são princípios e normas jurídicas que tem por fim imediato criar, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos decorrentes de relações entre indivíduos, entre indivíduos e grupos, e entre esses com o Estado, quando essas relações estiverem vinculadas ao início da vida, ao seu transcurso ou ao seu término.

Mas na base dos princípios da Bioética e do Biodireito encontra-se o princípio da Dignidade da pessoa humana devidamente declarado na última Constituição da República Federativa do Brasil, a partir do qual são reconhecidos os direitos humanos garantindo consequentemente o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

A partir deste princípio são reconhecidos os direitos humanos, garantindo consequentemente o exercício dos direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Por fim considerou-se a efetividade da Justiça na vulnerabilidade da fase inicial e da fase final da vida do ponto de vista jurídico. Na fase inicial o problema ético mais debatido se refere especificamente à utilização das células-tronco embrionárias que frequentemente levam à destruição do embrião,

inclusive permitida na Lei de Biossegurança. E, na fase final, levanta-se a discussão quanto ao suicídio assistido e à eutanásia. A discussão se aquilata na ponderação entre o valor da vida humana e o exercício da autonomia de vontade e da liberdade da pessoa.

Este estudo se posicionou integralmente a favor do valor da vida humana em todas as circunstâncias, recorrendo até ao princípio de precaução diante de uma eventual dúvida sobre o momento do início ou do fim da vida humana. Dessa maneira procura-se garantir sempre a efetividade da justiça diante da vulnerabilidade da fase inicial e da fase final da vida.

Referências

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL **Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

CATSMAN, Ana Sara; SIMIONATO FILHO, Danilo. Do resgate da pessoa humana à efetivação dos direitos fundamentais: a necessidade de uma viragem deontológica. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**, Caxias do Sul: FSG, ano 4, n. 8, p. 1-232, jul./dez. 2010.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: JFRJ, v. 20, n. 38, p. 227-239, dez. 2013.

GORCZEWSKI, Clovis; DIAS, Felipe da Veiga. Os direitos humanos e o indivíduo como sujeito de direito internacional: aspectos teóricos e práticos norteadores das relações internacionais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 13, n. 2, p. 281-300. jul./dez. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1.

HOSS, Geni Maria. Fritz Jahr e o Imperativo Bioético Debate sobre o início da Bioética na Alemanha e sua importância em nível internacional. **Bioethikós**, São Paulo, n. 7, v. 1, p. 84-86, 2013. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a10.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

NERI, Demétrio. Questões filosóficas na pesquisa e uso de células-tronco. *In*:

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). **Bioética**: poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2003.

PEDROSO, Antonio Carlos Campos. A Justificação dos Direitos Fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n. 1, p. 55-70, 2007.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

RAMPAZZO, L. ; NAHUR, M. T. M. . A Questão Ecológica entre Teologia e Ética, com Perspectivas para o Direito: comentário à mensagem para o dia mundial da paz de 2012. **O Direito e a Dignidade Humana**: aspectos éticos e socioambientais. Campinas: Alínea, 2012. p. 45-88.

REICH, Warren T. (ed.). **Encyclopedia of Bioethics**. 2. ed. New York: Ed. Macmillan Library Reference, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; VIANNA, Rodrigo. A tutela dos direitos fundamentais e o STF como legislador positivo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 13, n. 2, p. 95-133, jul./dez. 2013.

SGREGGIA, Elio. **Manual de Bioética**: I - Fundamentos e Ética Biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2017.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela Jurídica do Idoso**: a assistência e a convivência familiar. Campinas: Alínea, 2004. 245 p.

SOUSA, Ana Maria Viola de. O idoso na legislação brasileira. In: NUNES JUNIOR, Flávio Martins; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. (org.). **O Direito e a Ética na Sociedade Contemporânea**. Campinas: Alínea, 2006. 320 p.

COGNIÇÃO DO VESTUÁRIO E O PODER DAS ROUPAS PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Sintya de Paula Jorge Motta

Mestranda em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (bolsista CNPq) e especialista em Consultoria de Imagem e Estilo pelo Centro Universitário Belas Artes de São Paulo

Resumo:

De forma a compreender como a vestimenta contribui para a construção da imagem pessoal, da autoestima e das atitudes diárias do indivíduo submetido à vulnerabilidade que configura a vivência de um isolamento social, o objetivo deste estudo foi depreender como o vestuário pode representar a essência pessoal e influenciar a imagem e as atitudes do indivíduo para si mesmo e para aqueles com quem ele se relaciona. Utilizando-se a metodologia do relato de experiência, durante a pandemia de COVID-19 em 2020, propôs-se uma experiência que visava ao “desafio” de vestir-se com roupas que melhor representassem a essência pessoal e o momento vivido durante quarenta dias - a inspiração para essa atitude foi a irmã de uma das autoras, que, durante a pandemia, deu seguimento ao seu tratamento de câncer: para as sessões do tratamento, ela sempre se vestiu com suas melhores roupas para enfrentar a adversidade. A pesquisa assim corroborou a importância do vestuário e consequente melhora de ânimos e produtividade, constatação cuja relevância ocorreu não apenas no enfrentamento de uma doença, como também em tempos de pandemia e isolamento social. Assim, diante dos resultados obtidos - ao demonstrar que a pandemia desorganizou as rotinas daqueles que passaram a realizar atividades profissionais no lar -, observou-se a oportunidade e a necessidade de organizar-se um guarda-roupa prático, que possibilitasse a montagem rápida de uma composição de roupa confortável e eficiente para os trabalhos domésticos e de *home office*, sendo uma recomendação a realização de um guarda-roupa aqui denominado “#ficaemcasasempijama”, inspirado no guarda-roupa-cápsula.

Palavras-chave: Consultoria de imagem e estilo; Cognição do vestuário; Guarda-roupa-cápsula; *Home office*; Pandemia.

Introdução

Qual a importância do vestir-se? E qual é, afinal, a relevância dessa atividade para pessoas vulneráveis, como estivemos todos, durante uma pandemia em que aqueles que realizam atividades pessoais e profissionais fora do lar se encontraram isolados em suas residências, sem saírem de seus lares ou fazendo-o o mínimo? A partir dessas indagações questionadas por uma população que enfrentou uma situação única na história recente da humanidade com o advento da COVID-19, este estudo buscou compreender como a vestimenta, diante da teoria da cognição do vestuário, contribui para a construção da imagem pessoal, da autoestima e das atitudes diárias do indivíduo submetido à vulnerabilidade que configura a vivência de um isolamento social.

Sob a hipótese de que a forma como alguém se veste pode conectá-lo com sua essência e influenciar como se autopercebe e interage com o universo ao seu redor, gerando impacto aos outros com quem convive, o objetivo desta pesquisa foi depreender como o vestuário pode representar a essência pessoal e influenciar a imagem e as atitudes do indivíduo para si mesmo e para aqueles com quem ele se relaciona.

Este trabalho de pesquisa qualitativa utilizou a metodologia do relato de experiência (isto é, um estudo no qual o pesquisador tem contato direto com o objeto de estudo). Para o relato de experiência, durante a pandemia de COVID-19 em 2020 e após o decreto de isolamento social em março daquele ano, propôs-se uma experiência que visava ao “desafio” de vestir-se com roupas que melhor representassem a essência pessoal e o momento vivido durante quarenta dias. A inspiração para essa atitude foi a irmã de uma das autoras, que, mesmo durante a pandemia, deu seguimento ao seu tratamento de câncer: para cada uma das sessões do tratamento, ela sempre se vestiu com suas melhores roupas para enfrentar a adversidade.

Para a delimitação do tema, visou-se a um aprofundamento quanto ao impacto que o vestir-se tem para a própria vida da pessoa e as daqueles com quem ela se relaciona e convive. Na literatura, essa relação psicológica da vestimenta foi estudada por Adam e Galinsky (2012), que denominaram o fenômeno como “cognição do vestuário” (tradução para “*enclotbed cognition*”), e expandida por Motta e Oliveira (2021) - conforme resultados de seus estudos, apesar de as roupas não representarem a integralidade do homem, elas têm poder sobre quem as veste (ADAM; GALINSKY, 2012).

Feitas essas considerações introdutórias, espera-se ampliar o entendimento sobre o tema e expandir a contribuição da cognição do vestuário para a melhora do bem-estar e da produtividade, em especial durante o enfrentamento de doenças e de uma pandemia.

Fundamentação teórica

Esta seção é dedicada às teorias que fundamentam esta pesquisa, dividindo-se em dois momentos: em 2.1 é explanada a concepção de cognição do

vestuário, enquanto em 2.2 são abordados o isolamento social, o *home office* e a influência do vestuário em um cenário pandêmico.

Cognição do vestuário

Dados a relevância do tema e o seu reconhecido impacto, novas pesquisas sobre o vestuário têm sido desenvolvidas e envolvem estudiosos de diferentes áreas, das ciências humanas às sociais aplicadas. Entre elas figura a teoria da cognição do vestuário, concebida por Adam e Galinsky (2012), cuja inspiração se norteia por duas linhas de pesquisa distintas: a teoria do “*embodied cognition*” (da cognição do corpo), de Niedenthal *et al.* (2005), propondo que experiências físicas podem construir conceitos mentais no indivíduo, e uma série de estudos que analisa como o vestuário influencia a imagem e a autoimagem de cada um, tais como os empreendidos por Johnson, Lennon e Rudd (2014).

Psicólogos, Adam e Galinsky (2012) realizaram um estudo a partir dessas teorias em que analisaram como o vestir-se possui um simbolismo que ativa processos psicológicos e tendências de comportamento. A referida pesquisa foi realizada a partir de três experimentos realizados com universitários. No primeiro, 58 estudantes foram divididos em dois subgrupos, sendo que um deles usou jalecos médicos, e outro, não. Ambos os subgrupos cumpriram um teste de atenção e aqueles trajando jalecos obtiveram metade dos erros que os demais pertencentes ao subgrupo que o desempenhou em suas roupas regulares.

No segundo experimento, um grupo de 74 estudantes foi dividido em três subgrupos: no primeiro, vestiram jalecos brancos, os quais lhes informaram serem de médicos; no segundo, usaram os mesmos jalecos brancos, mas lhes disseram tratar-se de vestes de pintores artísticos; finalmente, no terceiro subgrupo, os universitários permaneceram numa sala onde havia jalecos brancos “médicos”, mas não lhes foi solicitado que se vestissem com eles. Em seguida, os estudantes foram submetidos a um teste de atenção: os que vestiam jalecos “médicos” demonstraram maior atenção sustentada do que os outros dois grupos.

Finalmente, no terceiro experimento, 99 estudantes foram divididos em três subgrupos. Em um deles, os integrantes vestiram jalecos supostamente médicos; em outro, jalecos de pintores; e, no terceiro, os universitários não vestiram jalecos médicos, mas os tinham à vista durante a atividade. Após, eles redigiram um artigo e, novamente, os que vestiam os jalecos atribuídos a médicos demonstraram maior atenção do que os pertencentes aos outros grupos.

Os resultados dos experimentos indicam uma conclusão semelhante para quem os estuda: as roupas não apenas possuem significados simbólicos, mas a ocorrência simultânea do significado simbólico da roupa com a experiência física de vesti-la impacta a autoimagem individual - partindo-se

do pressuposto de que médicos são atentos em suas atividades profissionais. Esse é o fenômeno denominado por Adam e Galinsky (2012) como “cognição do vestuário” (do inglês *encllothed cognition*). Outras pesquisas ampliaram o estudo original ao investigarem o impacto do vestuário em diferentes indivíduos que desempenham atividades distintas: por exemplo, Mendoza e Parks-Stamm (2020) estudaram a profissão policial, enquanto Slepian *et al.* (2015) voltaram-se às profissões que exigiam vestimentas formais.

Já Pine (2014), diante dos conceitos exploratórios da importância do vestuário, revelou como as roupas afetam os pensamentos, alterando a própria autoimagem, independentemente de perceber-se isso ou não. A autora traz à luz a exemplificação da mulher que exibe um vestido preto para sair e sente-se bela, de alguém que vista um terno e sinta-se poderoso, ou ainda do homem que se imagina como uma estrela de *rock* ao vestir calças *jeans* ajustadas.

Complementarmente, McRaney (2013) revela como quem se apresenta com roupas claras é percebido como esperto e amigável, enquanto Baumgartner (2012, p. IX) sugere uma metáfora, aqui exposta a título de reflexão: “As roupas são uma extensão de quem somos. Muito como uma tartaruga com o seu casco, nós dizemos ao mundo quem somos, e o quê, onde e quando das nossas vidas através do que colocamos sobre as nossas costas”.

Ampliando o repertório teórico, numa palestra, Scheier (2017) relata como a cognição do vestuário impactou seu filho, cuja limitação física o impede de fechar zíperes, assim impossibilitando-o de vestir calças *jeans*; como seus colegas as utilizavam, ele se sentia inferior e excluído. Para contornar a situação, Scheier desenvolveu uma coleção de roupas adaptadas com botões e velcros para pessoas com deficiência (PcDs). Esse trabalho resgatou a autoimagem e a autoestima de seu filho, além de motivá-la a lançar uma coleção voltada àqueles com limitações físicas e, posteriormente, a criar uma organização para educar a indústria da moda e apresentar a importância de atender PcDs, que, à época, já somavam mais de um bilhão.

Em outra palestra, Savasuk (2018) conta que sua filha nasceu com uma deficiência que lhe configurava uma aparência diferente das demais crianças e, portanto, Savasuk passou a se dedicar para que a menina ficasse “mais bela”, em sua opinião, vestindo-a com as melhores roupas, bem femininas. Ela percebeu, entretanto, que a criança não gostava das roupas e não sentia que elas expressavam sua essência: a menina queria vestir camisa e gravata. Quando aceitou as preferências da garota, esta demonstrou sentir-se mais contente, fortalecida e autoconfiante para sair de casa e realizar atividades com demais crianças. A partir disso, a palestrante se tornou consultora de imagem e estilo e trabalhava, à época de sua fala, com casos complexos como o que ela enfrentou, incentivando seus clientes a mostrarem a imagem mais congruente de si para o mundo através do vestuário.

Sem a pretensão de esgotar o tema da cognição do vestuário, ressalta-se que esta é uma abordagem relativamente recente e com poucos estudos con-

cretizados, os quais aconteceram nos Estados Unidos, na Europa e na Ásia. Este trabalho, portanto, fundamenta-se nos conceitos da cognição do vestuário sob uma perspectiva da consultoria de imagem e estilo, e não da psicologia, como foi o foco dos pesquisadores referenciados, sem, todavia, afastar-se dos conceitos originais de Adam e Galinsky (2012). De acordo com essa perspectiva, a consultoria de imagem e estilo propõe trabalhar a aparência da pessoa não apenas para atender à esperada pelos outros para com ela, mas também para trabalhar de forma que seja congruente com a sua essência.

Pandemia, isolamento social, *home office* e a influência no vestuário

A pandemia decorrente da COVID-19, doença que se originou na China ao final de 2019 e que se espalhou pelo planeta ao longo de 2020, até a realização deste artigo, afetou as vidas de milhões que foram infectados pelo vírus, além de ter sido fatal a centenas de milhares. Grande parte da população mundial mudou seus hábitos e passou, por orientação dos governos e dos órgãos de saúde e objetivando reduzir a propagação da doença, a realizar o isolamento social, ou “quarentena”, como a medida se tornou popularmente conhecida. Mas, afinal, o que significa e de onde se origina esse termo tão articulado no ano de 2020?

[No] final do século (1300), com a permanência de epidemias de peste no continente, nasceria a quarentena. Devido ao retorno da peste bubônica pelas embarcações presentes no Mediterrâneo, Veneza resolveu tomar uma atitude radical. Sua administração urbana decidiu que todas as embarcações permanecessem isoladas na baía por quarenta dias antes que seus ocupantes pudessem desembarcar - era a “quarentena”. Por que quarenta? Pela influência religiosa na cidade cristã, pois várias passagens bíblicas foram descritas com duração de quarenta dias ou anos. (UJVARI, 2020, p. 51)

Pandemias e quarentenas não são, portanto, novidades no planeta, porém havia muitos anos desde que um cenário dessas proporções impactava o povo em termos mundiais. Um evento semelhante ocorreu no início do século XX, quando a gripe espanhola se alastrou pelo globo, acometendo um número estimado de um quinto da população e causando 22 milhões de mortes (UJVARI, 2020). As lições do enfrentamento dessa e de outras epidemias do século XX, no entanto, não prepararam a população para enfrentar a primeira pandemia do século XXI.

Além de uma grave consequência na saúde mundial, os países sofreram impactos econômicos e enfrentaram uma acentuada retração econômico-financeira, que aumentou o número já elevado de desempregados - Costa (2020) alega que a velocidade e a intensidade da retração econômica e da perda de empregos é um fenômeno sem precedentes na história recente.

Sob uma perspectiva social, o isolamento, mesmo por parte daqueles

que se mantiveram empregados, alterou a dinâmica do trabalho. Aqueles que atuavam nos setores administrativos das empresas, por exemplo, passaram a desempenhar suas obrigações empregatícias em casa de forma remota (em *home office*) e a utilizar plataformas virtuais para realizar reuniões e encontros com as equipes das organizações. Para Mendes e Castro (2020, p. 59), “a pandemia do novo coronavírus [...] também mudará para sempre a vida do trabalhador e dos patrões. Cada vez mais flexibilização será a regra do jogo, mesmo depois de a vacina chegar”, tendo em vista que as empresas demonstram satisfação com o resultado do *home office*. Essa modificação nos hábitos sociais trouxe uma mudança que aqueles que a acompanham acreditam ser perene e implica novas maneiras de relação interpessoal (RODRIGUES, 2020).

Para aqueles que não mais apenas vivem em suas casas com suas famílias e atendem às tarefas domésticas como também trabalham nesse ambiente, tal fenômeno influenciou tanto a rotina familiar e os espaços físicos quanto o que se veste em sua residência - ocorrência que acaba por afetar ainda mais as mulheres, visto que recaiu sobre elas uma miríade de atribuições do lar e do trabalho formal, potencialmente desorganizando suas rotinas.

Esse formato de trabalho, mesmo já existente antes, com o advento da COVID-19 transpôs novas amplitudes, impactando como os profissionais se vestiam. Ainda que seja um evento absolutamente novo quando da redação deste texto, nota-se determinadas mudanças, como executivos em reuniões virtuais, por exemplo, que passaram a diferenciar suas vestimentas.

Metodologia

Este trabalho de pesquisa qualitativa utilizou a metodologia do relato de experiência, isto é, um estudo no qual o pesquisador tem contato direto com o objeto de estudo, o que permite tornar a pesquisa mais densa e expandir o debate do tema escolhido, assim ampliando as investigações do objeto de pesquisa (MOTTA; LACERDA; SANTOS, 2019).

Para apresentar o relato de experiência, durante a pandemia decorrente da COVID-19 em 2020, e após o início do isolamento social decretado em março do referido ano, propôs-se uma experiência que visava ao “desafio” de vestir-se com roupas que melhor representassem uma essência pessoal e o momento que se estava vivendo durante um período de quarenta dias, no primeiro semestre de 2020, quando efetivamente teve início o período de “quarentena”.

A cada dia uma fotografia foi postada em um perfil pessoal do Instagram em que se exibia o traje escolhido, acompanhada por um texto iniciado pelos dizeres “Quarentena Sem Pijama”, seguido de um descritivo reflexivo sobre a motivação da iniciativa e/ou os impactos de tal quanto à condução do dia vigente. Cada publicação obteve “curtidas” e recebeu comentários de diferentes usuários da rede que acompanhavam aquele perfil do Instagram.

O relato de experiências descreverá como foi essa trajetória e quais os

impactos causados às próprias autoimagem e autoestima da autora dos *posts*, além de uma primeira avaliação da amplitude do impacto nas pessoas que interagiram com as postagens durante aqueles dias.

Análise dos resultados

Com o início da pandemia em decorrência da COVID-19 em 2020, enorme parte da população teve suas rotinas alteradas, desde trabalhos e estudos até práticas de lazer. Grande parcela dessas atividades, antes presencial, foi interrompida ou começou a ser realizada à distância, posto que a população passou a estar em seus lares durante a maior parte do tempo. Ao vestir-se com menos cuidado, ainda que justificando-se pelo isolamento social - que não exigia que as pessoas se vestissem mais apropriadamente sob o pretexto de ir a um evento ou a uma reunião, por exemplo -, tal descuido pode contribuir com a redução da produtividade em casa, no trabalho, nos estudos e nas demais atividades, afinal, tal como postula a teoria da cognição do vestuário (ADAM; GALINSKY, 2012), as roupas que o indivíduo veste têm o poder de influenciar suas atitudes e sua autoimagem.

Particularmente no que diz respeito à vivência de uma das pesquisadoras, assim como se sucedeu com a maioria da população, grande parcela de suas atividades, antes presenciais, foi interrompida ou passou a ser feita à distância. Com seus demais familiares aconteceu o mesmo, portanto a família começou a manter-se por bastante tempo em casa diariamente, comportamento esse que se estabeleceu da forma mais rigorosa possível, em especial devido a uma irmã da pesquisadora estar com câncer à época, no início da pandemia. Todo esse cenário, no entanto, tornara todos mais tristes e desanimados. Mesmo sendo uma profissional da área de imagem, a pesquisadora passou a se vestir com menos atenção, com menos esmero, percebendo que, a cada dia que isso se repetia, a tristeza e o desânimo aumentavam.

Naquele momento, dois eventos distintos mudaram a forma de enfrentamento das adversidades por parte da pesquisadora. Durante uma conversa com sua irmã, ela percebeu que, mesmo adoentada, todos os dias ela investia tempo e energia para se vestir da melhor forma possível, apesar de sua vulnerabilidade. De acordo com suas palavras:

“Imagina se eu não me vestir com capricho nessa situação, como eu vou ficar. E como eu vou me sentir? Que estou entregando os pontos? Então eu todos os dias busco me preparar para o dia me vestindo tão bem ou até melhor do que fazia antes de ter sido diagnosticada com essa doença.”

Essa fala teve forte impacto à pesquisadora, afinal ela própria, profissional dedicada a orientar os outros sobre como construir a imagem e o estilo mais adequados às suas características, não estava seguindo esses fundamentos da profissão devido ao isolamento social e a suas consequências emocio-

nais. Em contrapartida, sua irmã, mesmo adoentada e vulnerável, levava a situação de forma diferente, reconhecendo a contribuição do ato de vestir-se da melhor forma possível para o enfrentamento do que vivia. Nisso, a pesquisadora percebeu que sua situação emocional a levava a relegar seu cuidado com o vestuário.

Ao vestir-se com menos cuidado, ainda que justificando-se pelo isolamento social - que não exigia que ela se vestisse mais apropriadamente sob o pretexto de ir a um evento ou a uma reunião, por exemplo -, tal descuido também influenciava negativamente o seu lado emocional. Cada vez mais abalada psicologicamente, a pesquisadora vestia-se também cada vez pior, imergindo em um círculo vicioso no qual a cognição do vestuário agia para baixar a autoestima. Isto, por sua vez, também contribuía na redução de sua produtividade em casa, no trabalho, na pós-graduação e nas demais atividades, afetando até mesmo a forma de apoio à sua irmã durante o tratamento pelo qual passava.

Diante dessa reflexão, a pesquisadora propôs a si mesma a implementação de forma disciplinada de uma rotina de vestimenta e de autocuidado diário, experiência que se denominou “Quarentena Sem Pijama”, a QSP. Durante quarenta dias seguidos, em alusão à palavra *quarentena*, era postada uma foto com um *look*, isto é, com o visual daquele dia. A foto era compartilhada no Instagram com um texto cuja estrutura foi mantida durante todo o período. Após o título (*Quarentena Sem Pijama Dia X*), a descrição trazia uma reflexão, que poderia ser tanto uma sugestão relacionada com a consultoria de imagem e estilo quanto um comentário sobre o momento ímpar que todos estavam vivendo, aludindo a como o ato de vestir-se pode influenciar o dia de cada um.

As fotos e os textos compartilhados começaram a ter um impacto bastante relevante: ao longo da QSP, houve mais de três mil interações (entre 2.311 curtidas [70%], 899 comentários [27%] e três mensagens diretas [3%] - as formas de engajamento do Instagram) providas das pessoas que acompanhavam o perfil e que passaram a sentir-se motivadas.

A partir de uma autorreflexão quanto a como elas próprias estavam lidando com o vestir-se, essas pessoas perceberam que tratava-se de uma prática a ser considerada em suas rotinas diárias; nisso, depreenderam que adotar um vestuário mais apurado contribuiria positivamente para suas autoimagem e produtividade, que conseqüentemente melhorariam ao enfrentar o isolamento social. Observou-se, ainda, que os comentários elogiando os *looks* muitas vezes tinham teor motivacional. Houve várias interações dessa natureza, cinco das quais constam no quadro 1.

Quadro 1 - Elogios à QSP.

#	Comentário
1	“Amei! Estou adorando acompanhar [...]. Parabéns pela disciplina nesses dias tão intensos e incertos.”
2	“Sua história e a maneira como tem se colocado inspiram demais. Parabéns pelo seu posicionamento diante da vida. Um abraço apertado.”
3	“Estava aguardando o seu look nesta bela tarde de outono. Só para confirmar, show o visual!”
4	“Amei seus textos! Eles refletem exatamente o que penso. Precisamos nos arrumar para nós mesmos. Quando nos arrumamos, nosso astral muda completamente. É um posicionamento perante o dia que vem pela frente. Parabéns, amiga!”
5	“E quem ganhou fomos nós. Sua atitude inspira e contagia, esse é o lado positivo das redes. É por isso que evito ao máximo seguir celebridades. As pessoas que um dia passaram em minha vida são tão interessantes e reais. Viva, viva, foi tão bacana a troca. Você daí e a gente daqui.”

Fonte: As autoras, 2022.

Deste modo, a QSP propiciou um efeito de motivação a todos os que interagiam com os *posts*. A partir disso, percebe-se que o descuido com o vestir-se e o aumento do desânimo no período de isolamento social afetavam muitas pessoas mais, conjuntura em meio à qual se pode constatar que a QSP teve um efeito inspiracional: ela motivava os demais a revisitarem o tema, inspirando-os a alterar suas rotinas e suas próprias formas de vestirem-se. A roupa não apenas influencia a imagem que os outros têm, como também surte alcance sobre a sua própria visão de si - percebeu-se, com isso, a aplicabilidade prática dos conceitos da cognição do vestuário.

Concluído o desafio proposto, portanto, a autora pôde observar que, assim como sua irmã, ela melhorou sua autoimagem e produtividade para enfrentar os desafios de seu cotidiano, ela que estava também em uma situação mais vulnerável.

Conclusão

Esta pesquisa buscou compreender como a vestimenta contribui para a construção da imagem pessoal, da autoestima e das atitudes diárias do indivíduo submetido à vulnerabilidade que configura a vivência de um isolamento social. Ao testemunhar a irmã vestir-se com suas melhores roupas para passar pelas sessões de tratamento para o câncer que enfrentava, e inspirada por essa atitude para desafiar-se a também vestir-se melhor durante o isolamento social vivido durante a pandemia de COVID-19, a autora, que encontrava-se também em uma situação de vulnerabilidade, constatou uma melhora em sua autoimagem e produtividade para enfrentar os desafios de seu cotidiano.

O relato de experiência assim corroborou a importância do vestuário e consequente melhora de ânimos e produtividade, constatação cuja relevância ocorreu não apenas no enfrentamento de uma doença, como também em

tempos de pandemia e isolamento social. Assim, diante dos resultados que esta pesquisa obteve - ao demonstrar que a pandemia desorganizou as rotinas daqueles que passaram a realizar atividades profissionais no lar -, observou-se a oportunidade e a necessidade de organizar-se um guarda-roupa prático, que possibilitasse a montagem rápida de uma composição de roupa confortável e eficiente para os trabalhos domésticos e de *home office*.

Uma recomendação, portanto, é a realização de um guarda-roupa aqui denominado “#ficaemcasasempijama”, inspirado no guarda-roupa-cápsula. O objetivo da proposta é que quem empreendê-la tenha fácil acesso a itens essenciais e escolha roupas com eficiência adequada à rotina de trabalho - o que pode se estender para além do fim da pandemia -, sem perder conexão e coerência com sua essência.

Um guarda-roupa-cápsula tradicional é aquele otimizado e inteligente, cuja composição varia de 37 a 50 peças (a depender da realidade de cada um e sem contar acessórios - lenços, bijuterias -, pijamas ou roupas de ginástica), a fim de oferecer praticidade segundo a máxima “menos é mais” - em relação ao guarda-roupa comum, existe uma tendência a usar-se apenas 20% das roupas possuídas em 80% do tempo. Para organizar o #ficaemcasasempijama, analisa-se o guarda-roupa completo: peças que não mais atendem aos gostos e à identificação pessoais são enviadas para doação; e outras não utilizadas com frequência, como saias-lápis e saltos altos, são guardadas na parte superior do guarda-roupa, já que não têm uso nesse momento.

Em seguida, selecionam-se peças diversas que sejam: 1) confortáveis e privilegiem o tronco e a parte superior do corpo, que é a mais visível em videochamadas durante o *home office*; 2) de fácil manutenção, haja vista a atual escassez de disponibilidade para dedicação a serviços domésticos daquele(a) que habitualmente é responsável por lavar, passar e acondicionar as roupas, carência de tempo essa intensificada pela pandemia; e 3) de fácil coordenação de peças e cores, multiplicando as possibilidades de *looks*.

A seguir, o quadro 2 sugere a quantidade de peças para a montagem do guarda-roupa e apresenta um exemplo adaptado para uma habitante de cidade pequena em região montanhosa de clima ameno, elaborado considerando-se o estilo e as preferências de sua proprietária. A sugestão demonstrada é completamente passível de adaptações às características das regiões onde o guarda-roupa for implementado e aos estilos de seus devidos proprietários, que podem contar com o auxílio profissional de consultoria de imagem e estilo para organizá-lo.

Quadro 2 - Modelo #ficaemcasasempijama.

Item	Quantidade
Jaquetas	2
Casacos	4
Blazer	1
Blusas	15
Vestidos	3
Calças	5
Saias	2
Sapatos	9
Total	41

Fonte: As autoras, 2022.

Além do #ficaemcasasempijama, ponderou-se a organização de uma infraestrutura para a realização eficiente das reuniões e *lives* a acontecerem à distância no *home office*. A motivação para a elaboração dessa estrutura foi a constatação de que, sem uma iluminação e um ambiente adequados, a imagem transmitida pode gerar um ruído quanto à almejada, demonstrando, por exemplo, falta de profissionalismo e, conseqüentemente, insegurança. Desta forma, como em diversos lares, além dos adultos trabalhando remotamente, as crianças também estão estudando *on-line*, pode ser escolhido um espaço na residência para ser utilizado como *home office* e sala de estudos, como o próprio quarto. O espaço pode receber, complementarmente a uma escrivaninha e ao material de escritório adequado, tripés para lâmpadas LED de alta resolução.

O cenário do *home office* também é importante para proporcionar uma boa impressão; pode-se dividir o espaço do quarto com um biombo posicionado ao fundo de quem está trabalhando ou estudando e que apoie a transmissão de uma imagem profissional. Uma sugestão para se providenciar um biombo facilmente é utilizar uma arara e um tecido neutro, ou mesmo veicular dizeres que quem o utilizará gostaria de comunicar.

Finalmente, visando a pesquisas futuras, propõe-se a ampliação do estudo da cognição do vestuário com novas abordagens qualitativas e quantitativas voltadas a outras situações enfrentadas por profissionais de consultoria de imagem e estilo. Recomenda-se também a aplicação do #ficaemcasasempijama a um número maior de participantes, assim como a avaliação da sua aplicabilidade e do aumento da praticidade pessoal notado nas rotinas de todos os sujeitos da família, em relação tanto às atividades domésticas quanto às profissionais, que passaram a estar interligadas.

Referências

ADAM, H.; GALINSKY, A. Encloded cognition. **Journal of Experimental Social Psychology**, Amsterdam, v. 48, n. 4, p. 918-925, 2012.

BAUMGARTNER, J. **You are what you wear.** What your clothes reveal about

you. Philadelphia (USA): Da Capo, 2012.

COSTA, S. S. Pandemia e desemprego no Brasil. **Revista de Administração Pública**, FGV EBAPE, Rio de Janeiro, v. 54, p. 969-978, 2020.

JOHNSON, K.; LENNON, S. J.; RUDD, N. Dress, body and self: research in the social psychology of dress. **Fashion and Textiles**, New York, v. 1, p. 1-24, 2014.

McRANEY, D. **Você não é tão esperto quanto pensa**: 48 maneiras de se autoiludir. São Paulo: Leya, 2013.

MENDES, F.; CASTRO, L. F. Meu escritório é em qualquer lugar. **Veja**, São Paulo, n. 41, p. 59, 7 out. 2020.

MENDOZA, S. A.; PARKS-STAMM, J. Embodying the police: the effects of en-clothed cognition on shooting decisions. **Psychological Reports**, [s. l.], v. 123, n. 6, p. 2353-2371, 2020.

MOTTA, R. G.; LACERDA, L.; SANTOS, N. M. B. F. Acessibilidade em museus para portadores de deficiência visual e neurológica - relato de experiência de visita ao MASP. *In*: CONVIBRA, 16., 2019, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: CONVIBRA, 2019.

MOTTA, S.; OLIVEIRA, L. R. de. **Quarentena sem Pijama**: o poder das roupas sobre a autoimagem e a produtividade. São Paulo: Editora Labrador, 2021. 128 p.

NIEDENTHAL, P. M. *et al.* Embodiment in attitudes, social perception and emotion. **Personality and Social Psychology Review**, Washington (USA), v. 9, p. 184-211, 2005.

PINE, K. **Mind what you wear**: the psychology of fashion. Seattle: Amazon (A Kindle Single), 2014.

RODRIGUES, E. Normas do MPT sobre home office podem desincentivar a adoção, dizem especialistas. **O Estado de S. Paulo** (Estadão), São Paulo, ano 141, n. 46.374, 5 out. 2020. Economia, p. B1.

SAVASUK, S. **Dressing for confidence and joy**. Palestra proferida no TEDxPortsmouth, Portsmouth (EUA), set. 2018. Publicado pelo canal TEDx Talks. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L5n3V0VYGNg>. Acesso em: 28 set. 2020.

SCHEIER, M. **How adaptive clothing empowers people with disabilities**. Palestra proferida no TED@Tommy, Amsterdã (Países Baixos), nov. 2017. Tradução: André Cruz. Revisão: Custódio Marcelino. Disponível em: https://www.ted.com/talks/mindy_scheier_how_adaptive_clothing_empowers_people_with_disabilities?language=pt-br. Acesso em: 26 set. 2020.

SLEPIAN, M. L. *et al.* The cognitive consequences of formal clothing. **Social Psychological and Personality Science**, Newcastle, v. 6, p. 661-668, 2015.

UJVARI, S. C. **História das epidemias**. São Paulo: Contexto, 2020.

O DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO FIRMADO ENTRE O CLUBE E A ATLETA DO FUTEBOL E OS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: VULNERABILIDADE DA CATEGORIA ATLÉTICA

Higor Marcelo Maffei Bellini

Mestre em direito desportivo, Pontifício Universidade Católica De São Paulo Mestre em Gestão Integrada Saúde e Meio Ambiente do Trabalho, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial de São Paulo

Resumo:

O esporte como um todo, mas o futebol de modo específico, possui uma abrangência global, atingindo a países em todos os continentes, fazendo com que exista assim a interligação de culturas jurídicas, provocada pelo trânsito de atletas e técnicos de diferentes países. Há uma interdisciplinaridade de ordenamentos jurídicos envolvidos na elaboração de um contrato de trabalho de atletas de futebol. Isso ocorre devido a existência da lei básica da Federação Internacional de Futebol Associado, que deve ser respeitada por todos os clubes, mundialmente, além das legislações do país sede do clube e, também do país de origem do atleta. Tem-se, então, a participação de pelo menos três culturas jurídicas distintas, concorrendo na elaboração de um contrato de trabalho, acarretando três culturas jurídicas distintas a tratarem da matéria da indenização por danos extrapatrimoniais devidos ao atleta do futebol, em razão do descumprimento do contrato de trabalho. O esporte, por excelência, designa lugar de discussão das demandas relativas aos acontecimentos contratuais/extracontratuais, relacionados ao contrato de trabalho. Nessa seara, a presente pesquisa objetiva, principalmente, apontar a necessidade de ampliação do conceito de dano extrapatrimonial, no contexto da indenização pleiteada pelos citados esportistas, os quais, devido às diversidades de conceitos utilizados nos variados países, acabam sendo indenizados por danos extrapatrimoniais, a partir de parâmetros distintos, fato este que justifica a presente pesquisa, na medida em que busca diminuir a vulnerabilidade enfrentada pelos esportistas prejudicados, nesse cenário de indenizações. A metodologia de estudo se vale do método de pesquisa das referências bibliográficas e documental.

Palavras-chave: Esporte; Atletas femininas do futebol; Descumprimento de contratos; Danos extrapatrimoniais; Vulnerabilidade

Introdução

O mundo do direito deixou de ser restrito ao ordenamento jurídico de um determinado país, em razão da internacionalização das relações humanas, que permitem às pessoas de países distintos, efetivarem relações jurídicas, entre as quais àquelas relacionadas ao contrato de trabalho, sem a necessidade de mudança de residência, ou de nacionalidade, das pessoas envolvidas na relação. Esse fato aponta a necessidade de aceitação da existência de conceitos universais a serem observados pelas partes contratantes, na seara ora estudada, independentemente de cultura jurídica a que estejam submetidos.

No mundo dos esportes, especialmente naquele que envolve o “futebol de campo” - anotando-se a existência, também, da modalidade “futebol de salão” e “beach soccer” (futebol de praia) - referida nova realidade se revela muito presente, em especial aos atletas brasileiros, espalhados por times, ao redor do globo. Esses esportistas levam para o mundo, a cultura brasileira do futebol e do direito e, notadamente, no presente estudo, as matérias relacionadas ao reconhecimento da existência dos danos extrapatrimoniais.

No direito brasileiro, após a reforma trabalhista de 2017, trazida pela entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, passa-se a utilizar a expressão “danos extrapatrimoniais” como sinônimo de danos morais, conforme disposto no artigo 223-A, observada a definição legal trazida no artigo 223-B, que dispõe: “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”

A hermenêutica do disposto no artigo 223-B da Lei nº 13.467/2017, propicia uma interpretação mais ampla quanto ao dano extrapatrimonial a ser reparado, abarcando além da ofensa moral ao bom nome ou à imagem da pessoa, a qual não teve o contrato de trabalho efetivamente respeitado, em todos os seus termos e condições, quer aqueles legalmente impostos, quer aqueles acordadas pelas partes, no contrato. Referida situação propicia um melhor entendimento do conceito por parte dos empregadores de atletas brasileiros que estão atuando no exterior, fato que ocorre, devido o conceito de danos à imagem e/ou à moral, mudarem de acordo com a cultura de cada país, e de uma geração para outra, em razão de que a aceitação de determinadas práticas pelo direito, muda conforme o tempo e o espaço em que são apreciadas.

Notas introdutórias: conceitos de danos extrapatrimoniais, cultura e exemplos ocorridos no futebol feminino

Em território brasileiro o conceito, trazido na citada legislação, propicia a oportunidade de os atletas, em especial, as atletas femininas do futebol, auferirem alguns benefícios, a começar pelo contrato de trabalho, que se refere à uma simples cópia dos contratos dos homens, desconsiderando as necessidades femininas, a exemplo das consequências de uma gravidez, ao longo do contrato de trabalho, os quais são firmados, notadamente, com menos de um

ano de vigência, considerado que entre a gestação e o período de estabilidade no trabalho, já se tem mais do que um ano, o que implica a necessidade de se ter redigido um novo contrato de trabalho.

A respeito da conceituação trazida na Norma Consolidada brasileira, o dano extrapatrimonial existe, quando o Clube de futebol contrata uma jogadora, ofertando além do salário pago em dinheiro, o salário “in natura”, composto pelo fornecimento da alimentação e do alojamento, como maneira de se fazer a composição da remuneração da atleta, maneira esta considerada como uma remuneração usual, no mundo, em se tratando de atletas mulheres, no futebol.

Partindo do exemplo brasileiro, exportado para o mundo, o dano extrapatrimonial acontece quando o clube, contratante dos serviços da atleta, não fornece a alimentação ou, ao fornecê-la, o faz em padrões abaixo do aceitável, em face das normas legais e da cultura do lugar. Exemplo dessa situação é o que se refere ao fornecimento de alimentação fria, como no caso da pizza entregue fria devido ao período de sete horas de transporte - entre a sede do clube e o aeroporto de embarque dos membros da equipe de futebol; também, o caso de fornecimento de peixe cozido com as vísceras não retiradas.

Observar-se, dos exemplos expostos, que o Clube não forneceu a alimentação conforme o prometido, além de que não foi conforme a cultura dos consumidores dos alimentos - seja pela cultura alimentar, seja prática cultura jurídica -, causando danos extrapatrimoniais aos consumidores, na medida em que atentou contra os direitos existenciais, da pessoa humana. Extrai-se desse episódio, que a ninguém deve ser imposto se alimentar comida fria, transportada por empregadores que, em tese, não desejam suportar os gastos com a alimentação dos funcionários, observado que as jogadoras referidas são consideradas, de fato, como empregadas do Clube.

No caso do alimento (peixe) sem a retirada das vísceras, da mesma maneira, não pode ser imposto como alimento às jogadoras, todavia a compreensão de que o consumo de vísceras acontece em alguns países do mundo, de acordo com as suas tradições culturais, a exemplo da torta de rins, que é popular na Inglaterra e da dobradinha, popular no Brasil.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a ninguém se pode impor aderir/negar às tradições. Ao empregado, enquanto ser humano que possui o direito de ver respeitada a sua cultura, ao longo do contrato de trabalho, não se pode, da mesma maneira negar-lhe sua cultura, já que esta afirma o reconhecimento da sua humanidade.

Também, o dano extrapatrimonial relacionado aos alojamentos, é um exemplo brasileiro relevante a ser trazido às reflexões, no presente artigo. Observa-se que o atendimento das condições legais básicas, mesmo que minimamente, devem ser respeitadas no caso dos alojamentos, a exemplo das condições impostas pela NR24, que diz respeito a todas as pessoas que moram em alojamentos, fornecidos pelos empregadores.

Nessa seara, recorda-se que o Clube, normalmente, coloca as atletas re-

sidindo em uma casa, ou um apartamento, alugados, fato este que implica o desenrolar dos treinamentos e disputas de campeonatos dos quais as atletas participam, na medida em que, muitas vezes não são observadas as condições legais relacionadas ao número de pessoas que ocupam cada quarto, que usam os banheiros. Isso pode refletir diretamente no aproveitamento das atletas, de maneira individual e/ou em grupo.

Outro exemplo relevante, que pode ser interpretado de maneiras, diz respeito aos Clubes e aos treinadores em relação ao esportista, qual seja, a imposição de penalidade ao esportista que é colocado em treinamento, isoladamente, como se estivessem em castigo: é colocado em corrida isolada, ao redor do campo de jogo, em razão de ato “errado” que teria praticado, assim entendido pelo treinador. Ocorre que referido “castigo”, normalmente, é aplicado de maneira sumária, no momento dos fatos, sem que o esportista possa se defender, e sem ter direito de apela da decisão que lhe foi imposta.

No século XXI, na sociedade brasileira, já não se aceita a imposição de castigos físicos às pessoas, independentemente da causa da frustração da pessoa, havendo de se perguntar: o que levaria um superior, técnico ou dirigente, a rebaixar um atleta, retirando-lhe a dignidade humana a partir de humilhação sofrida perante o elenco do qual faz parte.

Negar a humanidade aos esportistas, notadamente, à atleta do futebol, que ocupada o papel de empregada, estando, muitas vezes, longe da sua residência e da sua família, morando em alojamento fornecido pelo Clube - fato este que, per si, já fragiliza a pessoa -, é entendido como se fosse a imposição de castigo, diante dos olhares das demais integrantes do elenco. Não se pode negar a ninguém, o cumprimento de um direito humano fundamental, inclusive resguardado pela declaração universal dos direitos humanos, em seu artigo 5º, que assim dispõe “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

As situações apresentadas, aparentemente, podem ser entendidas como lícitas à determinada cultura jurídica e, ilícita para outra, gerando consequências ao Clube que a praticar, a exemplo da contratação de atleta, sem a sua participação nos jogos. Referida situação importa a contratação da atleta sem que ela exerça a sua função como empregada, durante o período contratual. No caso, mesmo que se remunere a atleta, com o salário contratado, sua oportunidade de estar em campo, mostrando o futebol que sabe jogar, lhe é retirada. A atleta ao entrar em campo revela a sua arte para outras equipes, que podem ficar interessada na atleta, ofertando-lhe nova proposta de trabalho.

A atleta do futebol, a vulnerabilidade da categoria e algumas situações normativas

A Federação Internacional de Futebol Associado, entidade que regula o futebol em todo o mundo, com relação às federações que a ela são associadas, possui norma de abrangência transnacional, designada por “*Reglamento Sobre*

El Estatuto y La Transferencia de Jugadores”, a qual permite à atleta - que está sob contrato de trabalho válido, acordado com Clube - pedir a rescisão do contrato, em razão de não lhe terem utilizado no jogo. Nesse sentido dispõe o item de número 15 do Regramento:

Un jugador profesional que en el transcurso de una temporada participe en menos del 10 % de los partidos oficiales disputados por su club puede rescindir prematuramente su contrato argumentando causa deportiva justificada. En el examen de estos casos, se considerarán debidamente las circunstancias del jugador. La existencia de una causa deportiva justificada se establecerá individualmente en cada caso. En tal caso, no se impondrán sanciones deportivas, aunque podrá exigirse indemnización. Un jugador profesional podrá rescindir su contrato sobre esta base en los 15 días siguientes a su último partido oficial de la temporada con el club en el que está inscrito.

Observa-se, todavia, diante de determinados casos concretos, relativos à ocorrência dos danos extrapatrimoniais, oriundos de contratos de trabalho das jogadoras de futebol, que não se pode negar a existência de elementos objetivos e subjetivos a serem apurados por que aprecia a questão concreta que lhe é submetida.

Referido subjetivismo está presente nas interpretações das regras, passando por situações culturais das partes envolvidas, sem deixar de lado seus costumes e usos, verdadeiras fontes, as quais propiciam a materialização de direitos, influenciando na lente pela qual se examina a situação.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 8º, estabelece que os usos e os costumes são considerados como fontes jurídicas do direito do trabalho:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Uma pergunta se impõe, na presente seara é: o que seria um costume, do ponto de vista jurídico, já que ele pode criar a obrigação de indenizar um dano extrapatrimonial? Em resposta, valendo-se da doutrina de Munagorri (2019), tem-se que *“la costume peut être définie, em premiere approche, comme la repetition d’un comportement considere comme obligatoire au sein d’une société donnée”*. Logo, é certo dizer que o costume é aceito como fonte jurídica, considerada como lícita, por determinadas sociedades e ordenamentos jurídicos, em determinados e certos períodos da história.

Nesse sentido, as determinadas épocas da história de uma sociedade,

além dos determinados momentos do seu ordenamento jurídico, em que os costumes são aceitos por eles - sociedade e ordenamento jurídico - podem, de fato, serem entendidos como verdadeiros costumes jurídicos, a determinarem direitos e obrigações aos envolvidos em uma relação jurídica contratual ou legal, observadas, inclusive as tratativas da negociação.

A categoria das atletas de futebol, sejam atletas de base, sejam atletas adultas, que estejam desenvolvendo as suas atividades, mediante um contrato profissional de trabalho, ou de uma celebração de contratos denominados de amadores - apesar de a relação neles regulamentadas, serem de emprego, segundo os requisitos da lei brasileira, estabelecidos nos artigos 2 e 3 da Norma Consolidada, ou seja: mediante a existência de subordinação, eis que as atletas, não podem se recusar a treinarem ou a jogarem, sendo obrigadas a comparecerem a todos os treinos marcados pelo clubes e a todos os jogos, recebendo, em contrapartida, o pagamento do salário e as despesas necessárias à sua realização - o que é pago pelo Clube, de maneira habitual e com a pessoalidade. É nesse sentido, que se pode considerar como uma categoria muito vulnerável.

A referida vulnerabilidade reside primeiramente nos contratos de trabalho, que ainda hoje, são firmados pelos times, por apenas uma temporada, que a depender da realidade dos Clubes, pode durar os noventa dias (no mínimo), estabelecidos pela Lei Pelé, ou até dez meses, menos do que os cinco anos (no máximo), estabelecido pela mesma Lei - realidade somente dos Clubes da “série A masculina do campeonato brasileiro de futebol”. Veja-se que as atletas são praticamente obrigadas a residirem nos alojamentos fornecidos pelos clubes, já que o período em que os contratos são firmados, não guardam compatibilidade com o estabelecimento dos contratos de alugueis, objetivando a concretude de suas moradias fora dos alojamentos, aliado ao fato da dificuldade que possuem de encontrarem fiadores para eventuais contratos de locação, se fosse o caso.

Assim, as atletas passam aceitar situações concretas de violações dos seus direitos extrapatrimoniais, para que os seus contratos não sejam rescindidos, e tenham que voltar para as residências de suas famílias. As dificuldades das atletas são várias, inclusive de receberem os valores de pagamentos, frutos dos contratos/rescisões de trabalho, que lhe são devidos, tanto ao estarem em cidades dos Clube, como nas cidades deles distantes.

Justiça competente à reparação por danos extrapatrimoniais das atletas de futebol

É importante, também, trazer-se aos debates qual seria a justiça competente para as atletas do futebol buscarem a indenização à reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos, enquanto estavam cumprindo os seus papéis designados nos contratos de trabalho, envolventes dos treinos e disputas de torneios pelas suas Equipes.

Quando se trata das situações ocorridas no território brasileiro, a primeira resposta que se tem, é a indica como justiça do trabalho, qualquer operador do direito, ou gestor de carreiras das atletas, por ser ela a justiça responsável pela análise das relações entre patrões e empregados, conforme disposto no artigo 114, da Constituição da República Federativa do Brasil. A abrangência das normas é tanto para as situações em que a atleta já possui o vínculo trabalhista, anotado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, discutindo-se a existência e a extensão dos danos; como para as situações em que ela busca o reconhecimento da existência de vínculo empregatício, declarando-se a existência do contrato de trabalho entre o Clube e jogadora, após discutindo-se eventuais outros pedidos.

A atleta pode apresentar o pedido de indenização por reparação de danos extrapatrimoniais, se apresentado perante a justiça cível estadual, o juízo especial cível, na cidade em que ela reside, ou na cidade de residência da sua família, quando o Clube realizar o contrato de trabalho, por meio de contrato de prestação de serviços, mascarando a verdadeira relação trabalhista. A questão da facilidade no deslocamento da atleta deve ser considerada, já que ela pode residir em Estado distinto daquele do Clube, ou em cidade distante, mesmo que no mesmo Estado do Clube; considerando-se, inclusive e, principalmente, o custo que teria a atleta pelo deslocamento até a cidade do antigo clube. Nesse sentido, deve-se observar o que, de fato, compensaria financeiramente à atleta, de maneira a não lhe transmitir maior onerosidade.

Destaca-se que a prática de referida situação pode ser facilitada às atletas, devido ao fato de os Clubes de futebol não cumprem as suas obrigação legais, reconhecendo as atletas como empregadas, realizando anotações de vínculos nas suas Carteiras de Trabalho, dando-lhes oportunidades de usufruírem dos benefícios das políticas públicas de incentivo ao esporte amador: com a possibilidade de utilização da justiça comum, entendida a verdadeira natureza jurídica dos contratos firmados com as atleta; a possibilidade de as atletas pleitearem indenização por danos extrapatrimoniais pela inexecução das obrigações contratuais, além dos danos materiais pelo não pagamento do salário, transferindo aos Clubes os gastos com os deslocamentos necessários.

Nas hipóteses de litígio entre as atletas e os Clubes de países distintos, necessário buscar-se o auxílio das câmaras de resolução de conflito da Federação Internacional de Futebol Associado, que possui a competência, para a análise da questão entre as partes de países diferentes. Por isso é importante às atletas, antes de assinarem contratos com um Clube estrangeiro, colocarem no contrato, que qualquer litígio sobre as questões contratuais, estas devem ser discutidas perante este órgão internacional, e não perante as câmaras, montadas e organizadas pelas federações nacionais, em especial, quando as atletas, ou os seus agentes não dominarem o idioma vigente naquelas localidades.

Conclusão

Do presente estudo, pode-se concluir, considerada a realidade jurídica brasileira em face da realidade mundial, que o conceito de danos extrapatrimoniais - nomenclatura utilizada no lugar de danos morais -, deve ser entendido como sendo todo dano advindo do não cumprimento das obrigações contratuais ou legais, pelas partes do contrato ou, também, pelo seu inadequado cumprimento, mediante o conceito da cultura vigente na localidade, que pode ser diferente daquele em que a atleta cresceu ou, da pessoa que julgará eventual questão, quando apresentada ao tribunal.

As diferenças culturais, na hipótese de surgimento de questão contratual a ser levada ao tribunal da Federação Internacional de Futebol Associado, podem acontecer quando existir a necessidade de análise de questão de fato, a ser feita por um examinador/julgador que possua uma cultura distinta daquelas das partes ou, coincidente com a cultura de somente uma das partes. Nesse sentido, a depender da história pessoal desse examinador/julgador, ele poderá decidir/julgar conforme a sua própria cultura, praticando uma justiça “injusta” com uma ou com uma das partes envolvidas na análise.

Nessa seara, pode-se afirmar que até mesmo o vocábulo “dano extrapatrimonial” facilita a sua utilização à defesa dos interesses das atletas, já que não fica restrito ao conceito de um dano moral, que necessariamente atingiria os valores subjetivos das atletas, para tratar das questões contratuais, que envolvam não apenas Clubes e atletas, de um mesmo país, mas, em especial quando se refere à questão relacionada aos personagens de distintas nacionalidades.

A possibilidade de ser buscada a reparação por meio de indenização por dano extrapatrimonial, deixa a atleta menos vulnerável às situações de práticas cotidianas, em que os clubes cumprem as suas obrigações de qualquer maneira, apenas para afirmarem o cumprimento daquilo previsto no contrato, a exemplo da obrigação não cumprida pelos Clubes, de fornecimento de alimentação adequada às atletas. Diferente, os Clubes, muitas vezes, fornecem sempre frango, ou sempre linguiça, entre outros alimentos, não respeitando a necessária adequada e balanceada alimentação diária das atletas, que devem conter, entre outros itens necessários, a proteína.

A nomenclatura “dano extrapatrimonial” utilizada no lugar de “dano moral” facilita o modo de encarar os danos sofridos pelas atletas de futebol, pelo descumprimento dos contratos, por parte dos Clubes, já que o cumprimento de um contrato por parte deles (Clubes) deve ocorrer na sua íntegra e não de maneira dissimulada, buscando garantir somente os “termos gramaticais” de um acordo de vontades.

Por derradeiro, pode-se afirmar que um avanço na defesa dos direitos trabalhistas das atletas de futebol, designa, também, um avanço dos seus direitos enquanto seres humanos, propiciando a existência de maior gama de ferramentas, para resguardar referidos direitos das atletas, que enfrentam, co-

tidianamente situações de vulnerabilidade, a exemplo na busca da justiça, de indenizações por danos extrapatrimoniais em razão de descumprimentos de seus contratos de trabalho, por parte dos Clubes de futebol. Todavia, pode-se afirmar, uma melhoria na busca de referidas indenizações, a partir da consideração do vocábulo “dano extrapatrimonial”, que carrega, em si, uma carga menos intensa de subjetividade, em face do vocábulo, até então utilizado, “dano moral”

Referências

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos nº 1**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

BELLINI, Higor Marcelo Maffei. **O uso da lógica jurídica na apresentação nos casos trabalhistas apresentados perante a Fifa**. 2022. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/o-uso-da-logica-juridica-na-apresentacao-nos-casos-trabalhistas-apresentados-perante-a-fifa>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

BELLINI, Higor Marcelo Maffei. **A transnacionalidade, uma característica, das normas e das decisões vindas das federações internacionais esportivas**. 2022. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/a-transnacionalidade-uma-caracteristica-das-normas-e-das-decisoes-vindas-das-federacoes-internacionais-esportivas/>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943**. Aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

FIFA. **Commentary on The Fifa Regulations For The Status and Transfer of Players**. Zurich, 08 de setembro de 2021.

FIFA. **Reglamento Sobre El Estatuto y La Transferencia de Jugadores**,. Zurich, fevereiro de 2022.

MUNAGORRI, Rafael Encinas de. **Introduction générale au droit**. 5. ed. Barcelona: Champs Université, 2019.

PEREZ, João Paulo di Carlo. **A construção do conceito de justa causa no âmbito do futebol internacional**. 2021. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/a-construcao-do-conceito-de-justa-causa-no-ambito-do-futebol-internacional/>. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

VILLAS BÔAS, Regina Vera e SOARES, Durcelânia S. Efetividade do direito humano à alimentação adequada em tempos de pandemia: incertezas e incoerências. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade** | e-ISSN: 2526-0022 | Encontro Virtual | v. 7 | n. 1 | p. 58 - 74 | Jan/Jul. 2021.

VILLAS BÔAS, Regina Vera e MOTTA, Ivan Martins. O direito fundamental ao acesso e consumo Sustentável da água potável, recurso natural que Sustém a vida de todos, em todos os ambientes, devendo atenção aos vulneráveis. **Revista Jurídica Unicuritiba**, vol. 02, nº. 59, pp. 155 - 180, Curitiba, 2020.

DO MARCO À DEMARCAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE O MARCO TEMPORAL E A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gustavo Rodrigues Vêras

Mestrando em Direito no Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica

Lucas Cerqueira Montal Moreira

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

O objetivo central da presente pesquisa é a reflexão sobre os impactos do julgamento em andamento no Supremo Tribunal Federal acerca do Marco Temporal das terras indígenas, observando os fundamentos jurídicos e constitucionais e o impacto na proteção dos povos indígenas. Neste sentido, a partir de uma revisão bibliográfica analisa o tema do Marco Temporal a partir de uma perspectiva histórica, caminhando até o cenário atual. Seguindo nesta linha, adotando a revisão da jurisprudência, aponta, de forma crítica, a partir de uma ótica não apenas jurídica, mas também política, histórica e sociológica, os caminhos que trouxeram até o julgamento no presente analisado do Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema de Repercussão Geral 1031), que, por seu caráter de repercussão geral, tem a perspectiva de traçar um novo e decisivo horizonte na polêmica questão da demarcação de terras indígenas. A partir de uma visão multidisciplinar é possível vislumbrar o Direito em seu todo, qual seja a estrutura jurídica estabelecida no país, como as consequências da aplicação da norma no plano fático.

Palavras-chave: Demarcação; Marco temporal; Terras indígenas.

Introdução

A trajetória da luta dos povos indígenas pelos seus direitos foi marcada pela violência. Isto se dá desde o período colonial, com a escravidão e o genocídio, até os atuais conflitos por territórios, envolvendo interesses econômicos

e políticos. Assim foi moldado, ao longo da história, todo o desenvolvimento jurídico e constitucional acerca dos interesses dos povos indígenas.

Neste sentido, atualmente, a proteção dos povos indígenas é uma máxima constitucional de defesa dos direitos fundamentais bem como cláusula pétrea, sempre devendo ser promovida pelo Governo Federal, através de políticas públicas em cooperação com organizações não governamentais e com o exército brasileiro.

Conflitos e homicídios em regiões indígenas tiveram significativo aumento nos últimos anos. O aumento dos conflitos foi de 174% no período entre 2019 e 2020, e no mesmo período o aumento nos homicídios foi de 61%¹.

O marco temporal é o entendimento de que apenas povos indígenas que estavam em seus territórios a partir de 05 de outubro de 1988 poderiam reivindicá-los. Segundo o Greenpeace²:

“negar o reconhecimento das terras indígenas é negar a reprodução de seus modos de vida que conservam 1,62 milhões de quilômetros quadrados de vegetação nativa, conseqüentemente, coloca em risco o equilíbrio ecológico e agrava a crise climática global.”

Apresentando todos esses aspectos, ressalta-se a importância do estudo de um tema que envolve um grupo vulnerável, como aponta Noel Nutels³:

A essa hora alguém está matando um índio. É a cobiça da terra, é a cobiça do subsolo, é a cobiça das riquezas naturais. É um vício de estrutura econômica. Enquanto terra for mercadoria e objeto de especulação vai se matando índio. A quem interessa o crime?

Observa-se, como já apontado, que a questão das terras indígenas remonta desde o descobrimento do Brasil, conforme a seguir.

A história dos direitos dos povos indígenas

A presença de portugueses no Brasil no século XVI foi seguida de ocupação com base em conflitos territoriais com povos indígenas, que se seguiram de escravidão em massa, genocídio e aculturação através da presença de padres missionários jesuítas que promoveram a catequização dos nativos.

O processo de catequese dos nativos no século XVI foi parte, segundo Thales de Azevedo⁴: “do plano geral de colonização organizado pela coroa

1 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2020. 2020.

2 GREENPEACE. Para proteger os direitos indígenas e conter a crise climática, diga não ao Marco Temporal!. Acessado em: 11 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/marco-temporal-nao>

3 ÍNDIOS, MEMÓRIAS DE UMA CPI. Hermano Penna. TV CÂMARA Brasil: 1998

4 AZEVEDO, Thales de. Catequese e aculturação. Leituras de Etnologia Brasileira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 365, 1976.

lusitana para povoamento e exploração da América portuguesa”. Se buscava assim assimilar e disseminar a religião oficial do país colonizador para os nativos do país colonizado.

Paralelo a isso, ocorriam também as missões expansionistas dos Bandeirantes em que em muito dos casos, utilizavam-se de mão de obra escrava dos povos indígenas para a busca de seus objetivos, quais sejam a busca de metais preciosos e de novas faixas territoriais.

Percebe-se por meio desse contexto histórico, que a figura dos povos nativos, desde a colonização, se viu ameaçada por interesses políticos e econômicos do Estado e dos detentores dos meios de exploração.

No período colonial é importante ressaltar que já havia discussões, bem como documentos legais acerca das terras indígenas. Aponta-se o alvará régio de primeiro de abril de 1680 onde se reconhece os indígenas como⁵ “primários e naturais senhores das terras”⁶, e a Lei de 6 de junho de 1755 que recepciona o determinado do documento acima citado⁷.

A Constituição de 1934 foi a primeira a trazer direitos indígenas no patamar maior das normas. Em seu artigo 5º, inciso XIX, “m”, estabelece que é competência da União a legislação sobre políticas de integração entre indígenas e não indígenas. Além disso, no artigo 129 estabeleceu que a posse das terras nas quais os povos indígenas se localizavam permanentemente, vedando a possibilidade de alienação destes territórios. Sobre o conteúdo da Constituição de 1934, Marcelo Kokke, Rafaela Hidalgo González Franco e Rafaela Carvalho Coutinho de Oliveira apontam:

apesar do caráter assimilacionista, por meio do qual o indígena era entendido como alguém a ser civilizado e que deveria passar a adotar as bases da cultura hegemônica, a Constituição determinava o respeito à posse de terras indígenas.⁸

As Constituições de 1937 e de 1946 mantiveram as questões estabelecidas na Constituição de 1934 acerca dos direitos indígenas sobre suas terras.

A partir da segunda metade do século XX, entretanto, houve um crescimento sobre os apoiadores pela luta dos Povos Indígenas, em especial, sobre a preservação da cultura e das Terras. Nesse momento histórico, surgiram causas, defendidas por grandes figuras políticas, que se encontram concretizadas na atualidade.

No tocante a conquista sobre os Direitos pelas Terras Indígenas, cita-se como exemplo a Criação do Parque Nacional do Xingu criado em 14 de abril

5 PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 115, 2000.

6 DE UMA CARTA DE SUA, Registro. Magestade. Registro Geral da Camara Municipal de S. Paulo, p. 357, 1917.

7 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. Saraiva Educação SA, p. 851 2019.

8 KOKKE, Marcelo et al. O MARCO TEMPORAL E DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Dom Helder Revista de Direito, v. 5, n. 10, p.04 2022.

de 1961 no Governo Jânio Quadros. Reserva de preservação Indígena, idealizada pelos irmãos Villas Bôas e projetado pelo antropólogo Darcy Ribeiro.

Nessa época, entretanto, havia uma tradição administrativa e legislativa na qual o ordenamento jurídico brasileiro era moldado, chamada de Comunhão Nacional. Em que se visava a incorporação dos Povos Indígenas aos costumes impostos pelo Estado. Em outras palavras, a identidade indígena era vista como algo transitório a ser superado. Como dito por Orlando Villas Bôas, a intenção por trás da Comunhão Nacional era de que:

As comunidades indígenas fossem rapidamente integradas economicamente à sociedade brasileira como contingente reserva de mão de obra para o trabalho ou mesmo como produtores de mercadorias, dando impulso às economias regionais em expansão que, a partir daí, poderiam integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país.⁹

Nesse contexto histórico, foi criada a Lei nº 6.001 de 1973, batizada como Estatuto do Índio, criada para regulamentar a situação jurídica da pessoa e comunidade indígena. Ela foi criada devido à exigência imposta pela Constituição de 1967 em seu artigo 198, em que determinava-se a criação de Lei Federal para regulamentar a garantia aos Indígenas sobre o Direito de posse e usufruto das terras em que ocupavam e as riquezas naturais encontradas ali.

Portanto, o Estatuto, apesar de conter artigos que reforçavam a tradição da Comunhão Nacional, também garantiu aos Povos Indígenas, o Direito de posse e usufruto sobre as terras que ocupavam.

O maior passo sobre a concretização dos Direitos dos povos Originários no Ordenamento Jurídico Brasileiro deu-se com a promulgação da Constituição de 1988. Durante o processo constituinte, houve uma grande participação e pressão dos manifestantes Indígenas para a inclusão de dispositivos constitucionais que garantissem Direitos a eles. O que, de fato foi concretizado, havendo, inclusive, um capítulo destinado ao Direito Indígena (Capítulo VIII).

A CF/88 determinou, também, no art. 67 da ADCT, que “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”, entretanto o dispositivo não foi cumprido. Mesmo após outubro de 1993, a questão não foi resolvida e no decorrer das décadas, até os dias atuais, há um grande debate sobre como será determinada a questão das demarcações das Terras Indígenas.

Demarcação de terras indígenas

A demarcação das terras indígenas tem como intuito limitar faixas territoriais destinadas a posse de povos originários. A limitação garantirá ao povo

⁹ VILLAS BIAS FILHO, Orlando. Os direitos Indígenas no Brasil Contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo. História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional. São Paulo, Editora Atlas, p.282, 2003.

indígena, o Direito sobre a terra ali habitada assim como uma extensão territorial destinada a preservação das culturas.

Como dito, o tema sobre as demarcações sobre terras indígenas ainda não foi resolvido, mesmo com previsão Constitucional. O que cabe a ser questionado é o porquê.

De um ponto, como visto, existe o interesse dos povos originários sobre a preservação de suas culturas e de um lugar para estabelecerem-se. E, de um outro ponto, observa-se o interesse dos detentores de terras, tais como produtores rurais e empresas que se utilizam da exploração de recursos naturais e riquezas encontradas nas terras a serem demarcadas. Tais produtores questionam, inclusive, o fato de não receberem indenização, caso ocorram as demarcações.

A principal tentativa do Supremo Tribunal Federal, para estabelecer um parâmetro para identificar qual área poderá ser demarcada, foi com a súmula 650, a qual afirma que “o conceito de ‘terras indígenas tradicionalmente ocupadas pelos índios’ não atinge aquelas que eram ocupadas pelos nativos no passado remoto”¹⁰. Como o que se tem na súmula é muito amplo, alguns processos judiciais tentaram definir qual o marco temporal que determina ocupação das terras indígenas no local que busca a ser demarcado.

Dentre os precedentes mais importantes, encontra-se o caso da Raposa Terra do Sol (Pet 3.388/RR), Ação Popular que visava declarar a inconstitucionalidade da Portaria 534/2005 que determinava a demarcação das Terras indígenas da Raposa Terra do Sol aos povos originários presentes.

A decisão do STF sobre a Ação Popular, se deu favorável a declaração de inconstitucionalidade sobre a Portaria 543/2005, sob o argumento da chamada “Teoria do fato Indígena”, que consiste na determinação de um marco temporal para demarcação de terras indígenas, fixado na data da promulgação da Constituição de 1988 (5 de outubro de 1988).

Porém, em sede de embargos de declaração, foi determinado no ano de 2013 que a decisão está desprovida de repercussão geral e que, por conta disso, não possui efeito vinculante. Apesar disso, o precedente obteve uma grande repercussão nacional, e passou a ser muito utilizado como jurisprudência em processos sobre demarcação em tramitação no judiciário.

Jurisprudência

Tramita no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema de Repercussão Geral 1031), que, até a conclusão do presente, encontra-se sem sentença definida. A ação trata da delimitação temporal da demarcação de terras indígenas, e, por ter caráter de repercussão geral, definirá como serão tratadas todas as situações e lides que tratem do marco

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 803.462 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, julgado em 09/12/2014, DJE 29 de 12-2-2015

temporal, nos termos adotados em ementa pelo relator da ação, o Ministro Edson Fachin:

É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurisconstitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional¹¹.

O fato de estar com status de repercussão geral representa um reflexo em 82 casos considerados semelhantes que estão sobrestados, aguardando a resolução do mérito do recurso extraordinário em análise.

O recurso foi originado por ação envolvendo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA). Na ação que originou o recurso, foi deferido pedido de reintegração de posse do IMA, referente a área tradicionalmente ocupada pelo povo Xokleng. A decisão recorrida se deu porque, apesar de haver reconhecimento de que a terra tradicionalmente pertence ao povo Xokleng, não houve homologação deste reconhecimento, o que prejudica sua força jurídica.

É neste contexto, e na esteira das discussões abordadas no item anterior que o Supremo Tribunal Federal está para decidir os critérios para as demarcações de terras indígenas.

Destaca-se que até a conclusão do presente artigo, apenas dois votos foram concluídos na ação. Ressalta-se, porém, que o conteúdo dos mesmos demonstra-se eloquente para a análise da natureza da discussão.

O primeiro voto foi dado pelo Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Edson Fachin, que, em linhas gerais, decidiu contra a tese do marco temporal. Se destaca em seu voto o seguinte trecho:

Autorizar, à revelia da Constituição, a perda da posse das terras tradicionais por comunidade indígena, significa o progressivo etnocídio de sua cultura, pela dispersão dos índios integrantes daquele grupo, além de lançar essas pessoas em situação de miserabilidade e aculturação, negando-lhes o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade envolvente.¹²

Observa-se que o argumento do ministro relator acompanha a tese contrária ao marco temporal que reconhece no instituto o risco de etnocídio.

Em sua decisão, o Ministro Fachin elenca dez pontos que podem direcionar a decisão colegiada no estabelecimento de critérios a serem adotados tanto no processo de demarcação das terras indígenas como no processo anterior, de reconhecimento das terras como sendo tradicionais dos povos originários. Destes pontos, é importante destacar:

11 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Decisão Monocrática. Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema de Repercussão Geral 1031), julgado em 21/02/2019, p. 108.

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Voto do Relator. Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema de Repercussão Geral 1031), julgado em 21/02/2019, p. 108.

- (...)III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;
- IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;
- (...)
- V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;
- (...)
- VII - as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;
- VIII - as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;
- IX - são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;
- X - há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.¹³

O outro voto já realizado no Recurso Extraordinário 1.017.365, foi o do Ministro Kassio Nunes Marques, que divergiu do relator sob argumentos com a ideia de que a teoria do marco temporal traria instabilidade de acordo com o princípio da Segurança Jurídica, e que ele seria a solução que melhor concilia uma suposta oposição entre os interesses do “país e dos indígenas”. Neste sentido, citou a decisão no caso de Raposa Serra do Sol como paradigma que vem sendo adotado e que, segundo o ministro, traz segurança jurídica nas situações em que podem ocorrer conflitos fundiários.

Outro ponto tratado por Nunes Marques foi acerca do prazo estabelecido pelo artigo 67 da ADCT, segundo o Ministro: “não faria sentido fixar prazo para a demarcação dessas terras, pois a possibilidade estaria sempre em aberto.”¹⁴

Até a conclusão do presente artigo, a ação se encontra pendente de pauta após pedido de vistas do Ministro Alexandre de Moraes e, desta forma, os

13 Ibid, p. 108-109.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Marco Temporal: para ministro Nunes Marques, data da promulgação define ocupação tradicional, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1&fbclid=IwAR-3X-WJO042TCrMiLAA9E0h4Q-So1H4gIGdv00HsOPOzJeROFP362HhIWk>

votos somam apenas um pelo provimento do recurso e um voto divergente.

Conclusão

Os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados demandam das instituições, dos poderes e da sociedade a devida efetividade. Neste sentido, os direitos dos povos indígenas às suas terras devem ser acompanhados de instrumentos que os tornem efetivos. É a partir disto que se deve pensar nos critérios a serem estabelecidos e em qual forma eles o serão efetivados.

A fixação do marco temporal na promulgação da Constituição Federal em vigência pode trazer a segurança jurídica apontada pelo ministro Nunes Marques em seu voto no Recurso Extraordinário 1.017.365, porém não pode se dizer o mesmo acerca da efetividade do direito dos povos indígenas às suas terras.

Os pontos do voto do ministro relator do RE, apontados no presente artigo, por sua vez, sinalizam para uma abordagem mais efetiva do assunto. Desta forma, uma decisão colegiada neste sentido, pode ser um importante passo no caminho da efetividade deste direito.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se, mais uma vez, em um conflito de direitos envolvendo a dicotomia econômica/social. Cabe agora, ao julgamento do recurso extraordinário, uniformizar o entendimento legal sobre a polêmica da demarcação das terras indígenas.

Referências

AZEVEDO, Thales de. Catequese e aculturação. Leituras de Etnologia Brasileira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 365-384, 1976.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 803.462 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, julgado em 09/12/2014, DJE 29 de 12-2-2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema de Repercussão Geral 1031), rel. min. Edson Fachin, julgado em 21/02/2019.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2020. 2020.

DE UMA CARTA DE SUA, Registro. Magestade. Registro Geral da Camara Municipal de S. Paulo. 1917.

GREENPEACE. Para proteger os direitos indígenas e conter a crise climática, diga não ao Marco Temporal!. Acessado em: 11 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/marco-temporal-nao>

ÍNDIOS, MEMÓRIAS DE UMA CPI. Hermano Penna. TV CÂMARA Brasil: 1998

KOKKE, Marcelo et al. O MARCO TEMPORAL E DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Dom Helder Revista de Direito, v. 5, n. 10, 2022.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 107-120, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. Saraiva Educação SA, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Marco Temporal: para ministro Nunes Marques, data da promulgação define ocupação tradicional, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1&fbclid=IwAR3X-WJO042TcRMiLAA9E0h4Q-So1H4gIGdv00HsOPOzJeROFP362HhlWk>

VILLAS BIAS FILHO, Orlando. Os direitos Indígenas no Brasil Contemporâneo. In: BITTAR. Eduardo. História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional. São Paulo, Editora Atlas, p.282, 2003.

ENTRE A INCAPACIDADE E A AUTONOMIA: UMA REFLEXÃO SOBRE A MAIORIDADE SANITÁRIA

Rita de Cássia Curvo Leite

Doutora em Direitos Difusos e Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP,
Professora de Direito Civil nos cursos de graduação e especialização da PUC/SP,
Advogada

João Damasceno Lopes Neto

Advogado, graduado em Direito pela PUC/SP, mestrando no núcleo de direitos difusos e coletivos da PUC/SP

Resumo:

Ainda vemos em nosso ordenamento jurídico uma verdadeira “heurística da incapacidade”, segundo a qual a criança e o adolescente são tomados como seres inaptos ao exercício de seus direitos. Em razão de sua qualificação enquanto incapazes, a vontade destas crianças e destes adolescentes é inteiramente submetida a vontade de um terceiro, seu representante ou assistente. Embora estes últimos devam sempre atuar em harmonia com a vontade da criança e do adolescente, esta não é, muitas vezes, a realidade. Assim, a criança e o adolescente acabam se tornando meros objetos de proteção, expectadores de suas próprias vidas. Deveras, esta situação é inaceitável sobre o uma ótica Civil-Constitucional, a qual enfatiza a dignidade da pessoa humana e autonomia dos indivíduos. Dessa forma, tomando como base os avanços a partir da Constituição de 1988 quanto ao *status* das crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos dotados de efetiva liberdade e autonomia, não se pode desconsiderar o “querer” e opiniões destes. Assim, especialmente quando falamos em direitos existenciais, como o direito à saúde, é preciso reconhecer um âmbito mais alargado de autonomia que foge dos limites da incapacidade civil. Surge, então, a maioridade sanitária, a qual prega a necessidade de se integrar os adolescentes, especialmente os de idade igual ou superior a 14 anos, no processo decisório sobre a sua própria saúde, fundando-se no binômio informação-participação.

Palavras-chave: Direito da criança e adolescente, Maioridade sanitária; Autonomia.

Introdução

A obra *Capitães de Areia*, de Jorge Amado, centra sua história em um grupo de crianças e adolescentes que vivem na cidade de Salvador em 1937. No decorrer da obra, este grupo de jovens enfrentam diferentes tramas e desafios na tentativa de sobreviver e dar um sentido a sua vida, sozinhos, na capital baiana.

Com efeito, na obra, o autor nos mostra a capacidade daquelas crianças e adolescentes em enfrentar os diversos problemas e desafios que são colocados contra si, sem nunca perder parte de sua inocência infantil. Neste sentido, o autor demonstra como os personagens, apesar de jovens, são capazes de ter pensamentos profundos, encarar o mundo de forma crítica, ter opiniões e ganhar uma autonomia própria em uma sociedade que os marginalizou.

A capacidade das crianças e adolescentes, especialmente os maiores de 14 anos, em entender, interpretar e se posicionar frente ao mundo não se limita apenas as páginas dos livros modernistas. Ela é uma verdadeira realidade que, é, porém, por vezes esquecida.

A idade não é nenhuma indicadora de ignorância. Principalmente nos dias atuais, em que as gerações mais novas tem acesso facilitado a informações e opiniões pela internet, possuindo uma aptidão quase inata em utilizar os equipamentos eletrônicos, é preciso reconhecer que as crianças e adolescentes são seres capazes de manifestar expressões artísticas, culturais, científicas e religiosas que devem ser respeitadas.

Este trabalho vem neste sentido. Ele se funda nestas premissas para defender uma tese: os adolescentes, especialmente os maiores de 14 anos, são titulares do direito de terem sua vontade considerada e, acima de tudo, de participarem do processo decisório em relação ao exercício de seus direitos, mormente no que tange ao seu direito à saúde.

Buscamos, portanto, perquirir sobre a chamada “maioridade sanitária”, um conceito já existente na medicina, mas que ainda não foi explorado extensivamente pelo Direito. Trata-se de uma tese que vai de encontro a noção tradicional de incapacidade civil em razão da idade, propondo uma reflexão em vista ao direito à liberdade e autonomia das crianças e dos adolescentes, bem como diante do valor maior que é a dignidade da pessoa humana.

Assim, o nosso objetivo final é responder duas perguntas centrais: do que se trata e qual o conteúdo da maioridade sanitária? É possível falar em maioridade sanitária em vista ao ordenamento jurídico positivo brasileiro?

A superação da heurística da incapacidade

O ponto de partida na compreensão da maioridade sanitária é a própria noção jurídica de incapacidade. Afinal, o art. 3º do Código Civil (CC) insere os menores de 16 anos no campo dos absolutamente incapazes, apresentando à nossa tese um robusto desafio inicial.

Partindo de uma acepção clássica, a incapacidade pode ser definida

como a restrição legal que recai sobre um indivíduo, impedindo-o de realizar, por si mesmo, os atos da vida civil. Ela implica, assim, na exigência de que a pessoa seja representada ou assistida por um terceiro a fim de que sua vontade ganhe contornos de validade jurídica.

Neste sentido, em sua origem, a incapacidade é um instrumento de natureza protetiva. Efetivamente, conforme Maria Helena Diniz, a incapacidade se volta a proteger os “portadores de uma deficiência jurídica apreciável”¹. Sobre o assunto, disserta Pontes de Miranda que a incapacidade decorre da constatação de que certas situações impedem o sujeito de manifestar devidamente seus sentimentos e vontade. Estas situações podem ocorrer em razão de uma condição de saúde ou pela falta do grau de pensar, querer e consciência exigido pelo dever ou responsabilidade. Dessa forma, nestas hipóteses, o Direito tem o dever de pré-excluir a imputabilidade e a validade dos atos jurídicos praticados pela pessoa²

Deveras, o incapaz é tratado de maneira diferenciada justamente pela presunção de que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos do cotidiano que as demais pessoas. Assim, a tutela jurídica especial do incapaz decorre do próprio princípio da isonomia material (tratar os iguais como iguais e desiguais como desiguais)³. Afinal, espera-se que aquele que assuma direitos e deveres seja capaz de entender o conteúdo e a consequência da relação jurídica que assume, sob o risco de prejudicar-se ou de lesar terceiros.

No entanto, inobstante a sua índole protetiva, não se pode negar que a incapacidade restringe a autonomia individual. Isto porque torna a vontade do incapaz subserviente e a vontade do terceiro que lhe representa ou assiste. O que ganha contornos mais graves na incapacidade absoluta, em que a legislação imputa a vontade do representante ao incapaz.

Embora, tecnicamente, o representante deva zelar pelos interesses do incapaz, o “querer” deste, seu ânimo ou pensamento, muitas vezes não são considerados no exercício da representação, sendo substituído pelo “querer” alheio.

Neste diapasão, vive-se aquilo que apelidamos de “heurística da incapacidade”.

A heurística se reporta aos atalhos mentais que realizamos para tomar uma decisão. Trata-se de uma forma de reduzir o esforço mental, tornando o processo cognitivo mais eficiente e permitindo superar as limitações naturais do cérebro humano⁴.

1 Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 34 ed. São Paulo, Saraiva, 2017, P. 171

2 Tratado de direito privado: parte geral. Introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 291 e 315

3 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 13 ed rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, P. 274.

4 Sobre o assunto: <https://institutoconectomus.com.br/o-que-e-heuristica/> Último acesso em: 06/11/22.

Neste contexto, há uma heurística da incapacidade na medida em que se promove uma relação de causalidade automática entre a subsunção de uma pessoa em uma das situações previstas no rol dos arts. 3º e 4º do CC, com sua inaptidão completa para exercer seus direitos. Assim, a lógica corrente é de que a incapacidade restringe o exercício de todos os direitos do indivíduo (seja ele qual for) sem quaisquer gradações ou diferenciações.

Ocorre que esta heurística é insustentável no Direito Civil contemporâneo.

Desde o advento da Constituição da República de 1988 (CR) o ordenamento jurídico brasileiro experimenta o fenômeno da “constitucionalização do Direito”. Por meio deste, a CR se torna o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico, de maneira que os valores imantados no texto constitucional passam a refletir e a conformar todos os ramos do Direito. Neste sentido, passa a ser necessário promover, sempre, a chamada técnica da “filtragem constitucional”, ou seja, a interpretação sob as lentes das normas e valores da CR⁵.

Entra, assim, em perspectiva uma nova concepção de um Direito Civil-Constitucional, lastreada na dignidade da pessoa humana. Dessa sorte, abandona-se cada vez mais uma visão patrimonialista das relações civis, no âmbito de qual a incapacidade visava a proteção dos negócios e atos praticados pela pessoa. Assim, hoje, a incapacidade surge com um viés humanitário, dentro de um paradigma de humanização da legislação civil⁶.

Neste contexto, a incapacidade deve ser vista, primeiramente, como um instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana.

Não se sustenta, portanto, uma visão de incapacidade que restrinja o exercício de todos os direitos por parte do incapaz, colocando-o na posição de espectador da própria vida. Enquanto medida protetiva, a incapacidade deve se restringir ao campo do exercício dos direitos patrimoniais. Isto porque, quando estamos a falar de direitos fundamentais de natureza existencial (o direito à vida, o direito à saúde, o direito a manifestação do pensamento *etc.*) a incapacidade perde sua razão de ser, afinal, limitar ou subtrair de qualquer pessoa o exercício desta categoria de direitos seria análogo a lhes diminuir sua própria dignidade⁷.

Um valioso avanço foi dado dentro desta perspectiva com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (hoje mais bem denominada de Lei Brasileira da Inclusão - LBI), o qual reconheceu a plena capacidade civil da pessoa com deficiência (art. 6º). A própria LBI estabelece expressamente que, no caso da necessidade da imposição de medida protetiva de tutela, tal instrumento deve se conter a um rol diminuto de direitos, não suprimindo o

5 BARROSO, Luis Roberto. Fundamento Teórico e Filosófico do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *In* Revista da EMERJ, vol. 4, n. 15, 2001. P. 44.

6 TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução a parte geral. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 153.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. Op. cit.. P. 273.

exercício dos direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º). Assim, por meio desta previsão normativa expressa, a incapacidade deixa de ser sinônimo de impossibilidade total de exercício, por si mesmo, de direitos de ordem fundamental e existencial.

Ocorre que os avanços não podem se limitar ao campo das pessoas com deficiência. Chegou a hora de promover uma revisão da incapacidade quanto às crianças e adolescentes, especialmente aqueles maiores de 14 anos, reforçando sua dignidade.

A liberdade e autonomia da criança e do adolescente

A CR provocou uma virada copernicana em relação à tutela dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil.

Até então vigia no ordenamento jurídico a chamada doutrina da situação irregular, marcada pela sua natureza assistencialista, cuja preocupação se voltava às crianças e aos adolescentes em situação de carência ou delinquência. A lógica de atuação do Poder Público era, essencialmente assistencialista. Neste sentido, as crianças e os adolescentes eram mais vistos como simples objetos de proteção do que como pessoas em si mesmos.

Com efeito, o art. 227 da CR veio para alterar substancialmente este prisma, positivando no Brasil a chamada teoria da proteção integral. A partir desta norma, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados verdadeiros sujeitos de direitos, elevando-se a sua dignidade a um *status* de valor constitucional a ser defendido⁸.

Neste diapasão, entre os direitos garantidos às crianças e aos adolescentes tanto no âmbito constitucional (art. 227, caput) quanto no âmbito infraconstitucional, por meio do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA, arts. 15 a 18-B), está o direito à liberdade.

Segundo Andréa Rodrigues Amin, o direito a liberdade não se restringe apenas ao aspecto de ir e vir. Ao contrário do que se imagina, ele é muito mais amplo, em sua essência consubstancia-se no direito a própria autodeterminação individual, no direito da busca pela construção da própria personalidade e identidade, em suma, na liberdade para “ser”⁹

Temos, portanto, um grande gênero da “liberdade”, o qual acaba se dimensionando em uma vasta série de “liberdades” especiais. Citamos: i) liberdade de opinião, de expressão, de crença e culto religioso; ii) liberdade de brincar, praticar esporte e divertir-se; iii) liberdade de participar da vida familiar e comunitária; iv) liberdade de participar da vida política; v) a liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Damos aqui destaque a ideia de liberdade como autodeterminação.

8 AMIN, Andréa Rodriguez. Doutrina da proteção integral. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 27/30.

9 Ibidem. P. 53.

Esta concepção de liberdade é um consectário lógico do próprio valor da dignidade humana. Esta, em uma de suas facetas, assegura a todas as pessoas a autonomia individual. Significa dizer, assegura a possibilidade de se decidir sobre os rumos da própria vida, fazendo valorações morais e escolhas existenciais com base em suas convicções e livre-vontade, sem imposições ou interferências externas indevidas¹⁰.

Com efeito, lembramos aqui as lições de Amartya Sen: a liberdade não implica a mera possibilidade formal de fazer escolhas, mas sim de usufruir de oportunidades efetivas para tomar decisões substanciais sobre a própria existência¹¹.

Sob estas lentes, a liberdade da criança e adolescente dá a estas o direito de realizar escolhas e autodeterminar-se, muito embora não seja este um direito irrestrito.

Trata-se de uma liberdade que é contida pelos princípios do Direito e pelos demais direitos da criança e do adolescente. Se, por um lado, a criança e o adolescente devem gozar da possibilidade de desenvolver-se com vista a seus interesses, visões de vida e sonhos, de outro lado, esta mesma liberdade não pode ser utilizada em prejuízo de seus próprios direitos.

Assim, há sempre de ocorrer o devido equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo. Lança-se mão da teoria de Robert Alexy¹², utilizando-se da técnica de ponderação. Segue-se o postulado da proporcionalidade, como forma de definir limites justos, sob a ótica da Constituição, à liberdade das crianças e adolescentes.

Assim, diante deste quadro, joga-se uma nova luz sobre a incapacidade.

Frente ao binômio autonomia-liberdade, a incapacidade absoluta não pode levar a uma completa pauperização ou redução da manifestação de vontade das crianças e dos adolescentes. Neste sentido, vale o destaque do enunciado n. 138 da CJR, que estabelece: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais”.

Portanto, a conclusão a qual se chega é que, se a incapacidade é efetivamente um limite imposto para a proteção do indivíduo, o exercício da representação ou da assistência deve sempre tomar em conta, na maior medida do possível e seguindo os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, a vontade da criança e do adolescente. Regra que deve ser seguida especialmente em situações que lidam com direitos existenciais.

10 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva 2019. P. 248.

11 Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010., P. 27 et seq..

12 Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 116/120

A maioria sanitária: uma visão bioética e de direito comparado

As ideias que defendemos até aqui nos permitem desembocar na tese principal deste trabalho: o reconhecimento da maioria sanitária, mormente no caso dos adolescentes com idade igual ou superior a 14 anos.

Na linha do apresentado, é possível se retirar do postulado da liberdade e autonomia o direito das crianças e dos adolescentes de participarem ativamente no exercício de seus direitos existenciais. É justamente sobre isto que trata a maioria sanitária, o empoderamento da população infanto-juvenil a fim de que integrem efetivamente o processo decisório naquilo que tange o seu direito à saúde, tendo sua vontade devidamente considerada.

Partimos aqui da premissa de que a submissão de qualquer pessoa a um tratamento de saúde, especialmente em casos graves, que tangenciam o limiar da vida e da morte, é uma decisão extremamente difícil que não pode ser subtraída do próprio indivíduo.

Neste sentido, o fortalecimento do direito à escolha do paciente e preservação de sua autonomia é uma das ênfases da bioética contemporânea. Dessa maneira, afastando-se dos velhos padrões “paternalistas” da medicina, hoje se reconhece amplamente que o paciente, dotado de sua razão, deve e pode escolher, com base em suas próprias convicções, o tipo de tratamento que melhor lhe convier, mesmo que contra a sua saúde¹³.

Sobre o assunto, trazemos atenção a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade do Ser Humano face às Aplicação da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo). Este diploma internacional, adotado pelos países europeus, coloca como um de seus pilares a diretriz de que nenhuma intervenção no domínio da saúde pode ser efetuado sem a manifestação do consentimento livre e esclarecido do paciente (art. 5º).

Nesta toada, destaca-se também a previsão contida na Convenção de Oviedo sobre a situação e papel das crianças e adolescentes no âmbito desta espécie de decisão. Há direta determinação de que a opinião destes seja tomada em consideração, inclusive, estabelece-se que a vontade da criança e do adolescente deve ter o seu grau de importância determinante em conformidade com a idade e o grau de maturidade do infante (art. 6º, §2º).

Deveras, a preocupação moral que hoje permeia a medicina contemporânea não pode ficar alheia ao Direito. Uma das características naturais do pós-positivismo, ao qual se filia o ordenamento jurídico brasileiro, é a aproximação entre o Direito e a ética mediante a internalização pelo ordenamento jurídico de valores¹⁴. Assim, o Direito não é indiferente ao justo ou injusto, os mesmos valores que animam a bioética estão positivados na CR (a dignidade, a autonomia e a liberdade), impelindo aos juristas reconhecer e salvaguardar o direito de decisão sobre o próprio corpo.

13 GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. *In* Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, nov., 2000 P. 111.

14 BARROSO, Luis Roberto. Fundamento Teórico e Filosófico do Novo Direito Constitucional Brasileiro . Op. cit. P. 16, 29 e 30

Ademais, importantes lições podem ser retiradas da experiência norte americana.

A doutrina e a jurisprudência norte-americana já vem enfrentando a questão da maioria sanitária a algum tempo, tendo desenvolvido a chamada *mature minor doctrine* (teoria do menor maduro). Esta cria uma exceção para o consentimento parental prévio na realização de certos tratamentos médicos, principalmente em casos extremos. Assim, é considerado legítimo que a criança ou adolescente tomem a decisão, por si só, nos casos em que se considerar serem eles capazes o suficiente fazê-lo¹⁵.

Neste contexto, temos a decisão proferida pela Suprema Corte da *East Virginia*, no caso *Belcher v. Charleston Area Medical Center*. O mais interessante desta decisão é que a Suprema Corte fixou uma série de critérios a serem valorados para definir se o adolescente possui ou não maturidade suficiente para tomar decisões próprias sobre tratamentos médicos. Os critérios mencionados foram: i) a idade; ii) a habilidade; iii) a experiência; iv) a educação; v) o treino; vi) o grau de maturidade ou de julgamento.

A importação da experiência norte-americana e os conceitos morais da bioética para o Direito brasileiro é válida.

Por óbvio que não se defende aqui o reconhecimento de uma capacidade ou autonomia absoluta ao adolescente. O que se espera é o equilíbrio.

Por um lado, este grupo deve ser objeto de uma proteção especial devido a suas limitações naturais de pessoas em desenvolvimento. Do outro lado, os critérios correntes do Direito Civil para limitar a capacidade de fato de uma pessoa para decidir sobre aspectos patrimoniais de sua vida não deveriam incidir no âmbito sanitário. Isto porque, confundir a ideia de capacidade sanitária e capacidade de fato gera um grave prejuízo ao ser humano, indo de encontro com a ideia de autonomia sobre o próprio corpo¹⁶.

Daí é que se constrói o alicerce para a maioria sanitária, propondo-se a dar maior ênfase à vontade das crianças e adolescentes, valorizando sua participação ativa no exercício do direito à saúde e na tomada de decisão sobre seu corpo

O conteúdo da maioria sanitária: binômio participação e informação

Frente ao exposto no tópico anterior, cremos que a maioria sanitária deve se manifestar por meio do binômio informação-participação.

A primeira parte do binômio: “informação”, representa o direito do adolescente de ser informado acerca de sua situação de saúde e do tratamen-

15 DRIGG Ann-Eileen. “The mature minor doctrine: do adolescents have the right to die?” *In Health Matrix: The Journal of Law-Medicine*, vol 11, n. 02, 2001. P. 691.

16 ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2018, n.43, pp.193-209. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872018000200014&script=sci_abstract&tlng=pt . Último acesso: 06/11/22.

to.

Nenhuma criança ou adolescente é (ou deve ser) um ignorante. Deve-se reconhecer que estes possuem sim uma capacidade de compreender, valorar e racionalizar o seu ambiente e os dados que recebem. Mesmo que, por vezes, a complexidade do tratamento ou da situação seja considerada demasiada, é preciso um esforço por parte tanto da equipe médica quanto da família para adequar as informações a serem passadas para uma linguagem simples e de clara compreensão em consonância com a maturidade do paciente.

Esta adaptação da mensagem em favor da criança e do adolescente trata-se de um verdadeiro dever que se impõe a partir da *ratio* do sistema de proteção inaugurado pelo ECA. Conforme explicou Mary Bellof, em palestra ministrada junto a Escola Paulista de Magistratura¹⁷, o sistema dos direitos fundamentais no campo da infância e juventude tem uma estrutura normativa inversa. Enquanto em muitas áreas os direitos fundamentais servem como limite negativo a atuação do Estado, como forma de assegurar a autonomia e liberdade das pessoas, em relação às crianças e aos adolescentes esta lógica se inverte, impondo obrigações positivas ao Estado, obrigações de fazer.

Por sua vez, a segunda parte do binômio “participação”, representa o valor que deve se dar a decisão da criança e do adolescente.

Embora em certos casos ela não possa efetivamente decidir sozinha, seja em razão da complexidade do tema ou até do seu grau de desenvolvimento psicológico, emocional e intelectual, é preciso levar em consideração a sua opinião. Neste diapasão, deve-se construir instrumentos para que a criança e o adolescente possam ter uma voz ativa dentro das deliberações sobre os tratamentos a serem tomados. Seus receios, suas incertezas, dúvidas e pontos de vistas devem ser colhidos e ponderados pelos agentes de saúde e pela família.

Por fim, reforçamos que não basta apenas esperar que a criança ou o adolescente se manifeste, mas é preciso tomar medidas para incentivar que este participe, incluindo de todas as formas possíveis, para que exerça sua autonomia.

Fundamentos jurídicos-positivos a maioria sanitária: o microsistema de proteção das pessoas vulneráveis

Estabelecemos o que é a maioria sanitária, bem como os seus fundamentos éticos e teóricos. Agora, a questão que se coloca é se existe (ou não) bases normativo-positivas para lastrear a aplicação da maioria sanitária.

A nossa resposta é afirmativa.

Veja que o art. 227, em conjunto com o art. 230, ambos da CR, fundaram um novo ramo do Direito nacional especialmente voltado às pessoas em situação de vulnerabilidade. Por expresse comando constitucional a criança e

¹⁷ A palestra foi ministrada durante o evento de Apresentação da Coordenaria da área da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, no dia 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9DVmZLugTO0> Último acesso: 06/11/22.

ao adolescente (art. 227 caput), o idoso (art. 230 caput) e a pessoa com deficiência (art. 227, §1º, inc. II) foram reconhecidos como sujeitos especiais de direitos, reclamando a adoção de um sistema protetivo próprio.

Como consequência, foram adotados uma gama de diferentes diplomas legislativos para concretizar estes comandos constitucionais: o ECA, a LBI, o Estatuto do Idoso (EI), o Estatuto do Índio, o Estatuto da Igualdade Racial *etc.*

Ocorre que estas legislações não são apenas normas esparsas e isoladas no ordenamento, mas formam juntos um verdadeiro microsistema voltado, especialmente, à proteção das pessoas vulneráveis.

Para entender nossa proposta acerca da existência deste microsistema próprio é preciso ter em mente dois conceitos centrais:

Primeiro, a concepção de sistema de Ludwig von Bertalanffy (teórico da teoria geral dos sistemas). Para o autor, um sistema se caracteriza como um conjunto de elementos voltados a um dado fim e que se organiza em volta de um núcleo central, formando, assim, um todo unitário, o qual só pode ser entendido a partir da sua interpretação integrada¹⁸.

Segundo a teoria de Claus-Wilhelm Canaris sobre sistema jurídico. Segundo o autor, o sistema jurídico existe a partir do momento em que é possível extrair um conjunto de princípios gerais, dotados de coesão e de unidade, das normas jurídicas, os quais representam os valores centrais daquelas normas¹⁹.

Deveras, é de se notar que todos os diplomas legais supramencionados tem a mesma base axiológica-jurídica. Veja que os princípios que animam as normas de todos eles são os mesmos: o princípio da prioridade e o princípio da proteção especial. Tais axiomas podem ser retirados de dispositivos presentes em todos os Estatutos (vide, como exemplo: o art. 4º do ECA, o art.3º do EI, o art. 9º do EPD).

Isto posto, e diante deste prisma normativos, é plenamente possível extrair de uma interpretação sistemática a maioria sanitária.

No campo da legislação protetiva da criança e do adolescente, chama a atenção a previsão do art. 28, §§1º e 2º do ECA. Nestes dispositivos exige-se a oitiva prévia e consentimento expresso das crianças e adolescentes para serem colocados em família substitutiva. No mesmo sentido, a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010), no seu art. 8º-A, demanda o depoimento do infante em casos de alienação parental, sob penalidade de nulidade processual. Não só, vale lembrar a disposição do art. 12 da Convenção Sobre os Direitos da Criança, que garante a este grupo o direito de formular juízos e expressar opiniões livremente sobre assuntos relacionados a si mesmo.

Já no campo da proteção da pessoa com deficiência a LBI traz regras

18 Teoria geral dos sistemas: fundamento e aplicações. 8 ed. Tradução: Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, P. 86 et seq.

19 Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 3º ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBERNKIAN, 2002 P. 13 et seq.

voltadas diretamente aos casos de tratamento de saúde em geral. A lei determina expressamente que a pessoa com deficiência não poderá ser submetida a intervenção clínica ou cirúrgica (art. 11). Inclusive, a lei é clara ao estabelecer que não se contentará com um mero consentimento formal, exigindo uma manifestação de vontade livre e livremente esclarecida.

Destarte, é clara a viabilidade jurídica da maioria sanitária no Brasil.

Conclusão

A conclusão que chegamos ao final desta perquirição é de que não podemos enfrentar a incapacidade de maneira leviana, muito menos aceitar que ela implique em uma restrição global ao exercício de todo e qualquer direito.

Os valores que fundam a ordem jurídica brasileira e, especialmente, o sistema de proteção da criança e do adolescente são a dignidade e a liberdade. Dessa forma, é preciso enfrentar o problema sob uma ótica Civil-Constitucional, reconhecendo que a incapacidade deve ser ponderada com tais valores no campo dos direitos existenciais.

Em específico, é preciso reconhecer a maioria sanitária dos adolescentes com idade maior ou igual a 14 anos. Isto significa dizer, reconhecer que inerente ao direito à autonomia a eles reconhecido, está o direito de participar ativamente, recebendo informações e emitindo expressões, de decisões que dizem respeito a sua saúde.

Trata-se de um direito com uma dupla dimensão. A primeira, de informação, que garante ao adolescente conhecer de sua situação de saúde e ser informado detalhadamente, conforme seu grau de maturidade e reconhecimento do tratamento médico. A segunda, de participação, consubstanciando no dever que tem a equipe de saúde e os responsáveis pelo adolescente de considerar sua vontade e ponderá-la dentro do caso concreto.

Com efeito, a maioria sanitária é uma consequência direta dos postulados éticos que animam o Direito contemporâneo, tendo íntima relação ao direito de decidir sobre o próprio corpo que integra as discussões da bioética moderna.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2018, n.43, pp.193-209. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872018000200014&script=sci_abstract&tlng=pt. Último acesso: 06/11/22.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIN, Andréa Rodriguez. Doutrina da proteção integral. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade [coord.]. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BELLOF, Mary. Palestra. Escola Superior da Magistratura de São Paulo, 2022. Palestra ministrada durante o evento de Apresentação da Coordenaria da área da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, no dia 29 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9DVMZLugT00>.

BARROSO, Luís Robert. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamento Teórico e Filosófico do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In Revista da EMERJ, vol. 4, n. 15, 2001

CANARIS, Claus-Wilhelm Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 3º ed. Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBERNKIAN, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. 34 ed. São Paulo, Saraiva, 2017

DRIGG Ann-Eileen. “The mature minor doctrine: do adolescents have the right to die?” In Health Matrix: The Journal of Law-Medicine, vol 11, n. 02, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 13 ed rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade. In Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, nov., 2000.

MIRANDA. Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. Introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução a parte geral. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

VON BERTALANFFY, Ludwig. Teoria geral dos sistemas: fundamento e aplicações. 8 ed. Tradução: Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

JUDICIALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS INFANTOJUVENIS: REFLEXÕES SOBRE O ABORTO LEGAL

Camila Costa Reis Rodrigues

Pós-graduada em Direito de Família, Infância e Juventude (2020) pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Mestranda pelo núcleo de Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

Apesar de crianças e adolescentes serem afirmados nacionalmente como sujeitos de direitos, sua caracterização como detentores de direitos humanos sexuais e reprodutivos é controversa em diversos setores da sociedade, incluindo aqui agentes públicos. No meio desta controvérsia adultocêntrica meninas são continuamente violadas sexualmente. Por meio de dados obtidos através do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (DATASUS), interpretados por meio de ampla doutrina interdisciplinar em matéria de direitos humanos, infância e juventude, o objetivo da pesquisa se volta para analisar as possíveis razões para a ocorrência tão reduzida de efetivação do direito ao aborto, apesar dos números alarmantes de abuso sexual e gravidez entre meninas de 10 e 14 anos. A hipótese inicial seria a de que a necessidade de judicialização para a efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes acaba por dissuadir estas meninas e suas famílias da realização do aborto legal, acrescentando ao abuso sexual sofrido, nuances de violência institucional pelo Sistema de Justiça, além de uma maternidade compulsória. Como metodologia, se escolheu a pesquisa bibliográfica e a análise doutrinária.

Palavras-chave: Aborto legal; Criança e adolescente; Efetivação de direitos sexuais e reprodutivos; Judicialização.

Crise na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes

De acordo com André de Carvalho Ramos, direitos sexuais seriam aqueles relacionados ao “exercício e vivência sexual dos seres humanos”, o autor classifica-os como um direito humano, e afirma sua origem em outros direitos, tais como a igualdade, o respeito à integridade física e psíquica, a li-

berdade e a autonomia (RAMOS, 2022, p. 1137).

Esta primeira correlação permite aferir que a efetivação de direitos sexuais implica não somente a simples autonomia do indivíduo ao engajamento em práticas sexuais, mas também todas as garantias que a vivência da sexualidade humana, em sua pluralidade, demanda:

1. O direito a serviços de saúde sexual que garantam privacidade, confidencialidade e atendimento de qualidade, sem discriminação;
2. O direito à informação e à educação sexual;
3. O direito à escolha, tanto do parceiro quanto sobre ter ou não relações sexuais, independente da reprodução;
4. O direito de viver plenamente a sexualidade e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
5. O direito de expressar livremente sua orientação sexual e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
6. O direito à prática sexual com segurança para prevenção da gravidez e de infecções sexualmente transmissíveis (RAMOS, 2022, p. 1137).

Os direitos reprodutivos, por sua vez, implicam em:

1. Direito de escolha, de forma livre e informada, sobre ter ou não filhos, sobre o intervalo entre eles, sobre o número de filhos e em que momento de suas vidas.
2. Direito de acesso a receber informações e o acesso a meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos;
3. Direito de exercer a reprodução, sem sofrer discriminação, temor ou violência (RAMOS, 2022, p. 1137/1138).

A diversidade na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de um indivíduo, que de forma alguma se resume à prática sexual ou a efetiva reprodução humana, permite aferir a sua posse por todo e qualquer indivíduo.

Em 2017, através de Nota Pública, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), como órgão colegiado federal que atua na promoção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, se manifestou pela afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos infantojuvenis. Aqui se destaca os pontos que mais podem contribuir para a presente discussão, no entanto, conclama-se o leitor a acessar a nota em sua integralidade.

No item 4 traz como uma de suas premissas a Declaração Internacional dos Direitos Sexuais, que contribui reconhecendo os direitos das mulheres e das meninas como direitos humanos universais e afirmando “que os direitos sexuais são patrimônio inalienável de todos os seres humanos e que sua promoção e proteção é de responsabilidade primordial dos governos” (CONANDA, 2017).

Partindo daí reafirma “o compromisso do Estado em garantir o pleno

desenvolvimento da criança e do adolescente, respeitando o exercício de seus direitos, dentre os quais, seus direitos sexuais, em consonância com seu desenvolvimento biopsicossocial” e conclama todos os setores da sociedade e governo, aqui plenamente alinhado a diretiva constitucional do artigo 227:

[A] adotarem medidas preventivas para proteger crianças e adolescentes de toda forma e maltrato, abuso sexual, exploração, tráfico e violência, e que principalmente garantam a todas as crianças e adolescentes a possibilidade de se desenvolverem de forma integral incluindo o desenvolvimento da sexualidade (CONANDA, 2017).

Aqui identifica-se como a recomendação mais significativa da nota a dirigida ao Estado brasileiro, reafirmando o seu dever não somente de abstenção de violação, mas também de fomento da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes, principalmente através da educação e da capacitação de seus agentes públicos.

Se dirige não somente aos agentes do Sistema de Saúde e da Assistência Social, mas também ao Sistema de Justiça brasileiro ao:

Recomendar que o Estado Brasileiro proporcione educação e capacitação sobre gênero, direitos humanos, inclusive direitos sexuais e reprodutivos, a servidores públicos, incluindo policiais (civis, militares, federais) profissionais de saúde e da assistência social, trabalhadores do sistema de justiça, da segurança pública, professoras/es de todos os níveis do sistema educativo, membros do Parlamento brasileiro e todos os atores do sistema de garantia de direitos, para evitar, dentre outras, ações e procedimentos equivocados por razão de desconhecimento sobre questões afetas à sexualidade (CONANDA, 2017).

O CONANDA, através do referido item, faz essencial destaque aos equívocos relacionados ao conceito de sexualidade, ponto a ser abordado posteriormente como incitador de pânico moral e obstáculo à plena garantia de direitos infantojuvenis:

[C]onforme Favero, 2007, o conceito de sexualidade é equivocadamente confundido com o do sexo propriamente dito. Porém, são duas coisas distintas. Sexualidade é um termo complexo, amplo, abrangente e que engloba inúmeros fatores, portanto não se resume a um conceito único, tampouco pode se restringir à relação sexual. Portanto, tais equívocos incorrem em medidas que reduzem o tema à prática de ato sexual e, o que é mais grave ainda, relaciona quaisquer iniciativas de discussão, formação e capacitação sobre o assunto ao crime de estupro ou incitação a ele (CONANDA, 2017).

Seguindo para uma abordagem interdisciplinar, ao discutir os avanços e entraves na temática, Carvalho *et al.* (2012, p. 71) pautam o início do debate na deslegitimação da infância e adolescência como um grupo detentor de tais direitos, movimento promovido por “dispositivo médico e familiar” na

passagem do século XVIII para o século XIX. As autoras tomam Foucault e exemplificam esta orientação comportamental como um “segredo universal, o segredo compartilhado por todo mundo, mas que ninguém comunica a ninguém” (FOUCAULT, 2001, p. 74).

Já introduzindo brevemente o posicionamento do prejuízo da moralidade social na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes, as autoras pautam-se em Ariés para identificar o ideal da infância na sociedade moderna e a dissociação deste grupo etário de discussões que envolvam a sexualidade:

É nessa mesma época que a ideia de infância se consagra na sociedade ocidental moderna e com ela eleger-se a sexualidade como o grande divisor de águas entre os universos infantil e adulto (Ariès, 1981). Como mal a ser expurgado da vida das crianças, a sexualidade passa a ser perseguida e proibida por moralistas e confessores em nome da preservação da inocência infantil, atributo que institui a infância na modernidade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 71).

E, por fim, afirmam: “Neste sentido, percebe-se que a sexualidade infantojuvenil, por vias distintas, é objeto de perseguição disciplinar”(CARVALHO *et al.*, 2012, p. 71).

A centralidade da discussão elaborada por Carvalho *et al.*, que se objetiva aqui dar destaque, é a prejudicialidade de conceber direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes apenas pela via da violação. Exalta-se uma perspectiva moral destes direitos em detrimento da efetiva proteção do público infantojuvenil.

As autoras realizam uma cisão entre sexo, sexualidade e direitos sexuais, própria do campo da psicologia, do qual fazem, e que aqui auxilia argumentativamente no seguinte sentido:

A dificuldade de compreender as distinções entre sexo, sexualidade e direitos sexuais endossa o projeto negativista (baseado tão somente nas violações) que rondam os direitos sexuais de crianças e adolescentes. (...). Podemos verificar que a visão corrente que não permite indissociar genitalidade e sexualidade alimenta o “pânico moral” que ronda crianças e adolescentes em relação à segunda, fazendo com que o comportamento sexual genital seja considerado a única via possível de relação destes sujeitos com sua sexualidade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 72).

Defende-se, dessa forma, que o pânico moral e o rechaço social pela concepção de crianças e adolescentes como detentores de direitos sexuais e reprodutivos pode ser interpretado como fomentador de dois fenômenos: A vulneração de crianças e adolescentes, intensificando situações de risco para a violação de seus direitos sexuais e reprodutivos; E a obstaculização da efetivação destes direitos, mesmo em situações em que já se contempla a existência

de aparelhos administrativos e judiciais para isto, por exemplo, o abortamento legal.

As autoras afirmam a necessidade de compreensão de crianças e adolescentes como sujeitos dotados de autonomia sexual, sendo este um processo que ocorre no cotidiano a partir de dois fios condutores: proteção e liberdade (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 84), posicionamento ao qual também se alinha o presente artigo.

Por fim, e neste sentido, vertem para sua argumentação final, asseverando caber aos adultos e às instituições de defesa de crianças e adolescentes não se omitirem diante da “pluralidade de ser de crianças e adolescentes” e afirmarem estes direitos, em sua via positiva e negativa, “fundamentando relações não pautadas meramente em mecanismos disciplinadores e moralizantes, mas numa prática implicada e crítica dos saberes e experiências que dizem respeito ao escopo sexual” (CARVALHO *et al.*, 2012, p. 84).

Finalmente, partindo para o que se contempla como o resultado lastimável de uma política social de deslegitimação de crianças e adolescentes como detentoras de direitos sexuais e reprodutivos e omissão do Estado e da sociedade na reafirmação destes direitos, linha argumentativa traçada até o momento, segue-se para a exposição dos dados colhidos no DATASUS.

Entre 2020 e 2021 houve um aumento de 150% nas denúncias¹ e 195% nas violações² aos direitos sexuais de crianças e adolescentes no Brasil, orientando esta análise para uma perspectiva maranhense e observando o mesmo período, se obtém um aumento de 132% nas denúncias e um aumento de 189% nas violações aos direitos sexuais deste mesmo grupo vulnerável.³

Vale explicar o interesse da pesquisa em destacar, ainda que brevemente, os resultados maranhenses. Além de ser o Maranhão o estado com o segundo pior indicador de desenvolvimento humano do país, ficando em penúltimo com um índice de 0.687 (em comparação ao primeiro lugar, Distrito Federal, com 0.850), também é o estado natal da autora e local em que desenvolve a maior parte de suas pesquisas na área da infância e juventude (ATLAS BR, 2017).

Seguindo e identificando gênero e idade como fatores de vulnerabilidade ao abuso sexual, a faixa etária de 12 aos 14 anos aparece como a mais vulnerável, e dentro deste grupo etário o gênero feminino dispara como o mais vulnerável: Das 5.408 denúncias feitas ao Disque 100 em 2021, em âmbito

1 Denúncias: quantidade de relatos de violação de direitos humanos envolvendo uma vítima e um suspeito, uma denúncia pode conter uma ou mais violações de direitos humanos.

2 Violações: qualquer fato que atente ou viole direitos humanos de uma vítima.

3 Denúncias e violações apuradas através de relatos ao serviço do Disque 100. Números do Painel da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Filtro de pesquisa utilizado: Grupo vulnerável - violência contra crianças e adolescentes; Espécie de violação - categoria liberdade + categoria sexual (física e psíquica).

nacional, 4.923 eram adolescentes do sexo feminino (MMFDH, 2021).

Os resultados apresentados extinguem margem para qualquer dúvida quanto à crise na efetivação dos direitos sexuais de crianças e adolescentes. O abuso sexual, em números alarmantes e crescentes, é uma realidade brasileira.

Abortamento legal: um direito não efetivado

O artigo 217-A do Código Penal define como estupro de vulnerável conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Não havendo abertura para a apuração de consentimento, visto que este instituto não existe dentro desta faixa etária. O mesmo Código Penal, em seu artigo 128, II, afirma que não se pune o aborto se a gravidez resulta de estupro.

Desta feita, tendo sido destacado o enorme número de meninas abusadas sexualmente, em âmbito maranhense e nacional, e considerando os dispositivos penais elencados, há de se pensar que diversas meninas ficam grávidas e conseqüentemente uma parte destas opta pelo aborto legal.

Em 2020, último período disponível no DATASUS, 17.579 meninas entre 10 e 14 anos pariram, a região com o maior número de ocorrências foi o Nordeste, com um total de 6.822 casos, e nesta região o Maranhão ocupa local de destaque ficando em segundo lugar em número de crianças/adolescentes mães, com um total de 1.287 casos (SINASC, 2020).

Importante ressaltar que, considerando os dispositivos penais já expostos, em todas estas ocorrências as crianças e adolescentes grávidas tinham direito ao aborto legal, visto a presunção de estupro.

Partindo então para os números em que esse direito ao aborto foi efetivado, no mesmo período e na mesma faixa etária, o Brasil registrou apenas 86 ocorrências de abortos por razões médicas (aborto legal) e o Maranhão nenhuma (SIH/SUS, 2020).

Questiona-se, desta forma, o que estaria obstaculizando a efetivação do direito ao aborto legal, considerando a demonstrada discrepância evidente entre os números de abuso sexual, gravidez na infância e aborto legal, em uma faixa etária em que o estupro é presumido diante da vulnerabilidade.

Judicialização do direito ao abortamento legal: possíveis causas

Ao investigar como o aborto legal na infância é retratado pela imprensa escrita brasileira, Fonseca *et al.* produziram interessante pesquisa para a identificação dos fatores responsáveis por esta obstaculação da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

Pode-se afirmar como ponto fulcral, originando as outras diversas ramificações a serem apresentadas como obstáculos, o fato de estarmos inseridos em uma “sociedade adulto-androcêntrica”, pautados em nossa vivência, em tudo que a compõe, por uma “assimetria de poder de gênero e geração”, ocasionando uma verdadeira “naturalização da violência contra as meninas” (FONSECA *et al.*, 2022, p.6).

É naturalizado que uma menina sofra violências, micro e macro sexis- mos, ao longo do seu desenvolvimento como indivíduo. A menina é socializ- ada e moldada para estar pronta para receber estas micro e macro violências, ocorre que eventualmente os frutos dessa violência não são apenas cicatrizes psicológicas e físicas, mas também uma gestação.

A pesquisa de Fonseca *et al.* segue para identificar ações específicas de obstaculização, dando importante destaque para o papel desempenhado pelos agentes públicos diante de uma criança gestante que deseja o abortamento legal, conforme já demonstrado, um direito.

Afirmam as autoras que “o conteúdo da legislação brasileira não se ex- pressa de forma semelhante no discurso dos agentes públicos”. Aqueles que deveriam ser os responsáveis pela efetivação do direito da criança ao aborta- mento legal e atuar em diretivas principiológicas de melhor interesse do infan- te, se manifestam contra esse direito, utilizando da máquina pública, inclusive, na criação destas barreiras, objetivando o avanço da gestação e impossibilita- de de realização do aborto (FONSECA *et al.*, 2022, p.6).

As autoras constataam “desrespeito à proteção e à garantia dos direitos da criança, tendo havido vários pronunciamentos, especialmente vinculados à instituições religiosas, reforçando a influência da religião sobre o discurso político, como forma de legitimá-lo” (FONSECA *et al.*, 2022, p. 5).

Há uma verdadeira legitimação de um discurso conservador e religioso, por parte de agentes públicos durante o exercício de suas funções, em detri- mento à legislação brasileira e às garantias estabelecidas em nível constitu- cional e estatutário. O discurso se materializa em uma barreira (FONSECA *et al.*, 2022, p. 6).

A maior parte dos discursos dos agentes públicos responsabilizou o sistema de justiça por assegurar o direito ao aborto, criminalizando-o, tendo em vista a defesa da vida do nascituro e a existência de recur- sos que poderiam dar con- tinuidade à gestação e à responsabilização pela criança, como a doação, por exemplo. Não foi possível mensurar em que medida o posiciona- mento expresso nesses discursos influen- ciou a opinião pública, entretanto, uma parcela dos profissionais que atuavam na rede de proteção mostrou-se contrária à concretização do aborto, tanto no âmbito municipal quanto no estadual (FONSECA *et al.*, 2022, p. 6).

As autoras ainda constroem um caminho de vozes violadoras, traçan- do como o desrespeito aos direitos sexuais e reprodutivos se materializou em obstáculos à plena proteção integral da criança no caso em estudo.

A primeira voz violadora foi a do autor da violência sexual, resultando em uma gravidez indesejada, impondo-se através de ameaça e possibilitando sucessivos episódios de violação. A segunda voz violadora novamente se sobrepôs à autonomia da criança, através dos profissionais de saúde e assistên- cia social que realizaram o primeiro atendimento. Foi considerado que, “de

acordo com o protocolo de atendimento do hospital em tela, a interrupção da gestação não poderia ser realizada, por força de lei. Além disso, afirmaram que a gravidez não representava um risco de vida para a menina” (FONSECA et al., 2022, p. 7).

E como terceira voz, as autoras apontam o próprio Estado brasileiro, principalmente pelos Ministérios da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) e da Saúde (MS), naquele “ficou patente o envio ao município de um grupo de pessoas para acompanhar e assegurar a continuidade da gestação, impedindo o aborto”, e neste “foi identificada omissão, pois não houve qualquer pronunciamento oficial em relação ao caso” (FONSECA et al., 2022, p. 7).

Fornari *et al.* chegaram à conclusões semelhantes ao estudar o mesmo caso, identificando uma atuação deficitária do sistema de garantia de direitos, em detrimento do estabelecido em legislação protetiva, privilegiando os desejos dos adultos envolvidos e não da autonomia da criança violentada:

Além da atuação deficitária, o caso revela o cerceamento de direitos garantidos legalmente, identificado pela ausência de proteção contra a violência sexual e pelo atendimento conduzido conforme o desejo dos adultos, representados por agentes governamentais e profissionais da rede intersetorial. O posicionamento contrário ao aborto manifestado por uma parcela dos profissionais da rede intersetorial e dos agentes públicos foi influenciado por uma perspectiva ideológica alicerçada no fundamentalismo religioso. Isso revela que, na prática, as conjecturas pessoais foram sobrepostas aos direitos previstos pela legislação brasileira. [O] Estado brasileiro reconhece o problema da violência sexual contra a criança e propõe ações para o seu enfrentamento. Entretanto, o que se verifica na realidade concreta é a omissão da gestão pública na implementação dessas ações (FORNARI *et al.*, 2022, p. 4-5).

No caso estudado pelas autoras, uma criança gestante após violência sexual, a discussão foi conduzida pelo Estado brasileiro em uma perspectiva de privilégio à criminalização da interrupção da gravidez, em detrimento à violência sexual vivida pela criança e da reparação à ofensa aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar de ser um direito da criança gestante, o abortamento legal foi pautado, pelo Estado e pela maioria dos agentes públicos envolvidos, como um ato ético e moral:

Ao reconhecer o aborto como um ato ético e moral, a legislação deveria sobretudo proteger a vítima e não desconsiderar sua vontade, superando a ideia de que se trata de uma mera decisão pessoal de outrem ou de um procedimento meramente médico, para ser entendido como um ato social, vinculado aos direitos sexuais e reprodutivos (FONSECA et al., 2022, p. 8).

Por todo o exposto, posiciona-se aqui no sentido de que a judicialização da efetivação de direitos humanos, em especial o direito sexual e reprodutivo ao abortamento legal, ser uma consequência da atuação deficitária de diversos agentes públicos, que agem conduzidos por ideologias conservadoras, pautas morais e em ausência de laicidade, apartando-se do seu dever geral de cuidado e de garantia da efetivação dos diversos direitos humanos infantojuvenis, agindo ativamente e manifestando-se pela não ocorrência do abortamento legal.

As barreiras impostas para o exercício do direito ao abortamento legal, a condução da criança ou adolescente gestante para a judicialização, como única possibilidade de efetivação de um direito negado, são interpretados como fatores que confirmam a hipótese inicial do presente artigo: De fato, pode-se afirmar que a necessidade de judicialização para a efetivação de direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes acaba por dissuadir estas meninas e suas famílias da realização do aborto legal, acrescentando ao abuso sexual sofrido, nuances de violência institucional pelo Sistema de Justiça, além de uma maternidade compulsória.

Consequências da judicialização da infância e o diálogo institucional como ferramenta

Aqui vale fazer breve referência aos estudos de Flávia Cristina Silveira Lemos acerca da crescente judicialização da infância. A autora, que não aborda a temática somente a partir da perspectiva da efetivação do direito ao abortamento legal, define o fenômeno como uma transformação de um amplo campo de práticas protetivas da infância em “encomendas dirigidas ao Poder Judiciário diretamente como se este fosse a primeira e única instância responsável pelo cuidado desse segmento da população” (LEMOS, 2014, p. 26).

Além de o rompimento com um paradigma menorista ter representando também o rompimento com o protagonismo do judiciário como principal (ou único) protetor (e ditador) da infância e juventude, havendo uma retomada deste posicionamento menorista com uma judicialização cada vez mais frequente da efetivação dos direitos humanos da infância, o posicionamento do judiciário, quando buscado, nem sempre é garantista.

Em artigo que questiona se somos menoristas enrustidos, Enio Vieira Jr. dá destaque a acórdãos e demais decisões judiciais, além de manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública e de advogados, que, sustentados em uma aparente aplicação da Doutrina da Proteção Integral e do Princípio do Melhor Interesse dos infantes, «acabam mais por violar os direitos e garantias das crianças e adolescentes do que propriamente promovê-los” (VIEIRA JR., 2018, p. 219).

O autor relembra ainda Amaral e Silva, que há 20 anos já denunciava um Sistema de Justiça que interpreta o Estatuto da Criança e do Adolescente com viés menorista:

As novas disposições, garantistas e responsabilizantes do Estatuto continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura.

A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem estar da criança e do adolescente”, a “reeducação”, a “ressocialização” justificam tudo. Salvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos, refletem os vieses do sistema “protetor” onde os adolescentes, ditos infratores, são “protegidos”, “reeducados”, “ressocializados”.

Se o sistema é protetor. Se todos os atores processuais e administrativos buscam o “melhor interesse” do adolescente [...] não há necessidade de grandes e profundas justificativas (AMARAL E SILVA, 2002, p. 08-09 *In* VIEIRA JR., 2018, p. 219).

Em 2014 Lemos ecoa a crítica de Amaral e Silva e denuncia como um segundo movimento da judicialização a “invasão do Poder Judiciário em todas as esferas de nossas existências em nome da defesa, proteção e garantia de direitos de crianças e de adolescentes”. São criados paradoxos, que afirmam ser a inflação jurídica a ferramenta para efetivação dos direitos humanos da infância, da proteção integral, sendo necessária, portanto, a “intensificação da lei, das penas e medidas judiciais aplicadas a todos os acontecimentos que dizem respeito ao atendimento de crianças e adolescentes” (LEMOS, 2014, p. 26).

A autora também aponta outro paradoxo como consequência da judicialização, desta feita diretamente ligado a respostas às violações de direitos humanos de crianças e adolescentes, em que “qualquer situação de ameaça e de violação deverá ser imediatamente levada ao Poder Judiciário ou aos equipamentos de normalização que estão nas adjacências do mesmo, articulando normas e leis” (LEMOS, 2014, p. 26).

Como consequência direta deste movimento, e que aqui percebe-se como o resultado observado no caso de garantia de abortamento legal apenas pela judicialização, estudado por Fonseca *et al.* e Fornari *et al.*, Lemos destaca a burocratização e inefetividade da proteção, além da fragilização da rede de garantia de direitos:

Acredito que esta situação pouco permite proteger de fato a criança e o adolescente e acaba burocratizando muito a atenção, fragilizando a rede de garantia de direitos ao potencializar mais uma de suas esferas em detrimento das outras. A judicialização aumenta os índices de encarceramento e pouco favorece a afirmação da criança e do adolescente como sujeito de direitos, pois acaba por torná-los mais objetos das práticas jurídicas do que possibilita sua proteção efetiva pautada em princípios mais democráticos e que não operem pela lógica punitiva (LEMOS, 2014, p. 29).

Com a intenção de apresentar possível ferramenta para dirimir os efeitos nocivos de uma crescente judicialização da infância, faz-se referência aos Diá-

logos Institucionais, nos termos apresentados por André Carvalho Ramos. Destaca-se, no entanto, que de maneira alguma esta ferramenta solucionaria todas as problemáticas apresentadas no presente artigo, tais como uma rede de proteção com atuação deficitária e agentes públicos pautados por ideários conservadores e pelo adultocentrismo.

De acordo com a crítica de Ramos, a judicialização para a concretização de direitos humanos pode resultar em uma supremacia do Poder Judiciário, em face dos demais poderes (2022, p. 165). E, direcionando para a crítica principal do presente estudo, uma supremacia da judicialização em detrimento dos demais equipamentos da rede de garantia de direitos da infância e juventude.

O autor destaca como consequência direta desta supremacia um efeito backlash, de deslegitimação democrática na proteção dos direitos humanos:

Dentre os prejuízos, a intensa judicialização dos direitos humanos pode ser interpretada como ativismo judicial indevido, contrário a separação dos poderes e oposto à visão majoritária dos eleitores, desencadeando o efeito backlash. O backlash na área dos direitos humanos consiste na reação política adversa após decisão judicial favorável a um determinado tema de direitos humanos visto como controvertido (RAMOS, 2022, p. 165).

E como exemplo evidente de um tema em direitos humanos visto como controvertido temos o direito ao abortamento legal em caso de uma criança gestante.

O diálogo institucional, não apenas entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, mas também entre as diversas camadas da rede de garantia de direitos da infância e a sociedade em geral, é apresentado como uma ferramenta para “evitar-se o backlash por meio do envolvimento da sociedade na construção da decisão judicial e ainda expondo continuamente seus efeitos positivos” (RAMOS, 2022, p. 165).

Referências

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL - ATLAS BR. **Ranking**. 2017. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/ranking>>.

CARVALHO, Cíntia de Sousa *et al.* **Direitos sexuais de crianças e adolescentes: avanços e entraves**. Psic. Clin., Rio de Janeiro, vol. 24, n.1, p. 69 - 88, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pc/a/BjNb943HwvwyXyPB6Vc9rwph/?lang=pt&format=pdf>>.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. **Nota Pública do CONANDA sobre Direitos Sexuais de Crianças e Adolescentes**. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/notas-publicas-1/nota-publica-sobre-direitos-sexuais-de-criancas-e-adolescentes_14_12_2017.pdf>.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FONSECA, R. M. G. S *et al.* **Aborto Legal na Infância Retratado Pela Imprensa Escrita Brasileira: Perspectivas para o Cuidado**. Revista Baiana De Enfermagem, 36. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.18471/rbe.v36.47345>>.

FORNARI, LF *et al.* **Legal abortion in childhood: the official discourse and the reality of a Brazilian case**. Rev Bras Enferm. 75(6):e20210946. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-7167-2021-0946pt>>.

LEMOS, Flávia Cristina Silveira. **A judicialização da infância e seus impactos na vida das crianças e suas famílias**. [Entrevista concedida à] Equipe Editorial da Revista DESidades. Rio de Janeiro, n° 2, ano 2, p. 25-29, mar. 2014. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/desi/v2/n2a04.pdf>>.

MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS - MMFDH. **Painel da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/painel-de-dados>>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE NASCIDOS VIVOS - SINASC. **Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos - Sinasc - 1996 a 2020**. 2020. Disponível em: <<https://opendatasus.saude.gov.br/dataset/sistema-de-informacao-sobre-nascidos-vivos-sinasc-1996-a-2020>>.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES HOSPITALARES DO SUS - SIH/SUS. **Sistema de Informações Hospitalares do SUS**. 2020. Disponível em: <<https://ces.ibge.gov.br/base-de-dados/metadados/ministerio-da-saude/sistema-de-informacoes-hospitalares-do-sus-sih-sus.html>>.

VIEIRA JR., Enio Gentil. **Reflexões acerca da produção judicial na Justiça da Infância e Juventude: Somos menoristas enrustidos?**. REVISTA DA ESMESC, v.25, n.31, p. 217-237. 2018. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/190/164>>.

MEUS PAIS NÃO CONSEGUIRAM CUIDAR DE MIM. PARA ONDE EU VOU?

Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa

Formada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde é professora da graduação e da pós

Priscila Lambach Ferreira da Costa

Doutoranda em Psicologia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Pedagogia e em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atua como tutora e apoio pedagógico

Resumo:

O Brasil tem atualmente milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade extrema, cujos vínculos familiares, rompidos por uma medida judicial de proteção, precisaram ser retirados de suas famílias de origem. Por sua vez, essas famílias encontram-se fragilizadas social e/ou economicamente, não dando conta da tarefa de cuidar de seus filhos. Para reforçar a capacidade de reorganização dessas famílias e dar-lhes apoio na superação de suas dificuldades para a reinserção dessas crianças e adolescentes e, ainda, de forma compartilhada com o Estado, o Modelo de Acolhimento Familiar acontece por meio de outras famílias que, não estando no cadastro de adoção, voluntária e solidariamente e após um rigoroso processo de seleção, formação e acompanhamento, se disponibilizam a acolher em seus lares essas crianças e adolescentes alijados do convívio com suas famílias de origem, as chamadas Famílias Acolhedoras. O presente estudo tem como objetivo apontar a importância do engajamento da sociedade e de sua atuação em rede na garantia dos direitos dessas crianças e adolescentes e em se disponibilizar a materializar o acolhimento familiar assegurando a convivência familiar e comunitária, como modelo no desenvolvimento afetivo dessas crianças e adolescentes acolhidos e que converge para a reinserção familiar. A metodologia realizada foi uma revisão bibliográfica integrativa. Como resultado, verificou-se que há legislação para a implantação nacional dos programas de Acolhimento Familiar, mas faltam meios operacionais e mecanismos para efetivá-los em maior número.

Palavras-chave: Direito à infância; Institucionalização; Família acolhedora; Primeira infância.

Introdução

O Brasil tem atualmente milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade extrema que precisaram ser retirados de suas famílias de origem, cujos vínculos familiares foram rompidos por uma medida judicial de proteção (Arts. 98 e 101, VIII, IX, par. 1º ECA). Dados estatísticos recentes apontam que aproximadamente 27,5 mil crianças foram incluídas no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os números mostram uma realidade preocupante vivenciada por aqueles sujeitos que integram processos judiciais de destituição do poder familiar, uma vez que cerca de 47% das crianças estão na primeira infância, 12% apresentam problemas de saúde ou alguma deficiência, 54,1% são pretas ou pardas.¹

Esses dados estatísticos desvelam a desafiadora realidade em que estão inseridas essas famílias, fragilizadas social e economicamente, à margem do exercício da cidadania em decorrência do desamparo e privação de direitos, na medida em que a capacidade de proteção e cuidados com a prole, que lhes são intrínsecos, estão desgastados, não dando conta da tarefa de cuidar de seus filhos, principalmente na tenra idade.

Múltiplos fatores contribuem para esse esgarçamento da capacidade de cuidado e proteção dos filhos, que na maioria das vezes é momentâneo, sendo a negligência do Estado para com as famílias um dos motivos mais presentes na retirada das crianças do seu núcleo de origem. Por sua vez, a rede de proteção dessas crianças, na tríade Estado, Família e Sociedade, também não se sustenta, seja pela falta de políticas públicas eficazes, seja pela incipiente capacitação das instituições (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares, Casas de Acolhimento) ou de diálogo entre as instituições que falham no cumprimento dos seus deveres constitucionais para com as famílias, as crianças e os adolescentes.

O fundamento da centralidade da família está na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16), na Constituição Federal (art. 227, CF), no ECA e nas legislações correlatas, de modo que o olhar específico para a primeira infância são fundamentais no desenvolvimento da pessoa, convocando o Estado a estabelecer políticas de convívio saudável familiar e comunitário, não mais no modelo de outrora, como o da Roda dos Expostos, da disciplina do Código de Menores ou do atual Modelo de Institucionalização, que é hoje responsável por abrigar 96% dessas crianças e adolescentes no país (CNJ, 2022).

As políticas públicas têm se intensificado no atendimento da primeira infância (Lei 13.257/2016), priorizando o Acolhimento Familiar, que é realizado pela comunidade, ao acolhimento institucional (abrigos e casas lares),

¹ Mais de 27 mil crianças foram retiradas da família para acolhimento e adoção **Revista Consultor Jurídico**, 8 de maio de 2022, 8h05 <https://www.conjur.com.br/2022-mai-08/27-mil-criancas-foram-retiradas-familia-acolhimento-adocao> Acesso em 25.11.2022.

tendo em vista que os cuidados com a criança vão muito além daqueles materiais, nutrição, higiene, troca de fraldas (Artigo 34, § 1º, ECA). O desenvolvimento cognitivo do infante depende das relações afetivas encetadas nos estímulos de seus cuidadores e da interação social (Instituto Geração Amanhã, 2017).

Para reforçar a capacidade de reorganização dessas famílias e dar-lhes apoio na superação de suas dificuldades para a reinserção dessas crianças e adolescentes e, ainda, de forma compartilhada com o Estado, o Modelo de Acolhimento Familiar acontece por meio de outras famílias que, não estando no cadastro de adoção, voluntária e solidariamente, se disponibilizam a acolher em seus lares essas crianças e adolescentes alijados do convívio com suas famílias de origem. Essas famílias passam por um criterioso processo de seleção e formação para serem habilitadas, e continuam sendo acompanhadas e supervisionadas ao longo de todo o acolhimento.

Nesse cenário, o objetivo do artigo é tratar das chamadas Famílias Acolhedoras, qual a sua função, como são selecionadas, capacitadas e cadastradas nas Varas da Infância e Juventude, traçando um panorama da sua importância no avanço social. O objetivo do Acolhimento Familiar é oferecer um atendimento personalizado, com atenções individualizadas que potencializam o desenvolvimento cognitivo, interpessoal e afetivo dessas crianças, contribuindo para a redução da cultura da institucionalização.

Em um segundo momento, situando o *status* de extrema vulnerabilidade das crianças e adolescentes afastados da convivência familiar, pretende-se demonstrar a importância do engajamento da sociedade e de sua atuação em rede na garantia dos direitos dessas crianças e adolescentes e em se disponibilizar a materializar o acolhimento familiar assegurando a convivência familiar e comunitária, como modelo no desenvolvimento afetivo dessas crianças e adolescentes acolhidos e que converge para a reinserção familiar.

Por se tratar de tema multidisciplinar, o texto perpassa pelas questões histórico-sociais, psicológicas e pedagógicas que envolvem as várias vulnerabilidades - dos pais e dos filhos - com um olhar garantidor para o desenvolvimento e a convivência familiar às crianças e adolescentes em situação de acolhimento.

Nessa toada, dar-se-á conhecer mecanismos de apoio às famílias como o Círculo de Segurança e a Teoria do Apego. Quando o cérebro é privado de estímulos, e os cuidados se restringem à higiene e alimentação, sem que se tenha pessoa ou pessoas para investir nos cuidados personalizados, sem que haja afeto e apego, as crianças, na sua grande maioria, podem vir a enfrentar dificuldades em se relacionar socialmente.

Por fim, verificou-se que há legislação para a implantação nacional dos programas de Acolhimento Familiar, mas faltam meios operacionais e mecanismos para efetivá-los em maior número. O acolhimento, seja familiar ou institucional, além de excepcional e momentâneo, tem entre suas funções, o objetivo de reintegrar a criança e o adolescente à sua família de origem.

O que é o acolhimento familiar e como ele atua?

A família é o núcleo de proteção do indivíduo, o *locus*, por excelência, adequado à sua formação e seu desenvolvimento (art. 226, CF). Quando o vínculo entre os familiares é rompido por uma medida judicial, impondo o afastamento da criança e do adolescente de sua família de origem, há que se ter políticas públicas garantidoras da proteção integral desse sujeito, voltado para o seu melhor interesse.

E uma das formas de garantir essa proteção se dá, prioritariamente, pelo acolhimento familiar ao acolhimento institucional, rompendo uma cultura de institucionalização que segregou “os menores” que precisavam de cuidados e que muitas vezes culpabilizava suas famílias.

Com a Lei nº 12.010 de 2009, houve um verdadeiro reordenamento da medida de “abrigamento”, já a partir da mudança de sua nomenclatura para acolhimento institucional, com a vinculação aos princípios norteadores da política de proteção integral e, com especial destaque ao implemento da medida de acolhimento familiar (art. 101, VIII do ECA), de maneira a evitar que as crianças e adolescentes permanecessem em instituições, locais onde o atendimento é, muitas vezes, massificado e automatizado.

O acolhimento familiar pode vir a ter uma potente possibilidade de transformação social. Esse tipo de modalidade de acolhimento, além de muito positiva para as crianças acolhidas, também colabora para o desenvolvimento de pessoas cada vez mais generosas, famílias que conseguem ampliar seu olhar para múltiplas realidades, muitas vezes diferentes daquelas em que estão inseridos e passam a compreender de uma forma mais integral sua função social.

É uma medida excepcional e temporária, que objetiva o acolhimento de uma criança ou adolescente afastado do convívio familiar por uma medida judicial protetiva, em que uma pessoa ou mais de uma residentes na mesma casa se inscrevam no programa, participem da etapa de seleção, formação e acompanhamento e cumpram determinados requisitos como: concordância de todos os membros da família que residem no domicílio em fazer parte do serviço de acolhimento familiar; não estejam no cadastro de adoção sendo que poderão receber a criança mediante guarda, nos termos dos artigos 28 e 33, parágrafo 2o do ECA; tenham maioridade legal; residam no município ou região; não tenham antecedentes criminais, comprometimento psiquiátrico e/ou dependência de substâncias psicoativas (regra para todos os membros da família que residem no domicílio); disponibilidade para participar do processo de formação inicial, tempo para comparecer às atividades programadas pelo serviço e para o acompanhamento sistemático da equipe técnica; disponibilidade para atender às necessidades de cuidados da criança e/ou adolescente, além do comprometimento com a função de proteção até o encaminhamento da criança e/ou adolescente para a família de origem e/ou extensa ou família

por adoção².

O acolhimento familiar, como política pública, é previsto na legislação como prioritário ao acolhimento institucional, observado o caráter temporário e excepcional da medida (art. 34, e parágrafos, ECA) como já ressaltado, para que as funções da família que está fragilizada possam se recompor. Atualmente, apenas 5% das crianças e dos adolescentes que estão em medida de acolhimento estão em famílias, os demais 95% estão em abrigos institucionais.

Jane Valente é precisa ao conceituar a família acolhedora, como

aquela que voluntariamente tem a função de acolher em seu espaço familiar, pelo tempo que for necessário, a criança e o adolescente que, para ser protegido, foi retirado de sua família, respeitando sua identidade e sua história, oferecendo-lhe todos os cuidados básicos mais afeto, amor, orientação, favorecendo seu desenvolvimento integral e sua inserção familiar, assegurando-lhe a convivência familiar e comunitária (VALENTE, 2013, p. 104-105)

O cuidado, que será exercido provisoriamente e que não se restringe aos cuidados de higiene (e portanto, uma atendimento mecanizado), passa a ser de responsabilidade da família acolhedora, que atuará na vida da criança, proporcionando condições afetivas, relacionais, sociais, emocionais e econômicas para o seu desenvolvimento e constituição como cidadão, objetivando o seu retorno para a família de origem e, se isso não for possível, facilitando o ingresso em uma família substituta.

Trata-se de política pública municipal pensada para a proteção integral da criança e adolescente em situação de afastamento de sua família de origem, com o cadastro de famílias interessadas junto às Varas da Infância e Juventude e que passam por um processo de capacitação com o auxílio e supervisão de psicólogos e assistentes sociais.

Na nova proposta paradigmática, Estado, família e sociedade são corresponsáveis pela garantia dos direitos das crianças e adolescentes, pelas situações de violação, bem como pelo esforço para superá-las.

O art. 4º do ECA estipula, como dever da família, da sociedade e do Estado, a proteção dos direitos das crianças e adolescentes; o art. 18 ratifica como dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente e o art. 19 garante o direito à convivência familiar e comunitária, prioritariamente com a família de origem e, excepcionalmente, em família substituta, com o objetivo de evitar rupturas que possam comprometer o desenvolvimento da criança. De modo que a legislação infraconstitucional está estruturada para fazer valer a doutrina da proteção integral

2 Informações recolhidas em <https://familiaacolhedora.org.br/quero-acolher/criterios-para-ser-uma-familia-acolhedora/> no dia 27/11/2022.

O cenário atual no Brasil

Em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de garantir o cumprimento das normas constitucionais (CF/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e do Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), lançou o Pacto Nacional da Primeira Infância (MLPI).

O entendimento consolidado no MLPI é o de que, para cuidar das crianças, é preciso *cuidar de quem cuida delas*, desenvolvendo políticas públicas que ampliem o apoio e a estrutura para as famílias e cuidadores, contribuindo para a parentalidade responsável. Isso porque, os principais desafios enfrentados pelas crianças na primeira infância estão relacionados diretamente com as desigualdades estruturais da sociedade brasileira.

A Lei da Adoção, Lei 12.010/09, já havia causado impacto significativo nos Programas de Acolhimento Familiar, que passaram a integrar o rol de medidas protetivas previstas no ECA.

Entretanto, é o art. 227 da Constituição Federal de 1988 que rompe com a chamada doutrina da situação irregular do menor, dos chamados órfãos, abandonados por seus pais e institucionalizados pelo governo (Lei n. 6.697/79) e, como fonte formal da proteção das crianças e adolescentes, inaugura um novo paradigma, erigindo a criança e o adolescente a sujeitos de direitos fundamentais prioritários. A carga constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente reforça os princípios da corresponsabilidade (Estado, família e sociedade), da prioridade absoluta, da proteção integral e do melhor interesse. “Não mais roda dos expostos, destituições sumárias do “pátrio poder”, não mais um atendimento desumanizado de crianças pobres. O Brasil precisava de um ordenamento interno próprio que cuidasse de nossas crianças” (IBDFAM,2016)

Em 13 de julho de 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) inaugurando uma nova proposta de política pública, em que Estado, família e sociedade são corresponsáveis em garantir os direitos das crianças e adolescentes (art. 4º, ECA); a convivência familiar e comunitária, prioritariamente com a família de origem e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19, ECA), garantindo o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, evitando-se a ruptura dos vínculos familiares.

Durante o período de institucionalização, portanto, como regra, deve ser mantido o vínculo com a família de origem. Preceitua o §3º do art. 19 do ECA que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

A vulnerabilidade das crianças e adolescentes em situação de acolhimento

A primeira infância é o período em que as estruturas fundamentais do ser humano são criadas, sendo que as relações estabelecidas nessa fase são determinantes na vida dessa pessoa. “A primeira infância é a janela em que experiências, descobertas e afeto são levados para o resto da vida”, pontua Silvana do Monte Moreira (IBDFAM, 2020, p. 13), e as experiências afetivas e de cuidado, como valor jurídico, são agentes motrizes do desenvolvimento de potencialidades e habilidades desse ser humano.

O atendimento personalizado e individualizado, em ambiente familiar, permitindo a organização de uma rotina focada na criança e/ou adolescente e não voltada ao funcionamento da instituição, com rotina coletiva; estabelecimento de vínculos afetivos mais estáveis e próximos com adultos de referência, favorecendo seu desenvolvimento de forma saudável; maior acesso à convivência comunitária e, conseqüentemente, uma maior possibilidade de vivenciar vínculos com os membros dessa comunidade

A pesquisa Órfãos da Romênia, realizada pelo Hospital de Crianças de Boston, da Universidade de Harvard, aponta que para cada ano de um bebê acolhido numa instituição, sem vínculos afetivos permanentes ou respeito às suas necessidades individuais, pode haver prejuízo de até quatro meses no seu desenvolvimento integral. Esta pesquisa revelou que crianças abrigadas em instituições romenas, no período pós-guerra, por tempo prolongado, especialmente durante os primeiros anos de vida, apresentaram déficits cognitivos significativos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, falando em comemoração aos 16 anos do ECA, ressalta que é essencial que olhemos para o momento de fragilidade dessas crianças e suas famílias, empatizando com a situação delas e, principalmente, compreender que aguardam um movimento nosso, como operadores do direito e como sociedade. (IBDFAM, 2016)

Como garantir o pleno desenvolvimento e a convivência familiar às crianças e adolescentes em situação de acolhimento? O Círculo de Segurança e a Teoria do Apego

A Teoria do Apego de autoria de Bowlby (psicólogo, psiquiatra e psicanalista britânico) foi elaborada a partir de observações e considerações sobre a separação prematura de bebês de seus cuidadores principais. O teórico apresentou a importância de haver uma figura de referência para exercer os cuidados com a criança, especialmente nos três primeiros anos tão cruciais no desenvolvimento humano. Caso algumas necessidades não sejam atendidas durante esse período o dano pode ser irreparável durante toda a vida. A constância e permanência desse adulto disponível afetivamente a desempenhar esse papel tem importantes repercussões no desenvolvimento social e psicológico da criança, e esse período impacta na maneira como se darão suas

relações futuras.

A depender da qualidade da interação adulto-criança há a possibilidade de desenvolvimento de uma relação de apego seguro em que tem mais chances da criança se desenvolver da maneira esperada para sua faixa etária, ou o contrário. Caso haja falta do apego seguro, a saúde da criança (física e emocional) pode se tornar debilitada, o que acarreta em um prejuízo a curto, médio e longo prazo tanto para ela quanto para seu entorno.

É papel do cuidador procurar atender as necessidades da criança. Quando esse se estabelece como uma base segura, a criança se sente confiante para explorar o mundo, pois possui um suporte que está zelando por ela, auxiliando e curtindo junto suas conquistas. O cuidador além de base segura, precisa ser um refúgio seguro para que a criança se sinta confortável para voltar até a base sempre que precisar, afinal lá encontra conforto, proteção e uma referência para auxiliá-la a organizar seus sentimentos. Em resumo, o adulto-cuidador precisa ser forte, gentil e apoiar a criança, mas sempre que necessário assumir para si determinadas responsabilidades.

Conclusão

O Acolhimento Familiar é política pública municipal que veio a concretizar os princípios constitucionais do artigo 227 da CF, para fazer valer a proteção integral da criança e do adolescente, garantindo-lhes a convivência familiar, o seu melhor interesse e a absoluta prioridade no atendimento às suas necessidades.

A legislação infraconstitucional que veio a seguir (Lei 8.069/1990; Lei 12.010/09; Lei 13.257/2016), trouxe uma mudança de paradigma, com o olhar personalizado para cada membro da família, *locus* por excelência do desenvolvimento das potencialidades das crianças e adolescentes como sujeitos de direito que são, assegurando-lhes a dignidade plena e a cidadania. (art. 1º, II e III CF).

O Estado, a família e a sociedade, atuando em rede, passam a ser responsáveis na construção do indivíduo como sujeito de direitos, que deve ter sempre que possível proporcionado o convívio no seio da família de origem (art. 226, CF)

Excepcionalmente e provisoriamente, em razão de uma medida judicial de proteção com o afastamento do infante do lar, o ECA assegura à criança, principalmente na primeira infância, a inserção em família acolhedora, prioritariamente ao acolhimento institucional.

Essa medida permite o cuidado individualizado, com o objetivo de proporcionar à criança o melhor ambiente e cuidado possíveis enquanto sua situação jurídica está em andamento para a definição de seu retorno à família de origem ou à sua família extensa e, até mesmo, uma colocação em família substituta quando necessário for.

Como resultado, verificou-se que há legislação para a implantação nacio-

nal dos programas de Acolhimento Familiar, mas faltam meios operacionais e mecanismos para efetivá-los em maior número, motivadores do engajamento da sociedade nesse projeto.

A sociedade por nós pensada é aquela em que cada criança e adolescente possa fortalecer seus vínculos familiares e multiplicá-los no amplo convívio como cidadãos.

Referências

BRASIL - **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/01/ 2020.

BRASIL - **Lei 8.069 de 13/07/1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03/03/2020

BRASIL **Lei 12.010/09**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n^{os} 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n^o 5.452, de 1^o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em 8/6/2022.

BRASIL **Lei 13.257/2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n^o 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n^o 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n^o 5.452, de 1^o de maio de 1943, a Lei n^o 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n^o 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em 20/11/2022

CNJ **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Painel de acompanhamento** <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=c-cd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed-9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>

Em entrevista sobre os 26 anos do ECA, especialista afirma que falta comprometimento, paixão, compaixão e empatia pela situação das crianças acolhidas Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel **Revista IBDFAM** Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/6083/Em+entrevista+sobre+os+26+anos+do+ECA,+especialista+afirma+que+falta+comprometimento,+paix%C3%A3o,+compaix%C3%A3o+e+empatia+pela+situ%C3%A7%C3%A3o+das+crian%C3%A7as+acolhidas>. Acesso em 20/11/2022

Instituto Geração Amanhã. Formação de serviço em família acolhedora. Disponível em <https://geracaoamanha.org.br/> Acesso em 10/5/2022

Mais de 27 mil crianças foram retiradas da família para acolhimento e adoção. Revista Consultor Jurídico, 8 de maio de 2022, 8h05 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mai-08/27-mil-criancas-foram-retiradas-familia-acolhimento-adoacao> Acesso em 8/6/2022

NUNES, Mariana Martins Coelho Almeida. **Acolhimento institucional e acolhimento familiar: uma análise sobre os desafios e entaves na implementação do Família Acolhedora em São Luiz - MA.** Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Maranhão. 2020

Pacto nacional pela primeira infância. Direitos e garantias para a formação dos indivíduos e a evolução da sociedade. **Revista IBDFAM** Ago/set.2020. Edição 52

PEREIRA, Carolina Sette. **“FAMÍLIA É A GENTE COM QUEM SE CONTA”**: o Programa Família Acolhedora ampliando a rede de pertencimento Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Psicologia Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Psicologia Social. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Anna Paula Uziel Rio de Janeiro Junho de 2012

Roda dos Expostos: 200 anos de “assistência” à infância pobre e dita abandonada no Brasil **Instituto Bixiga Pesquisa e Formação** Agosto 13, 2021 Autoria: Danielle Franco da Rocha, Edimilson Peres Castilho, Eribelto Peres Castilho. Disponível em <https://institutobixiga.com.br/roda-dos-expostos-a-instituicao-mais-duradoura-destinada-a-infancia-pobre-e-dita-abandonada-no-brasil/> Acesso em 10/10/2022

VALENTE, Jane. **Família acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento.** São Paulo: Paulus, 2013.

O DIREITO À FELICIDADE E A VULNERABILIDADE DIGITAL

Ana Paula Sebe Filippo

Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica e Lógica Jurídica e Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Louise Vilela Leite Filgueiras

Doutoranda em Direito Constitucional e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Juíza Federal em São Paulo, Estado de São Paulo

Resumo:

Neste artigo, dentre as discussões contemporâneas sobre a sociedade da informação, encontra-se a busca da felicidade, questão essencial do estudo da ética nas relações interpessoais, pois a ética almeja ao bem e ao maior dos bens, felicidade humana, o mesmo que desejam as novas tecnologias, úteis e frequentemente indispensáveis na sociedade em que vivemos. Se o uso da técnica é reprovável algumas vezes, não caberia censurá-la e sim o o usuário. Defenderemos que a Constituição Federal de 1988, embora não o tenha feito expressamente, evidenciou que o Estado brasileiro tem a finalidade de promover a felicidade de todos uma vez que a dignidade humana e o bem comum pressupõem tal direito. Analisaremos as normas constitucionais inseridas nesse objetivo fundamental com destaque para a noção de *cyberespaço* como parte do meio ambiente cultural e sujeito aos seus instrumentos de tutela. Sustentaremos que os avanços tecnológicos também devem encontrar aí os seus limites e a sua finalidade, qual seja, propiciar o bem-estar das pessoas e o exercício do direito a uma sadia qualidade de vida.

Palavras-chave: Tecnologia; Sociedade da informação; Direito à felicidade; Proteção de dados.

Introdução

O homem almeja superar-se, almeja galgar novos níveis de conhecimento que deveriam visar à felicidade. No entanto, encontrará limites na esfera ético-jurídica.

Constatamos, em Prometeu, o desconhecimento e o descomedimento

das restrições à nossa liberdade e ao nosso direito de conhecer. Tal semideus narrado por Hesíodo furta o fogo dos Deuses para salvar a humanidade.

De acordo com Vernant (2000) tal fogo prometeico furtado pela astúcia deste semideus constitui-se um fogo técnico que iria delinear as fronteiras entre os animais e os seres humanos e promoveria a natureza dos homens como seres civilizados.

Aliás, a humanidade, desde então, conquista a civilização quando Prometeu lhe entregou todas as técnicas.

Prometeu possui uma face humana e uma face divina, pois é um semideus. Por não saber trabalhar com o *númen* divino - energia divina - ele ultrapassa os limites humanos, transgredindo, assim, as regras vigentes para alcançar novos níveis de conhecimento para o bem-estar da humanidade.

Nessa busca pelo bem-estar da humanidade, Bacon, no início da era moderna delineou um Estado feliz alicerçado nos avanços científicos e tecnológicos em sua utopia Nova Atlântida.

Bacon observou, com razão, que o propósito da ciência deve ser o promover o progresso da civilização, contribuindo, assim, para o bem-estar de todos.

Francis Bacon acreditava que, com o desenvolvimento do saber, haveria a possibilidade da construção de uma sociedade mais feliz, segundo o relato da vida em sua ilha utópica.

A Nova Atlântida é uma obra bem diferente da arquitetada por Platão na República. Bacon relata um Estado ideal, uma comunidade modelo, em que a felicidade se funda em sua organização por possuir determinadas características.

A Casa de Salomão é responsável pelo bem-estar da comunidade. Foi instituída para interpretar e produzir notáveis maravilhas e construções para o benefício da humanidade, possibilitando, desse modo, uma organização justa da estrutura econômico-social.

O alicerce dessa utopia se baseia na concepção de que a harmonia e o bem-estar repousam no controle da ciência.

Desse modo, nesta utopia, Bacon não somente fez uma crítica da sociedade vivida, como também almejou transformá-la em um Estado feliz. O mesmo que anseiam as novas tecnologias.

Assim, os benefícios dos avanços tecnológicos almejados pela humanidade poderiam trazer questões éticas a serem discutidas como vimos desde a Grécia Arcaica. Prometeu presenteou a humanidade com a tecnologia, furcando o fogo dos Deuses. No entanto, foi castigado por tê-lo feito, sofrendo as consequências de sua ação, pois ultrapassou os limites humanos impostos pelos Deuses.

Este mito nos faz indagar sobre os limites éticos dos avanços jurídicos, avanços que deveriam visar à felicidade de todos.

No cerne das discussões contemporâneas, encontra-se, ainda hoje, esta questão como um dos desafios da sociedade da informação na busca pela fe-

licidade.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador garantiu este direito ao anunciar e firmar princípios como o Estado Democrático, a dignidade do homem e a necessidade de promover o bem de todos, conforme enuncia Araújo (2000).

Embora não o fizesse expressamente, evidenciou que o Estado brasileiro tem a finalidade de promover a felicidade, uma vez que a dignidade humana e bem de todos pressupõem tal direito.

Analisaremos as normas constitucionais inseridas nesse objetivo fundamental.

Faz-se necessário, antes de entrarmos, de modo específico, nos princípios da Constituição Federal, sublinhar a sua força e extensão e dos princípios gerais do direito.

Princípios e força normativa.

Estes princípios são enunciações normativas de caráter genérico que irão condicionar e guiar o entendimento do ordenamento jurídico na sua aplicação, integração e na sua elaboração de novas regras, segundo Reale (2000).

Certos princípios envolvem uma dimensão tão relevante que o legislador lhes atribui força de lei, com estrutura de modelos jurídicos até mesmo no âmbito constitucional.

Além disso, o estudo dos princípios constitucionais reflete os valores culturais de um povo, direciona o hermenêutica e elimina as possibilidades de interpretação contrária dos valores expostos nos princípios constitucionais.

Sendo assim, tais princípios podem configurar-se em norma explícita ou implícita, fixando as diretrizes essenciais das regras da Constituição Federal, influenciando, desse modo, na sua interpretação.

Como dissemos anteriormente, o direito da felicidade como consequência das finalidades estatais será estudado a partir do princípio da dignidade humana e da promoção do bem de todos.

Nosso propósito será demonstrar que tal direito assegurará os direitos da personalidade. Sendo assim, os avanços tecnológicos encontrarão aí os seus limites.

Constitui a dignidade humana como norma - princípio e valor - essencial na ordem jurídico- constitucional que deve orientar a edificação e a interpretação do sistema jurídico do Brasil.

De acordo com o constitucionalista José Afonso da Silva (1995, p.93), este princípio “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”.

Desse modo, ao trilhar o caminho dos constitucionalistas lusitanos, Gomes Canotilho e Vidal Moreira, José Afonso da Silva (1995) enuncia que o conceito de dignidade da pessoa humana é concebido como referência constitucional que unifica todos os direitos fundamentais obrigando a uma classifi-

cação valorativa que leva em consideração o amplo sentido normativo - constitucional do mesmo e não uma qualquer ideia apriorística do ser humano.

Não se pode limitar à defesa dos direitos pessoais tradicionais, olvidando-a em relação aos direitos sociais, ou evocar esses mesmos direitos para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, desprezando-a, ao se cuidar de direitos econômicos, sociais e culturais.

Consequentemente a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social que tem por fim a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento do homem e o preparo do mesmo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., todavia, como reveladores do conteúdo normativo eficaz da dignidade humana e não como dispositivos formais.

Dignidade humana e felicidade

Por fim, iremos parafrasear a conceituação jurídica da dignidade humana elaborada por Ingo Sarlet:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.(SARLET, 2006, p. 60).

O *texto* constitucional de 1988 traz, ao lado do princípio da dignidade humana, a busca da felicidade ao anunciar, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos.

Entende-se por bem de todos, a felicidade:

Felicidade é um estado de ventura que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano individualmente considerado. Não pode se falar de felicidade geral, mas da felicidade de cada ser humano. A felicidade geral é a soma das felicidades individuais atendidas. Portanto, a busca do fim social do Estado deve, obrigatoriamente, fundar-se na busca da felicidade. Os anseios individuais a captação das mudanças sociais pelo Estado, o atendimento às necessidades básicas do ser humano, estão certamente, entre os fins objetivados pelo Estado e reconhecidos pelo constituinte de 1988. (ARAUJO, 2000. p 105)

Ao nosso ver, bem de todos (felicidade) ou bem comum não se caracteriza pela concretização de um simples feixe de relações entre os indivíduos, como almejam as concepções individualistas que restringem o bem comum

à somatória dos bens individuais. Isto, inclusive, nos parece ser a opinião do professor acima citado.

Não entendemos, ainda, que tal bem se realize numa relação em que o interesse individual subordina-se ao coletivo como a uma realidade de natureza substancial e superior, o Estado, a raça, a classe ou a nacionalidade, como pretendem as concepções coletivistas.

As relações de integração caracterizam a estrutura do bem comum e, assim, as consciências individuais interagem, formando uma outra unidade moral. Pode-se afirmar, com precisão, que o pronome “nós” ou “nosso” revela a atividade de cada indivíduo no agir coletivo.

Uma observação objetiva da realidade nos conduz a asseverar o caráter comunitário e pessoal do bem comum, opondo-se, assim, a tais extremos. Santo Tomás de Aquino sintetiza essas vertentes. Segundo tal escolástico, é tratado com um bem comunitário, o bem comum.

Ele é o bem da comunidade real, vale dizer, de um “todo” do qual o indivíduo é uma “parcela”. *“Persona comparatur ad communitatem sicut pars ad totum”*. O indivíduo é para a comunidade como a parte é para o todo.

Contudo a pessoa não se restringe a uma parte desse todo. O homem não se encontra ilimitadamente à comunidade. Como diz Santo Tomás, ele não está determinado à comunidade política em tudo aquilo que o mesmo é e em tudo o que a ele se refere: *“Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum e secundum omnia sua”*.

O ser humano não se subordina à sociedade civil em todas as situações que lhe dizem respeito em relação à natureza absoluta da sua personalidade. Há um núcleo interior independente, ensina Berdiaff. Desse modo, independentemente das decisões da sociedade civil, as concepções científicas, artísticas ou religiosas, ensina Montoro (2000).

O grupo social não terá o direito de fazer com que um matemático aprecie como verdade certo sistema ao invés de outro e o ensine, porque está em conformidade com as regras sociais, conforme Jacques Maritain.

Ética e felicidade

É de Aristóteles a lição sobre ser a felicidade a mais desejável de todas as coisas:

E como tal entendemos a felicidade, considerando-a, além disso, a mais desejável de todas as coisas, sem contá-la como um bem entre outros. Se assim fizéssemos, é evidente que ela se tornaria mais desejável pela adição do menor bem que fosse, pois o que é acrescentado se torna um excesso de bens, e dos bens é sempre o maior o mais desejável. A felicidade é, portanto, algo absoluto e auto-suficiente, sendo também a finalidade da ação. (ARISTÓTELES, 2004 p. 26).

Nas palavras do prof. Fábio Konder Comparato:

[...] Com efeito, o que pode existir de mais valioso na vida, quer dos indivíduos, quer dos povos, senão alcançar a plena felicidade? Podemos errar de caminho na nossa vida, e nos embrenharmos perdidamente, como Dante, na selva da escuridão. Jamais nos enganaremos, porém, quanto à escolha do nosso destino: nunca se ouviu falar de alguém que tivesse a infelicidade por propósito ou programa de vida. (COMPARATO, 2006, p. 17).

O desenvolvimento tecnológico deve servir a essa busca de bem-estar e felicidade. Ainda segundo Comparato:

Na aurora da humanidade, a vida humana dependia, quase inteiramente, dos determinismos genético e geográfico. Mas, com o advento do *homo habilis*, começaram a ser forjados os primeiros instrumentos de ação transformadora do meio natural. Hoje, o avanço acelerado saber científico e tecnológico permite ao homem interferir duradouramente, de modo positivo ou negativo, no meio ambiente, no patrimônio genético, inclusive no seu próprio genoma. Vivemos, no mundo contemporâneo, uma fase de intensa hominização da biosfera. O ser humano, como autêntico demiurgo, modela o mundo circunstante à sua imagem e semelhança, para o bem e para o mal. (COMPARATO, op. cit., p.23).

Por isso é preciso refletir sobre os limites da utilização desses instrumentos criados pelo *homo habilis*, isto é, os limites da intervenção humana no ambiente tendo como norte a busca da felicidade. Como a mitologia grega ilustra, precisamos pensar sobre que uso faremos do fogo roubado dos deuses por Prometeu, dentro de uma perspectiva teleológica - tendo o bem-estar da humanidade e a proteção das vulnerabilidades como norte.

Bem-estar e felicidade na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988, embora não o tenha feito nesses termos, deixa claro que o Estado brasileiro tem a finalidade de, em última análise, **promover a felicidade dos indivíduos**, que o instituíram por meio dos seus representantes eleitos, - uma vez que a **dignidade humana e o bem de todos - é - ou deve ser**, a finalidade última das normas jurídicas que compõem o ordenamento e servem para regulamentar a vida em sociedade.

Lembremos, portanto, que consta do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o Estado Democrático de Direito que a Assembleia Nacional Constituinte então instituiu, destinava-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Assim, o artigo Art. 1º, III, estabelece, como fundamento da República,

o respeito à dignidade da pessoa humana; e no artigo 3º, IV, dentre os seus objetivos, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estabelece ainda, o artigo 4º, que trata das relações internacionais do Estado Brasileiro, que rege-se-á, nessas relações, pela prevalência dos direitos humanos (inc. II).

Não há qualquer dúvida de que o Estado Brasileiro, nascido com a Constituição de 1988, tem como finalidade a promoção do bem-estar do povo brasileiro, o que nada mais é que a promoção de sua felicidade.

Portanto, considerando que é condição para a dignidade e bem-estar da pessoa humana o desfrutar de um meio ambiente sadio e equilibrado em que possa se desenvolver, **a tutela ambiental se insere no âmbito da tutela da dignidade da pessoa humana.**

Dignidade, meio-ambiente e cyberspaço

É nesse contexto que sustentamos, com apoio na doutrina de Fiorillo e Conte **que o cyberspaço, enquanto incluso no conceito de meio ambiente cultural, deve também estar voltado** a promover o bem de todos e, nesse passo, submete-se aos controles estatais da tutela de um meio-ambiente saudável e equilibrado.

Sob essa ótica, o ordenamento jurídico brasileiro contém inúmeras ferreamentas para impor limites ao uso indevido do cyberspaço, tanto no âmbito das ações individuais como no do processo coletivo, destacando-se a ação civil pública e a ação popular, de modo a prevenir e também reprimir o abuso da situação de vulnerabilidade do indivíduo no espaço digital.

O cyberspaço, um território sem fronteiras surgido com o desenvolvimento da rede mundial de computadores, em que cada vez mais as pessoas interagem, negociam e expressam suas opiniões, é sem dúvida nenhuma **parte do meio-ambiente cultural**, cuja tutela de opera através do diálogo das fontes de direito material e processual, na forma da conhecida teoria formulada por Erick Jayme citado por Herman, Marques (2018).

Segundo Conte e Fiorillo, o cyberspaço, como meio-ambiente digital, inclui-se no conceito de meio ambiente cultural:

No campo infraconstitucional, o artigo 3º, I da lei n. 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), define meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influencias e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. (...)Referido conceito foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, que passou a abarcar, além do meio ambiente natural (constituído pela atmosfera, elementos da biosfera, águas, mar territorial, solo, subsolo, recursos minerais, fauna e flora), o meio ambiente do trabalho (local de desenvolvimento das atividades laborais) o patrimônio genético e também, o meio ambiente digital?”. (...) trata-se indistintivamente no século XXI de um dos mais importantes aspectos do direito ambiental brasileiro, destinado às presentes e futuras gerações

(art. 225 da CF), verdadeiro objetivo fundamental a ser garantido pela tutela jurídica de nosso meio-ambiente cultural (art. 3º da CF) principalmente em face do “abismo digital” que ainda vivemos no Brasil (CONTE; FIORILLO, 2006, p. 13, 20).

A vulnerabilidade digital pode ser identificada como uma situação de maior suscetibilidade ao risco no ambiente digital, manifestada na forma de *que favorece a aparição de iniquidades, assimetrias de poder, diminuições da cidadania, além de violações à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa*, conforme enuncia Azevedo (2021).

Importante ressaltar que, mais recentemente, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022 que incluiu no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivas, o inciso LXXIX com o seguinte teor: “É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”.

Além disso, está em tramitação, de iniciativa do Senado e já aprovada na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda Constitucional nº 47 de 16 de dezembro de 2021, que trata de elevar ao *status* de direito fundamental a inclusão digital, seja técnica, cognitiva ou econômica quando acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal: “é assegurado a todos o direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo o território nacional, na forma da lei.”.

O conceito de inclusão digital abrange tanto o direito ao acesso da população ao cyberspaço, quanto à educação digital, com vistas a promover a fruição plena e adequada da tecnologia por todos e todas, e assim diminuir a vulnerabilidade da população às chamadas “externalidades negativas”(1), do desenvolvimento da tecnologia e virtualização das interações sociais, próprias do meio ambiente digital, como como vieses discriminatórios de algoritmos de sistemas, por exemplo, de acordo com Costa (2006).

A norma em questão virá, caso promulgada, garantir expressamente o dever do Estado de promover políticas públicas nesse sentido, reconhecendo a fundamental relevância dessas interações no meio ambiente digital para a sociedade atual, o que, como se infere do quanto argumentado nesse texto, já se encontra implícito em nosso ordenamento.

Conclusão

Depois de salientar que a Ética visa à busca da felicidade, nessas breves linhas, sustentaremos que o ordenamento jurídico brasileiro contém normas e princípios que garantem a tutela do bem-estar e de um direito à felicidade no cyberspaço, como pressuposto do direito à felicidade, sentido teleológico do ordenamento jurídico como sistema de normas que regulam a vida em sociedade.

Através da inserção do cyberspaço ao conceito de meio ambiente cultural, o poder público e a sociedade civil estão obrigados a utilizá-lo de for-

ma a que contribua para a sadia qualidade de vida da população em que nele interage, procurando eliminar as externalidades tecnológicas negativas, sem que isso prejudique as inúmeras consequências positivas do uso da tecnologia, sendo-lhe aplicáveis os instrumentos jurídicos da tutela do meio-ambiente.

O Direito à inclusão digital decorre do rol de direitos fundamentais, na medida em que passou a se constituir em instrumento indispensável para o exercício da plena cidadania e da concretização do primado da dignidade humana. Há proposta de emenda constitucional para tornar expresso esse direito fundamental na Constituição Federal, no qual se inclui o direito à educação digital que é extremamente necessário para reduzir a vulnerabilidade do cidadão no cyberspaço.

Acreditamos, portanto, que o fogo roubado dos deuses por Prometeu ganhou, na era da tecnologia, um novo brilho, mais encantador e mais perigoso. O seu uso ético e responsável, no sentido de promover a felicidade e o bem de todos representa um dos maiores desafios atuais da humanidade.

Notas

(1) Sobre externalidades positivas e negativas dos sistemas digitais vide KAUFMAN, Dora. **Inteligência Artificial e os desafios éticos: a restrita aplicabilidade dos princípios gerais para nortear o ecossistema de IA.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6319920/mod_resource/content/1/073-084-paulus-revista-de-comunicacao-da-fapcom-n-9-art-03-1%20.pdf. Acesso em: 17/11/2022.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Coleção Obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2004.

AZEVEDO, Júlio de Camargo. **Delimitando o conceito de vulnerabilidade digital - Parte I Quais são os impactos negativos suportados pelos cidadãos em virtude da digitalização da sociedade?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/direito-dos-grupos-vulneraveis/delimitando-conceito-vulnerabilidade-digital>-Acesso em: 09 de dezembro de 2021

BACON, Francis. **Os pensadores.** Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BENJAMIN Antônio Hermann; MARQUES, Claudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, Ano 27 • vol. 115 • jan.-fev./2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/issue/view/43> - Acesso em: 17/11/2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Leonardo Figueiredo. **Inclusão Digital: conceitos, modelo e semânticas**. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2006. p. 1-15. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/errata2006/R1485-1.pdf>

Acesso em: 17/11/2022.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Crimes Cibernéticos, Dark Web e Lavagem de Dinheiro. In: MARTINS Ives Gandra da Silva; SANTOS, James Henrique Lins (coord.) **Do combate aos crimes financeiros e tributários**. São Paulo: Almedina, p. 185 a 219, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARIN, Eugênio. **Ciência e vida civil no renascimento**. São Paulo: Unesp, 1996.

KAUFMAN, Dora. **Inteligência Artificial e os desafios éticos: a restrita aplicabilidade dos princípios gerais para nortear o ecossistema de IA**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6319920/mod_resource/content/1/073-084-paulus-revista-de-comunicacao-da-fapcom-n-9-art-03-1%20.pdf. Acesso em: 17/11/2022.

LANIER, Jaron. **Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais**. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

MONDIN, Batista. **Curso de filosofia**. São Paulo: Paulus, 1981. v.2

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2006.

SEM, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOUZA, Maria Graça de. **O real e o seu avesso: as utopias clássicas**. Sexta-feira n. 6 utopia. São Paulo: editora 34, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Vieira, Leonardo Marques. **A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS**. Disponível em <https://www.lcv.fee.unicamp.br/images/BTSym-19/Papers/090.pdf>. Acesso em: 17/11/2022.

VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens**. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NOS BASTIDORES DE UM PROJETO EDUCACIONAL DE IMPACTO

Camilla Rodrigues Netto da Costa Rocha

Professora e Pesquisadora na Escola Germinare (Instituto J&F). Mestre e Doutora em Comunicação e Práticas de Consumo pela Escola Superior de Propaganda e Marketing

Rodrigo Guimarães Motta

Diretor na Escola Germinare (Instituto J&F). Mestre e Doutor em Administração pela Pontifícia Universidade Católica

Resumo:

O presente estudo parte da problemática identificada no fato de que o sistema brasileiro de ensino não tem sido capaz de ofertar uma educação de qualidade, o que traz consequências à formação e empregabilidade dos jovens. Para isso, à luz dos conceitos de sustentabilidade, e dos objetivos de desenvolvimento sustentável, bem como de investimento social privado, toma como objeto um projeto pedagógico do Instituto J&F que tem por foco a formação e a preparação dos jovens para o mercado de trabalho, garantindo o seu desenvolvimento enquanto cidadão crítico e profissional qualificado. Trata-se de uma proposta metodológica de ensino e aprendizagem, concebida e desenvolvida pela Escola Germinare (Escola de Negócios). Como resultados, evidencia a efetividade da metodologia ao proporcionar uma aprendizagem prática e maior engajamento a partir de um desafio de negócio interessante, além de demonstrar o impacto do projeto que já desenvolveu e empregou centenas de jovens lideranças.

Palavras-chave: Investimento social privado; Projeto pedagógico; Caso de ensino.

Introdução

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, impulsiona as discussões sobre sustentabilidade, mas o termo sustentável tal como o utilizamos hoje vai aparecer, pela primeira vez, no relatório “Nosso Futuro Comum”, publicado em 1987. Ainda que na aceção do uso a expressão sustentável se refira aos recursos

naturais, em sua acepção macro, significa suprir as necessidades da geração presente sem afetar a possibilidade das gerações futuras de suprir as suas. É dizer: uma conjunção que permite manter o bem-estar da humanidade dentro dos limites do planeta ao longo do tempo.

Tal evolução do termo é concomitante com a da agenda socioambiental, econômica e de governança - a chamada sustentabilidade corporativa - que se intensifica desde a década de 60. Essa agenda envolve toda e qualquer preocupação socioambiental que possa ser identificada por indicadores, ou que esteja presente e seja discutida pela sociedade no campo da ética, dos direitos humanos e da preservação do meio ambiente.

É neste sentido, e dentro deste “guarda-chuva” maior, que localizamos o surgimento do termo ESG em 2004 (ainda que com evidência somente a partir de 2015 com o lançamento da Agenda 2030), com a publicação do relatório *Who Cares Wins* produzida pelo Pacto Global da ONU - *United Nations Global Compact* - e endossada por 20 importantes bancos e gestores de ativos. Essa publicação de 2004 traz um conjunto de recomendações para que as instituições financeiras integrem os aspectos ambientais, sociais e de governança nas suas análises, na gestão de ativos e na negociação de títulos. Portanto, ESG surge com um foco em como melhorar o panorama de investimentos levando em conta os impactos ambiental, social e de governança.

Mas ESG não se confunde com sustentabilidade. Pode-se afirmar que ESG é um recorte da agenda da sustentabilidade, com foco nos impactos sobre o negócio. De fato, ambas “agendas” têm o ponto comum de compartilhar informações com stakeholders, mas sustentabilidade olha para os impactos que os negócios geram sobre a sociedade e o meio ambiente, enquanto ESG é a maneira como o impacto que a empresa causou no meio ambiente e na sociedade reflete sobre seu próprio negócio.

Foi em 2015 que governos, empresas, academia e cidadãos se comprometeram com a Agenda 2030, seguindo os oito ODM (Objetivos do Desenvolvimento do Milênio), estabelecidos em 2000. Trata-se de documento assinado na Assembleia Geral da ONU que consolida um plano de ação dirigido para as pessoas, o planeta e a prosperidade: “reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”¹. A partir deste norte, traçaram-se 17 ODS (Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável) e 169 metas.

Aqui também merece uma distinção entre ESG e ODS. São duas visões inspiradas pelo desenvolvimento sustentável e que se relacionam a um conjunto de temas econômicos, sociais e ambientais, mas que, no escopo, são distintas:

1 Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf Acesso em set. 2022

Imagem 1: Distinção do professor Aron Belinky

ESG versus ODS: semelhanças e diferenças

ABC ASSOCIADOS

COMPARANDO PERSPECTIVAS ESG E ODS QUANTO À AVALIAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL (ESG: da sigla em inglês para ambiental, social e governança ODS: objetivos do desenvolvimento sustentável, da ONU)	
ESG	ODS
Inspirada pela visão do desenvolvimento sustentável	
Relacionada a um conjunto de temas econômicos, sociais e ambientais	
Abordagem triple-bottom line/3P: pessoas, planeta e <i>profit</i>	5P: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parcerias
Métricas geradas pelo entendimento de atores do mercado quanto às implicações do DS para empresas e investidores	Objetivos gerados por meio de negociações multilaterais em nível global, para serem atingidos em nível de país
Foco na competitividade das empresas e na sua capacidade de gerar valor, em geral priorizando acionistas e investidores	“Criar uma sociedade próspera e sustentável para todos , não deixando ninguém para trás”
Enfoca a governança corporativa ao nível da empresa, pela perspectiva dos acionistas e de outros stakeholders	Enfoca a governança corporativa pela perspectiva social ampla , mirando o interesse público
Prioriza temas com base na materialidade para a empresa	Tem por princípio a integração/interdependência entre temas
Ritmo definido pela paciência dos acionistas e stakeholders	Ritmo definido pela urgência de superar desafios globais
Preocupação com a magnitude das externalidades é proporcional às expectativas de acionistas e stakeholders	A magnitude das metas é definida pela escala dos desafios globais a serem superados

Fonte: ABS Associados, 2022²

Para este estudo, a despeito das diferenças, consideramos que tanto ODS quanto ESG perpassam a iniciativa do projeto educacional analisado. Assim, o objetivo deste trabalho é descrever uma iniciativa educacional no âmbito do investimento social privado à luz do conceito de ESG, tendo como pano de fundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, destacando uma metodologia de ensino específica, qual seja, a metodologia caso de ensino.

Neste trabalho nosso foco está voltado para a educação que está contemplada no ODS 4 que consiste em “assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. Alguns desdobramentos desse ODS que se consideram relevantes para este estudo perpassam a questão de que o Brasil precisa garantir, até 2030, uma educação de qualidade que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes, além de “assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade”³.

Como complemento, há que se pontuar que, de 2019 para 2020, de acordo com dados do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), houve um aumento significativo do número de pessoas entre 15 e 29 anos que estavam sem emprego e sem estudar (de 24,1% para 29,3%), além da queda do número de jovens que trabalham e estudam (de 11,9% para 10,1%)⁴. Portanto, a preocupação e o esforço em prol

2 Disponível em: <https://www.abca.com.br/> Acesso em nov. 2022

3 ODS 4 (4.3). Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=4> Acesso em set. 2022

4 PNAD Contínua - Educação / IBGE. 2012-2020. 2º trimestre

do atingimento desse objetivo de desenvolvimento sustentável são urgentes, tanto na agenda dos governos quanto na do empresariado brasileiro.

Destaca-se, igualmente, a partir da pesquisa de 2018⁵ também do INEP, que a renda domiciliar é o fator que mais impacta para escolarização e inserção no mercado de trabalho: comparando-se os 25% jovens mais pobres com os 25% mais ricos, 12,7% dos mais pobres estão fora da escola e não concluíram a Educação Básica enquanto o número cai para 1,7% no que se refere aos mais ricos. Assim, o acesso a uma educação de qualidade, e que permita futura inserção dos jovens no mercado de trabalho, despontam como medidas das mais necessárias.

A problemática está identificada no fato de que o sistema brasileiro de ensino não tem sido capaz de ofertar uma educação de qualidade, o que traz consequências à formação e empregabilidade dos jovens.

Este estudo toma como objeto um projeto pedagógico que tem por foco a formação e a preparação dos jovens para o mercado de trabalho, garantindo o seu desenvolvimento enquanto cidadão crítico e profissional qualificado. Trata-se de uma proposta metodológica de ensino e aprendizagem, concebida e desenvolvida por uma Academia de Ensino, iniciada em 2021, no âmbito de uma escola técnica de São Paulo, Escola Germinare (Escola de Negócios).

Referida escola é uma organização sem fins lucrativos, mantida pelo Instituto J&F e voltada à formação regular no Ensino Básico e Técnico em Administração de Empresas para estudantes entre o 6º ano do Ensino Fundamental (EF) e o 3º ano do Ensino Médio (EM), por meio de um ensino totalmente gratuito. O Instituto J&F existe há mais de 10 anos, a partir da convicção de seus fundadores de que a educação é a base para o desenvolvimento de cidadãos e profissionais preparados para os desafios do mundo.

Tem como missão “criar e apoiar iniciativas educacionais inovadoras, que disseminem conhecimento, valores e atitudes capazes de contribuir para a vida de jovens e de suas famílias” e sua visão consiste em “ampliar as fronteiras de cidadania e oportunidade no mundo do trabalho para os jovens, por meio da educação” (J&F, 2021). Uma das iniciativas que o Instituto J&F apoia é a Escola Germinare. A proposta pedagógica dessa organização é ser uma escola de negócios, assentando-se em uma formação híbrida - acadêmica e técnica - dos alunos. A sua missão é formar “tocadores de negócio” (gestores), de modo que seu projeto pedagógico privilegia uma estrutura curricular híbrida, oferecendo sólida formação acadêmica e profissional.

A Academia Seara Flora, academia de ensino objeto deste estudo, integra a Escola Germinare. A sua proposta pedagógica está voltada para a formação de tocadores de negócios de bens de consumo duráveis e não duráveis, daí a intersecção com os negócios do grupo mantenedor do projeto (J&F) com relação à Seara (indústria de alimentos) e à Flora (indústria de higiene,

5 “PNAD Contínua - Educação/IBGE. 2018. 2º trimestre (base trimestral) e 1ª entrevista (anual)”, visualizados a partir da Plataforma JET.

beleza e limpeza), que têm na gestão de bens de consumo o seu core business.

Fundamentação teórica

A Escola Germinare, que abraça a iniciativa do projeto, é reconhecida pelo MEC e UNESCO, e pode-se considerar como sendo parte de uma iniciativa corporativa que investe em educação e desenvolvimento, buscando contribuir com o ODS 4. O nascimento do projeto, qual seja, o formato inovador de ensino e aprendizagem desenhado e implementado pela Academia Seara Flora, por meio da sua metodologia Caso de Ensino, nasce do inconformismo do corpo docente da Academia quanto ao fato de que mesmo o ensino técnico pode ter um viés conteudista.

Há uma dissonância entre o que se aprende “nos bancos acadêmicos” e o que se aplica na “vida real” do trabalho. Nessa direção, muitas têm sido as iniciativas no campo educacional para conferir sentido às aprendizagens dos estudantes, colocando-os como protagonistas do seu próprio aprendizado por meio de estratégias que tornem a aprendizagem contextualizada e desafiadora a partir de problematizações reais (BENDER, 2014; DAVID, 2008; BACICH; MORAN, 2018).

A metodologia Caso de Ensino, desenhada e levada a efeito pela Academia Seara Flora, ressoa com essa literatura e parte da importância da prática quando da formação em Administração, para garantir um processo de ensino e aprendizagem com sentido para os alunos e, ainda, visando acelerar a sua jornada de aprendizagem no sentido de efetivamente preparar o jovem para sua inserção no mercado de trabalho. Atualmente as empresas se deparam com um desafio: a educação não é suficiente para a formação de um tocadador de negócio. Diferentemente da medicina, que tem a prática em forma de residência, como apêndice importante da formação para garantir que um médico se forme e já tenha um grande aval para exercer bem seu papel, a administração ainda é muito acadêmica e pouco prática.

Assim, passa-se a adotar o pressuposto teórico norteador de Dewey (1933), para quem o ideal pedagógico está no “aprendizado pela ação” (learning by doing), ou no “aprender fazendo”, em consonância com os estudos organizacionais baseados na prática. Tomando de empréstimo a analogia de Gherardi e Strati (2014), enquanto os alunos aprendem a gerir um negócio, eles aprendem a ser gestores.

Essa é a ideia central da metodologia Caso de Ensino desenvolvida pela Academia Seara Flora, que são baseados em marcas e negócios reais, para o aluno vivenciar a real complexidade do negócio. O diferencial da metodologia tradicional do Caso de Ensino (ALBERTON; SILVA, 2018) está no lapso temporal - a jornada de aprendizagem foi desenhada para o período de um ano - bem como no framework: a metodologia está desenhada em três fases distintas que os estudantes passam ao longo de um ano para resolver o desafio do negócio, quais sejam, Diagnóstico, Estratégia e Plano de Ação.

O período estendido de trabalho visa proporcionar uma ampla reflexão das oportunidades e garantir profundidade ao plano de ação.

Em síntese, pode-se afirmar que a Academia parte então da epistemologia da prática para desenhar e propor sua própria metodologia de ensino e aprendizagem a fim de que possa: (i) contribuir para a melhoria do sistema de ensino brasileiro; (ii) proporcionar uma formação relevante que habilite e garanta ao jovem uma atuação profissional com sentido; (iii) minimizar a lacuna atual existente no ensino formal quanto à dissonância entre a aprendizagem e o desenvolvimento das competências nos estudantes, relevantes tanto para o exercício profissional quanto para a inserção reflexiva do indivíduo no contexto social. Acredita-se, inclusive, serem essas as duas vias capazes de gerar transformações de impacto na sociedade.

É a partir daí que em 2021 a Academia Seara Flora inaugura uma nova forma de trabalho que bebe da fonte das metodologias ativas, em especial, da metodologia do Caso de Ensino, e estrutura os seus próprios Casos de Ensino.

Metodologia

De abordagem qualitativa, este trabalho se apoia no método do estudo de caso (CESAR, 2005; VENTURA, 2007) para analisar uma iniciativa educacional no âmbito do investimento social privado à luz do conceito de ESG, tendo como pano de fundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, destacando uma metodologia de ensino específica, qual seja, a metodologia caso de ensino.

Aqui, entende-se que qualquer outro apoio metodológico não seria apropriado, uma vez que a situação de pesquisa se evidencia como aquela bem descrita por Yin (2002, p. 13), em que “os limites entre o fenômeno e o contexto não são claros e o pesquisador tem pouco controle sobre o fenômeno e o contexto”. Ainda em consonância com o autor, o estudo de caso permite que os investigadores indaguem “como” ou “por que” o fenômeno analisado acontece, tal como se pretende nesta investigação.

A coleta dos dados se apoia na aplicação de uma pesquisa mista a partir de um questionário elaborado na plataforma *on-line* Survey Monkey com dez questões (oito fechadas e duas abertas), após a finalização tanto do caso de ensino inspiracional (fevereiro de 2021) quanto da etapa do diagnóstico do caso de ensino (abril de 2021). As duas pesquisas permitiram descrever, a partir das quatro categorias analisadas: i) aprendizagem prática; ii) teorias subordinadas à prática; iii) desafio interessante; e iv) engajamento, o impacto e a proposta de inovação do projeto pedagógico analisado.

Análise da situação problema e proposta de inovação

As metodologias tradicionais de ensino são aquelas baseadas nas aulas expositivas e que tomam os estudantes como receptores passivos de um gran-

de volume de informações explanadas pelo professor (MIZUKAMI, 1986). Essa abordagem de ensino e aprendizagem já não se compatibiliza mais com as necessidades do mundo contemporâneo, complexo e dinâmico além de diminuir a potencialidade de aprendizagem por parte dos alunos pois submeter-se às aulas expositivas diminui a capacidade de retenção (BONWELL & EISON, 1991).

Assim, é imperativo que sejam repensadas as metodologias de ensino, como uma alternativa às tradicionais. É o que se verifica quando diante da literatura referente às metodologias ativas (BENDER, 2014; DAVID, 2008; BACICH; MORAN, 2018). E o que de comum se observa em suas variações, o estudo de caso, o caso de ensino e a aprendizagem baseada em projeto, é que a aprendizagem baseada na prática ganha total relevância uma vez que é pressuposto desta abordagem partir da conexão com o mundo real do estudante para desenvolver a sua jornada de aprendizagem.

Pode-se partir de Bender (2014) para destacar, a partir da aprendizagem baseada em projeto, os ganhos que se obtêm quando da adoção de uma metodologia ativa, apartada do ensino conteudista formal, ainda tão dominante na realidade da educação brasileira. O autor compilou diversas pesquisas que demonstram a eficácia e as vantagens de uma abordagem de ensino com foco voltado para a autonomia e a conexão do estudante com o mundo real.

A primeira vantagem que se destaca é o fato de que há um aumento na motivação e no interesse dos alunos (BENDER, 2014), o que se traduz como maior engajamento em razão de tratar-se de “cenários do mundo real, e essa ênfase tende a tornar o ensino mais relevante para as vidas dos alunos” (Bender, 2014, p. 33). Além disso, merece destaque o fato de que a primeira vantagem faz emergir a segunda, qual seja, a melhora do desempenho: “uma metanálise sintetizou um grande corpo de pesquisa e indicou que os alunos podem ter melhoria de até 30% na compreensão dos conceitos como resultado da aprendizagem baseada em projetos” (Bender, p. 33-34).

Quanto ao Caso de Ensino, por sua vez, sabe-se que seu maior propósito, nos cursos de Administração é constituir-se como material de referência para aplicação em sala de aula, visando a contribuir à melhor formação dos estudantes enquanto gestores de negócio, seja no ensino básico, seja no superior (MOTTA; LACERDA; WANDERLEY; SANTOS, 2019; ROCHA, 2021). E, para ser considerado uma abordagem metodológica válida, deve trazer a descrição de um dilema de negócio, respaldado por uma fonte rica de dados que logre representar a complexidade organizacional e que, com isso, possibilite a vivência de uma situação real (ALBERTON; SILVA, 2018).

A Academia desenhou a sua abordagem metodológica em duas frentes, os Casos de Ensino Inspiracionais - que foram construídos para o mês de fevereiro de 2021 e tomaram por base seis marcas para os seis anos de ensino (isto é, do 6º ano/EF ao 2º ano/EM) - e os Casos de Ensino propriamente, que contemplam a jornada de aprendizagem de março a dezembro de 2021 - e que tomaram por base doze marcas, duas para cada ano de ensino (a fim de

possibilitar que as turmas trabalhem com marcas diferentes entre si).

A escolha das marcas se justifica em razão do objetivo de ensino e aprendizagem estabelecido para cada ano. Buscou-se semelhança aos desafios reais de negócios enfrentados pelas marcas e àqueles que norteiam a aprendizagem dos estudantes, tanto no mês de fevereiro quanto ao longo do ano, conforme demonstra a tabela a seguir:

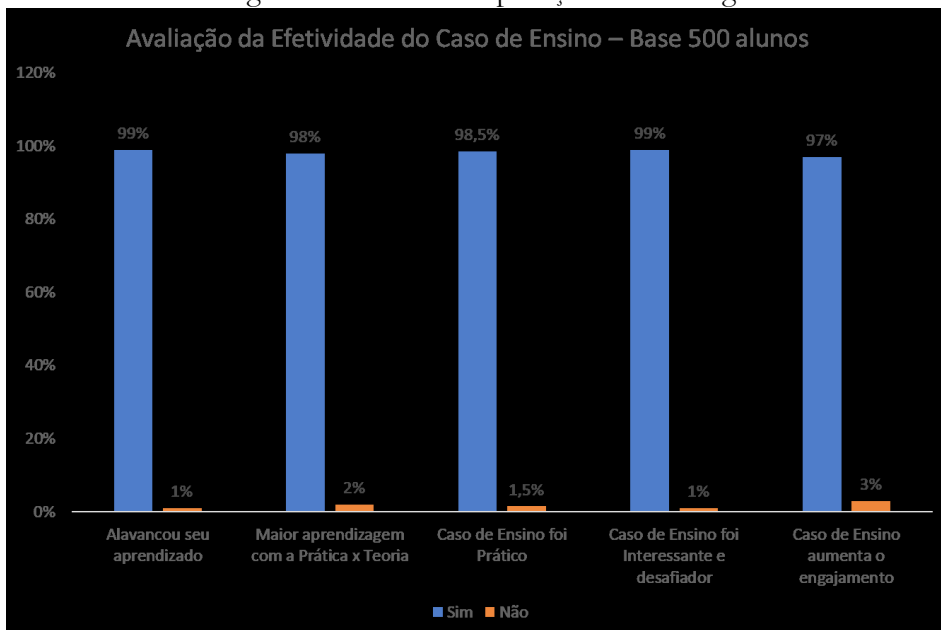
Tabela 1: Desafios ano a ano

Ano Escolar	Objetivo de Ensino	Marca Caso Inspiracional	Marcas Caso de Ensino
6°	Crescimento da Marca	Kinder Ovo	Seara Turma da Mônica; Neutrox
7°	Execução da Marca	Coca-Cola	Seara Padarias; Minuano
8°	Desenvolvimento de Inovação	Faixa Azul	Seara Gourmet; OX
9°	Posicionamento de Marca	Axe	Doriana; Kolene
1°	Desenvolvimento de Mercado	Sucos do bem	Seara Incrível; Phytoderm
2°	Conquistar a Liderança	Omo	Seara Nature; Francis

Fonte: Autores, 2022

Após a finalização tanto do Caso de Ensino Inspiracional quanto da etapa do Diagnóstico do Caso de Ensino, aplicou-se uma pesquisa mista a partir de um questionário elaborado na plataforma *on-line* Survey Monkey com dez questões (oito fechadas e duas abertas). As duas pesquisas permitiram concluir, a partir das quatro categorias analisadas: i) aprendizagem prática; ii) teorias subordinadas à prática; iii) desafio interessante; e iv) engajamento, que para os estudantes, a prática ganha relevância e protagonismo no processo de ensino-aprendizagem. Os resultados demonstrados na imagem abaixo atestam a efetividade da aplicação dos Casos de Ensino, que teve nota de 8,8 em um grupo de 500 alunos, que destacaram a possibilidade de tomada de decisão e vivência real do negócio como pontos fortes da metodologia.

Imagem 1: Resultados Aplicação Metodologia



Fonte: Autores, 2022

Conclusões

Verifica-se que a proposta metodológica da Academia Seara Flora logra êxito quanto ao seu escopo principal, qual seja, o de proporcionar uma aprendizagem significativa e que prepara o jovem para a inserção no mercado de trabalho. Isso porque articula a prática, oferecendo o contexto real do negócio para que os alunos mergulhem, entendam o seu dinamismo e suas complexidades e, ainda, atuem como verdadeiros gestores, sendo instados a responder frente a um desafio de marca.

Esta abordagem metodológica, como demonstra a literatura e as percepções dos alunos, favorece uma aprendizagem *com sentido*. Em contraposição a aprendizagem com sentido, tem-se o analfabetismo funcional que é consequência do sistema de ensino atual, focado em aulas conteudistas, que descolam o excesso das informações transmitidas do seu real sentido e acaba por formar um jovem despreparado para o mercado de trabalho. Um jovem que, inclusive, ao longo da sua trajetória escolar, se percebe aprendendo sem entender onde aquele aprendizado contribui efetivamente para a construção do seu projeto de vida. A questão que emerge é: como ultrapassar esse ensino focado no excesso de informações descoladas da prática e efetivamente conceber uma proposta metodológica de ensino e aprendizagem que desenvolva o jovem para os desafios reais da vida e que contribua para a construção do seu projeto de vida? Esta tem sido a primeira contribuição do presente proje-

to.

Tanto estudantes quanto a literatura das metodologias ativas são unísonos em valorizar a dinâmica do processo de ensino e aprendizagem que decorre, justamente, da prioridade que se confere à prática sobre a teoria. Os estudantes gostam de ser instados quanto a um “saber fazer” frente ao ensino tradicional que demanda um “acumular saberes”. E, também, o desafio bem delimitado, conectado com o mundo real dos negócios e, por isso, interessante, contribui, ao lado do engajamento, para a efetividade da adoção dessa estratégia de ensino e aprendizagem.

A luz do exposto, podemos ressaltar, como principais pontos de intersecção deste projeto educacional do do Instituto J&F com a Agenda ESG o fato de estarem sendo empreendidas ações para acelerar a jornada de aprendizagem do jovem no sentido de efetivamente preparar o seu ingresso no mercado de trabalho e, ainda, o impacto positivo do negócio diante da ausência de mão de obra qualificada no mercado.

Assim, ao partir da epistemologia da prática para desenhar uma jornada de aprendizagem relevante para o ensino e aprendizagem em Administração, a Academia Seara Flora contribui a partir da sua metodologia, e de maneira significativa, para a melhoria do sistema de ensino brasileiro, além de minimizar a lacuna atual existente no ensino formal quanto à dissonância entre a aprendizagem e o desenvolvimento das competências nos estudantes, relevantes tanto para o exercício profissional quanto para a inserção reflexiva do indivíduo no contexto social.

Ademais, os resultados falam por si só: dos 358 alunos formados pela Escola Germinare, 270 alunos estão no mercado de trabalho. Agora em 2022 o processo seletivo, que acontece para estudantes do 6º ano do EF, com a abertura de 150 vagas, recebeu mais de 3.000 inscrições. Se o desenvolvimento sustentável começa por cada um de nós, sem dúvidas, a iniciativa levada a efeito por essa Academia de Ensino mostra que não basta educar, é preciso acreditar que é possível educar com sentido e qualidade. Fica a ressalva de que o projeto não consegue suprir a demanda, nem chega perto de substituir a educação pública. Aliás, não é a sua intenção, o que nos leva a reafirmar que o caminho é longo tanto com iniciativas semelhantes a essas quanto com o contínuo fortalecimento de uma educação pública e de qualidade.

Referências

ALBERTON, A.; SILVA, A. B. da. Como escrever um bom caso para ensino? Reflexões sobre o método. **RAC**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 5, p. 745-761, 2018.

BACICH, L.; MORAN, J. **Metodologias ativas para uma educação inovadora**: uma abordagem teórico-prática. Porto Alegre: Penso, 2018.

BENDER, W. N. **Aprendizagem baseada em projetos**: educação diferenciada para o século XXI. Porto Alegre: Penso, 2014.

BONWELL, C. C., EISON, J. A. **Active learning**: creating excitement in the class-

room. Washington: ASHE-ERIC Higher Education Reports, 1991.

DAVID, J. L. Project-based learning. Teaching Students to Think. **Alexandria**, [s.l.], v. 66, n. 5, p. 80-82, 2008.

DEWEY, J. **How we think**. Lexington: D. C. Heath, 1933.

GHERARDI, S.; STRATI, A. (org.). **Administração e aprendizagem na prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MIZUKAMI, M. G. N. **Ensino**: as abordagens do processo. São Paulo: E.P.U, 1986.

MOTTA, R. G.; LACERDA, L. P. de; WANDERLEY, D. de F. C.; SANTOS, N. M. B. F. dos. Enova foods: o trade marketing como ferramenta para alavancar receita e rentabilidade. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 556-570, jan. 2019.

ROCHA, C. R. N. C. Sucos do bem e o desafio de desenvolver o mercado de sucos integrais. **Revista Repensar**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 7-12, 2021.

OS DESAFIOS DO SANEAMENTO BÁSICO E O DIÁLOGO DAS FONTES, EM PAÍSES EMERGENTES: A INTERFACE ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU

Thelmo de Carvalho Teixeira Branco Filho

Professor Visitante na Universidade Federal do Rio Grande - Faculdade de Direito.
Pesquisador Colaborador junto ao Programa Centro de Síntese, Cidades Globais -
Instituto de Estudos Avançados - Universidade de São Paulo

Resumo:

O intuito da realização deste resumo, teve como enfoque a interface entre os atores chave do saneamento básico, sendo que o desafio maior é o da Universalização dos serviços públicos de acesso a água potável e ao esgotamento sanitário: a efetividade da justiça na prestação desses serviços, a observância dos Direitos Humanos, sobretudo, nos Países Emergentes, como América Latina e alguns países asiáticos, à luz do método do diálogo das fontes, de Erik Jayme, de modo a concretizar, assim, a eficácia desses direitos fundamentais. O objetivo dessa investigação é identificar os trabalhos que atrelam saneamento básico, diálogo das fontes, direitos humanos, efetividade da justiça e investimentos econômico-financeiros, tanto a nível internacional como nacional e verificar como ocorrem os financiamentos do saneamento nas áreas desses Países em evolução e quais fatores poderiam levar ao desempenho adequado na universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário. O resumo foi desenvolvido com base em dois procedimentos metodológicos: num primeiro momento uma revisão de literatura focado em estudos, políticas, planos e ações correlatas ao presente trabalho. Num segundo momento foi realizada a análise via matriz FOFA - Forças, Fraquezas, Oportunidades e Ameaças, aplicada em relação a viabilidade ou não desses Países em desenvolvimento atingirem a meta quanto à universalização do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, consoante a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, à luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, analisando as contribuições e os obstáculos

recorrentes nestes países em progresso.

Palavras-chave: Saneamento básico; Diálogo das fontes; Países emergentes.; Direitos Humanos; Efetividade da justiça.

Introdução

O saneamento é um direito essencial, assim, a universalização do acesso aos serviços têm reflexos que podem influenciar vários outros setores como a educação, economia, disponibilidade hídrica e outros.

A governança administrativa está atrelada aos direitos de saneamento básico e aos indicadores ambientais e como estes permanecerão resilientes, diante deste novo cenário jurídico, o que gerará, certamente, impactos científicos e sociais.

Assim, por meio destes pressupostos e instrumentos acima apresentados, possa-se, deveras, alcançar a universalização inclusiva, termo utilizado por Guimarães *et al* (2014):

“significa prestar serviços públicos essenciais à vida de um sub-cidadão, sub - incluído nas Políticas Públicas, não contado nas metas setoriais, mediante um processo participativo, conduzido pela concessionária em parceria com o Poder Concedente e demais atores da sociedade para prever água e esgotamento sanitário, ainda que em áreas de exclusão social por meio de arranjos sociotécnicos em construções singulares, inclusivas e cuidadoras de Direito Humano”.

Portanto, é crucial a reflexão acima mencionada, uma vez que todas estas problemáticas ventiladas neste ensaio estão immanentemente interligadas e só por meio de uma análise conjunta destes fatores é que será possível percorrer e trilhar novas veredas, rumo à Universalização inclusiva.

No Brasil, especificamente, o acesso a água potável, é um direito assegurado pela Constituição Cidadã, atrelado ao direito à saúde e ao meio ambiente sadio. A Carta Magna atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a participação na formulação de políticas e na execução de ações de saneamento básico (abastecimento de água), além da colaboração na proteção do meio ambiente.

Metodologia

Para melhor elucidar a temática em apreço foi preciso um certo amadurecimento nas reflexões dos estudos, sendo que num primeiro momento, ocorreu uma revisão de literatura focado em estudos, políticas, planos e ações correlatas ao presente trabalho. Num segundo momento foi realizada a matriz SWOT (no português denominada FOFA).

Para maior detalhamento da metodologia utilizada pelo autor, ressalta-se que as colunas Força e Oportunidades indicam aspectos positivos e as colu-

nas Fraquezas e Ameaças indicam aspectos negativos. No entanto, as colunas Força e Fraquezas revelam fatores internos, algo que se tem controle, e as colunas Oportunidades e Ameaças demonstram fatores externos, variáveis que não se tem controle.

Resultados e discussão

A crise de saúde ambiental contemporânea se aprofunda com o estabelecimento da pandemia da Covid19, afetando diferentes dimensões da vida e escancarando problemas crônicos da sociedade brasileira e mundial.

Pandemias são fontes de instabilidade, incerteza e crises que podem tornar visíveis características da ordem social frequentemente opacas à investigação (DINGWALL, HOFFMAN e STANILAND, 2013) e percepção popular. A Covid19 escancara urgências da sociedade de risco e insustentabilidade global, bem como a necessidade da reflexão e debate público sobre o presente e futuro da humanidade, das cidades e da natureza no planeta pós-covid.

Enquanto uma das principais recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) para conter a disseminação do vírus é lavar as mãos com água e sabão, cerca de 2,2 bilhões de pessoas não têm acesso à água segura no mundo. De acordo com dados da OMS (2019), a escassez de água potável, saneamento e higiene é responsável pela morte de 1,9 milhão de pessoas todos os anos, número que deve crescer com o advento do novo coronavírus.

As cidades globais tornaram-se os principais epicentros da pandemia nos contextos regionais e nacionais, pela grande circulação de pessoas e densidade populacional. O vírus se difundiu inicialmente no hemisfério Norte e sua chegada nas periferias de grandes metrópoles reforça a hipótese de que as populações socialmente vulneráveis são as que tendem a sofrer mais o impacto dos problemas globais, como já apontava a literatura sobre as mudanças climáticas.

Nesse sentido, avaliar o acesso ao serviço de abastecimento de água pode ser um importante meio para monitorar as vulnerabilidades socioambientais (QUEIROZ, CARVALHO e HELLER, 2020) e coletar dados específicos, incluindo variáveis de gênero e raça, podem fornecer subsídio empírico para integrar políticas públicas, que procurem interromper ciclos históricos de injustiças voltas a saúde ambiental.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, o abastecimento de água é uma política pública indispensável para a realização de diversos direitos sociais, em especial do direito à saúde e do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (RIBEIRO, 2015).

Nessa esteira de raciocínio, um dos documentos mais relevantes a consagrar a interdependência entre os direitos humanos e o direito ambiental é a Declaração de Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano).

Contudo, é com a Convenção de Aarhus, de 25 de junho de 1998 que

sela de vez a ligação entre o direito ambiental e o direito humano. Reforça esta ideia Anne-Sophie Tabau ao esclarecer:

o preâmbulo da Convenção de Aarhus, assinada em 1998, estabelece uma ligação entre dois conceitos: por um lado, diz que uma proteção ambiental adequada é essencial para fruição dos direitos fundamentais; por outro, diz que toda a gente tem o direito de viver num ambiente saudável e a obrigação de proteger o ambiente. (TABAU, 2014)

E pondera Michel Prieur ao mencionar como a Constituição Federal trata da tutela de ambos os direitos, a saber:

A Constituição Brasileira de 1988 comporta um grande número de disposições sobre o ambiente, dando assim a essa política um lugar eminente na hierarquia jurídica. Embora não figurem no título II consagrado aos direitos fundamentais, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem direitos fundamentais no plano material, mesmo que não sejam no plano formal. Esta Constituição comporta uma disposição original que consiste em enunciar que os “direitos e garantias individuais” estão excluídos de revisão constitucional, em aplicação do artigo 60, parágrafo 4, IV. Estes direitos são considerados assim como direitos adquiridos. Parece admitir-se que a proteção constitucional do ambiente faz parte dos direitos adquiridos qualificados como imutáveis e que, não admite qualquer revisão (PRIEUR,2014).

Logo, é preciso ter uma visão mais holística quando da interpretação da Carta Magna de 1988 que ao tratar do meio ambiente como direito fundamental, no plano material, também tutela outros direitos fundamentais como os direitos humanos.

E conclui Prieur:

“o direito do ambiente contém uma substância intangível estreitamente ligada ao mais intangível dos direitos humanos: o direito à vida”.²⁷⁹ Isso se vê da própria norma constitucional ao prever que o Estado Democrático de Direito deve se ater ao fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao pontuar no artigo 5º, §2º e 3º: §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por tanto, não restam dúvidas de que ambos os direitos estão imbricados e merecem ser estudados de maneira conjunta.

E para amarrar essas ideias cabe aqui mencionar a teoria do Diálogo das Fontes, de Erik Jayme, que em uma entrevista publicada na Revista Cadernos

do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, março/2003, pontou que:

O “diálogo das fontes” significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas urna cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente as vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos. (JAYME,2003).

E arremata o autor:

Direitos das pessoas, em minha opinião, não podem ser tratados como mercadorias ... Hoje direitos humanos estão incluídos no Art. 6, 2 do Tratado da União Europeia como princípios gerais do Direito Comunitário Europeu. Em minha aula na academia de Direito Internacional de Haia em 2000, “A proteção da pessoa humana face à globalização e o direito internacional privado”, tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação. (JAYME,2003).

Assim, como ponderam Claudia Lima Marques e Antonio Herman Benjamin (MARQUES, 2020), “o diálogo das fontes é uma teoria sofisticada para a ajudar a decidir - de forma mais refletida e ponderada, segundo os valores constitucionais - os casos de conflitos de leis.”

Logo, refletem os autores que para: “resolver esses casos usando um novo paradigma, o da aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pelos valores da Constituição Federal, especialmente dos direitos humanos e de proteção dos vulneráveis.” (MARQUES, 2020).

E para que haja de fato a efetividade da justiça é preciso enxergar a teoria do diálogo das fontes, sob a lente dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, que passa-se a esclarecer no presente momento, conforme breves pinceladas a seguir.

A Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), é um plano de ação para o planeta, onde indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, sendo um plano para governos, sociedade, empresas e pessoas.

As metas de cada ODS são monitoradas por indicadores e os resultados podem ser comparados para acompanhar a evolução de cada país, estado ou em escala municipal (Agenda 2030, 2020).

A importância dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável se encontra no fortalecimento de uma cultura da sustentabilidade social e ambiental, nos governos e nas empresas além do universo corporativo. A união desses esforços em prol de um mundo mais sustentável torna os negócios mais

eficientes, responsáveis, transparentes e competitivos.

As nações que assumiram a decisão de fazer parte desse pacto global possuem o compromisso de tomarem medidas urgentes para a conservação dos recursos naturais, além de conter as mudanças climáticas e adotar padrões de produção mais sustentáveis.

O ODS 6 (Água Potável e Saneamento), sendo o mais relevante para o presente estudo de caso, é composto por 8 metas, que são monitoradas por 11 indicadores. No âmbito do eixo temático Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário encontram-se duas metas, ambas dirigidas à universalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Digno de salientar que a meta 6.1 visa à universalização e é monitorada pelo indicador “Proporção da população que Utiliza Serviços de Água potável Geridos de Forma Segura”. Segundo a Agência Nacional de Águas - ANA (2019), o Brasil evoluiu na parcela da população que utiliza os serviços de água potável e em 2009 a porcentagem era de 92,1%, subindo gradativamente para 97,2% em 2017.

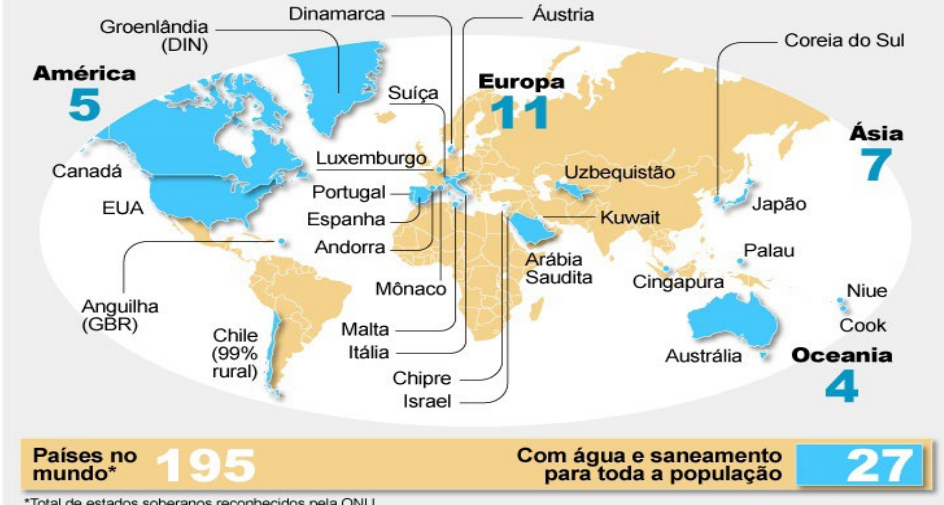
A Meta 6.2, do ODS 6, por sua vez, visa à universalização da coleta e tratamento de esgotos dos países até 2030. É monitorada pelo Indicador “Proporção da População que Utiliza Serviços de Esgotamento Sanitário Geridos de Forma Segura, Incluindo Instalações para Lavar as Mãos com Água e Sabão”.

Dentro desse panorama, a discussão do tema saneamento básico implica em considerar novos paradigmas na teoria do planejamento urbano. A visão da gestão integrada de recursos hídricos também impõe a necessidade de desenvolver estruturas analíticas, ferramentas operacionais, e discussões conceituais inovadoras que proporcionem na esfera de formulação de políticas uma visão mais abrangente para enfrentar os desafios multidimensionais impostos pela gestão da água no contexto das mudanças globais, sobretudo, econômicas.

Não restam dúvidas, que o ODS 6 juntamente com os demais 16 ODS, principalmente, são instrumentos importantes no combate à crise sanitária global, potencializada pela COVID-19, bem como a sua importância nos processos cooperativos internacionais para a tutela das condições sanitárias, como exteriorizações de um processo de governança multinível.

O ODS 6 (Água Potável e Saneamento), sendo o mais relevante para o presente estudo de caso, é composto por 8 metas, que são monitoradas por 11 indicadores. No âmbito do eixo temático Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário encontram-se duas metas, ambas dirigidas à universalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, como se vê da figura abaixo, um panorama global de poucos países, ou seja, apenas 27 dos 195, com a acesso à água e saneamento para toda população, universalizados:

PAÍSES COM UNIVERSALIZAÇÃO DE ACESSO À ÁGUA E SANEAMENTO



Assim, conforme relatos de (MILHORANCE, 2019) ensaio publicado no site #colabora, intitulado: **Saneamento, uma triste exceção**, aponta que apenas 27 países no mundo entregam água potável para 100% da população e fazem a coleta e o tratamento do esgoto de todas as casas, bem como acrescenta que:

“nove em cada dez europeus, ou 900 milhões de pessoas, têm acesso à água potável e instalações sanitárias, segundo a OMS. Cada país é responsável por si, embora iniciativas conjuntas tenham alavancado o processo. E o exemplo do continente não é dos mais antigos. A Diretiva Quadro da Água, modelo de gerenciamento de recursos hídricos da Europa, começou em 2000, é um dos mais importantes e estabelece metas de proteção e melhorias nos serviços e na qualidade da água. O prazo previsto era 2015, e os resultados ainda estão para serem divulgados em meados do ano, mas avanços já podem ser notados.

Pondera (BRANCO FILHO, 2018) com relação ao instrumento legal da Diretiva Quadro da Água que: “o grande desafio da DQA é o acesso à informação, transparência e participação dos cidadãos e todas as partes interessadas nas várias fases do processo de decisão, bem como dos controles nas emissões difusas baseados nas melhores práticas ambientais, o que no Brasil fica a desejar”

Segundo (HELLER, 2020), no Relatório do Relator Especial sobre os direitos humanos à água potável e ao esgotamento sanitário ressalta que:

O ano de 2020 marca 10 anos desde que a Assembleia Geral reconheceu explicitamente a água e o esgotamento sanitário como um direito humano e também sinaliza o fato de que restam 10 anos para

atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Nesta era dos Objetivos, é ainda mais crítico esclarecer e desvendar a generalidade da obrigação de realização progressiva dos direitos humanos. Tanto os Objetivos quanto a obrigação de realização progressiva têm sido criticados por serem objetivos aspiracionais, o primeiro por causa das margens significativas de discricionariedade dada a cada Estado para definir suas próprias metas nacionais e a última porque é vista como vaga, sem cronograma ou ritmo de implementação definidos e, portanto, não impondo uma obrigação clara e positiva aos Estados.

O mesmo autor pondera que:

No entanto, ambos compartilham a mesma ideia de que devem ser implementados gradualmente, como resultado de esforços concertados e contínuos dos Estados. As ambiciosas metas 6.1 e 6.2 dos Objetivos, para alcançar o acesso universal à água potável e ao esgotamento sanitário até 2030, precisam ser articuladas em conjunto com a obrigação de realizar progressivamente os direitos humanos. (HELLER,2020).

Conforme observa-se no Quadro 1, abaixo, a análise feita por meio da Matriz FOFA: as forças, as oportunidades, as fraquezas, bem como as ameaças voltadas a implementação ou não dos ODS pelos Países Emergentes, como América Latina e alguns países asiáticos e a sua interface com o saneamento básico e os desafios vindouros:

FORÇAS	OPORTUNIDADES
<ul style="list-style-type: none"> Implementação gradual dos ODS, como resultado de esforços concertados e contínuos dos Estados 	<ul style="list-style-type: none"> Reconhecimento explícito da água e o esgotamento sanitário como um direito humano. restam 08 anos para atingir os ODS.
FRAQUEZAS	AMEAÇAS
<ul style="list-style-type: none"> Baixa adesão dos Países aos ODS 	<ul style="list-style-type: none"> O não cumprimento dos ODS

Quadro 2: Matriz FOFA

Assim, conforme os ensinamentos de (HELLER, 2022), alguns questionamentos começam a pairar no ar, como: a evolução da cooperação para o desenvolvimento em água e saneamento, como exemplo claro tem -se a *Agenda de Ação de Accra*, que ocorreu em Gana, em 2008, bem como os Fóruns Mundiais da Água, que aconteceram em 2012, 2015 e 2018, além da *Agenda de Ação de Addis Abeba*, de 2015 e por fim o Painel de Alto Nível sobre a Água - que tratou das ações para empreender o ODS 6 e suas metas correlatas, inciativa conjunta do Grupo Banco Mundial para implementação da Agenda 2030,

que segundo Léo Heller; “ fica claro que a realização dos ODs exige uma cooperação sem precedentes entre os países, e o desenvolvimento de estratégias e ações consistentes de cooperação.

Considerações finais

Os agudos problemas sociais contemporâneos intensificaram e ficaram ainda mais em evidência com o aparecimento da Covid-19, não só em território nacional, bem como nos Países Emergentes, como América Latina e alguns Países Asiáticos.

O acesso à água tornou-se uma pauta importante nesse contexto pandêmico, pela sua centralidade no combate à Covid19 e outras doenças, como também como indicador da vulnerabilidade extrema, presente em grande parte da população brasileira, bem como no que tange os Países Emergentes, aqui abordados no presente estudo.

De mais a mais o relatório das Nações Unidas - ONU (2020) comenta que a falta de saneamento básico priva as pessoas da medida básica de prevenção contra o vírus: lavagem frequente das mãos. É notória a desvantagem em relação à população mais vulnerável, uma vez que sequer possuem acessibilidade, ao elemento essencial, para medida preventiva que é a água.

Sendo assim, estes devem buscar água fora de seus territórios. Assim, acabam por se expor com maior frequência o que em tese, estariam mais suscetíveis ao coronavírus.

A universalização do direito humano à água passa por mudanças estruturais, na cultura política e administrativa de instituições públicas e privadas. O debate público, amplo e democrático, sobre saúde ambiental, é fundamental para a superação efetiva dos desafios da sustentabilidade em sua integralidade econômica, social e política.

Haja vista a urgência do fornecimento de água segura para a população durante não só a pandemia, mas sobretudo, neste tempo sombrio, uma série de políticas emergenciais, além do necessário isolamento físico-social, poderão ser adotadas com intuito de mitigação do contágio, principalmente, entre as populações, menos abastadas.

Logo, a universalização do direito humano à água e saneamento passa por transmutações estruturais e franqueia, pelo menos em tese, um debate público mais democrático, sobre as questões de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, bem como sobre o presente e futuro, a efetividade da justiça, os direitos humanos e suas vulnerabilidades, nos Países Emergentes e em território brasileiro.

Não restam dúvidas que, um colapso generalizado poderá ocorrer se todos não se unirem para este bem maior que é a vida e o bem-estar de cada cidadão que só será alcançado se tiver o mínimo para sobrevivência: água potável e esgotamento sanitário.

Assim, não obstante, em 2010, o direito humano à água tenha sido re-

gulamentado pela Assembleia Geral da ONU, especificamente no Brasil, a água já era considerada um direito humano desde a Constituição de 1988, mas resta evidente pelos índices de acesso à água no país, que o estabelecimento desse direito em nível formal está longe de se realizar na realidade concreta e deparar-se com uma sinuca de bico, é inevitável, quando trata-se de direito humano e saúde ambiental.

Referências

AGENDA 2030. Sobre. 2020. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/sobre/>>. Acesso em novembro de 2022.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. 2020b. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso em 11 de junho de 2021.

BRANCO FILHO, Teixeira, Thelmo de Carvalho. **A conveniência da implementação da diretiva quadro da água no ordenamento jurídico brasileiro como medida efetiva de justiça ambiental: o caso da exploração do nióbio em catalão**. [livro eletrônico] / Teixeira Branco Filho; Thelmo de Carvalho. - Rio de Janeiro: Jurismestre, 2018.

DINGWALL, R., HOFFMAN, L. & STANILAND, K. **Introduction: why a Sociology of Pandemics?** *Sociology of Health & Illness*. 35(2): 167-173. 2013. ISSN 0141-9889. Doi: 10.1111/1467-9566.12019.

EMPINOTTI, V. & FERRARA, L. **Segurança Hídrica e a COVID-19 na Macrometrópole Paulista: da política do corpo ao território**. In: JACOBI, P. ANJOS, L.A.P., SANTANA-CHAVES, I.M., TRAVASSOS, L.R.G.F.C. (org.) *Dilemas Socioambientais*. Dossiê Covid-19. V.20., 2020.

EMPLASA. **Sobre a RMSP**. Disponível em <https://emplasa.sp.gov.br/RMSP>. Acesso em 23/04/2020, 2019.

FERNANDES, D. R. **Uma Visão Sobre a Análise da Matriz SWOT como Ferramenta para Elaboração da Estratégia**. *Juríd. Empres*, n. 2, p. 57-68, 2012.

GUIMARÃES, E. F. **Modelo inclusivo para a universalização do saneamento básico em áreas de vulnerabilidade social**. 2015. 486f. Tese (Doutorado) - Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

HELLER, Léo - DÉCIMO SEGUNDO Relatório - **Direitos humanos à água potável e ao esgotamento sanitário - Realização progressiva dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário**. 12 de novembro de 2020.

HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento** / Léo Heller. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2022. 620p. ISBN: 978-65-5708-132-7

IAS - INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO. **Saneamento 2020: Passado, presente e possibilidades de futuro para o Brasil**. Disponível em <https://www.aguaesaneamento.org.br/saneamento-2020/>. Acesso em 12/06/2021.

JAYME, Erik. **Entrevista com o prof. Erik Jayme**. Revista Cadernos do Programa

de Pós-graduação em Direito/UFRGS, Porto Alegre, v.1, n. 1, março/2003. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em 20 nov. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, 2020.

MILHORANCE, Flávia. **Saneamento, uma triste exceção**. #colabora, publicada em 22 de fevereiro de 2016 - 07:33 • Atualizada em 5 de junho de 2019 - 03:27. Disponível em: <URL> <https://projeto-colabora.com.br/ods6/saneamento-no-mundo-ainda-e-excecao/>

PRIEUR, Michel. **O princípio de não retrocesso no centro do direito humano ao ambiente. Alterações ambientais globais e direitos humanos**. Christel Cournil e Catharine Colard Fabregoule. Lisboa: Piaget, 2014.

OMS - Organização Mundial da Saúde. **Water, Sanitation, Hygiene and Health. A primer for Health Professionals**. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/sanitation>.

QUEIROZ, V.C.; CARVALHO, R.C. & HELLER, L. **New Approaches to Monitor Inequalities in Access to Water and Sanitation: The SDGs in Latin America and the Caribbean**. *Water*, 12:931, 2020.

QUEZADA, L. E. et al. **Method for identifying strategic objectives in strategy maps**. International Journal of Production Economics, v. 122, n. 1, p. 492-500, 2009.

RIBEIRO, W. A. **O saneamento básico como um direito social**. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 229-251, out./dez. 2015.

TABAU, Anne-Sophie. **Os direitos humanos nos processos por incumprimento: um fator de justiça ambiental?/Alterações ambientais globais e direitos humanos**. Christel Cournil e Catharine Colard Fabregoule. Lisboa: Piaget, 2014.

PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS: ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Mestre, Doutora e Pós-Doutora em Energia pelo Programa de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica da Universidade de São Paulo

Resumo:

O objeto da presente pesquisa é investigar a ligação entre o tema mudanças climáticas e proteção dos direitos humanos. Justifica-se esse tema a partir da possível identificação de uma série de impactos globais, na seara ambiental, causadores da elevação da temperatura do planeta e que intensificam a ocorrência de eventos extremos, aumentando a vulnerabilidade de comunidades. A hipótese inicial do trabalho é que em decorrência dos efeitos das mudanças climáticas tem se verificado o aumento de violação de direitos humanos. A metodologia é analítica e qualitativa, utilizando-se de métodos de revisão da literatura. Os resultados demonstram que o número de ações judiciais tem crescido relativamente aos efeitos das mudanças climáticas e há necessidade de medidas que permitam a proteção de direitos humanos no Brasil. As considerações finais tecem as dificuldades para a aplicação dessas medidas que visam a proteção dos direitos humanos e o conceitual da justiça climática como proposta aos desafios que abarcam as consequências decorrentes das mudanças climáticas.

Palavras-chave: Mudanças climáticas; Direitos Humanos; Justiça climática; Brasil.

Introdução

O tema mudanças climáticas tem chamado atenção da comunidade jurídica desde as negociações dos primeiros acordos internacionais sobre o assunto. Passando por diversos documentos internacionais, tais como os decorrentes da Conferência de Estocolmo, depois do Protocolo de Quioto e finalmente do Acordo de Paris, o direito internacional vem assistindo a esforços de países no sentido de contenção de suas emissões de gases de efeito estufa (GEE). Ademais, o debate sobre a emergência climática tem se sobressaído

ao levantar questionamentos sobre a existência de uma paulatina ofensa aos direitos humanos, o que tem sustentado pleitos de justiça climática em diversas jurisdições.

Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos - ACNUR (2015), 59,9 milhões de pessoas estavam situadas em *hotspots* de mudanças climáticas, vivenciando um deslocamento secundário ou repetido.

De fato, junto às políticas de mitigação e implementação das metas delineadas no Acordo de Paris, há de se indagar também acerca das ações necessárias para reverter a vulnerabilidade das pessoas impactadas com os efeitos decorrentes das mudanças climáticas no Brasil, tendo como paradigma o respeito aos direitos humanos¹.

Nessa linha, verifica-se o aumento de ações judiciais e medidas administrativas referentes, direta ou indiretamente, às mudanças climáticas globais, denominando-as de casos de litigância climática. Assim, o objetivo desse artigo é discorrer e analisar os efeitos das mudanças climáticas no âmbito dos direitos humanos no Brasil a partir de ações judiciais instauradas. A hipótese inicial do trabalho é que em decorrência dos efeitos das mudanças climáticas tem se verificado o aumento de violação de direitos humanos. A metodologia é analítica e qualitativa, utilizando-se de métodos de revisão da literatura.

Os tópicos 1 e 2 tratam da construção dos direitos humanos e da sua correlação com a justiça ambiental e climática. No item 3, abordam-se ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). No tópico 4, apresentam-se as considerações finais.

Construção histórica dos Direitos Humanos

Professores Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (2008, p. i) no prefácio da Obra Científica intitulada Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana, assim, diz:

dignidade, palavra que tem o sentido de ser digno, isto é, merecedor de respeito. (...) Buscar entender e refletir a amplitude da dignidade humana é mostrar a missão que se impõe cada vez mais a todo o gênero humano: sentir as dores e sofrimentos de todos, como se fôssemos apenas um. (...) é preciso acreditar que não podemos mais viver com a exclusão de grupos ou pessoas. Devemos purificar o sentimento de humanidade, buscando integrar e reintegrar aqueles que se encontram marginalizados das mais diversas formas; a sociedade globalizada tem que tratar a todos com respeito e dignidade, garantindo-lhes cidadania.

Siqueira Jr. (2008, p. 252) faz menção ao sentido etimológico da palavra

¹ Aqui se usa sem distinção direitos humanos e direitos fundamentais, sabendo-se que a doutrina nomeia o primeiro diante do direito internacional; e, o segundo, perante o ordenamento doméstico.

dignidade, ressaltando a orem latina “dignitas” para lembrar sua relação com o respeito a nobreza e o merecimento, para sumarizar que a dignidade da pessoa humana significa a “qualidade intrínseca do homem enquanto ser.”

Gomes (2008) cita uma série de Constituições ao redor do mundo que possuem disposições acerca da dignidade humana: países tais como Portugal, Bélgica, Alemanha, Finlândia, Grécia, Espanha, Colômbia, Rússia, Polônia, África do Sul, dentre outros.

No Brasil, encontramos menção à dignidade da pessoa humana no Título I - Dos Direitos Fundamentais, da Constituição Federal de 1988. Em todos esses dispositivos constitucionais, verifica-se o teor de dignidade da pessoa humana pautada no conteúdo dos direitos fundamentais com viés igualmente pragmático tendo em vista sua necessidade de concretização

A incorporação e a busca da consecução desses direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados Nacionais acarretam, teoricamente, a mudança do papel do próprio Estado na ordem econômica de forma paulatina, em virtude, por exemplo, de seu conteúdo demandar prestações positivas.

Quanto ao seu conteúdo, esses direitos fundamentais denominados, também, de direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações guardam, conforme dito por Bobbio (2004), uma demonstração clara variabilidade, ou seja, o elenco dos direitos do homem “se modificou e continua a se modificar”.

Em razão desse teor evolucionista, por acompanhar a própria modificação do entendimento e da compreensão humanas, no que diz respeito ao conceito dos direitos humanos é preciso mergulhar, também, na história não no sentido descritivo, mas, sobretudo analítico e verificar as diversas gerações ou dimensões desses direitos. Como se sabe a evolução do tema em foco passou por um amplo processo histórico de incorporação de tais direitos nas Constituições dos Estados Ocidentais, daí se pode concluir que a evolução de tais direitos se encontra intimamente relacionada com as aspirações e necessidades do indivíduo e da sociedade, bem como do papel que o Estado assumiu ao longo do tempo.

Já reforçou tal entendimento Sarlet (2007, p.43) ao dizer que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”

Conforme expressão de Sarlet (2007, p. 56) os direitos de primeira dimensão são os do indivíduo frente ao Estado, “mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.”

Também, para Sarlet (2007, p. 56) o rol desses direitos abrange os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade diante da lei, que, posteriormente, foram complementados por um leque de liberdades, desde as de expressão aos direitos de participação política, “revelando, de tal sorte, a ínti-

ma correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.”

Dessa noção de um Estado abstencionista e garantidor das liberdades individuais, dos direitos civis e políticos do século XIX, evoluiu-se para um modelo estatal no século XX com outro viés, o de garantia de direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado, assim, passa a ser apontado como agente provedor de garantias consistentes nos direitos sociais, culturais e econômicos (BONAVIDES, 2007).

Na seara internacional, diversos debates se instauraram e culminaram, em 10 de novembro de 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que expressamente consagrou os direitos econômicos, sociais e culturais no seu artigo XXII.

Com o evoluir histórico, contudo, foram surgindo novas necessidades no seio da humanidade, que ocasionaram a emergência dos direitos fundamentais de terceira dimensão baseados no direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, como novos pontos para o século XXI (BONAVIDES, 2007).

No entendimento de Sarlet (2007, p. 58) os direitos fundamentais de terceira dimensão são resultados de “novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências.”

A partir da leitura de Santos (1992, p. 97), pode-se correlacionar os padrões de vida adotados pela humanidade e a própria necessidade de se afirmar os direitos fundamentais de terceira dimensão, particularmente, o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Todo esse movimento, na seara internacional, desencadeou a aprovação de uma série de documentos. Por exemplo, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) foi aprovada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que reconheceu o desenvolvimento “como um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.”

Em seguida, no art. 1º proclamou o direito ao desenvolvimento como “um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.” Esse mesmo direito foi proclamado na Declaração e Programa de Ação de Viena das Nações Unidas de 1993 (RISTER, 2007, p. 521).

Sachs (1998, p. 02-06), em artigo intitulado “Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania”, chama atenção para o “exame de duas problemáticas

estritamente imbricadas, ambas em plena evolução e chamadas a desempenhar papel relevante na política internacional do próximo século: os direitos humanos e o desenvolvimento considerado como expansão dos direitos positivos, segundo fórmula do eminente pensador indiano Sen (2000).

O desenvolvimento, também, incorporou o adjetivo sustentável, que foi definido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (MILARÉ, 2009, p. 68). Como principal resultado de toda essa discussão sobre a relação entre ambiente e desenvolvimento, Veiga (2006, p.16-23) aponta a criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), lançado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 1990.

Nesse sentido de assegurar a continuidade das gerações no globo terrestre, pode-se incluir o amplo debate hodierno e referente às mudanças climáticas. As emissões de gases tais como CO₂, CH₄, N₂O e CFCs aumentam o efeito estufa e produzem aquecimento global (IPCC, 2000, 2018). Os gases de efeito de estufa - também reconhecidos pelas siglas GEE ou GHG - são todos os gases que têm a propriedade de reter calor na atmosfera terrestre (IPCC, 2018). Os principais gases de efeito estufa: CO₂, metano (CH₄), o óxido nitroso (N₂O) - todos de origem natural - e os gases fluorados, de origem industrial (IPCC, 2018).

As consequências decorrentes do aquecimento global são inúmeras desde a escassez hídrica ao aumento do nível do mar, ocasionando necessariamente o deslocamento populacional, Um caso emblemático, também noticiado de efeitos das mudanças climáticas, trata-se da elevação do nível do mar que poderá ocasionar o desaparecimento da ilha Kiribati, e consequentemente, o deslocamento de 100 mil pessoas (TERRA, 2020) ².

Todas situações envolvidas com as mudanças climáticas podem envolver violações a direitos humanos e injustiças climáticas. Assim, é importante entender o quanto as consequências das mudanças climáticas correspondem a violações e quais medidas amparadas no aspecto da justiça climática e na proteção de direitos fundamentais podem surtir mais efeitos. Assim não se pode permitir retrocessos, e com isso se deve exigir a concretização de direitos e de alcance de justiça ambiental e climática no âmbito das agendas e políticas climáticas nacionais e internacional.

Direitos Humanos: aspectos concernentes a justiça ambiental e climática

A partir da experiência inicial dos movimentos sociais dos Estados Unidos, além de desigualdades sociais e econômicas, as ambientais, também, passaram a ser alvo de reivindicação dos cidadãos pobres e de etnias socialmente

² Trata-se de país com 100 mil habitantes e altitude média de 2 metros: 2014 compra de terras em Fiji (US\$ 11,7 mi) para realocar parte de sua população TERRA (2020).

discriminadas e vulnerabilizadas vulnerables (HERCULANO, 2002).

Os estudiosos da justiça ambiental buscaram demonstrar, a partir de então, os efeitos desproporcionais dos fardos ambientais para comunidades pobres, racializadas e marginalizadas que, no geral possuem menos poder e capacidade de participação nos processos decisórios (LEVENDA *et al.*, 2002).

A discussão sobre a justiça ambiental propugna o alcance uniforme dos bens ambientais e dos benefícios da aplicação concreta do desenvolvimento sustentável para todos os membros da atual sociedade, bem como o compartilhamento dos ônus do progresso seja suportado por toda a coletividade, sem discriminação por questões raciais, étnicas ou econômicas (ACSELRAD *et al.*, 2009; FERRARESI, 2012).

Nessa linha, Fagundez *et al.* (2020) correlaciona eventos extremos, tais como o Furacão Katrina, como um dos acontecimentos que passam a ser observáveis pela comunidade científica como a intersecção entre justiça ambiental e climática.

Schlosberg e Collins (2014) abordam a justiça climática correlacionada à preocupação com os impactos e experiências locais, vulnerabilidades, desigualdades, assim como à importância do movimento de participação ativa da comunidade e de suas demandas por soberania e funcionamento. Inclusive, citam a criação da Lei de Soluções ao Aquecimento Global da Califórnia de 2006 (The California Global Warming Solutions Act), como resultado de toda essa discussão de empoderamento da comunidade (SCHLOSBERG; COLLINS, 2014).

Yildirim (2020) aponta justiça climática como a ação contra os malefícios do excesso de emissão de gases de efeito estufa em uma cidade, no qual deve ser analisado por uma perspectiva transversal, considerando gênero, habitação e estruturas sócio-econômicas. Isso porque as externalidades negativas dos problemas climáticos recai fortemente sobre as minorias sociais em locais vulneráveis. Grupos sociais de baixa renda são mais vulneráveis ao processo de mudança climática devido à ausência de estrutura em suas cidades (KEOHANE; OPPENHEIMER, 2016).

Na esfera global, conforme revela estudo de Althor *et al.* (2016), a vulnerabilidade aos efeitos das mudanças climáticas é desigual no globo, países como China e Estados Unidos, apesar de terem emissões de carbono, não sofrem as consequências adversas do mesmo modo que países africanos, que não têm emissões negativas, mas que se encontram mais vulneráveis em relação aos efeitos adversos das mudanças climáticas.

Projeta-se que as mudanças climáticas diminuirão o abastecimento de água e o acesso à água potável, aumentarão os riscos à segurança alimentar e estabelecerão um estresse substancial a muitos outros setores que fornecem serviços básicos de subsistência para os pobres nos países em desenvolvimento (NYIWUL, 2021).

No âmbito das discussões da relação entre mudança climática e direitos humanos, o ACNUR (2015), apresentou várias implicações, considerando a

vulnerabilidade de grupos e direitos específicos, bem como a sua influência para a eclosão de conflitos e de deslocamentos forçados.

Para Gonzalez (2020), o conceito de justiça climática é amparado pelos direitos humanos uma vez que os tratados da última década procuraram incluir recomendações para assegurar que as políticas estatais para mudanças climáticas assegurem direitos humanos para as populações.

Com isso, salienta Moss (2020) que para se lidar com potencial de desigualdades e vulnerabilidades das responsabilidades de adaptação ou mitigação das mudanças climáticas, deve-se construir uma justiça que seja capaz de trazer respostas dentro do respeito aos direitos humanos, dentro de uma teoria de justiça social, que busque solução coletiva. E, nesse ponto, indaga-se se a justiça climática é a resposta.

Ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF)

Através da pesquisa, foram obtidas duas principais ementas de acórdãos no STF.

A primeira ementa tratou do uso dos recursos do Fundo Clima, em que o Projeto ‘Lixão Zero’ foi contestado como um mecanismo efetivo para combate das mudanças climáticas. Trecho da decisão segue *ipsis litteris*:

Decisão: 1. Pet. 171/2021: Os requerentes postulam o deferimento de antecipação de tutela pelo juízo, com o propósito de suspender o financiamento do Projeto “Lixão Zero”, do Governo do Estado de Rondônia, com recursos do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima ou Fundo). Afirma-se que o projeto: (i) absorve todos os recursos não reembolsáveis do Fundo, em favor de Estado governado por aliado do Presidente da República, em projeto de discutível efetividade quanto ao combate de mudanças climáticas, que é o propósito do fundo; (ii) implica transferência de recursos em favor do Consórcio Intermunicipal da Região Centro Leste do Estado de Rondônia (Cimcer), composto por alguns municípios envolvidos em investigação por ilícitos relacionados ao setor de resíduos sólidos e que tiveram prefeitos presos; (iii) vale-se de procedimento que desatende normas federais relativas ao orçamento público. 2. Instada a manifestar-se, a União informa que: (i) a destinação de recursos do fundo a projetos de gestão de resíduos sólidos é compatível com a regulação do Fundo Clima e com a mitigação de alterações climáticas, e, atendidos os critérios legais, insere-se em juízo de discricionariedade da administração pública sobre a alocação mais adequada de recursos; (ii) a transferência de recursos ao Consórcio antes aludido se deve ao fato de que o Estado de Rondônia sofreu restrições ao recebimento de recursos pelo Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias - CAUC, justamente no período em que celebrado o instrumento de repasse; (iii) a operação em questão envolve exame documental e adoção de medidas voltadas a assegurar a utilização adequada dos recursos. 3. A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui ação integrante do sistema de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, tendo

por objeto a operação do Fundo Clima, em especial quanto ao comportamento omissivo do Poder Público. A antecipação de tutela postulada traz ao Juízo questão concreta e específica, alheia à discussão, pertinente a projeto determinado, em que recursos não reembolsáveis do Fundo foram aplicados e a possíveis irregularidades praticadas no procedimento de alocação de tais recursos ou, ainda, perpetradas por alguns membros do Consórcio que os receberá. Trata-se, claramente, de questão concreta, que foge ao objeto da presente ação, a ser articulada por ação própria e controlada por órgão de controle da administração pública. Além disso, as alegadas irregularidades são invocadas de forma genérica, o que não permite sequer a confirmação de sua veracidade. 4. Ante o exposto, indefiro a antecipação de tutela por falta de plausibilidade jurídica da pretensão. Publique-se. Intime-se. Brasília, 03 de maio de 2021. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator (STF - ADPF: 708 DF 0024408-68.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/05/2021, Data de Publicação: 04/05/2021)

Averigua-se a partir do trecho supra que o relator nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental apresentou os principais argumentos das partes e ao decidir pontuou que não cabe exame do mérito por ser objeto de órgão de controle da administração pública. O ministro relator, ainda, indeferiu a tutela por não enxargar presente seus critérios, tais como a plausibilidade jurídica da pretensão.

Uma outra jurisprudência destacada na pesquisa apresenta de forma mais clara a questão climática. A seguir se reproduz a decisão, *in verbis*:

Decisão: Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental submetida a esta Presidência pelo Ministro Marco Aurélio, tendo em vista alegação de prevenção do Ministro Roberto Barroso, sustentada em parecer da Procuradoria-Geral da República. Eis o teor do despacho do Ministro Relator: “1. O assessor Hazenclever Lopes Cançado Júnior prestou as seguintes informações: O partido Rede Sustentabilidade formalizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, tendo como objeto atos comissivos e omissivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, versando a questão ambiental, especialmente os biomas Amazônia e Pantanal, a revelarem estado de coisas inconstitucional. Vossa Excelência acionou o disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999, determinando fossem providenciadas, no prazo comum de 5 dias, informações, manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República. O Presidente da República diz não violado preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público. Destaca inobservado o requisito da subsidiariedade - artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999. Menciona dados técnicos apresentados por Instituto Nacional de Pesquisas Especiais - Inpe, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio. Realça a estiagem histórica do Pantanal e da Amazônia, a implicar aumento na ocorrência das queimadas. Ressalta

não competir ao Judiciário a definição das políticas públicas. Alude às providências adotadas no âmbito do Conselho Nacional da Amazônia Legal - CNAL, do Centro Nacional de Prevenção e Combate a Incêndios Florestais - Prevfogo, do ICMBio e do Ibama. Sustenta a inadmissibilidade da arguição e, no mérito, a improcedência do pedido. A Advocacia-Geral da União manifesta-se no sentido da inadmissibilidade da arguição e, quanto ao mérito, da improcedência dos pedidos, nos seguintes termos: [...] A Procuradoria-Geral da República assinala coincidência parcial de objetos, considerada a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 708, relator ministro Luís Roberto Barroso, mediante a qual questionados atos comissivos e omissivos do Governo Federal, a comprometerem o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, e requerida adoção de medidas de proteção ambiental relativamente às mudanças climáticas. Afirma realizada audiência pública voltada à apuração dos fatos relevantes de produção de relato oficial do quadro. Conforme salienta, postula-se a execução orçamentária de verbas destinadas ao meio ambiente e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Sublinha a relevância de elementos técnico-científicos de outras áreas de conhecimento visando a compreensão da matéria. Frisa acionado, pelo Ministro, o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Requer a remessa da arguição ao Presidente, visando a redistribuição ante prevenção ou dependência, a teor dos artigos 67, § 5º, e 77- B do Regimento Interno. Sucessivamente, pretende o acionamento do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, com a finalidade de submeter, ao Colegiado Maior, o julgamento final, evitando-se decisões conflitantes. 2. Ante o requerido pela Procuradoria-Geral da República, remetam o processo ao responsável pela distribuição, ministro Luiz Fux, Presidente do Tribunal, que melhor dirá.” É o relatório. Conforme relatado, o Parquet Federal sustenta que “O objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental parece estar contido no tema já submetido à apreciação deste Supremo Tribunal Federal em outra ação de controle concentrado de constitucionalidade”. Aduz que “o Partido Socialista Brasileiro - PSB, juntamente com o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, com o Partido dos Trabalhadores - PT, e com o Rede Sustentabilidade, ajuizaram a ADO 60/DF, na qual apontam atos comissivos e omissivos do Governo Federal que comprometeriam o adequado funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima), bem como requerem a adoção de medidas de proteção ambiental relativas às mudanças climáticas, tais como as postuladas na arguição de descumprimento de preceito fundamental em apreço”. Com efeito, o Ministro Roberto Barroso proferiu decisão admitindo a ADO 60 como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, reatuada como ADPF 708. Nela, os requerentes PSB, PSOL, PT e REDE pleiteiam “seja reconhecida a omissão inconstitucional da UNIÃO ao não adotar providências de índole administrativa objetivando o funcionamento do ‘FUNDO CLIMA’, que se encontra ilegalmente paralisado pela RÉ”. Na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 743, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, pretende-se o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional da gestão ambiental brasileira e, em razão disso, [seja] determinada

a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a seguir descritas, no tratamento da questão ambiental no país, sobretudo nos biomas Pantanal e Amazônia”. Conclui-se que, embora revelem pontos tangenciais, as Arguições possuem objetos distintos e específicos, não se justificando, por tais razões, a superação da regra da livre distribuição para imposição do simultaneus processus, tampouco estando evidenciado o risco de decisões conflitantes. Ex positis, mantenho a distribuição do feito para o Ministro Marco Aurélio. Restituam-se os autos ao gabinete do eminente Relator. Cumpra-se. Brasília, 17 de dezembro de 2020. Ministro LUIZ FUX Presidente Documento assinado digitalmente. (STF - ADPF: 743 DF 0103374-45.2020.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Data de Publicação: 07/01/2021).

Nesse caso aludem à ADO60 reatuada como ADPF 708, cujo ponto fulcral é a alegação da não adequação de providências para o funcionamento do Fundo Clima. E, no julgamento dessa ADPF, o STF entendeu a proteção climática enquanto dever constitucional.

De todo modo, essa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) interposta pela Rede Sustentabilidade objetiva apontar ações e omissões do poder público relativamente às queimadas nos biomas Amazônia e Pantanal. Interessante mencionar que em sua resposta o poder público alega que não cabe ao judiciário definir políticas públicas.

Através do exame das ementas, observa-se que no STF, a presença predominante do tema mudanças climáticas ocorre de modo periférico. Há de ressaltar que as ações selecionadas mencionam questões climáticas e a observância ao art. 225 da Constituição Federal, além dos usuais princípios da prevenção, precaução, não retrocesso e proteção ambiental. Não obstante isso, não se verifica, ainda, ações diretamente relacionadas às mudanças climáticas e pleitos cujo objeto seja a justiça climática e efetivação de medidas de proteção aos direitos humanos em decorrência de eventos extremos ou de causas que tenham como pano de fundo o aumento da temperatura do globo por motivo das atividades antropocêntricas.

Considerações finais

A expansão do entendimento sobre a importância e necessidade de que a ordem jurídica assegure e proteja os direitos humanos é uma conquista histórica e se baseia na extensão dos próprios estandartes iniciais: direito à vida, princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, fraternidade e igualdade.

Sarlet (2007, p. 61-68) destaca que as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos revelam que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e con-

tradições (...). “A evolução dos direitos fundamentais revela cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos da solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos” continua ele.

A proteção dos direitos humanos considerando os efeitos ocasionados pelas mudanças climáticas perpassa pela reflexão da medidas de mitigação e de adaptação, que exigem ações práticas dos governos no combate às mazelas insurgentes e que demandam uma justiça climática.

Em termos de conteúdo, portanto, averigua-se maior quantidade de litígios em que o tema mudanças climáticas é abordado indiretamente. Não obstante isso, verifica-se uma tendência de crescimento de ações, que diretamente focam nas mudanças climáticas, considerando como premissa para tanto o crescimento da consciência sobre as consequências das mudanças climáticas e seus efeitos adversos quanto à proteção dos direitos humanos.

Percebe-se, portanto, que essa nova realidade no Brasil demonstra evidências de que os mais vulneráveis ou mais afetados pelas mudanças climáticas poderão ter acesso a um bom processo judicial climático, com duração razoável, e que seus pedidos sejam julgados, formais e substanciais, com observância das normas constitucionais.

A crescente consciência da comunidade global sobre as mudanças climáticas e suas consequências, assim como da responsabilidade de Estados e de empresas podem garantir uma vinculação cada vez mais clara entre justiça processual e conquista material da justiça climática, com clara proteção aos direitos humanos.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUR). **Relatório do ACNUR revela 60 milhões de deslocados no mundo por causa de guerras e conflitos**. 2015. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/06/18/relatorio-do-acnur-revela-60-milhoes-de-deslocados-no-mundo-por-caoa-de-guerras-e-conflitos/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

ACORDO DE PARIS (2015). Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

ACSELRAD, H.; MELLO, C. C. do A.; BEZERRA, G. das N. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALTHOR G.; WATSON J.; FULLER R. **Global mismatch between greenhouse gas emissions and the burden of climate change**. Scientific Reports, London, v. 6, n. 20281, 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/srep20281#citeas>. Acesso em: 09 jun. 2021. doi: 10.1038/srep20281 (2016).

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado

em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. 2017.

BRASIL. **NDC Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.** UNFCCC, [S. l.], v. 9, p. 6, 2016. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80108/BRASIL_iNDC_portugues_FINAL.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 9.474, de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO (1986). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 abr. 2021.

FAGUNDEZ, Gabrielle Tabares; ALBUQUERQUE, Letícia; FILPI, Humberto Francisco Ferreira Campos Morato. **Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática.** RIDH | Bauru, v. 8, n. 1, p. 227-240, jan./jun., 2020. (14), p. 227-40.

FERRARESI, Priscila. **Racismo Ambiental e justiça social.** Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/racismo-ambiental-e-justica-social>. Acesso em: 09 jun. 2021.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. **A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa.** In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana. Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2008., p. 23-38.

HERCULANO, S. **Riscos e desigualdades social: a temática da justiça ambiental no Brasil.** I Encontro da ANPPAS - Indaiatuba, São Paulo, GT Teoria e Ambiente. Disponível em: www.anppas.org.br. Acesso em: 09 jun. 2021.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). 2000. **Special Report on Emissions Scenarios.** Cambridge- UK, Cambridge University Press. Available at https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/emissions_scenarios-1.pdf (last accessed September 1, 2021).

IPCC. **Global Warming of 1.5°C (Summary for Policymakers).** Geneva: World Meteorological Organization, 2018. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5_wg1_spmportuguese.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

KEOHANE, Robert O.; OPPENHEIMER, Michael. **Paris: Beyond the climate dead end through pledge and review?** Politics and Governance, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 142-151, 2016.

- MILARÉ, E. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. i-ii (prefácio).
- MOSS, Jeremy. **Climate justice**. In: MOSS, Jeremy. *Climate change and social justice*. Victoria: Melbourne University Press, 2009, p. 51-66.
- NYIWUL, L. **Climate change adaptation and inequality in Africa: Case of water, energy and food insecurity**, *Journal of Cleaner Production*, Volume 278, 2021, 123393, ISSN 0959-6526, <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2020.123393>.
- PROTOCOLO DE QUIOTO (1997). Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- RISTER, C. A. **Direito ao desenvolvimento, antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SACHS, I. **Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania**. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais Fundação Alexandre Gusmão. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Rio de Janeiro. Disponível em: www.mre.gov.br/ipri. Acessado em: 25 de março de 2008.
- SANTOS, M. **1992: a redescoberta da Natureza**. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v.6, n.14, p. 96-106, 1992.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHLOSBERG, David; COLLINS, Lisette B. **From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice**. *WIREs Climate Change*, Hoboken, NJ (EUA), v. 5, p. 363, 2014. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/wcc.275>.
- SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**. In: *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Coordenação: Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2008. , p. 251-276.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 708 DF 0024408-68.2020.1.00.0000**. Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/05/2021, Data de Publicação: 04/05/2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 743 DF 0103374-45.2020.1.00.0000**. Relator: MARCO AURELIO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Data de Publicação: 07/01/2021.
- VEIGA, J. E. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- TERRA. **Governo de país que pode sumir do mapa compra terras em Fiji**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/clima/governo-de>

-pais-que-pode-sumir-do-mapa-compra-terras-em-fiji,dd8f9216d5f654a92a3fdaf-f05b287b1kktvRCRD.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

YILDIRIM, B. S. **Climate justice at the local level: the case of Turkey**. 2020.

RESPONSABILIDADE DO TRUSTEE DIANTE A VIOLAÇÃO DO DEVER FIDUCIÁRIO: MENOR POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DA PARTE VULNERÁVEL NA RELAÇÃO JURÍDICA

David Giacomazzi Martins

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel e Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

O *trust* é uma relação jurídica por meio da qual um instituidor (*settlor*) transfere a um terceiro (*trustee*) bens e/ou direitos para que este os administre em prol de um beneficiário (*cestui que trust*), constituindo esse conjunto de bens e/ou direitos um patrimônio independente e autônomo ao patrimônio do *trustee*. A partir dessa relação jurídica, o *trustee* possui um dever fiduciário de respeitar os termos definidos no instrumento de instituição para a administração e transferência dos bens e/ou direitos ao *cestui que trust*. Deste modo, o presente artigo objetiva a investigação a responsabilidade ou irresponsabilidade de um *trustee* quando há a violação de seu dever fiduciário, analisando para tal a extensão desta responsabilidade (ou irresponsabilidade), com vistos, inclusive, ao próprio dever de indenizar. Nesse sentido, procura-se afastar da relação a situação de vulnerabilidade nela contida, em que o *trustee* é a parte não-vulnerável, analisando, também, quem é o titular para a promoção de eventual ação de responsabilidade, se o *settlor* ou o *cestui que trust*.

Palavras-chave: *Trustee*; Dever fiduciário; Responsabilidade.

Introdução

O *trust* é uma relação jurídica usual nos sistemas jurídicos de *common law*, por meio da qual um instituidor (*settlor*) transfere a um curador (*trustee*) bens e/ou direitos para que este os administre em prol de um beneficiário (*cestui que trust*), constituindo esse conjunto de bens e/ou direitos um patrimônio independente e autônomo ao patrimônio do terceiro recebedor.

Notadamente uma relação jurídica fundada na confiança, na qual o *trustee* possui uma série de deveres, principalmente o dever fiduciário de respeitar os termos definidos no instrumento de instituição para a administração e

transferência dos bens e/ou direitos ao *cestui que trust*.

Desta feita, o presente artigo pretende discorrer sobre os principais deveres do *trustee* na relação jurídica de *trust* e, após o estudo verticalizado dos deveres do *trustee*, será investigada a responsabilidade ou irresponsabilidade de um *trustee* pela violação destes deveres. Analisar-se-á a extensão desta responsabilidade (ou irresponsabilidade), bem como o dever de indenizar, procurando afastar da relação à situação de vulnerabilidade. Acerca do dever de indenizar, será analisado, também, o titular para a promoção desta eventual ação de responsabilidade, se o *settlor* ou o *cestui que trust*.

Com a globalização e da facilidade na troca de informações entre países na sociedade contemporânea, propiciada pelas novas tecnologias, as relações jurídicas se ampliam e ganham complexidade. Assim, apesar de não conhecido por grande parte dos ordenamentos jurídicos de *civil law*, as relações jurídicas de *trust* passam a ser mais acessíveis às pessoas destes ordenamentos.

Assim, a pesquisa desenvolvida de forma exploratória e explicativa, busca proporcionar maior familiaridade acerca da relação jurídica de *trust*, construindo hipóteses, por meio das quais, o método de levantamento bibliográfico identificará fatores que causam o fenômeno, aprofundando o conhecimento da realidade. De maneira sucinta, será utilizada a metodologia de pesquisa aplicada, exploratória e explicativa e a utilização do método de pesquisa bibliográfica que se torna imperiosa, tendo em vista a necessidade de se revisar leituras em livros, artigos científicos em periódicos qualificados, sites e demais documentos eletrônicos, na busca e alocação de conhecimento.

A relação jurídica de trust

A relação de *trust* decorre do reconhecimento pelos países em que o sistema jurídico é baseado no direito inglês em que uma pessoa detém um título absoluto (*absolute title*), o qual pode ser desdobrado em um título legal (*legal title*) e um título equitativo (*equitable title*), de modo que o primeiro é transferido ao trustee, que deterá os bens em nome próprio, e o segundo é transferido ao *cestui que trust*, que terá¹

Apesar de ser facilmente explicada, há uma carência doutrinária quanto a uma definição precisa de o que vem a ser a relação de *trust*, como bem observado por Philip Petitt²:

Comumente é observado que ninguém conseguiu produzir uma definição totalmente satisfatória de *trust*, embora a ideia geral não seja difícil de entender. A ideia geral é expressa dizendo que o trustee é o proprietário nominal da propriedade fiduciária, mas que o proprietário real ou efetivo é o *cestui que trust*, ou, alternativamente, que o trustee é o proprietário legal, o *cestui que trust* o proprietário equita-

1 HUDSON, Alistair. **Understanding Equity & Trusts Law**. Londres: Routledge Cavendish, 2001, p. 14-15

2 PETTIT, Philip H. **Equity and the Law of Trusts**. 12ª Ed. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 30

tivo. Embora adequadas para dar uma ideia geral, nenhuma das afirmações é totalmente satisfatória como definição, porque nenhuma delas abrange, por exemplo, casos em que um subtrust é criado, como quando os trustees detêm um fundo fiduciário para X e Y em iguais, sendo que X e Y se declaram trustees de suas respectivas quotas para seus filhos. Nesse caso, sob o principal trust, os trustees são proprietários nominais, mas X e Y dificilmente podem ser considerados proprietários reais ou beneficiários; sob o subtrust, fica claro que X e Y não são os proprietários legais, mas são trustees das respectivas meias-ações equitativas.
(tradução livre)

Analisando a Convenção sobre a lei aplicável ao *trust* e a seu reconhecimento, a qual o Brasil não é signatário, esta convenção também não traz uma definição precisa da relação jurídica, mas sim uma descrição do funcionamento, bem como as características que deve ter.

Artigo 2

Para os propósitos desta Convenção, o termo trust se refere a relações jurídicas criadas - inter vivos ou na morte - por alguém, o settlor, quando bens forem colocados sob controle de um trustee para o benefício de um beneficiário ou para um finalidade específica.

O trust possui as seguintes características:

1. os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio do trustee;
2. títulos relativos aos bens do trust ficam em nome do trustee ou em nome de alguma outra pessoa em benefício do curador;
3. o trustee tem poderes e deveres, pelos quais é responsável, para gerenciar, empregar ou dispor de bens de acordo com os termos do trust e os deveres especiais impostos a ele pela lei.³

(tradução livre)

Assim, é possível afirmar que apesar de ser um instituto amplamente utilizado e compreendido pelos seus usuários, é extremamente difícil reduzi-lo em poucas palavras, principalmente por conta de seu caráter flexível e único, como é o caso da natureza dos direitos equitativos do *cestui que trust*, que será discorrido a seguir.

Natureza jurídica dos direitos equitativos

A natureza jurídica dos direitos equitativos que o *cestui que trust* tem contra *trustee* não é um assunto pacífico. Partindo da dicotomia tradicional de direitos reais e pessoais, sendo os primeiros oponíveis *erga omnes* e os outros apenas contra uma pessoa ou pessoas específicas, nota-se que o “direito de um *cestui que trust* parece ser menor do que um e um pouco mais do que o ou-

3 Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. 01 julho 1985. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Acesso em 07 nov. 2022

tro”⁴ (tradução livre).

Para os defensores de que os direitos do *cestui que trust* são direitos pessoais, essa natureza decorre do fato de o *cestui que trust* ter um “direito contra o *trustee* para cumprir este à administração correta do trust.”⁵ (tradução livre) Considerada uma visão mais tradicional, a conclusão desdobra-se a partir da impossibilidade de o *cestui que trust* poder opor seus direitos contra o comprador de boa-fé, “o fato de que o direito não é oponível contra o mundo inteiro (não pode ser aplicado contra o comprador de boa-fé da propriedade legal por valor justo e sem aviso prévio) é considerado por alguns como significando que o direito não pode ser um direito real como aplicabilidade contra o mundo inteiro é um requisito fundamental de tal direito.”⁶ (tradução livre)

Aqueles que advogam pela natureza de direito real se escoram também na questão envolvendo a oponibilidade quase *erga omnes*, mas sob uma ótica favorável ao direito real, em que “o direito do *cestui que trust* é um direito real porque é oponível contra as pessoas em geral, embora com algumas exceções, da mesma forma que o titular de um cheque é considerado como tendo um direito real sobre ele, embora possa ser derrotado por um titular no devido tempo.

Por fim, de maneira mais confortável, modernamente se tem a posição para a defesa da hibridez desse direito:

Hanbury considerava os interesses equitativos como híbridos, não exatamente direitos reais, por causa da doutrina do comprador de boa-fé, e não exatamente direitos pessoais, por causa da doutrina de seguir fundos fiduciários, enquanto Marshall disse que um *cestui que trust* sempre tem um direito pessoal e, em alguns casos, também um direito real. Parece haver muito a dizer em favor de tratar o interesse de um *cestui que trust* como *sui generis*, em vez de tentar forçá-lo a uma classificação realmente inadequada.⁷
(tradução livre)

Os deveres do trustee

Por ser uma relação *sui generis* e constituída de maneira muito livre entre as pessoas envolvidas, “é uma falácia supor que todo *trustee* tem os mesmos deveres e responsabilidades”⁸. Ao aceitar figurar como *trustee*, a pessoa estará sujeita às regras e demandas vinculadas na constituição do *trust*.

4 PETTIT, Philip H. **Equity and the Law of Trusts**. 12^a Ed. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 84

5 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20^a Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p. 12

6 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20^a Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p. 12

7 PETTIT, Philip H. **Equity and the Law of Trusts**. 12^a Ed. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 85

8 Jessell MR *in* PETTIT, Philip H. **Equity and the Law of Trusts**. 12^a Ed. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 493

Apesar de as relações de *trust* serem muito flexíveis entre si, de modo que cada relação é única e particular, é possível determinar certos deveres do *trustee* que decorrem da própria natureza da relação jurídica e também é verificada pelos usos, destacamos o dever de zelar; dever de agir com personalidade; o dever de prestar contas; o dever de agir com imparcialidade; e o dever de distribuir corretamente.

Dever de diligência

Também reconhecido no direito brasileiro, o dever de diligência previa, originalmente, que o *trustee* deve administrar a propriedade ou direitos conferidos em *trust* como *homem de negócios prudente comum conduziria seu próprio negócio*. No entanto, houve uma certa reformulação deste dever, de modo que este dever é entendido atualmente como o dever de administrar o *trust* estritamente de acordo com os termos de sua constituição, aplicando nessa administração prudência e razoabilidade em todas as circunstâncias⁹, não deve causar danos e perdas, “deve ser razoavelmente prudente *no exercício de qualquer poderes que lhe for conferido*.”¹⁰

A partir dessa reformulação, o dever deixa de ser absoluto e passa a ser relativo, pois pode variar conforme o grau de profissionalização do *trustee*, que poderá ser um leigo ou um profissional extremamente qualificado.

Nos casos em que o trustee tenha, ou se afirme ter, qualquer ‘conhecimento ou experiência especial’, o dever de diligência dele será inferido à luz desses fatores: por exemplo, um trustee que seja um corretor da bolsa ou um advogado deverá manter um padrão mais alto do que alguém que não tem qualificações formais. Assim, se os deveres do trustee são desempenhados ‘no curso de um negócio ou profissão’, o dever de cuidado é aplicado no contexto de qualquer conhecimento ou experiência especial que tal profissional possa ter.¹¹
(tradução livre)

Dever de agir com personalidade

Como já mencionado, a relação jurídica de *trust* é, como seu próprio nome sugere, baseada na confiança do *settlor* para com o *trustee*. Nesse sentido, é possível afirmar que se trata de uma relação personalíssima. Conforme lições de Nigel Stockwell e Richard Edwards “Presume-se que um *settlor* que tenha escolhido especificamente um *trustee* para agir pretende que esse indivíduo em particular administre o *trust* de maneira pessoal.”¹²

9 MARTIN, Jill. **Hanbury & Martin: Modern Equity**. 17ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2005, p. 548

10 HEPBURN, Samantha. **Principles of Equity & Trusts**. 2ª Ed. Londres: Routledge Cavendish, 2001, p. 336

11 HUDSON, Alistair. **Understanding Equity & Trusts Law**. Londres: Routledge Cavendish, 2001, p. 69-70

12 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20ª Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p. 457

Diante desse dever de agir com pessoalidade, decorre também a impossibilidade de delegar sua função (*delegatus non potest delegare*). No entanto, retomando a característica flexível do instrumento, caso o *settlor* tenha previsto no documento de instituição que todas ou algumas das responsabilidades do *trustee* pudessem ser delegadas, poderia haver essa delegação.

Tal dever de ação em pessoalidade não impede que o *trustee* se consulte com um especialidades quando de assuntos mais complexos. No entanto, ressalta-se que a decisão sobre a ação (tomar ou não tomar) será do *trustee*, não haverá esse terceiro responsabilidade, pois a decisão será considerada como se tivesse sido tomada pelo *trustee*.¹³

Dever de prestar contas

Em relação à manutenção das informações contábeis do *trust*, o *trustee* deve prestar contas ao *cestui que trust*. Nesse sentido, se por um lado há o dever do *trustee* prestar contas, do outro há o direito do *cestui que trust* receber informações dessas contas.

O *trustee* deve manter contas atualizadas e precisas, permitindo que o *cestui que trust* as inspecionem caso solicitado, devendo “proporcionar informações suficientes aos beneficiários, em qualquer data solicitada.”¹⁴ (tradução livre)

Apesar de o *trustee* ter esse dever, há também o seu próprio interesse em manter contas de sua administração atualizadas, pois são verdadeiras provas de sua atuação e respeito ao documento constitutivo da relação jurídica.

Dever de agir com imparcialidade

O *trustee* deve agir de maneira imparcial em relação aos *cestui que trust*, ele não deve favorecer um *cestui que trust* ou classe de *cestui que trust* contra os outros. O *trustee* deve agir conforme os ditames do documento que instituiu a relação jurídica de *trust*, o qual exprime a vontade do *settlor*. Por um lado o *trustee* deve ser imparcial em relação a cada *cestui que trust*, por outro, o *trustee* deve agir de maneira imparcial em relação às diferentes classes de *cestui que trust*.¹⁵

Samantha Hepburn¹⁶ comenta que:

Este dever pode ser muito difícil quando os beneficiários têm interesses diferentes; por exemplo, se um beneficiário detiver um bem vitalício enquanto outro detém o restante, o *trustee* deve agir de forma justa em relação a ambos, garantindo que sejam mantidas estraté-

13 ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e. **O direito dos trusts na perspectiva internacional**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 116

14 ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e. **O direito dos trusts na perspectiva internacional**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 112

15 HUDSON, Alistair. **Understanding Equity & Trusts Law**. Londres: Routledge Cavendish, 2001, p. 68

16 HEPBURN, Samantha. **Principles of Equity & Trusts**. 2ª Ed. Londres: Routledge Cavendish, 2001, p. 342

gias de investimento adequadas e seguras, de modo que o titular do patrimônio vitalício receba uma renda razoável sem prejudicar o capital para o detentor dos juros remanescentes (ver *Bouch v Sproule* (1887)).
(tradução livre)

O exemplo fornecido por Samantha Hepburn é bem aceito entre os estudiosos desta relação jurídica, haja vista que “o dever de agir com imparcialidade é especialmente relevante no contexto do investimento. Os *trustees* não devem, por exemplo, escolher investimentos que sejam vantajosos para o beneficiário vitalício em termos de geração de renda e desvantajosos para os demais, pois o valor do capital do *trust* é colocado em risco e/ou pode não crescer a uma taxa razoável.”¹⁷ (tradução livre)

Dever de distribuir corretamente

O *trustee* deve distribuir a propriedade detida por meio do *trust* de acordo com os termos dos instrumentos de constituição. Não poderá ele distribuir de maneira diversa ao que foi previamente determinado. Sob a ótica do *cestui que trust*, este não pode obrigar o *trustee* a transferir qualquer bem ou direito que não seja de acordo com os instrumentos de constituição.

Caso haja dúvidas, “talvez porque a redação do *trust* não seja clara ou ambígua, os *trustees* podem solicitar instruções ao tribunal. Uma questão muito comum é a identificação de todos os beneficiários com direito ao fundo. X ainda está vivo? Y morreu sem problemas? Um curso de ação para os curadores é anunciar para tentar descobrir aqueles que reivindicam o direito à propriedade em *trust*.”¹⁸ (tradução livre)

*Conforme lições de Verônica Scriptorre Freire e Almeida, “trata-se do dever de realizar as distribuições considerando as receitas do Trust, de maneira aceitável entre os vários beneficiários, equilibrando os interesses benéficos existentes, e de acordo com os termos do Trust.”*¹⁹

A violação e os remédios

Com a relação jurídica de *trust* estabelecida, o *trustee* fundado na confiança tem os deveres inerentes à relação e aqueles expostos no instrumento de constituição para com o *cestui que trust*, que possui um direito equitativo aos bens mantidos em *trust*. Como o *trustee* mantém os bens em seu próprio nome, nota-se que há uma vulnerabilidade do *cestui que trust*, principalmente no campo informacional, pois este pode ser impedido de ter acesso aos bens

17 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20ª Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p 467

18 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20ª Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p 474

19 ALMEIDA, Verônica Scriptorre Freire e. **O direito dos trusts na perspectiva internacional**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 117

ou ser eventualmente vítima de apropriação indébita.

Nesse sentido, a simples violação do dever fiduciário é suficiente para uma responsabilização do *trustee*, “a responsabilidade do *trustee* pela violação de dever é estrita: não é necessário comprovar fraude ou imprudência pelo *trustee*.”²⁰ (tradução livre) Ressalta-se que a violação deste dever fiduciário é em relação ao *cestui que trust*, o titular do direito equitativo e não do *settlor*, que se retira da relação jurídica quando da transferência.²¹

A responsabilidade do *trustee* pela violação do dever fiduciário tem como objetivo a restituição do dano aos bens e/ou direitos do *trust* ocasionados pelo *trustee*. “Uma vez cometida uma violação, os *trustees* tornam-se responsáveis por colocar o patrimônio do *trust* na mesma posição em que estaria se nenhuma violação tivesse sido cometida. Considerações de causalidade, previsibilidade e afastamento não são relevantes nesta questão.”²² (tradução livre)

Em sendo titular do direito equitativo, o *cestui que trust* pode lançar mão de três principais remédios equitativos para estes casos, quais sejam: injunção; reivindicação pessoal contra o *trustee* (remédio pessoal); e direito de rastrear a propriedade do *trust* (reivindicação de propriedade).²³

O primeiro é utilizado nos casos em que o *trustee* ainda não violou seu dever fiduciário, mas o *cestui que trust* tem motivos suficientes para acreditar que o *trustee* tem capacidade e probabilidade de cometer tal violação.

Já o segundo é utilizado quando há a efetiva violação, de modo que o *cestui que trust* poderá pleitear a responsabilização pessoal do *trustee* para a reparação de eventuais perdas. No entanto, há necessidade de comprovação das perdas causadas pela violação.

Por fim, o rastreamento da propriedade é uma reivindicação contra uma coisa específica e não contra uma pessoa específica, em que o *cestui que trust* pode identificar e localizar bens e/ou direitos que estavam em *trust*, dos quais possui o direito equitativo, podendo tentar reivindicá-los. “O remédio proprietário é essencialmente restitutivo em sua natureza. O que o beneficiário está pedindo ao tribunal é que reconheça que alguma propriedade nas mãos do *trustee* ou de algum outro terceiro é de fato propriedade do beneficiário e deve ser devidamente restituída a ele.”²⁴ (tradução livre)

20 STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20ª Ed. Londres: Pearson Education, 2015, p. 493

21 Eventualmente, caso o *settlor* seja também o *cestui que trust*, será ele o titular do direito equitativo, mas não pela sua condição de *settlor*, mas sim pela sua condição de *cestui que trust*.

22 RAMJOHN, Mohamed. **Unlocking Equity and Trusts**. 5ª Ed. Londres: Routledge, 2015, p. 486

23 PANESAR, Sukhninder. **Equity and Trusts**. 3ª Ed. Londres: Pearson Education, 2017, p. 673

24 PANESAR, Sukhninder. **Equity and Trusts**. 3ª Ed. Londres: Pearson Education, 2017, p. 674

Considerações finais

A relação jurídica de *trust* é baseada na confiança de que o *trustee* irá respeitar seus deveres fiduciários de administração e manutenção dos bens e também é marcada pela vulnerabilidade do *cestui que trust* em relação ao *trustee*, já que este possui os bens em seu nome, podendo transferi-los ou até se apropriar caso omita que estes bens são mantidos em favor do *cestui que trust*. Verdadeiramente, o *cestui que trust* é informacionalmente vulnerável na relação, pois é alheio à administração.

No entanto, apesar de o *cestui que trust* ser a parte vulnerável da relação, nos casos em que há violação dos deveres fiduciários, é possível lançar mão de remédios processuais específicos para que o *cestui que trust* veja seu direito restabelecido. A doutrina e os tribunais não se furtam a salvaguardar esses direitos equitativos, de modo que mesmo o *trustee* violando seus deveres, poderá este ser facilmente responsabilizado.

Portanto, é possível dizer que a relação de vulnerabilidade pode ser afastada e mitigada por meio da prestação jurisdicional específica, em que os interesses e direitos equitativos do *cestui que trust* são respeitados e são o motor dessa tutela jurisdicional. Além disso, considerando o dever de prestação de contas, a vulnerabilidade informacional do *cestui que trust* é mitigada.

Referências

ALMEIDA, Verônica Scriptorre Freire e. **O direito dos trusts na perspectiva internacional**. São Paulo: Almedina, 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. 01 julho 1985. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Acesso em 07 nov. 2022.

HALL, Routledge Chapman. **Equity and Trusts**. 7ª ed. Londres: Routledge, 2010.

HEPBURN, Samantha. **Principles of Equity & Trusts**. 2ª ed. Londres: Routledge Cavendish, 2001.

HUDSON, Alistair. **Understanding Equity & Trusts Law**. Londres: Routledge Cavendish, 2001.

MARTIN, Jill. **Hanbury & Martin: Modern Equity**. 17ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2005.

MENNELL, Robert; BURR, Sherri. **Wills and Trusts in a Nutshell**. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic Publishing, 2007.

PANESAR, Sukhninder. **Equity and Trusts**. 3ª ed. Londres: Pearson Education, 2017.

PETTTT, Philip H. **Equity and the Law of Trusts**. 12ª ed. Londres: Oxford Uni-

versity Press, 2012.

RAMJOHN, Mohamed. **Beginning Equity and Trusts**. Londres: Routledge, 2013.

RAMJOHN, Mohamed. **Unlocking Equity and Trusts**. 5ª ed. Londres: Routledge, 2015.

STOCKWELL, Nigel; EDWARDS, Richard. **Trusts and Equity**. 20ª ed. Londres: Pearson Education, 2015.

TURNER, Chris. **Key Facts Equity & Trusts**. 3ª ed. Londres: Routledge, 2011.

WARNER-REED, Emma. **Equity and Trusts**. Londres: Longman, 2011.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 8 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-030-6



9 786551 104030 6

