

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA, TATIANA TROMMER BARBOSA, DENISE MERCEDES NUNES NASCIMENTO LOPES SALLES, SERGIO DE SOUZA SALLES, LETÍCIA PEREIRA DE ARAUJO, NICOLE RIVELLO FORTES DE ALMEIDA, ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO, ANDRÉ MIRANDA DE ABREU E KLEVER PAULO LEAL FILPO

ORGANIZADORES

DIREITOS HUMANOS EM DEBATE

AUTORES

Adriana Pires de Arezzo	Letícia Pereira de Araujo
Alan Lincoln B. do A. Paresqui	Liane Isoldi Linhares
Alessandra Paula B. Rodrigues	Líliá Nunes Silva
Alexandre Campos Duarte	Luciano Cesar de Souza Junior
Alexandre de Almeida Bandeira	Luís Coelho da Silva Júnior
Ana Carolina de Abreu de Oliveira	Marcelo Pereira de Almeida
Ana Paula Rodrigues Coutinho	Marco Antônio S. Monteiro
Angelina Accetta Rojas	Maria Julia da Silva Souza
Antônio Eduardo Ramires Santoro	Mariana Dias Ribeiro
Beatriz Magalhães Porfírio	Marianna da S. C. e C. de Araújo
Bruna Vaz del Blanco	Nicole Rivello Fortes de Almeida
Cecilia Silva Guimarães	Pâmela Raquel O. V. de Almeida
Cinthia Gorges Rego Mello	Patrícia Filomena Fonseca Amaral
Daniel Machado Gomes	Paulo Victor Pinheiro Alves Habib
Daniel Sant'Anna Lisbôa	Pedro Odainai
Davi Almeida da Costa Queiroz	Rafaela Tuyane Pereira Pinheiro
Denise Mercedes N. N. L. Salles	Raphael Rosalvos Barcellos
Fernando Nogueira Bebiano	Raphaela Abud Neves
Gabrielle Rocha M. dos Santos	Roberto Rodrigues Costa
Geórgia dos S. N. Nikolas Bigler	Rodolpho da Silva Messias
Jacqueline V. Billio	Rodrigo Machado Gonçalves
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro	Sérgio Antônio Câmara
Jéssica da Costa Barros de Freitas	Thaís Fróes Villela Aldrighi
Júlia Werneck Tartaglia	Thomas Leonhard F. de Siqueira
Juliana Menescal da Silva Ziehe	Tiago da Silva Cícilio
Karen Cristine Marinho Jardim	Vanessa Quintão Fernandes Neves
Lavínya de Souza O. São Paio	Vera Regina Fróes Villela
Letícia Maria de Oliveira Borges	Yeda Ferreira Pires

ORGANIZADORES

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA, TATIANA TROMMER BARBOSA,
DENISE MERCEDES NUNES NASCIMENTO LOPES SALLES, SERGIO
DE SOUZA SALLES, LETÍCIA PEREIRA DE ARAUJO, NICOLE
RIVELLO FORTES DE ALMEIDA, ADRIANO MOURA DA FONSECA
PINTO, ANDRÉ MIRANDA DE ABREU E KLEVER PAULO LEAL FILPO.

Direitos Humanos em Debate

Petrópolis – Rio de Janeiro

UCP

2022

COMISSÃO CIENTÍFICA

A Comissão Científica, presidida pelo Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida, Unilasalle-RJ/UCP é composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Jardelino Menegat - Unilasalle-RJ;
Profa. Dra. Denise Mercedes N. N. Lopes Salles - Unilasalle-RJ/UCP;
Prof. Dr. Sergio de Souza Salles - UCP;
Prof. Dr. Wagner de Mello Brito - Unilasalle-RJ;
Prof. Dr. Jean Cezar Ditzz de Souza Ribeiro - Unilasalle-RJ;
Prof. Dr. Klever Paulo Leal Filpo - UCP;
Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto - UNESA;
Prof. Dr. Sergio Antônio Câmara - Unilasalle-RJ;
Prof. Dr. Ubirajara da Fonseca Neto - UNESA;
Prof. Dr. Alexandre Catharina - UNESA;
Profa. Dra. Nuria Bellosso Martin - UBU;
Prof^ª. Dra. Gema Vallejo Pérez - ULE;
Prof. Dr. Antônio Pereira Gaió Junior - UFRRJ.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532 Direitos Humanos em Debate / organização de Marcelo Pereira de Almeida ... [et al.]. – Petrópolis, RJ: UCP, 2022.
838 p.

E-Book.

ISBN: 978-65-89539-06-3

Evento realizado nos dias 29 e 30 de novembro de 2021 e sediado pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UnilaSalle-RJ).

1. Direitos Humanos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Educação e Direito.
I. Barbosa, Tatiana Trommer. II. Abreu, André Luiz Miranda. III. Salles, Sérgio de Souza. IV. Salles, Denise Mercedes Nunes Nascimento Lopes. V. Pinto, Adriano Moura da Fonseca. VI. Araújo, Leticia Pereira de. VII. Almeida, Nicole Rivello Fortes de.

CDD: 342.085

Bibliotecária Responsável: Marlena H. Pereira – CRB7 / 5075

ORGANIZADORES

- **MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA**

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF, com estágio pós doutoral em Direito Processual pela UERJ e em andamento pela Universidade de Burgos – Espanha, Professor Adjunto de Direito Processual da UFF, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Professor Permanente do PPGD da Universidade Católica de Petrópolis, Professor e Coordenador do Curso de Direito do Unilasalle/RJ, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil – ICPC, Advogado.

- **TATIANA TROMMER BARBOSA**

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Gama Filho e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Coordenadora e professora do curso de Direito do Unilasalle/RJ. Professora de Direito Penal e Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Presbiteriana Mackenzie- Rio. Advogada.

- **DENISE MERCEDES NUNES NASCIMENTO LOPES SALLES**

Doutora em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora permanente do PPGD da Universidade Católica de Petrópolis desde 2017. Professora do curso de Bacharelado em Relações Internacionais do Unilasalle/RJ. Editora e parecerista de periódicos acadêmicos. Coordenadora do Núcleo Novas Fronteiras.

- **SERGIO DE SOUZA SALLES**

Doutor e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Bacharel e Licenciado em Filosofia pela PUC-Rio.

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade Católica de Petrópolis – UCP de 2016 a 2020. Editor da Universidade Católica de Petrópolis. Coordenador Geral e Pesquisa e Pós-graduação da UCP entre 2014 e 2015. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito da UCP entre 2012 e 2015.

▪ LETÍCIA PEREIRA DE ARAUJO

Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da UFF, pós-graduada em Direito Público e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pelo Unilasalle/RJ. Pesquisadora do “Observatório das Reformas Processuais destinadas a proporcionar eficiência na prestação jurisdicional em causas seriais”, vinculado ao CNPQ, advogada.

▪ NICOLE RIVELLO FORTES DE ALMEIDA

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal Fluminense - UFF, bacharel em Direito pelo Unilasalle/RJ, acadêmica de Pedagogia pelo Unilasalle/RJ, integra o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gestão e Políticas Públicas Educacionais vinculado à Universidade Federal Fluminense – NUGEPPE UFF, advogada.

▪ ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO

Doutor em Direito pela Universidad de Burgos – Espanha. Especialista em História do Direito, Direito civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Professor Permanente e Coordenador Adjunto do PPGD da UNESA, professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UNESA. Advogado e Mediador. Membro do Comitê Científico da Conferência Universitária para el Estudio de la Mediación y el Conflicto - CUEMYC (Espanha). Consultor Internacional da FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo Leon (México). Editor do Periódico Dissertar e da revista do curso de Direito da UNESA. Membro do Observatório de Política Pública, Direito e Proteção Social e fundador do Observatório de Mediação e da Arbitragem, ambos do PPGD da UNESA.

- ANDRÉ MIRANDA DE ABREU

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor da EMERJ, professor do Curso de Pós-graduação em Responsabilidade Civil e Direito do consumidor do TJRJ, professor do MBA do IBMEC-RJ, professor auxiliar da Coordenação do curso de Direito do Unilasalle/RJ. Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Privatrecht – Hamburgo/Alemanha. Membro do Núcleo Docente Estruturante do Unilasalle/RJ. Foi membro eleito do Conselho Superior de Pesquisa (CONSEPE) e membro eleito do Conselho de Deliberação Superior (CONSUP), ambos do Unilasalle/RJ. Parecerista da Revista Conhecimento e Diversidade e Membro do /Instituto Brasileiro de Direito Civil.

- KLEVER PAULO LEAL FILPO

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Instituto Três Rios). Líder do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa sobre Administração de Conflitos (GIPAC/UCP-CNPq) e do Grupo de Pesquisa sobre Formas Consensuais de Administração de Conflitos em Perspectiva Empírica (FOCA/ITR-UFRRJ-CNPq).

AUTORES

Adriana Pires de Arezzo
Alan Lincoln B. do A. Paresqui
Alessandra Paula B. Rodrigues
Alexandre Campos Duarte
Alexandre de Almeida Bandeira
Ana Carolina de Abreu de Oliveira
Ana Paula Rodrigues Coutinho
Angelina Accetta Rojas
Antônio Eduardo Ramires Santoro
Beatriz Magalhães Porfírio
Bruna Vaz del Blanco
Cecilia Silva Guimarães
Cinthia Gorges Rego Mello
Daniel Machado Gomes
Daniel Sant'Anna Lisbôa
Davi Almeida aa Costa Queiroz
Denise Mercedes N. N. L. Salles
Fernando Nogueira Bebiano
Gabrielle Rocha M. dos Santos
Geórgia dos S. N. Nikolas Bigler
Jacqueline V. Billio
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro
Jéssica da Costa Barros de Freitas
Júlia Werneck Tartaglia
Juliana Menescal da Silva Ziehe
Karen Cristine Marinho Jardim
Lavinya de Souza O. São Paio
Letícia Maria de Oliveira Borges

Letícia Pereira de Araujo
Liane Isoldi Linhares
Líliá Nunes Silva
Luciano Cesar de Souza Junior
Luís Coelho da Silva Júnior
Marcelo Pereira de Almeida
Marco Antônio S. Monteiro
Maria Julia da Silva Souza
Mariana Dias Ribeiro
Marianna da S. C. e C. de Araújo
Nicole Rivello Fortes de Almeida
Pâmela Raquel O. V. de Almeida
Patrícia Filomena Fonseca Amaral
Paulo Victor Pinheiro Alves Habib
Pedro Odainai
Rafaela Tuyane Pereira Pinheiro
Raphael Rosalvos Barcellos
Raphaela Abud Neves
Roberto Rodrigues Costa
Rodolpho da Silva Messias
Rodrigo Machado Gonçalves
Sérgio Antônio Câmara
Thaís Fróes Villela Aldrighi
Thomas Leonhard F. de Siqueira
Tiago da Silva Cicilio
Vanessa Quintão Fernandes Neves
Vera Regina Fróes Villela
Yeda Ferreira Pires

GRUPOS DE TRABALHO

- GT 01: Crise Migratória e Direitos Humanos

Coordenadores: Prof. Dr. Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro, Prof. Luiz Leomil.

- GT 02: Perspectivas Históricas e Conceito de Cidadania

Coordenadores: Prof. Dr. Cesar Augusto Ornellas Ramos, Prof. Dr. Sérgio Antônio Câmara.

- GT 03: As Diferentes Perspectivas no Contexto dos Direitos Humanos

Coordenadores: Prof^ª. Dr^ª. Helenice Pereira Sardenberg, Prof. Dr. Marcelo Machado.

- GT 04: Educação e Direitos Humanos

Coordenadores: Prof^ª. Ms. Adriana Pires Arezzo, Prof. Dr. Jardelino Menegat, Prof. Dr. Julio Cesar Mello D'Amato, Prof. Dr. Marcelo Mocarzel.

- GT 05: Política Criminal e Penitenciária. Direitos Material e Processual Penal Contemporâneos frente aos Direitos Humanos

Prof^ª. Ms. Tatiana Trommer Barbosa, Prof. Ms. Rodrigo Machado Gonçalves, Prof^ª. Ms. Flavia Rodrigues Maia, Prof. Esp. Ronaldo dos Santos Silva Junior.

- GT 06: Direitos Fundamentais e Métodos Processuais

Prof. Dr. Alexandre Catharina, Prof. Ms. José Claudio Torres Vasconcelos, Prof. Ms. Hugo Leonardo Penna Barbosa.

- GT 07: Controle de merecimento de tutela nas relações existenciais e patrimoniais e os Direitos Humanos

Coordenadores: Prof. Ms. André Luiz Miranda de Abreu e Prof. Dr. Talmo Rangel Canella Filho.

- GT 08: Métodos Consensuais de Solução de Conflitos na Efetivação de Direitos Humanos.

Coordenadores: Prof^ª. Dr^ª. Giselle Picorelli, Prof. Dr. Klever Paulo Leal Filpo, Prof.^a Dr^a. Marcia Michele Garcia Duarte, Prof^ª. Ms. Lorraine Queiroz Nogueira.

- GT 09: Direitos Humanos e Grupos Sociais Vulneráveis -

Coordenadores: Prof^ª. Dr^ª. Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles, Ms. Núbia do Nascimento Colombro Santos, Prof^ª. Ms. Larissa Borsato da Silva

- GT 10: Precedentes, Processos Seriais e Inteligência Artificial na Efetivação de Direitos Humanos

Coordenadores: Prof. Dr. Ubirajara da Fonseca Neto, Prof^ª. Dr^ª. Larissa Clare Pochmann da Silva, Prof^ª Ms. Lilia Nunes Silva, Letícia Pereira Araújo.

- GT 11: Direitos Sociais e Direito do Trabalho

Coordenadores: Prof. Ms Larissa Pimentel Gonçalves Villar, Prof^ª. Dr^ª Carla Almeijeiras Veloso, Prof^ª. Dr^ª Cibele Carneiro, Prof. Esp. Vanessa Quintão Fernandes.

- GT 12: Direitos Humanos e igualdade racial

Coordenadores: Prof. Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida e Prof^ª Dr^ª Maria Lúcia Sucupira.

- GT 13: Teoria e História do Direito

Prof. Dr. Daniel Machado Gomes, Raphaela Abud.

APRESENTAÇÃO

Crises globais que afetam as instituições e atingem de forma contundente os mais vulneráveis, suplantando os direitos mais básicos dos seres humanos, se intensificaram nas últimas décadas. Os direitos humanos nas suas dimensões estruturais voltaram a estar em xeque mesmo após reconhecimentos importantes que, apesar de garantidos formalmente, muitos permanecem distantes de serem efetivados. Há um hiato significativo entre as projeções e a efetivação dos direitos. Daí a importância de se criar e manter espaços para debater de forma franca os vetores destinados a alcançar o reconhecimento e a efetivação de direitos humanos, buscando a manutenção e o aprimoramento dessa reserva de justiça que deve ser considerada intangível. Embora a concepção de justiça se mostre variável em distintas correntes de pensamento, como em John Rawls¹, Michael Walzer², Norberto Bobbio³, para citar alguns, devemos buscar uma concepção de justiça no plano objetivo, sobretudo,

¹ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

² WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

³ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

nas bases constitucionais e nos compromissos internacionais. Oscar Vilhena Vieira descreveu bem esse recorte na obra “A Constituição e sua reserva de justiça”⁴. Essa reserva de justiça nos garante a contenção de tiranias, do arbítrio, da opressão, fornecendo mecanismos de contenção e de efetivação de direitos, principalmente os direitos humanos. Nesta agenda de direitos e garantias, destaca-se a isonomia, uma das mais relevantes facetas dos direitos humanos que, se compreendida em perspectiva estritamente liberal, relativiza o acesso aos elementos mais básicos para a existência digna do ser humano. Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos aponta que

precisamos lutar pelo reconhecimento à diferença, entendida como parte constitutiva da singularidade humana, sem abdicar da igualdade de direitos, igualdade de tratamentos e igualdade de condições. Afinal, temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.⁵

Enfrentar essas questões, cada vez mais necessárias, nos remete a outras reflexões acerca do pensamento jurídico genericamente considerado, pois está evidenciado que o atual estágio do pensamento jurídico é conscientemente valorativo, aberto a captação e compreensão dos valores dispersos na sociedade, exigindo do intérprete intenso ônus argumentativo.

O contexto indica, também, a preocupação que se deve ter com a manutenção das bases estruturais do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado capaz de manter as projeções e assegurar a efetividade dos direitos humanos. Essa preocupação se justifica na medida em que as democracias contemporâneas vêm recebendo intensas investidas de desmonte por flertes autoritários, exigindo das instituições vigilância

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiro. 1999.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Constituição Multicultural da Igualdade e da Diferença*. Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais. Coimbra. 1999. p. 247 – 248.

redobrada e do intérprete uma carga valorativa intensa que deverá impregnar os segmentos de criação dos ordenamentos e de efetivação dos direitos, que se legitimam por bases democráticas.

Assim, a criação de espaços plurais de discussão e disseminação de direitos pautados nos anseios dos mais diversos segmentos de interesses, surge como ingrediente importante na consolidação dos direitos humanos, legitimando os processos de reconhecimento e efetivação desses direitos dentro da lógica procedimentalista democrática.

Ressalte-se que o reconhecimento de direitos humanos, ultrapassa as estruturas estatais e adquire status transnacional, são direitos intangíveis, que devem ser priorizados pelas democracias contemporâneas que, apesar dos intensos movimentos de reconhecimento, ainda carecem de concretização efetiva, sobretudo por movimentos reacionários que flertam com o obscurantismo, o negacionismo e formas totalitárias de gestão pública e de liberdade econômica excessiva, indicando risco real de retrocesso nas conquistas já alcançadas.

A manutenção e ampliação de espaços para discussão responsável sobre o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos deve ser um compromisso ético das sociedades civilizadas, diante da expressiva vulnerabilidade que atinge grande parte da população mundial pela violação sistemática de direitos.

No sentido de atingir essa finalidade, no ano de 2018 surgiu a iniciativa de realizar o Seminário Interinstitucional e Internacional sobre a efetivação dos Direitos Humanos na Contemporaneidade, envolvendo várias instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, dentre as quais o Unilasalle/RJ, Universidade Católica de Petrópolis, Universidade Federal Fluminense, Universidade de Burgos (Espanha), Universidade de Novo Leon (México), o Programa de Pós Graduação em Direito da UNESA, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, dentre outras.

A quarta edição do evento ocorreu nos dias 29 e 30 de novembro de 2021, com painéis de debates sobre eixos temáticos sensíveis ao

reconhecimento e efetivação dos direitos humanos, discussões que se estenderam nos 12 grupos de trabalhos temáticos.

A presente obra, que ora vem a público, apresenta os textos enviados pelos participantes do evento; são trabalhos amadurecidos após as discussões e sugestões contempladas pelos acadêmicos e pesquisadores durante os intensos debates realizados nos grupos de trabalho. Os artigos resultantes desses debates foram agrupados em seções que podem abranger mais de um grupo de trabalho e lançam luzes sobre questões extremamente importantes para o aprimoramento dos mecanismos de acesso aos direitos humanos e à adoção de medidas destinadas a coibir os retrocessos das conquistas alcançadas.

Niterói /RJ, setembro de 2022.

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida
(organizador)

PREFÁCIO

Para mim, e de toda a Comunidade Educativa do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, Unilasalle-RJ, na qualidade de reitor, é uma honra prefaciá-lo os anais do III Seminário Internacional e interinstitucional para a efetivação dos Direitos Humanos, evento do qual participamos com muita alegria e satisfação. Quando falamos em Direitos Humanos, nos vêm à cabeça um conjunto de normas, procedimentos, princípios e valores que valorizam a vida e a existência humana como um valor inquestionável. São aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem-estar social através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

Com a globalização das informações, é evidente que a humanidade está ainda passando por inúmeros obstáculos para efetivação dos direitos humanos, felizmente alguns já conquistados. Acolhemos, porém, com bons olhos, que, com o tempo, alguns estão sendo conquistados enquanto outros, infelizmente, os encontramos como tolhidos. Dentro de uma realidade brasileira, tê-los como parâmetros a partir dos quais avaliamos nosso fazer institucional, os direitos humanos são um verdadeiro instrumento de pacificação e valorização do ser humano, numa perspectiva que jamais deve sair do nosso horizonte.

Numa sociedade que é marcada por discrepância, torna-se quase obrigatório que as instituições de ensino, particularmente as universitárias, resgatem a dignidade do ser humano. Educar com base em valores requer esforço das instituições formais de educação, mas também da sociedade civil com a educação não-formal. Em ambas as esferas na vivência da cidadania, o respeito à diversidade e toda sorte de diferenças são explicitadas pela vivência da cidadania.

Em nosso país, e em muitos lugares do mundo, ainda não vivemos um estado social efetivo, pois ainda não temos os direitos fundamentais de qualidade garantidos, como a saúde, educação, habitação e segurança. A busca da conscientização e da luta pelo alcance desses direitos são fundamentais para resgatar a dignidade da pessoa humana. Assim, é importante destacar que, nos últimos anos, a ampliação da consciência da necessidade do respeito, cuidado e da valorização das pessoas talvez venha crescendo em algumas instâncias de nossa sociedade, o que é digno de destaque. É importante notar que a sociedade civil começa se organizar em nível local, regional, nacional e global com manifestações e resiste ao desmonte do estado social de direito e aumenta em favor da conquista dos direitos sociais, buscando novas formas de inclusão social e respeito aos direitos humanos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a humanidade começou a construir uma nova forma de compreensão de quem é de fato a pessoa humana. A sociedade começou a se dar conta de que a liberdade e a dignidade andam juntas, isto é, a liberdade individual só se concretiza à medida que tenham acesso a uma vida mais digna com alimentação, moradia, educação, saúde, segurança social, respeito às diferenças de raça, cor, orientação sexual, política e religiosa. Nos seus trinta artigos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão listados os direitos básicos para a promoção de uma vida mais digna para todos os habitantes do mundo independentemente de nacionalidade, cor, raça, sexo, condição social, cultura e religião. Além disso, essa declaração é um marco lógico que serve de pressuposto para as condutas de empresas e dos cidadãos ligados a elas direta ou indiretamente. Os princípios nela contidos têm a função de inspirar e balizar o comportamento dos indivíduos e das instituições.

Os direitos fundamentais são respeitados também quando se dá ênfase ao acesso à justiça. É dever do Estado e de toda a sociedade buscar soluções e caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais, concretizando a proteção da pessoa. A conscientização dos direitos e dos deveres torna-se cada vez mais necessária, pois é fundamental para que sejam compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas sobretudo

da vontade de todos. Em outras palavras, as liberdades não são criadas e não se manifestam senão, em sua maior parte, quando o povo as quer.

Portanto, eventos dessa natureza que nossa instituição tem a honra e o prazer de sediar anualmente, tornam-se cada vez mais necessários. Os registros dos Anais do IV Seminário Internacional e Interinstitucional para e efetivação dos Direitos Humanos há de levar para o futuro os ricos debates que tivemos aqui. Com dimensões internacionais e interinstitucionais, nossas felicitações e agradecimentos aos organizadores desse evento, mas também aos participantes e aos futuros pesquisadores são disponibilizados os Anais que todos terão acesso por meio virtual.

Desejo boa leitura das produções que são resultado desse Seminário.

Niterói-RJ, 15 de setembro 2022.

Professor Dr. Jardelino Menegat

Reitor do Centro Universitário La
Salle do Rio de Janeiro – Unilasalle-
RJ

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	1
PREFÁCIO	5
SEÇÃO I - CRISE MIGRATÓRIA E DIREITOS HUMANOS	7
CRIANÇAS REFUGIADAS SÍRIAS NA EUROPA À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.....	8
Leticia Maria de Oliveira Borges Ana Carolina de Abreu de Oliveira Gabrielle Rocha Mendes dos Santos	
MIGRANTES INDÍGENAS VENEZUELANOS NO BRASIL	24
Paulo Victor Pinheiro Alves Habib Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro	
REFUGIADOS: DA REJEIÇÃO AO ACOLHIMENTO	43
Letícia Maria de Oliveira Borges Alan Lincoln Barbosa do Amaral Paresqui Bianca Costa de Lima	
SEÇÃO II - AS DIFERENTES PERSPECTIVAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA ...	59
ESTUDO SOBRE CIDADANIA A PARTIR DE HANNAH ARENDT.....	60
Jéssica da Costa Barros de Freitas Sérgio Antônio Câmara	

O USO DOS DIREITOS HUMANOS COMO LEGITIMADOR DE AÇÕES BÉLICAS: UM OLHAR SOBRE O IRAQUE74

Letícia Maria de Oliveira Borges

Beatriz Magalhães Porfírio

Thomas Leonhard Fonseca de Siqueira

DIREITO, LITERATURA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: *Incidente em Antares* de Érico Veríssimo no Ensino Jurídico93

Denise Mercedes N. N. Lopes Salles

Rodolpho da Silva Messias

OS DIREITOS DA NATUREZA E DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E O (DES)CUMPRIMENTO DA AGENDA 2030 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....114

Mariana Dias Ribeiro

Rafaela Tuyane Pereira Pinheiro

SEÇÃO III - EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS.....134

CIDADANIA GLOBAL E INTERCULTURALIDADE NA FORMAÇÃO DE PROFESSORES: O Projeto COIL como oportunidade de internacionalização em meio à pandemia do Covid-19135

Adriana Pires de Arezzo

Angelina Accetta Rojas

Nicole R. F. de Almeida

AS NOVAS MODALIDADES DE APRENDIZAGEM NO ENSINO SUPERIOR: NEUROPLASTICIDADE E ADAPTAÇÃO158

Pâmela Raquel Oliveira Veras de Almeida

**REFLEXÕES NECESSÁRIAS NA ESCOLA INCLUSIVA
NA PERSPECTIVA DO CURRÍCULO FUNCIONAL.....172**

Ana Paula Rodrigues Coutinho

**SEÇÃO IV - POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA.
DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL PENAL
CONTEMPORÂNEOS FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS .190**

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS191

Vera Regina Fróes Villela

Thaís Fróes Villela Aldrighi

**PRISÃO PARA QUEM? O SISTEMA CARCERÁRIO SOB
A ÓTICA DE CARL SCHMITT.....219**

Juliana Menescal da Silva Ziehe

**A MÍDIA COMO INSTRUMENTO DE PODER, SEU
PAPEL NA OPINIÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA
NA ANÁLISE DO *LAWFARE* POLÍTICO.....242**

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Rodrigo Machado Gonçalves

Davi Almeida da Costa Queiroz

**A PERSPECTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL COMO INSTRUMENTO DE *LAWFARE* POLÍTICO E
SOFT POWER PARA VIABILIZAÇÃO DO *PLEA BARGAINING*
NO DIREITO BRASILEIRO270**

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Rodrigo Machado Gonçalves

Lavínya de Souza Oliveira São Paio

**A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: DE MÁRIO DE
ANDRADE A CIDINHO E DOCA, O NÃO RECONHECIMENTO
DAS REALIDADES BRASILEIRAS COMO MOTOR DA
LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL-PENAL300**

Antonio Eduardo Ramires Santoro	
Rodrigo Machado Gonçalves	
Marianna da Silveira Figueiredo Carvalho e Carvalho de Araujo	
SEÇÃO V - DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	331
PROGNOSE LEGISLATIVA E CONTROLE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	332
Jacqueline V. Billio	
O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO PROCESSO.....	354
Lilia Nunes Silva	
Marcelo Pereira de Almeida	
A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A FORMAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	371
Patrícia Filomena Fonseca Amaral	
Yeda Ferreira Pires	
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO	390
Liane Isoldi Linhares	
A APLICAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	406
Luís Coelho da Silva Júnior	
ACESSO À JUSTIÇA E A INTRODUÇÃO DO MODELO MULTIPORTAS NO BRASIL.....	425
Alessandra Paula Baldner Rodrigues	
MEDIAÇÃO PENAL	453
Vera Regina Fróes Villela	

Thaís Fróes Villela Aldrighi

SEÇÃO VI - PRECEDENTES, PROCESSOS SERIAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....476

ATIVISMO JUDICIAL E OPINIÃO PÚBLICA: O INSTRUMENTALISMO COMO OBSTÁCULO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA.....477

Marcelo Pereira de Almeida

Marianna da S. F. Carvalho e Carvalho de Araújo

LEGITIMIDADE ATIVA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE QUANTO AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELOS PROJETOS DE LEI Nº 4778/2020, Nº 4441/2020 e Nº 1.641/21500

Marcelo Pereira de Almeida

Cinthia Gorges Rego Mello

Maria Julia da Silva Souza

AS DESPESAS DO PODER JUDICIÁRIO PARA O EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM RECURSOS REPETITIVOS E CUMPRIMENTO DE DESPACHOS515

Roberto Rodrigues Costa

UTILIZAÇÃO DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PROCESSO COLETIVO NO URUGUAI E COLÔMBIA.....542

Vera Regina Fróes Villela

Letícia Pereira de Araujo

ACESSO À JUSTIÇA: ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA PARA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS566

Fernando Nogueira Bebiano	
TELETRABALHO E DIREITO À DESCONEXÃO NO BRASIL.....	584
Karen Cristine Marinho Jardim	
Luciano Cesar de Souza Junior	
Vanessa Quintão Fernandes Neves	
SEÇÃO VIII - DIREITOS HUMANOS, QUESTÕES ÉTNICO-RACIAIS E POLÍTICAS SOCIAIS	600
A CONSOLIDAÇÃO DA IDEOLOGIA ESTRUTURAL SOCIAL BRASILEIRA E A TENTATIVA DE SILENCIAMENTO DOS NEGROS E DOS POVOS INDÍGENAS NA CRIAÇÃO DO IHGB.....	601
Alexandre Campos Duarte	
Cecilia Silva Guimaraes	
O IMPACTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NOS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA	620
Geórgia dos Santos Noises Nikolas Bigler	
SEÇÃO IX - TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO	649
LIBERDADE SOB O ESTADO DE SÍTIO: A ATUAÇÃO DE RUI BARBOSA NA REVOLTA DA VACINA	650
Raphaela Abud Neves	
Daniel Machado Gomes	
Tiago da Silva Cicilio	
SECULARIZAÇÃO, DESENCANTAMENTO E LIBERDADE RELIGIOSA.....	672
Alexandre de Almeida Bandeira	
DIREITO À MORTE DIGNA E A AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....	700

Bruna Vaz del Blanco	
ENTRE CONSTITUCIONALISMO E ESCRAVIDÃO: A ORDEM POLÍTICA DO BRASIL OITOCENTISTA.....	718
Daniel Machado Gomes	
Tiago da Silva Cicilio	
Raphaella Abud Neves	
VINGANÇA, SACRIFÍCIO E JUSTIÇA: AS EUMÊNIDES NA PERSPECTIVA DE RENÉ GIRARD.....	732
Daniel Machado Gomes	
Marco Antônio S. Monteiro	
DECOLONIALIDADE E DIREITO À MEMÓRIA: O CASO DA ESTÁTUA DE BORBA GATO	747
Daniel Machado Gomes	
Daniel Sant’Anna Lisbôa	
Tiago da Silva Cicilio	
O NEOLIBERALISMO CONTRA A CONSTITUIÇÃO: OS SIGNIFICADOS DE INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME ROBERTO CAMPOS (1985-1993)	765
Pedro Odainai	
PASSAPORTE SANITÁRIO E O LIBERALISMO EM DWORKIN	795
Raphael Rosalvos Barcellos	
O MAPA DA CIDADE NA <i>INTERNET</i> MEDIANDO OS SISTEMAS E O MUNDO DA VIDA: A IMPLANTAÇÃO DAS <i>SMART CITIES</i> PODE CONTRIBUIR PARA A DEMOCRACIA?	823
Júlia Werneck Tartaglia	

**SEÇÃO I - CRISE MIGRATÓRIA E DIREITOS
HUMANOS**

CRIANÇAS REFUGIADAS SÍRIAS NA EUROPA À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Leticia Maria de Oliveira Borges⁶
Ana Carolina de Abreu de Oliveira⁷
Gabrielle Rocha Mendes dos Santos⁸

RESUMO

Neste trabalho, analisamos como a crise humanitária na Síria teve consequências na população infantil que saiu do país em direção a Europa. Utilizamos a metodologia exploratória, debruçando-nos sobre matérias jornalísticas, artigos acadêmicos e livros que abordam o tema refúgio, crise humanitária, direito da criança e hospitalidade, especialmente quando se tratam da questão síria. Nesta linha de raciocínio, encontramos evidências que o apadrinhamento de crianças refugiadas é de fato beneficente para o continente e que a terceirização – o *European Outsourcing*, assunto abordado no artigo – não é proveitoso a longo prazo.

Palavras-chave: Refugiados. Crianças. Síria. Direito Internacional.

⁶ Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, ticha_borges@yahoo.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4448777114488195>

⁷Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, celeana13@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/0965231965048440>

⁸ Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, gabssrocha11@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/4960747604449156>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa observar e discutir a prudência com a qual as crianças refugiadas sírias têm sido tratadas em países europeus. Para compreender mais o panorama da pesquisa, adota-se a definição de criança utilizada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, em que justifica “como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.” (ONU, 1990), enquanto o conceito de refugiado não é permanente, nesse contexto, entende-se como refugiado aquele que “se encontra fora de seu país de nacionalidade devido a um temor provocado por perseguição por razões de raça, religião ou nacionalidade; por pertencer a determinado grupo social ou por ter determinada opinião política.”, segundo a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), acompanhado pelo conceito cunhado por Sidney Guerra (2020) em seu livro Curso de Direitos Humanos, onde corrobora que o país de origem do refugiado é incapaz ou indesejado ao fornecer proteção ao um indivíduo vítima de uma perseguição, fazendo do indivíduo inepto a voltar ao seu país de nacionalidade; Guerra (2020) ainda atesta que o conceito de refugiado é volúvel, sempre mudando para incluir pessoas às margens dele, como as que deixam seus países originais por miséria econômica, fenômenos ambientais, ausência de democracia ou fragilidade dessas e outros tipos de violação a direitos fundamentais que não as classificam como refugiadas.

Ademais, se faz necessário definir o conceito de migrante para diferenciá-lo de refugiado. Enquanto indivíduos refugiados saem de seus países por motivos prejudiciais à sua sobrevivência, cruzando fronteiras internacionais e, quando recebidos no país de refúgio, têm direitos a serem respeitados; os migrantes são uma categoria diferente. Os migrantes fazem a escolha deliberada de se deslocarem por motivos diversos, entre os mais comuns estão a busca por melhores condições de vida ou trabalho (MUSEU DA IMIGRAÇÃO, 2019). Embora seja justo afirmar que todo refugiado é, tecnicamente, um migrante, a recíproca não é verdadeira pelo

fato da situação de refugiado exigir critérios menos abrangentes (ACNUR, 2015).

A guerra civil na Síria teve início, pois, insatisfeitos com a alta taxa de desemprego, corrupção e falta de liberdade política sob o governo de Bashar al-Assad e inspirados pela Primavera Árabe em países vizinhos, muitos cidadãos sírios foram às ruas em 2011 manifestar pela saída do presidente. Em resposta, o governo tentou sufocar as insurgências, aumentando a determinação dos manifestantes. Apoiadores da oposição tomaram posse de armamentos para defesa pessoal e, posteriormente, com intuito de expulsar as forças de segurança do governo das áreas onde viviam. Com a promessa de Assad de acabar com o “terrorismo apoiado por estrangeiros”, a violência cresceu exponencialmente e o país mergulhou em uma profunda guerra civil. Já em 2012, o conflito assume viés religioso com as divergências entre a maioria sunita da Síria e xiitas alauitas, o braço do Islamismo a que pertence o presidente do país.

A longa duração da guerra se dá, principalmente, devido ao envolvimento das potências regionais e internacionais. O apoio militar, financeiro e político a ambos os lados contribui para o prolongamento e intensificação do conflito, estimulando também a continuidade das tensões religiosas. Não há previsão para o fim do confronto, visto que Bashar al-Assad se encontra cada vez menos inclinado a negociar com a oposição e a mesma insiste que o presidente renuncie como parte de qualquer acordo. E resultante da guerra civil que prevalece até hoje, mais de 400 mil pessoas foram mortas ou estão desaparecidas e mais de 5 milhões de cidadãos sírios foram forçados a fugir e deixar tudo para trás para assegurar a própria sobrevivência e a de suas famílias (BBC Brasil, 2018). Este movimento migratório é considerado o maior do mundo desde os números registrados no século passado, consequência da Segunda Guerra Mundial.

O motivo pelo qual essa pesquisa se mostra necessária é pelo pouco destaque que as crianças refugiadas sírias têm recebido durante o conflito e as deficiências apresentadas pelos mecanismos de proteção dos direitos dessas crianças. Mais vulneráveis que os adultos e tendo seus direitos supostamente garantidos e protegidos por Declarações

Universais, as crianças já se mostram como mais da metade dos refugiados sírios, segundo um relatório divulgado pela ACNUR ainda em 2013 (ÉPOCA, 2013). Enfrentando barreiras como a pobreza, fome, linguagem e moradia, poucas dessas crianças se encontram em condições salubres e em conformidade com seus direitos fundamentais tanto como crianças quanto refugiadas. A pesquisa em questão se ocupa em tentar descobrir como proteger as crianças refugiadas sírias na Europa à luz do Direito Internacional Humanitário e da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

A fim de se desenvolver o tema abordado será utilizada a metodologia de pesquisa exploratória, utilizando o método de pesquisa bibliográfica. Trata-se então do levantamento de informações sobre a questão das crianças refugiadas sírias em território europeu a partir de diferentes materiais bibliográficos internos e internacionais disponíveis.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. Dados significativos

Desde seu início em 2011, a Guerra da Síria vem acumulando dados arrebatadores sobre seus cidadãos originais que decidiram migrar do país. Para fins de aprofundamento na questão em pauta, torna-se necessário estabelecer um comparativo entre dados obtidos nos anos iniciais do conflito e dados divulgados recentemente. Segundo relatório divulgado em 2013 pela ACNUR, 52% do total de refugiados sírios são crianças. Neste relatório, foi divulgado haver cerca de 1,1 milhão de crianças refugiadas e, entre elas, mais da metade não era matriculada em instituições de ensino e cerca de 75% desse grupo tinha menos de 12 anos de idade (ÉPOCA, 2013). Dados verificados em 2021 mostraram que quase 12 mil crianças sírias foram feridas ou mortas durante o conflito (UNICEF, 2021) e cerca de 4,8 milhões de crianças nasceram em território sírio durante o período da guerra, outras 1 milhão nasceram já como refugiadas em países vizinhos (UNICEF, 2020). Ainda segundo o relatório referente ao primeiro semestre de 2021, divulgado pelo órgão ACNUR, a Síria é o principal país de origem de pessoas deslocadas à força mundialmente. Ao final de junho de 2021, o número de refugiados sob a

atenção do ACNUR superou a marca de 20,8 milhões, 172.000 pessoas a mais do que foi registrado pelo relatório de tendências globais de 2020 publicado pelo órgão, 38.800 dessas pessoas sendo provenientes da Síria em busca de refúgio (ACNUR, 2021).

Atingindo a marca de dez anos em 2021, o conflito na Síria continua a marcar severamente a vida de seus cidadãos, em especial, as crianças. Mais de meio milhão de crianças menores de 5 anos residindo na Síria sofrem de desnutrição crônica, provocando atraso no seu crescimento, e quase 2,45 milhões de crianças na Síria e adicionais 750 mil refugiadas em países vizinhos não estão matriculadas em instituições de ensino (UNICEF, 2021). Segundo dados verificados entre 2011 e 2020, mais de 5.700 crianças, algumas delas com 7 anos de idade, foram recrutadas para lutar na guerra e mais de 1.300 estabelecimentos educacionais e de saúde, bem como seus funcionários, foram atacados durante o confronto. E em 2020 foi registrado um aumento significativo de relatos de crianças com sintomas de sofrimento psicossocial, devido à exposição contínua e prolongada à violência (UNICEF, 2021).

Quanto às crianças cujas famílias conseguiram fugir do conflito, seus status não se encontram tão melhor do que as que ficaram: famílias casando meninas cedo, mandando crianças pequenas trabalharem, além do fato de cerca de 1 milhão de crianças já nasceram com o status de criança refugiada em países vizinhos à Síria (ACNUR, 2020). Essas crianças nascidas em meio ao conflito encontram cada vez mais problemas, como a falta de uma nacionalidade explicada pela falta de certidão de nascimento e pela constante mudança de seus responsáveis – pela falta da certidão, a essas crianças podem ser negadas o acesso à educação e saúde, além de estarem mais propensas ao tráfico sexual, adoção ilegal e trabalho infantil. Para mais, a lei síria garante nacionalidade apenas de pai para filhos, excluindo a possibilidade de mães passarem nacionalidade para seus filhos; dessa forma, muitas crianças são negadas nacionalidades pela ausência de seus progenitores por diversos motivos, sendo a guerra o principal. A essas crianças restam apenas escolhas difíceis que seus responsáveis precisam fazer: atravessar a

fronteira sorrateiramente para declarar que são nascidas lá, ou serem mandadas de volta à Síria permanentemente (ACNUR, 2014).

Mesmo em dez anos de conflito, pouco foi feito para amparar a população mais vulnerável fugindo deste. Embora a ACNUR cubra 75% dos custos relacionados ao nascimento de crianças e 85% dos custos de testes de diagnósticos e procedimentos laboratoriais em crianças, o montante restante dessa porcentagem é espesso e se encontra em situações desesperadoras para sobreviver sem dinheiro e oportunidades. Especialistas afirmam que muito mais poderia ser feito caso o governo colocasse mais esforços nessa questão, para acomodar mais pacientes e tratá-los adequadamente - como, ao tratar dos refugiados no Líbano, sugere que licença especial seja dada a médicos residentes no Líbano para cuidar dos refugiados. O mesmo vale para outros países, principalmente os conhecidos por ter um sistema de saúde acessível e plural, como países europeus (COUSINS, 2015).

Desta maneira, é plausível justificar o enfoque do continente europeu no presente estudo pelo fato de que sua majoritária estabilidade política, econômica e social se torna altamente atrativa para refugiados de países que presenciam grandes conflitos e instabilidades, como é o caso da Síria. Estes Estados, justamente por suas conjunturas estabilizadas, possuem melhores condições de adaptação às mudanças causadas pelo recebimento de grandes fluxos migratórias, tais como mudanças e disparidades culturais, aumento na procura por meios de transporte público e sistemas de saúde, maior demanda por vagas de emprego, bem como alterações nos índices de escolaridade, segurança, entre outros (KROHLING; MARIA, 2017). E no que tange o grande volume de refugiados, é interessante mencionar que a Europa possui um sistema de transporte ferroviário transcontinental de alta eficiência, que configura-se como um possível grande auxílio para políticas de redistribuição de refugiados pelo continente de modo a não sobrecarregar a infraestrutura de um número reduzido de países acolhedores (KROHLING; MARIA, 2017).

Para entender melhor as condições das crianças refugiadas na Europa é importante vislumbrar o volume migratório sírio entre a Turquia

e os Estados vizinhos europeus. Desde o início da guerra civil na Síria, cerca de 5,6 milhões de cidadãos sírios saíram do país em busca de refúgio e mais de 3,6 milhões destes se refugiaram na Turquia (ESTADO DE MINAS, 2021). Desde então, a Turquia vem requisitando reforços de países europeus para suportar o grande número de refugiados que o Estado recebe por conta do conflito sírio. Em 2015, milhares de refugiados sírios morreram durante a travessia pelo Mar Mediterrâneo e, somado à superlotação de campos de refúgio e precariedade de infraestrutura, isso serviu para a instauração de uma crise de refugiados (VEJA, 2020).

Para frear a entrada de imigrantes considerados ilegais em território europeu e aliviar o volume de refugiados em território turco, a União Europeia e a Turquia assinaram em 2016 um acordo de expulsão de refugiados sírios (EL PAÍS, 2016). O pacto prevê ajuda financeira à Turquia para o atendimento aos refugiados sírios em seu território e a absorção de uma parcela desses refugiados pelos países da Europa em troca de esforços turcos para impedir que os sírios cruzem suas fronteiras para chegar em território europeu, além de contribuir para a facilitação de obtenção de vistos para cidadãos turcos que desejam viajar para a UE e avançar no processo de adesão da Turquia à União Europeia (EL PAÍS, 2016). A situação tomou proporções graves em 2020, quando 33 soldados turcos foram mortos em uma ofensiva do regime sírio à província de Idlib, na Turquia. Após o ataque, o governo turco decidiu abrir suas fronteiras com a Europa e liberar a passagem de refugiados sírios para os Estados vizinhos europeus. A Turquia afirmou que o apoio recebido pela União Europeia na mitigação da crise de refugiados é insuficiente (VEJA, 2020).

No entanto, vale salientar a importância da atuação turca nessa crise humanitária, visto que foi o país europeu que mais fez esforços para acomodar os refugiados, mesmo com recursos escassos e pedidos de assistência que não foram cumpridos em sua totalidade. A Turquia é o país que abriu mais escolas para acomodar crianças refugiadas, além de oferecer aulas de turco, culinária, inglês e computação em campos de refugiados. Mesmo com um número insuficiente de crianças na escola, a Turquia é um dos países com melhor resposta ao fluxo de imigrantes e

refugiados da crise, mesmo com a falta de recursos necessários e preocupação de não atender essa demanda (O’ROURKE, 2014). Contudo, é relevante pontuar que foi observado um grande volume de casamentos e divórcios entre as crianças sírias refugiadas na Turquia. Muitas menores de idade sírias acabam por engravidar dentro destes arranjos e descontinuam seus processos de escolarização. As razões para tais arranjos variam entre o desejo da família em aliviar o encargo financeiro até a proteção dessas jovens frente aos avanços indesejados de homens externos às suas comunidades (KEEFE, 2018).

Quanto aos demais países europeus, Alemanha, Suécia e Áustria foram os que mais receberam pedidos de asilo. Buscando por uma maior qualidade de vida, os imigrantes foram recebidos com tolerância, uma vez que para a sociedade estrutural da Alemanha, a presença de imigrantes é necessária para a força de trabalho e em termos populacionais. Países ao leste da Europa preferem não admitir refugiados, em vista do seu passado histórico na era da Guerra Otomana e de seu histórico com a antiga União Soviética, admitindo apenas serem locais de passagem para os refugiados a caminho do oeste europeu – no entanto, quando esses países pararam de aceitar refugiados, os países do Leste fecharam suas fronteiras, fazendo com que os que estavam a caminho rumassem entre a Grécia e a Turquia.

1.2 Terceirização da ajuda humanitária e hospitalidade

E no que tange a relutância europeia em receber os refugiados, a organização humanitária internacional Médicos Sem Fronteiras se pronunciou, em 2016, a respeito do acordo firmado entre a União Europeia e a Turquia no mesmo ano a respeito do reenvio de imigrantes irregulares a partir da Grécia. Para o MSF, a medida não pode ser considerada uma “solução humanitária”, por apenas fazer a manutenção das disfunções apresentadas pelo sistema de asilo europeu, sem apresentar alternativas seguras e legalizadas para a movimentação de refugiados no continente. A organização acrescenta que este acordo ainda transmite uma mensagem de que é possível terceirizar a responsabilidade de acolhimento

de requisitantes ao asilo, podendo até mesmo impactar na prática de hospitalidade de países mais pobres que recebem o maior volume dos refugiados globais (Médicos Sem Fronteiras, 2016).

Enquanto Áustria e Alemanha tentavam negociar com outros países da União Europeia para aceitar os refugiados da guerra, países do oeste europeu, como a Inglaterra (que, nesse momento, ainda era parte da União Europeia), negaram veementemente, com medo da carga cultural, econômica, religiosa e de violência que a imigração em massa traria ao seu país. Assim, o continente europeu tentou fazer o “*European Outsourcing*”, que nada mais é que a tentativa de acordar com membros fora da União Europeia, com punições e recompensas, para controlarem o fluxo de imigrantes, protegendo as fronteiras dos países membros; o que pode ser enquadrado como violação dos direitos humanos, atravessando o princípio de *non-refoulement* (KADKHODAEI, ROSTAMI, 2019). Este princípio parte do artigo 33 da Convenção Internacional dos Refugiados de 1951, sendo exemplificado, de acordo com Gustavo Pereira, como a coibição da “repulsa de um Estado à presença do refugiado em seu território”. Ou seja, o princípio de *non-refoulement* ou “não devolução” prevê que nenhum Estado pode retornar um refugiado para locais de origem onde a vida ou liberdade individual deste indivíduo esteja ameaçada por conta das previamente referidas condições que configuram o status de refugiado (PEREIRA, 2014).

A terceirização dos mecanismos de controle do fluxo de imigração por parte da União Europeia busca proteger as fronteiras de seus países membros, a partir da suposição de que a interceptação de imigrantes em países de origem e de transição evitará o deslocamento até as mesmas (VIVES; ZHYZNOMIRSKA, 2021). Estas ações acabam por propiciar maiores violações de direitos humanos, tornando os imigrantes suscetíveis a ameaças a sua saúde, integridade física e moral em Estados despreparados para receber o volume de imigrantes que lhes é direcionado. O que demonstra um contraste nítido com a necessidade de escapar de instabilidades políticas, econômicas e sociais, perseguições, entre outras violações de direitos humanos, que levam à escolha de imigrar em princípio (AKKERMAN, 2021). A aderência europeia a estas

práticas, bem como os incentivos financeiros e políticos direcionados às nações participantes do “*European Outsourcing*”, transmitem ao sistema internacional uma ideia de desvalorização do indivíduo refugiado, considerando-o mais como um problema a ser mitigado e menos como um ser humano em necessidade de acolhimento. Em adição à postura dos países europeus, também foi denotada a forma com que os imigrantes foram tratados dentro de países que não tinham intenção de recebê-los. Famílias encontraram condições inapropriadas para sua estadia, sem condições de receber crianças. Mesmo com a União Europeia sendo o doador que contribuiu com mais recursos para a questão síria, os países mostram o contrário quando se trata de refugiados, passando a responsabilidade para outros Estados e mostrando quão frágil é a lei de hospitalidade (KARAGEORGIU, 2016).

Kant afirma que o Direito da Hospitalidade não é apenas o direito de ser bem recebido em outros países, mas, também de ser tratado com ausência de hostilidade enquanto estrangeiro em outros países. O direito da hospitalidade é universal, impedindo que, independente do país e da qualidade do estrangeiro, é de seu direito ser bem tratado em quaisquer nações, desde que não apresente ameaças diretas e claras ao Estado da nação onde está (NOTARI, 2020). O ser em situação de refugiado deve estar incluído nesta definição de hospitalidade, ao ser tratado como ameaça em países que não o seu, motivando a xenofobia e o descaso com seus direitos, está seriamente ferindo os princípios do Direito da Hospitalidade. O Direito Cosmopolita advém do pressuposto que o direito concilia o estado de guerra para então adentrar o estado de paz a partir do princípio de comunidade, que todos somos iguais, viemos do mesmo planeta e não há motivo para fazer pormenorização de pessoas. A dificuldade de aceitar o refugiado como semelhante a partir de um pretexto de superioridade coloca o refugiado em posição de proteção, para tomar conta de manter sua dignidade intacta, uma vez precisando de refúgio, o mínimo que o refugiado merece é um local acolhedor e respeitador, que não lhe tire sua qualidade de humano (DOS SANTOS PAIXÃO, 2019).

CONCLUSÃO

Nestas condições, e entendendo que a criança não é um ser capaz de obter sua proteção por si mesmo, cabe aos adultos lutar pela garantia da mesma, obrigatoriamente. Na Assembleia Geral de 1989, que culminou na Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas em 1991, foi entendido que as crianças necessitam de cuidado e atenção especial segundo a justiça, reconhece o papel do Estado em fornecer essa proteção, deixando claro que não há espaço para qualquer tipo de discriminação (YOUNG, 2012).

Adicionalmente, é necessário destacar na presente pesquisa que a Europa está vivendo uma crise demográfica. A população está envelhecendo e o índice de mortalidade vem superando índice de natalidade no continente há quase uma década (FERRAZ, 2021). Isto representa a diminuição da parcela da população ativa no mercado de trabalho, e pode se mostrar danoso economicamente para o continente, afetando não somente o crescimento do PIB europeu e até mesmo sua colocação estratégica no sistema internacional, mas também forçando o continente a aumentar os investimentos nos setores previdenciário e de saúde (COMISSÃO EUROPEIA, 2020). O Parlamento Europeu deseja tornar a mitigação da crise demográfica uma prioridade na Europa, propondo uma série de medidas, como investimentos em turismo rural (PARLAMENTO EUROPEU, 2021), e o fornecimento de auxílios monetários mensais como forma de incentivo à natalidade (FERRAZ, 2021).

Assim sendo, é plausível sugerir a recepção de refugiados sírios, especialmente as crianças, em território europeu como uma das formas de atenuar a crise em curso. No caso de o dever de acolhimento e as noções de hospitalidade não se mostrarem como prioridade ao analisar a questão das crianças refugiadas sírias, é possível acreditar que os benefícios socioeconômicos que sua presença prolongada na Europa pode trazer se provem atrativos para os governos europeus durante a tomada de decisão. A longo prazo, essas crianças incorporadas na sociedade europeia e

munidas de todos os direitos e condições dignas de sobrevivência podem integrar a população ativa no mercado de trabalho, contribuindo com impostos e colaborando para o crescimento do PIB, movimentando a economia europeia (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015). Para mais, o investimento educacional para essas crianças pode não apenas beneficiar a Europa, como também ser crucial para a recuperação futura da Síria como nação.

Com isso, verifica-se a transparente vulnerabilidade da criança como ser político. Sua existência é imprescindível ao futuro de quaisquer nações e, independentemente de sua origem e de suas condições, o mínimo que deve ser oferecido é saúde, educação, moradia e segurança. As crianças refugiadas estão em extrema fragilidade no continente europeu, um ambiente cujas convenções, decretos e declarações prezam que os direitos humanos sejam amplos e aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de sua idade. Ademais, foi verificado quão pouco material pode ser encontrado ao que se diz respeito à especificidade das crianças refugiadas sírias na Europa, demonstrando a falta de prioridade recebida frente à sua vulnerabilidade. Portanto, estas crianças devem ser mais estudadas, acolhidas e protegidas, de forma que o cenário atual possa ser revertido no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 8 PERGUNTAS PARA ENTENDER MOTIVO DE ATAQUE À SÍRIA E ORIGEM DO CONFLITO. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43764607>. Acesso em 20/08/2021.
- AKKERMAN, M. OUTSOURCING OPPRESSION. TNI, 2021. Disponível em: <https://www.tni.org/en/outsourcingoppression>. Acesso em 06/11/2021.
- ALMOST 5 MILLION CHILDREN BORN INTO WAR, 1 MILLION BORN AS REFUGEES IN NEIGHBOURING COUNTRIES. UNICEF, 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/press->

- releases/almost-5-million-children-born-war-syria-1-million-born-refugees-neighbouring. Acesso em 13/08/2021.
- CRISE DOS REFUGIADOS: MUITO ALÉM DA SÍRIA: Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados/>. Acesso em 12/06/2021.
- CONFLITO NA SÍRIA, 10 ANOS DEPOIS: 90% das crianças precisam de apoio, já que a violência, a crise econômica e a pandemia de Covid-19 levam as famílias a uma situação limite. UNICEF, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-deimprensa/conflito-na-siria-10-anos-depois-90-por-cento-das-criancas-precisam-de-apoio>. Acesso em: 08/09/2021.
- COUSINS, Sophie. Syrian crisis: health experts say more can be done. *The Lancet*, v. 385, n. 9972, p. 931-934, 2015.
- DADOS SOBRE REFÚGIO. ACNUR, 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em 06/11/2021.
- DOS SANTOS PAIXÃO, Gabriela. O COSMOPOLITISMO KANTIANO: UMA ANÁLISE DA FIGURA DO REFUGIADO À LUZ DO DIREITO À HOSPITALIDADE. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 5, n. 1, p. 17-36, 2019.
- DUNMORE, Charlie. Born in exile, Syrian children face threat statelessness. UNHCR, 2014. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/latest/2014/11/54589fb16/born-exile-syrianchildren-face-threat-statelessness.html>. Acesso em: 15/09/2021.
- FERRAZ, L. Com crise demográfica agravada pela pandemia, países da Europa adotam políticas para incentivar novos nascimentos. *O Globo*, 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/com-crise-demografica-agravada-pela-pandemia-paises-da-europa-adotam-politicas-para-incentivar-novos-nascimentos-25040249>. Acesso em: 15/09/2021.

- GUERRA, Sidney. Curso de Direitos Humanos. Saraiva. São Paulo, 2020.
- KADKHODAEI, Abbas Ali; ROSTAMI, Soraya. Legal Challenges of Solitary and Joint Commitments of the European Union Member States toward the Refugees and Immigrants. *Public Law Studies Quarterly*, v. 49, n. 1, p. 23-38, 2019.
- Karageorgiou, E. (2016). Solidarity and sharing in the Common European Asylum System: the case of Syrian refugees. *European Politics and Society*, 17(2), 196–214. doi:10.1080/23745118.2016.1121007
- KEEFE, Alexa. Divorciada aos 15: a vida das crianças refugiadas noivas. *National Geographic*, 2018. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/fotografia/2018/01/divorciada-aos-15-vida-dascrianças-refugiadas-noivas>. Acesso em: 15/09/2021.
- KHROLING, A. MARIA, J. A CRISE DOS REFUGIADOS SÍRIOS NA EUROPA. *Revista Internacional Consinter de Direito*, 2021. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iii-numero-iv/a-crise-dos-refugiados-sirios-na-europa/>. Acesso em 06/11/2021.
- LÍDERES EUROPEUS E TURQUIA FECHAM ACORDO PARA EXPULSÃO DE REFUGIADOS. *El País*, 2016. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/18/internacional/1458291556_389148.html#?rel=ma. Acesso em: 15/09/2021.
- MAIS DA METADE DOS REFUGIADOS SÍRIOS SÃO CRIANÇAS, DIZ ONU. *Época*, 2013. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2013/11/mais-da-metadedos-brefugiados-siriosb-sao-crianças-diz-onu.html>. Acesso em: 20/08/2021.
- MIGRANTE, IMIGRANTE, EMIGRANTE, REFUGIADO: qual palavra devo usar? *Museu da Imigração*, 2019. Disponível em: <http://www.museudaimigracao.org.br/blog/migracoesem-debate/migrante-imigrante-emigrante-refugiado-estrangeiro-qual-palavra-devo-usar>. Acesso em: 13/08/2021.

- NOTARI, Márcio Bonini. O DIRETO DE HOSPITALIDADE UNIVERSAL E O ELEMENTO DO COLONIALISMO NO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT. Revista Alamedas, v. 8, n.1, 2020. REDAÇÃO MÉDICOS SEM FRONTEIRAS. Hospitalidade europeia fere a dignidade de migrantes e refugiados. Médicos Sem Fronteiras Brasil, n.39, 2016.
- REFUGIADO OU MIGRANTE? O ACNUR incentiva o termo correto. ACNUR, 2015. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnurincentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em: 13/08/2021.
- REFUGIADOS PODEM CONTRIBUIR COM CRESCIMENTO ECONOMICO DA EUROPA. Época Negócios 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/09/refugiados-podem-contribuir-com-crescimento-economico-da-europa.html>. Acesso em 16/09/2021.
- REFUGIADOS SÍRIOS NA TURQUIA PERMANECEM NO PAÍS VIZINHOS. Estado de Minas, 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/03/08/interna_internacional,1244276/refugiados-sirios-na-turquia-permanecem-no-pais-vizinho.shtml. Acesso em: 15/09/2021.
- O IMPACTO DAS ALTERAÇÕES DEMOGRÁFICAS NA EUROPA. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/impact-demographic-change-europe_pt. Acesso em: 15/09/2021.
- O'ROURKE, Joseph. Education for Syrian refugees: The failure of second-generation human rights during extraordinary crisis. Alb. L. Rev., v. 78, p. 711, 2014.
- PEREIRA, Gustavo O. L. Direitos Humanos e Hospitalidade: A Proteção Internacional para Apátridas e Refugiados. Grupo GEN, 2014. Disponível em:

- <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490738/>.
- QUAIS SÃO AS SOLUÇÕES PARA O DECLÍNIO DEMOGRÁFICO NAS REGIÕES DA UE? Parlamento Europeu, 2021. Disponível em:
<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20210414STO02006/quais-sao-as-solucoes-para-o-declinio-demografico-nas-regioes-da-ue>. Acesso em: 15/09/2021.
- QUASE 5 MILHÕES DE CRIANÇAS NASCERAM DURANTE A GUERRA NA SÍRIA; 1 milhão nasceram como refugiadas em países vizinhos. UNICEF, 2020. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/quase-5-milhoes-de-criancasnasceram-durante-guerra-na-siria>. Acesso em: 08/09/2021.
- TURQUIA ABRE A FRONTEIRA PARA OS REFUGIADOS IREM À EUROPA. Veja, 2020. Disponível em:
<https://veja.abril.com.br/mundo/turquia-abre-a-fronteira-para-osrefugiados-sirios-irem-a-europa/>. Acesso em: 15/09/2021.
- VIVES, L. ZHYZNOMIRSKA, L. The Conversation, 2021. OUTSOURCING MIGRATION CONTROL IS LEADING TO VIOLENCE IN EASTERN EUROPE AND BEYOND. Disponível em: <https://theconversation.com/outsourcing-migration-control-is-leading-to-violence-in-eastern-europe-and-beyond-172135>. Acesso em 06/11/2021.
- YOUNG, Lisa et al. Vulnerable Children and the Law: International Evidence for Improving Child Welfare, Child Protection and Children's Rights. Jessica Kingsley Publishers, 2012.

MIGRANTES INDÍGENAS VENEZUELANOS NO BRASIL

Paulo Victor Pinheiro Alves Habib⁹
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro¹⁰

RESUMO

O artigo pretende discutir a hipervulnerabilidade de indígenas estrangeiros, em especial os pertencentes ao grupo étnico Warao, expostos às contingências desafiadoras de um contexto de crise migratória. A migração dos Warao da Venezuela para o Brasil inaugurou uma temática da migração ou do refúgio indígena, motivadora para a formulação de políticas públicas e, também, para a reflexão das organizações internacionais envolvidas com a temática. A pesquisa focou na ausência de legislação específica, seja a nível nacional ou internacional, que proteja adequadamente os povos originários ou tradicionais em migração entre os estados nacionais. Após uma análise qualitativa das decisões judiciais tomadas pelo Poder Judiciário brasileiro, os resultados indicaram a necessidade de criação legislativa a nível nacional e internacional para resguardar a condição especial desses migrantes.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Indígenas. Venezuela.

INTRODUÇÃO

Originários do Delta do Rio Orinoco no Estado Delta Amacuro, o povo indígena Warao se encontra disperso em três estados da Venezuela: Monagas, Bolívar e Sucre. Eles se autodefinem como Warao, etnônimo geralmente atribuído à expressão Wa Arao (“povo das canoas” ou “navegantes”), tidos como hábeis canoeiros e pescadores (Gassón;

⁹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. E-mail: paulovictor.habib@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/8639051133934702>

¹⁰ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jeanditzz@hotmail.com, <http://lattes.cnpq.br/8005429036796861>.

Heinen, 2012). O povo Warao é dedicado as atividades da pesca e coleta de produtos para complementar a alimentação.

O contato regular com a sociedade venezuelana se dá desde a década de 1960, muito em razão de intervenções ambientais em seus territórios realizadas, principalmente, por agricultores e pecuaristas criollos, a diminuição dos seus territórios em conjunto com a falta de política públicas para proteção integral do povo Warao levou-os a migração para as cidades venezuelanas. De acordo com García Castro (2000), de cada dez indígenas, sete vivem em zonas urbanas, fato que revela uma significativa presença dos Warao em contextos urbanos.

Estima-se que a população Warao, atualmente, gire em torno de 49 mil pessoas, sendo a segunda maior população indígena da Venezuela (Ramos; Botelho; Tarragó, 2017). Contudo, tal fato, segundo García Castro (2000), não os impediu de conservar aspectos de sua cultura e autonomia social, ainda que em situações de maior ou menor vulnerabilidade.

As motivações dos deslocamentos do povo Warao para o Brasil são diversas, entre elas, as precárias condições de permanência em seus territórios tradicionais na Venezuela, a difícil situação econômica dos indígenas no contexto urbano venezuelano, fato que se agravou ainda mais pela crise nacional da Venezuela, a falta de segurança alimentar e a ausência de assistência médica e educacional. Além desses fatores de ordem estrutural, a proximidade geográfica e a facilidade de acesso à fronteira brasileira via transporte rodoviário contribuíram para direcionar o fluxo migratório dos Warao para o Brasil.

Neste contexto, analisaremos a situação jurídica dos migrantes indígenas venezuelanos no Brasil. Podemos apontar três conjuntos de direitos: os direitos humanos universais; os direitos dos migrantes que são assegurados a todos os migrantes, sendo ou não indígenas; e os direitos destes como indígenas propriamente.

Em conformidade com isso, destaca-se que todo indivíduo tem o direito de se deslocar, transpor fronteiras e escolher o local no qual pretenda residir, configurando uma garantia fundamental expressa no artigo 13, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e no

artigo 5º, da Convenção Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial (ONU, 1948; 1965), dispositivos esses aplicáveis ao Brasil.

Igualmente, ressalta-se o artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 592/1992, o qual também assegura o direito de as pessoas cruzarem as fronteiras nacionais. A garantia desse direito ainda é reforçada pelo artigo XX (3) da Declaração da Organização dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016, ao asseverar que os povos indígenas também têm o direito de transitar por fronteiras internacionais (OEA, 2016).

Outrossim, deve ser enfatizado que os migrantes indígenas venezuelanos não são, atualmente, enquadrados no conceito de indígenas transfronteiriços, conceito compreendido como aqueles indígenas que têm seus territórios inseridos na jurisdição de mais de um Estado nacional (YAMADA, et. al, 2018, p. 374). Os Warao são tratados pelo governo brasileiro como migrantes comuns, de acordo com a Lei nº 13.445/17 e seu Decreto regulamentador nº 9.199/17.

Acontece que, embora o povo Warao não tenha seu território tradicional com extensão além das fronteiras venezuelanas estes devem ter a proteção conferida pela Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que preleciona em seu artigo 32 que os governos deverão adotar medidas aptas, até mesmo por meio de acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais, através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente (1989).

Destarte, o estudo se divide em três seções, a primeira contém uma breve descrição sobre a crise humanitária da Venezuela, motivo determinante para a imigração do povo Warao para diversos Estados e residualmente para o Brasil. Na segunda seção discorre-se sobre a situação de vulnerabilidade que os indígenas venezuelanos já foram submetidos em território brasileiro e, por fim, na última seção disserta-se sobre os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais que tratam a

matéria e a sua capacidade de assegurar a proteção dos indígenas migrantes no mundo.

1. A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA

A crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela é marcada por sérios problemas econômicos, políticos, sociais e sanitários desde 2013 (MOREIRA, 2018, p.394). Mesmo após o falecimento do icônico ex-presidente venezuelano Hugo Chávez, o Poder Executivo permaneceu sob controle dos seus partidários que se reuniram no entorno de Nicolás Maduro, o episódio gerou descontentamento dos opositores políticos e do empresariado do Estado, que por sua vez declararam uma “guerra econômica” ao novo governo (CARNEIRO, 2017).

A situação se deteriorou de vez quando os Estados Unidos da América tomaram partido dos opositores e aprovaram em 14 de dezembro de 2014 a Lei de Defesa dos Direitos Humanos na Venezuela¹¹ que previu a aplicação de sanções econômicas ao comércio internacional da Venezuela, principalmente o petróleo, justificando que o país sul-americano era uma “ameaça inusual para a segurança interna dos norte-americanos.

Deste modo, percebe-se que o agravamento da crise humanitária foi o reflexo imediato da “guerra econômica”, levando a população em situação de vulnerabilidade a se deslocar, involuntariamente, para os países vizinhos em busca de melhores condições à sobrevivência. Os destinos preferenciais dos venezuelanos têm sido os estados hispânicos próximos como a Colômbia, o Equador e o Chile e residualmente para o Brasil (MISSÃO DE PAZ; CONECTAS, 2017).

Estima-se que o Brasil tenha recebido um fluxo migratório de aproximadamente 30 mil migrantes venezuelanos (MAHLKE; YAMAMOTO, 2017, p. 50), sendo que a maior parte desse movimento

¹¹ Disponível em: <https://www.congress.gov/113/plaws/publ278/PLAW-113publ278.pdf>. Acesso em 10 de dez. de 2021.

tem ocorrido na fronteira seca entre o Brasil e a Venezuela, entre a cidade brasileira de Pacaraima, situada no estado de Roraima, e a cidade venezuelana de Santa Elena de Uairén, localizada no estado de Bolívar (SILVA, 2017).

Historicamente, a cidade de Pacaraima era dependente de Santa Elena, cidade maior e com melhores ofertas de bens e serviços. Há que se destacar que o movimento migratório da região sempre foi o da ida de brasileiros para a Venezuela por melhores condições de vida, mas a crise humanitária na Venezuela inverteu esse fluxo (CRUZ, 2014, p. 86).

Observa-se, ainda, que, nesse fluxo migratório invertido há a presença expressiva de grupos indígenas da etnia Warao (SILVA, 2018, P. 642). E, segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM) os povos indígenas migrantes por espaços transfronteiriços são especialmente mais vulneráveis que os demais migrantes, necessitando de acolhida humanitária diferenciada (2018, p. 24). Os indígenas possuem forte vinculação com seu grupo, o que os leva a realizar movimentos migratórios em conjunto, diferente dos demais migrantes. Outra distinção em relação aos demais migrantes é o fato de que em sua maioria, os indígenas não possuem qualquer documento de identificação, resultando em maiores dificuldades para sua regularização em território brasileiro e o exercício de direitos.

2. VULNERABILIDADE DOS INDÍGENAS VENEZUELANOS NO BRASIL

A migração dos Warao até o Brasil é penosa, algumas rotas têm novecentos e vinte e cinco quilômetros até Pacaraima e são realizadas em parte por ônibus e outra parte a pé, evitando-se o controle fronteiriço do lado brasileiro, temendo ter sua entrada impedida por agentes da Polícia Federal, os Warao adentram a floresta para contornar os postos policiais.

Em Pacaraima eles acampam na proximidade da rodoviária por meses, local onde faziam suas refeições, lavavam suas roupas, davam banho nas crianças e durante a noite se abrigavam nas marquises e

varandas dos comércios. A sua sobrevivência se deu através da arquidiocese local que prestou solidariedade com doações e dos bicos realizados pelos homens que trabalham como descarregadores de caminhões para os comerciantes locais. Quando não encontram emprego ou ocupação na cidade fronteiriça, muitos seguem até Boa Vista ou Manaus, existindo relatos de que alguns realizaram a viagem até Boa Vista a pé, embora a distância seja de duzentos quilômetros.

Na busca dos Warao por melhores condições a OIM (2018, p. 25) identificou como principais ocorrências as seguintes: violência, exploração, abuso e violações de direitos no cenário migratório, privações de liberdade ilegais; violações de direitos trabalhistas e obstáculos para o gozo de condições justas e favoráveis de trabalho; negação do direito à convivência familiar; detenções arbitrárias; tortura; tratamento cruel, desumano ou degradante; devolução (refoulement); limitação ilegal ao direito de ir e vir; negação do direito à nacionalidade (apátrida); escravidão; servidão; limitação ou negação dos direitos de educação e saúde; exploração e abuso sexual; exploração e abuso de trabalho.

Porém, diante de muitas situações emergenciais, esses indivíduos não são notados ou são invisibilizados pelo Poder Público (YAMADA, et. al, 2018, p. 375-376). Entretanto, é necessário salientar que no panorama das migrações a “vulnerabilidade” pode ser conceituada como a diminuição da capacidade de um indivíduo ou grupo de indivíduos para resistir, enfrentar, ou superar violências, explorações, abusos e/ou violações de seus direitos (OIM, 2018, p. 25).

A situação ganhou holofotes através da mídia nacional, em contrapartida foi criado um esforço intersetorial entre órgãos do governo federal, estadual e municipal, com atuação de entidades civis envolvidas com imigração e direitos humanos (Pastoral dos Migrantes e Caritas), para atender as famílias Warao.

Em Manaus, por exemplo, estes foram encaminhados para dois tipos de acolhimento, em junho de 2017, os Warao acampados na rodoviária de Manaus foram alojados no abrigo do Serviço de Acolhimento Institucional de Adultos e Família, situado no Bairro do Coroadó, sob a responsabilidade do governo estadual, por meio da Seas e

da Sejusc. Já as famílias Warao que estavam subalugando casas no Centro de Manaus foram transferidas, sob responsabilidade do governo municipal, por meio da SEMMASDH, com apoio das entidades civis citadas, para casas alugadas em diferentes bairros da cidade: Centro, Redenção (Zona Oeste), Monte Sinai (Zona Norte), Educandos (Zona Sul), Zumbi (Zona Leste).

Após a apresentação do cenário de vulnerabilidades enfrentado pelos migrantes indígenas venezuelanos no Brasil, discorrer-se-á sobre os instrumentos jurídicos vigentes aptos a assegurar a proteção desses indivíduos.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS MIGRANTES INDÍGENAS VENEZUELANOS

Posteriormente a leitura dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos e de direitos humanos dos povos indígenas, verifica-se a existência de tratados, convenções e declarações que obrigam o Estado brasileiro, pelo menos no campo político, assegurar a proteção aos migrantes indígenas venezuelanos.

Esta assertiva é importante para entender a situação dos indígenas migrantes a nível internacional. Conforme Abbott (2000), os Estados nacionais buscam diferentes tipos de arranjos legais para resolver problemas políticos substantivos. Esses arranjos podem ser a criação de obrigações legais e jurídicas entre os Estados signatários do instrumento, vinculando estes a punições em razão do descumprimento ou inobservância de determinada obrigação, a esses instrumentos jurídicos o autor denomina 'hard law'. Entretanto, os atores internacionais geralmente preferem formas mais brandas de obrigações, ou seja, criam instrumentos com termos de precisão reduzida e vagos, sem a cominação de pena pelo seu descumprimento, criando assim, na prática, uma obrigação moral/política entre os Estados e não uma obrigação legal

propriamente dita, o que o autor denomina ‘soft law’. Ademais não se sujeitam a qualquer tribunal internacional, o que comumente acontece quando ocorre a assinatura de um instrumento jurídico de ‘hard law’¹².

Os Estados geralmente buscam a segunda forma como meio de criação de instrumentos internacionais, dessa forma têm sua soberania intacta uma vez que não precisam reconhecer a autoridade de um tribunal internacional. Exemplos de ‘soft law’ aplicáveis aos indígenas no âmbito internacional e conseqüentemente aos indígenas venezuelanos no Brasil são a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, art. 13, o artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos de 1966, internalizado pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 592/1992, o qual também assegura o direito de as pessoas cruzarem as fronteiras nacionais e a Convenção Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial, art. 5º, sendo o estado brasileiro signatário de ambas.

Destarte, não serem instrumentos de ‘hard law’, portanto, não sujeitam o Brasil a qualquer punição caso este não observe alguma determinação, tais instrumentos são de ‘soft law’ são importantes pela criação de obrigações morais/políticas entre o Brasil e os demais Estados nacionais signatários, compelindo o estado brasileiro a agir. Ressalta-se que não há qualquer instrumento de internacional que possa ser considerado ‘hard law’ tratando do tema da migração indígena ou dos povos tradicionais¹³, em que pese esses povos historicamente realizem

¹² A soft law, não gera obrigatoriedade de cumprimento do que dispõe, apenas dita uma sugestão de conduta a ser seguida, posto que não gera nenhum tipo de penalidade para aqueles que não cumprirem o que dela parte expresso. Não considera tal instituto como uma norma jurídica, por não apresentar um caráter coercitivo tal qual a norma jurídica. A hard law é um termo que contempla o direito rígido “duro”, dentro do qual se reputam inseridas sanções contra as infringências perpetradas, e possuem força vinculativa. São normas oriundas das fontes clássicas do Direito Internacional e os princípios gerais do direito. Entre elas, encontramos as Convenções Internacionais, os princípios gerais do direito, as decisões judiciárias e as doutrinas, os atos unilaterais e as decisões normativas das Organizações Internacionais.

¹³ De acordo com o Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais podem ser definidos como:

pequenas e médias migrações dentro de uma área de ocupação (seminômades).

Enfatiza-se o fato de malgrado os migrantes venezuelanos terem cruzado as fronteiras entre Brasil e Venezuela, eles não serem atualmente enquadrados no conceito de indígenas transfronteiriços, compreendido como aqueles indígenas que têm seus territórios inseridos na jurisdição de mais de um Estado, vizinhos entre si (YAMADA, et. al, 2018, p. 374). Todavia, conforme as pesquisas e levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e pelo Ministério Público Federal (MPF), os indígenas venezuelanos estabelecidos no Brasil conservam vínculos familiares, sociais e culturais com os seus respectivos parentes na Venezuela (SIMÕES, 2017; BRASIL, 2017).

O estatuto jurídico dos povos indígenas está sendo discutido internacionalmente há anos, sobretudo em países como o Brasil. Calcula-se que existam mais de 370 milhões de indígenas que vivem nas piores condições, sofrendo expulsão, roubo de suas terras e grande pobreza, devendo ser considerados vítimas da política colonial. Nesse contexto é o dever da Comunidade de Estados proteger esse grupo de pessoas. Por esse motivo, este tema está há 25 anos na pauta da ONU.

O indígena em sua relação com o Estado moderno é visto com certa desconfiança, nos tempos da colonização, vigorava a opinião de que as terras conquistadas dos povos indígenas seriam terras de ninguém (terra nullius), que poderiam ser ocupadas pelos Estados “civilizados”, assim a demarcação de terras indígenas atualmente é vista como problemática envolvendo diversos fatores. Ademais, inexistente uma definição legal obrigatória e geral para o conceito de povo indígena. Em última instância são os países que decidem quais grupos existentes sob sua jurisdição têm o status de um povo indígena. Em seguida, os Estados em questão fixam a configuração concreta dos direitos dos indígenas, o que resulta na

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (Decreto 6.040, art.3º, § Iº).

possibilidade de as qualificações e os direitos derivados serem diferentes de um Estado para o outro, o que infringe o direito a autodeterminação dos povos.

Em relação a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, observa-se que a maioria dos Estados aprecia a exigência de autodeterminação com reserva, quando não negativamente, o que ficou claro, na Assembleia Geral das Nações Unidas, por ocasião dos votos contra a Declaração por parte de quatro países com grande número de indígenas (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e os Estados Unidos).

Pelo exposto, verifica-se a preocupação dos Estados modernos é grande em aprovar quaisquer instrumentos normativos de ‘hard law’ que lhe imponham obrigações legais para com os indígenas, restando aos povos indígenas no âmbito internacional os instrumentos de ‘soft law’, sem o grau de proteção que lhes seriam conferidos por instrumento normativo que previsse penas aos Estados nacionais que não o cumprissem.

No âmbito interno, além dos instrumentos internacionais supra referidos, evidencia-se que o direito à livre locomoção se encontra resguardado no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Além disso, observa-se na Lei nº 13.445/17 e em seu Decreto regulamentador (Decreto nº 9.199/17) a existência de princípios, diretrizes e classificações que visam assegurar o direito dos migrantes indígenas de manter a sua identidade, com base em sua autoidentificação, devendo-se garantir a esses indivíduos os mesmos direitos assegurados aos indígenas nacionais, sem distinções, estando em um contexto rural ou urbano, com exceção ao direito à terra (OIM, 2018, p. 19).

Outrossim, é necessário salientar que a aplicação dos diplomas acima é condicionada as prescrições do artigo 12 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 que em nome da soberania dos Estados nacionais, lhes permite escolher quem pode adentrar em seus respectivos territórios.

Nesta linha, ressalta-se o veto realizado pelo presidente da República Federativa do Brasil ao § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 13.445/17 – Lei de Migração, o qual garantia expressamente os direitos originários

dos povos indígenas e das populações tradicionais, com especial destaque para o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas (BRASIL, 2017). Esse veto presidencial foi realizado sob a justificativa de que tal dispositivo violava os artigos 1º, inciso I, 20, § 2º, e 231, da Constituição Federal de 1988, os quais impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, por meio da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da permanência e da saída dos índios e não-índios e a competência da União em demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros (BRASIL, 2017).

Novamente vem à baila o já antigo argumento sobre os riscos à segurança nacional, sob uma perspectiva claramente política e favorável a grupos contrários a proteção dos direitos dos migrantes, esses majoritariamente ligados aos campos conservadores e ruralistas da sociedade brasileira. Entretanto, assevera-se que a migração indígena não pode ser vislumbrada como indevida, pois além de consolidada pelos instrumentos internacionais, ela não viola a soberania nacional ou gera riscos à segurança dos Estados nacionais.

Esse posicionamento é ratificado pelo Parecer Técnico da Defensoria Pública da União (DPU) a respeito das novas regulamentações das migrações ao ponderar que os povos indígenas não têm demonstrado qualquer intenção de constituir Estados independentes, não sendo defensável fazer alusão à violação de soberania nacional, pois a ameaça à soberania brasileira sobre terras indígenas advém de brasileiros não-índios com o intuito de explorar economicamente as riquezas existentes em terras indígenas (2017).

Outro ponto a ser salientado para análise da situação dos indígenas migrantes é a questão da mobilidade como um meio de vida (GILBER, 2014 apud YAMADA et. al., 2018, p. 380), uma vez que tal característica possa ser o elemento essencial para o aperfeiçoamento das tratativas do fluxo migratório em estudo, tanto sob a perspectiva do acolhimento quanto do encaminhamento de políticas públicas adequadas (YAMADA et. al., 2018, p. 380). Além disso, destaca-se que tanto a migração indígena para cenários urbanos como a presença indígena em cidades para a

comercialização de artesanatos, de modo temporário, transitório ou intermitente não ser um fenômeno novo e não pode servir de argumento para desconsiderar a condição de indígena ou de povo indígena (OIM, 2017, p. 119).

Ultrapassado os problemas sob o tratamento jurídico dispensado aos Warao e aos indígenas em situação de migração entre Estados nacionais, cabe analisar o cerne das decisões judiciais que à míngua de estatuto jurídico próprio, trataram os Warao como refugiados (Lei nº 9.474/97) e não como os demais migrantes, afastando-se a deportação prevista no art. 109, I, e art. 50 e seguintes da Lei n. 13.445/2017 – Lei de Migração – e seu decreto regulamentar.

A título de exemplo citamos a Ação Civil Pública nº 1001365-82.2021.4.01.4200, ajuizada pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal em desfavor da União na qual requereu: a) que seja impedido quaisquer atos de deportação, repatriação ou outra medida compulsória de saída dos migrantes em situação de acolhimento (hipervulneráveis) pela Força Tarefa Humanitária (Operação Acolhida) em Roraima e no Amazonas, devendo a União assegurar-lhes o direito de requerer administrativamente a regularização migratória, nos termos da Lei nº 13.445/2017 ou da Lei nº 9.474/97; b) a declaração de nulidade das deportações sumárias efetivadas em face de Jose Perez Sabino, Xavier Carmelo Perdomo Jaramillo, Oswaldo Jose Lopez Rivas, Toni Jose Carvajal, Jose Alejandro Maestre Trujillo e Bregitte Presilla (Cesar Daniel Presilla), os quais foram reconhecidos como hipervulneráveis pela Operação Acolhida e estavam sob a proteção do Estado Brasileiro, autorizando-se o seu reingresso regular no País, assim como aquelas que venham a ser realizadas contra pessoas acolhidas pela Força Tarefa Humanitária; c) que seja determinado à Polícia Federal a garantia, durante o procedimento de deportação, de comunicação do deportando com seus familiares, membros de organizações internacionais ou agentes públicos; d) a cominação de multa, em valor a ser fixado por Vossa Excelência, não inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para cada situação, individual ou coletiva, que revele o descumprimento de alguma das medidas acima especificadas.

A tutela provisória foi deferida nos seguintes termos: a) determinou que a União que se abstenha de adotar quaisquer atos de deportação, repatriação ou outra medida compulsória de saída dos migrantes em situação de acolhimento (hipervulneráveis) pela Força Tarefa Humanitária (Operação Acolhida) em Roraima e no Amazonas, exceto na estrita observância da Lei nº 13.445/2017 e acaso não sejam reconhecidos como refugiados, devendo a União assegurar-lhes o direito de requerer administrativamente a regularização migratória, nos termos da Lei nº 13.445/2017 ou da Lei nº 9.474/97; b) declarou a nulidade das deportações sumárias efetivadas em face de Jose Perez Sabino, Xavier Carmelo Perdomo Jaramillo, Oswaldo Jose Lopez Rivas, Toni Jose Carvajal, Jose Alejandro Maestre Trujillo e Bregitte Presilla (Cesar Daniel Presilla), autorizando o seu imediato reingresso no País; c) determinou que a União se abstenha, por meio de seus órgãos de segurança pública, de ingressar em abrigos de acolhimento a migrantes em situação de vulnerabilidade ou em outros locais onde estes vivam, como residências ou ocupações, fora das hipóteses constitucionalmente previstas, respeitado o dever de demonstrar previamente a existência de justa causa e os estritos limites fixados pelo STF no RE n. 603.616, ou no caso de cumprimento de mandado judicial; d) determinou que a União se abstenha de realizar rondas ostensivas, barreiras de fiscalização ou de controles documentais voltados a intimidar e impedir o acesso de pessoas migrantes aos equipamentos de saúde e assistência social, públicos e privados, disponíveis no Município de Pacaraima, aí incluídos os abrigos sob gestão da Força-Tarefa Logístico-Humanitária (Operação Acolhida) ou geridos por entidades socioassistenciais privadas de qualquer natureza. Fixou, para o caso de cada nova deportação, repatriação, impedimento de requerimento de regularização migratória, especialmente o pedido de refúgio, para os migrantes indicados na petição inicial (hipervulneráveis), multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada ato praticado em desconformidade com essa decisão e com as leis nela mencionadas, exceto, evidentemente, a Portaria nº 652, de 25/01/2021. Fixou multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) acaso sejam opostos óbices não justificados ao retorno das pessoas indicadas no item “b”. Fixou multa de

R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada invasão em abrigos de acolhimento a migrantes em situação de vulnerabilidade ou em outros locais onde estes vivam fora das hipóteses constitucionalmente permitidas por órgãos de segurança da União.

Através da pesquisa, restou evidente que as políticas públicas brasileiras não são orientadas a recepcionar o indígena migrante como um migrante com maior necessidade de proteção legal em razão de suas especificidades e vulnerabilidades históricas em sobreviver no mundo dominado pela visão eurocêntrica. Destarte, o Poder Judiciário brasileiro ter adotado a legislação reguladora dos refugiados para a condição do povo Warao, essa não demonstra abarcar em todos os sentidos as necessidades específicas de proteção dos povos indígenas em migrações transfronteiriças.

Ademais, a urgência em promover a regulação internacional dos direitos migrantes indígenas e migrantes em geral tem especial relevância num contexto de crise climática global que leva milhões de pessoas todos os anos a migrar de regiões que se tornaram impróprias para a vida humana.

De acordo com o Conselho da Noruega para Refugiados, os chamados “desastres naturais” foram responsáveis pelo “deslocamento forçado de 27,5 milhões de pessoas por ano, em média” (MARQUES, 2018, p. 369). O Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC, em inglês), registrou, apenas em 2018, o deslocamento de mais de 17 milhões de pessoas devido a catástrofes ambientais em 148 países (Global Report on Internal Displacement, 2019). Já o relatório da IOM/ONU revelou que “a cada ano, desde 2008, uma média de 25,3 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres naturais” (World Migration Report, 2018, apud MARQUES, 2018, p. 369).

Os povos originários e tradicionais são especialmente afetados por mudanças climáticas e ambientais. Sua íntima interdependência com o meio ambiente a sua volta, espaço de vivência e fonte alimentar da comunidade, torna-os particularmente sensíveis a estas mudanças. Desta forma, os líderes globais ao se debruçar sobre o problema devem olhar de

forma diferenciada para os dependentes diretos do meio ambiente e que em nada contribuíram para a mudança climática de que agora são vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que a atual crise humanitária venezuelana é o resultado das sucessivas crises econômica, política, social e sanitária que afetam a Venezuela desde 2013 e que tal cenário se agravou após os embargos econômicos impostos ao principal produto de exportação da Venezuela, o petróleo, gerando consequências catastróficas para a maioria dos nacionais venezuelanos que sofrem em razão da escassez de alimentos e medicamentos e da hiperinflação.

Em virtude de tais conjecturas fáticas constatou-se que até o primeiro semestre de 2017 o Brasil já havia recebido um fluxo migratório de cerca de 30 mil migrantes venezuelanos, os quais buscam regularizar a sua situação migratória em território nacional por meio das solicitações de refúgio, que contabilizam um total de 17.865 em todo o Estado brasileiro.

Deste total, estima-se que desde 2014, um fluxo crescente de pessoas indígenas da Venezuela tem sido registrado pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) no Brasil. Atuando na proteção desta população, o ACNUR estima que existam mais de 7.000 indígenas venezuelanos no território brasileiro, sendo que 819 já foram reconhecidos como refugiados pelo governo federal. Outros 3.763 (51%) aguardam a análise do seu pedido de reconhecimento da condição de refugiado, enquanto 2.430 (33%) possuem residência temporária no país.

Crianças e adolescentes representam quase metade desta população, que é composta por diferentes grupos étnicos: Warao (70%), Pemón (24%), Eñepá (3%), Kariña (1%) e Wayúu (1%). A maioria da população indígena venezuelana se concentra nos estados de Roraima,

Amazonas e Pará, mas diversos grupos da etnia Warao continuam seu deslocamento para outras regiões do país.¹⁴

Asseverou-se ainda a existência expressiva de migrantes indígenas da etnia Warao nesse fluxo migratório, os quais ingressam no Brasil por um estado federativo marcado pela conflitividade entre indígenas e não-indígenas, bem como o fato desses indivíduos apresentarem uma situação de extrema vulnerabilidade e, muitas vezes, não terem as suas diferenças étnicas e culturais levadas em consideração pelo Estado brasileiro. Além disso, houve a identificação de algumas situações de vulnerabilidade a que esses migrantes indígenas já foram submetidos no Brasil.

Destacou-se também os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais que conferem

proteção aos direitos desses migrantes indígenas enquanto seres humanos, migrantes e indígenas, com especial destaque para a sua liberdade de trânsito entre os Estados nacionais.

Por derradeiro, verificou-se que os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que conferem proteção aos direitos dos migrantes indígenas transfronteiriços são inúmeros, entretanto, estes não se mostram suficientes para garantir uma proteção mínima aos povos indígenas nessa situação.

Seja o povo Warao ou qualquer outro grupo indígena na mesma situação migratória, estes são tratados como migrantes comuns e aplicam-se a estes as regras dispensadas aos demais migrantes sem considerar as especificidades destes povos. A ausência da devida proteção dos seus direitos colabora para a desintegração da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, fato já acelerado pela necessidade

¹⁴ Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/2022/04/19/indigenas-venezuelanos-no-brasil-ja-somam-mais-de-7-mil-pessoas-sendo-819-reconhecidas-como-refugiados/#:~:text=Nigeria%20\(English\)-,Ind%C3%ADgenas%20venezuelanos%20no%20Brasil%20j%C3%A1%20somam%20mais%20de%207%20mil,sendo%20819%20reconhecidas%20como%20refugiados&text=Bras%C3%ADlia%2C%2019%20de%20abril%20de,Refugiados%20\(ACNUR\)%20no%20Brasil..](https://www.acnur.org/portugues/2022/04/19/indigenas-venezuelanos-no-brasil-ja-somam-mais-de-7-mil-pessoas-sendo-819-reconhecidas-como-refugiados/#:~:text=Nigeria%20(English)-,Ind%C3%ADgenas%20venezuelanos%20no%20Brasil%20j%C3%A1%20somam%20mais%20de%207%20mil,sendo%20819%20reconhecidas%20como%20refugiados&text=Bras%C3%ADlia%2C%2019%20de%20abril%20de,Refugiados%20(ACNUR)%20no%20Brasil..) Acesso em 30 de maio de 2022.

de migração destes de seus territórios tradicionais em razão do agravamento e abandono das dificuldades supramencionadas.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, K., & SNIDAL, D. **Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization***, 54(3), 2000 421-456. doi:10.1162/002081800551280. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>. Acesso em 10 de dez. de 2021.
- CARNEIRO, Camilo Pereira. Relação Brasil-Venezuela: tratados, integração e fronteira. In: **Anais do 9º Congresso Latino-Americano de Ciência Política (ALACIP)**. Disponível em: <http://www.congresoalacip2017.org/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhemFtcyI7czozNToiYTToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZVPIjtzOjQ6IjMwNDEiO30iO3M6MT0iaCI7czozMjoiZmRhYjdkNGYxYzgzYzhiMTk5NGRkM2M0NmE5NTdiZWUio30%3D>. Acesso em 10 de nov. de 2021.
- CRUZ, A. P. T. Migração e mercado laboral transnacional: uma análise das relações de trabalho na Venezuela (Santa Elena de Uairén). In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E FRONTEIRAS, 1., 2014, Boa Vista, RO. **Anais...** Boa Vista, RO: UFRR, 2014.
- GARCÍA CASTRO, Alvaro. **Mendicidad indígena: los Warao Urbanos**. Boletín Antropológico, n. 48, p.79-90,2000.
- GASSÓN, Rafael;Heinen, Dieter. **¿Existe un Warao Genérico? Cuestiones clave en la etnografía y la ecología histórica del Delta del Orinoco y el Territorio Warao-Lokono-Paragoto**. Tipití: Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America, v. 10, n. 1, p. 37-64, 2012.
- GLOBAL REPORT ON INTERNAL DISPLACEMENT. The Internal

- Displacement Monitoring Centre. 2019. Disponível em: <https://www.internaldisplacement.org/sites/default/files/publications/documents/2019-IDMC-GRID.pdf>. Acesso em: 13 de jan. de 2022.
- MARQUES, Luis. **Capitalismo e Colapso Ambiental**. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.
- MISSÃO PAZ E CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Missão a Roraima e Manaus: Migração Venezuelana**. 2017.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. A (Necessária) Proteção dos Direitos Humanos dos Migrantes
- OEA, Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Washington, DC, 2016.
- OIM, Organização Internacional para as Migrações. **Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM) Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018.
- ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis Políticos**. Brasília, DF, 1966.
- RAMOS, Luciana; Botelho, Emília;Tarragó, Eduardo. **Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima**. Parecer Técnico n. 208/2017/ Seap/6aCCR/PFDC. Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2017.
- Venezuelanos pela Jurisdição Brasileira. BAENINGER, Rosana; CANALES, Alejandro (coord.). **Migrações Fronteiriças**, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, p. 394-403.
- YAMADA, Nome. et. al. **Humanos, indígenas e migrantes: aspectos jurídicos da migração de indígenas da Venezuela ao Brasil**. In: BAENEGGER, Rosana; CANALES, Alejandro (coord.). **Migrações Fronteiriças**. Campinas: Núcleo de Estudos de População "elza Berquó" - Nepo/unicamp, 2018.
- SILVA, João Carlos Jarochinski. Migração forçada de venezuelanos pela

fronteira norte do Brasil. In: **Anais do 41º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs)**.

_____. **Uma Política Migratória Reativa e Inadequada – A Migração Venezuelana para o Brasil e a Resolução n. 126 do Conselho Nacional de Migração (CNIg)**. In: *Migrações Sul-Sul*, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018b, 2ª ed., p. 637-650.

SIMÕES, Gustavo da Frota. **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017.

REFUGIADOS: DA REJEIÇÃO AO ACOLHIMENTO

Letícia Maria de Oliveira Borges¹⁵

Alan Lincoln Barbosa do Amaral Paresqui¹⁶

Bianca Costa de Lima¹⁷

RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar a relação entre o Direito internacional e os Direitos Humanos, bem como as ações da ONU através da ACNUR com a situação dos Refugiados. Enfatizar a importância de se acolher pessoas que estão na condição de refugiadas, ao invés de criar uma barreira isolante para elas que tanto necessitam de ajuda, expondo a situação em que se encontram os sírios por meio da história de Doaa Al Zamel, que tem sua história narrada na obra Uma esperança mais forte que o mar, da autora Melissa Fleming, Diretora de Comunicações do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Palavras-chave: 1. Refugiados. 2. ACNUR. 3. ONU

INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano surgiu na Terra, ele se desloca de um lugar para o outro em busca de alguma coisa. No princípio eram os nômades que partiam à procura de abrigo, ou para caçar o que viria a servir de alimento e também para a confecção das “roupas” que os protegiam. Com a evolução da humanidade, hoje em dia, esse

¹⁵ Doutora em Direito com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, ticha_borges@yahoo.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4448777114488195>

¹⁶ Graduando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, alanparesqui@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/1244962832469853>

¹⁷ Graduada em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, biacostadelima@hotmail.com, <http://lattes.cnpq.br/3003657893790136>

comportamento migratório se dá por outros motivos. Costuma estar entre as causas que levam as pessoas a abandonarem suas casas, sua terra natal e a mudarem para um país estrangeiro as guerras e suas consequências, desastres ambientais, a busca por uma oportunidade de melhorar sua condição de vida através de um emprego, a fuga de perseguições de cunho político, étnico ou cultural. De acordo com dados presentes no relatório anual do ACNUR (Agência da ONU para Refugiados) sobre “Tendências Globais 2020”, o número de refugiados e deslocados no mundo subiu para quase 82,4 milhões, um recorde histórico. Em 2019, eram 79,5 milhões de pessoas, o que representa um aumento de 4%.”. Vale ressaltar que esse agravamento dos números ocorreu no período de uma pandemia global, onde fronteiras foram fechadas para conter a disseminação do vírus da COVID 19, impedindo que pessoas buscassem refúgio e ajuda em outros países, precisando então enfrentar as adversidades presentes em sua terra natal.

De acordo com Umberto Eco, Imigração é quando um determinado grupo de indivíduos transfere-se de um país para o outro, mas esse é um fenômeno em que cabe um controle político, limitado, encorajado, programado ou aceito. Essas pessoas, muitas vezes, adotam a cultura e os hábitos locais e tornam-se parte daquela sociedade. Já as migrações, violentas ou pacíficas, acontecem sem controle, com uma quantidade intensa de pessoas que ao mesmo tempo buscam um lugar para si em outras terras. Essas pessoas, geralmente, não abandonam sua cultura e seus hábitos, elas apenas os transferem. Nas palavras de Umberto Eco:

Temos "imigração" quando os imigrantes (admitidos segundo decisões políticas) aceitam em grande parte os costumes do país para o qual imigram; temos "migração" quando os migrantes (que ninguém pode prender nas fronteiras) transformam radicalmente a cultura do território para o qual migram. (ECO, 2020, pg. 25-26)

1. A HISTÓRIA DE DOAA E A GUERRA NA SÍRIA

O livro Uma esperança mais forte que o mar conta a história de uma jovem síria, Doaa Al Zamel, que se vê forçada a sair do país juntamente com sua família, pela guerra civil que se instaurou no país. Ela relata os momentos tensos e de horror que viveu, e o insistente desejo de lutar por sua pátria e continuar em seu país, mas infelizmente, a única saída para preservar sua vida e de sua família era saindo da Síria, buscando refúgio em outro lugar. E esse era o pensamento e desejo de boa parte da população: sair para outro país em busca de condições melhores. Eles amam sua terra, amavam a vida cotidiana, mas era insustentável permanecer no país, com a guerra que vinha se instaurando e com um risco à segurança cada vez maior.

Com a grande demanda de pessoas dispostas a fugir dessa situação caótica de qualquer maneira e se refugiar, principalmente, nos países vizinhos, um forte esquema de segurança foi realizado para impedir que uma grande massa ultrapassasse os limites das fronteiras, sobretudo com a Europa. Eles se viram diante da necessidade de atravessar as fronteiras de forma clandestina, muita das vezes colocando a própria vida em risco. Numa dessas tentativas de fuga, Doaa e seu noivo embarcaram num barco clandestino, que naufragou em alto mar. Infelizmente, o noivo de Doaa não sobreviveu ao naufrágio após longo período boiando em mar aberto, sem acesso a água potável e comida, assim como centenas de pessoas que morreram no incidente causado por homens que, propositalmente, afundaram a embarcação. Doaa, e poucas pessoas sobreviveram, dentre elas duas crianças pequenas que ficaram em seu colo durante os 4 dias em que elas estiveram à deriva no oceano, na esperança de serem resgatadas:

Depois de quatro dias e noites no mar sem nada para comer ou beber, as forças de Doaa a deixavam. Os braços doíam e ela estava tão tonta que tinha medo de desmaiar. Não conseguia mais sentir a parte inferior das pernas e a garganta estava áspera de gritar sem parar. Ela queria desistir, mas o peso de Masa e Malak descansando em seu peito a enchia da determinação de viver. Ela continuou remando para ficar à tona e a cada

impulso da mão na água gritava: “*Ya Rabb!*” [Ah, Deus!] Mas sua voz parecia desaparecer no vento. (FLEMING, 2017, pg. 223)

O resgate conseguiu encontrá-la dias depois do acidente, e as levaram para a Grécia, onde Doaa conseguiu fazer contato com sua família após um período difícil de recuperação no hospital. O sonho de Doaa e de seu noivo que não sobreviveu era chegar na Europa, se estabelecer com abrigo e emprego, e poder trazer a família para junto deles.

O relato da obra, que é objeto de estudo e análise deste artigo, reflete com profundidade a realidade de milhões de refugiados ao redor do mundo. As guerras, são uma das principais razões que fazem com que populações, em verdadeiro estado de desespero e desesperança, busquem em terras distantes, afastadas geográfica e culturalmente de sua realidade cotidiana, algo distinto daquilo que experimentam em sua terra natal. É muito comum observar, nos relatos dos refugiados, uma saudade constante e dolorosa de sua nação, da família que ficou para trás, de amigos, da história que lhes precedeu a vivência atual. Percebe-se esse sentimento em uma passagem do livro que conta a história de Doaa:

Doaa sabia que ela e a família agora estavam a salvo no Egito e tentava se convencer de que eles estavam melhor ali. Ela tentou se concentrar na nova sensação de segurança e normalidade e deleitava-se ao ouvir os sons cotidianos das ruas da cidade, em vez de tiros e bombas. Apesar de tudo isso, Doaa tinha dificuldades para ignorar o torpor que a dominava. Pelo menos em Daraa, havia um propósito para ela. Ela era membro reconhecido de uma comunidade de apoio que defendia valores que estavam sob ataque. Ali, sentia-se uma hóspede tolerada, vivendo de solidariedade: uma refugiada, parte de um grupo crescente de pessoas indefesas. Pior ainda, às vezes ela sentia ter abandonado seu país, embora soubesse que a

permanência na Síria poderia tê-la matado. (FLEMING, 2017, pg. 97)

No relato que encontramos no livro, isso é facilmente percebido. De fato, não é algo simples, passar por situações que geram traumas profundos, como o deslocamento pelo oceano em embarcações sem qualquer estrutura, colocando a vida em risco e ainda ser vítima de um tratamento altamente estigmatizante e segregacional, como visto na seguinte passagem:

A família de Doaa nada podia fazer além de assistir aos âncoras de noticiários egípcios rotularem os sírios como possíveis aliados terroristas aliados dos extremistas que surgiram na Síria. (FLEMING, 2017, pg. 120)

Ao olhar para crise migratória que se abate sobre o mundo, deve-se levar em conta, sim, o aspecto legal da nações envolvidas, o ordenamento legal internacional, mas sem esquecer que estamos lidando com seres humanos, que acima de tudo, merecem nosso respeito e observância dos Direitos Fundamentais, como o Direito à Vida, o acesso à Educação, à Saúde e à Dignidade. Em qualquer observação Internacional é necessário considerar o contexto dos acontecimentos também sob o escopo dos Direitos Humanos.

2. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA HISTÓRIA E A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO

A história já nos ensinou, muitas vezes, que ignorar tais violações, leva-nos a crises irreparáveis, vide os acontecimentos ocorridos na Alemanha Nazista, liderada por Adolf Hitler, que levou milhões de pessoas à morte, meramente por terem origem distinta daquela que os nazistas acreditavam ser a “raça ariana”. Segundo dados da Enciclopédia do Holocausto, os mortos por perseguições neste período foram: 6

milhões de Judeus, 7 milhões de civis soviéticos, incluindo os civis judeus soviéticos que estão incluídos na estimativa anterior para os judeus, 3 milhões de prisioneiros de guerra soviéticos, incluindo cerca de 50 mil soldados judeus, 1,8 milhões de civis poloneses não judeus, sendo de 50 mil a 100 mil membros da elite polonesa, 312 mil civis sérvios, no território da Croácia, Bósnia e Herzegovina, cerca de 250 mil pessoas com deficiências que viviam em instituições, 250 mil, Roma (ciganos), 1.900 testemunhas de Jeová, 70 mil criminosos reincidentes e aqueles denominados como anti-sociais, um número indeterminado de alemães que se opunham àquele governo ditatorial e possivelmente milhares de homossexuais que também eram perseguidos e tiveram suas vidas ceifadas.

Ignorar as crises que estão ocorrendo em diversos países do mundo, não faz com que os problemas desapareçam, pelo contrário, essa atitude tende a piorar as circunstâncias com o passar do tempo. Por mais que as notícias, massivas e constantes, tenham causado certo torpor emocional quanto ao sofrimento de outras nações, a realidade nos chama novamente à tomada de atitudes quando lidamos cotidianamente com correntes, cada vez maiores, de pessoas tendo por origem outros territórios, batendo às nossas portas. Essa realidade não pode ser deixada de lado porque é possível observá-las pelas ruas, nos bairros, nas comunidades, onde quer que estejamos. As correntes migratórias são um fato impassível às vistas grossas de povos e governos.

Existe, sob prismas diversos, um certo orgulho pela visão globalizada com a qual o mundo lida com as situações que se apresentam. Temos a Economia, ciência essencial para o desenvolvimento humano ao longo dos séculos, que alcançou patamares globais, como nunca antes em nossa história. No campo político, nações cada vez mais fortes formam blocos de apoio mútuo visando o fortalecimento de suas agendas internacionais de influência e crescimento cultural, econômico e político. Dentre esses blocos extremamente poderosos, podemos citar a União Européia, os Tigres Asiáticos, o Mercosul, os países que fazem parte do G20, e outras alianças que são formadas visando, inclusive, apoio militar em momentos de guerra, como no caso dos países que compõem a OTAN.

O mundo hoje é indubitavelmente globalizado e interdependente. A demonstração desta realidade podemos resgatar na história recente, especificamente em 2008, quando os EUA entraram em profunda crise econômica, em 15 de setembro daquele ano, gerada pelo anúncio da concordata de um dos bancos mais tradicionais do mundo, o Lehman Brothers, na época o quarto maior banco de investimentos dos Estados Unidos, com uma história de 159 anos. A instituição tinha uma dívida de US\$ 3,9 bilhões. A crise disparada por este evento, causou um efeito em cascata nas economias de todo o planeta, demonstrando que os países não são isolados em suas prioridades individuais, mas ligados por profundos laços que transcendem os aspectos financeiros e militares.

A argumentação ora utilizada visa demonstrar que esta globalização, cada vez mais latente, possui aplicabilidade muito maior do que meramente o campo econômico. Ao olharmos a questão dos refugiados no mundo, nossa abordagem deve adotar os métodos, ao menos próximos daqueles aplicados na economia, quando todo o esforço possível foi feito para salvar instituições financeiras e governos no ano de 2008. O Federal Reserve de Dallas, EUA, calculou os custos da crise daquele ano em US\$14 trilhões, sendo US\$12,6 trilhões como socorro ao setor financeiro. Para a economia e o equilíbrio mundial, foi necessário socorrer os bancos para que muitos empregos fossem salvos e a situação global, ainda que catastrófica, não se degenerasse para algo pior do que se materializou à época. Mas que tal manter este esforço hercúleo quando o assunto são as pessoas, grandes geradoras de riquezas em qualquer economia do planeta? Montantes infinitamente menores seriam capazes de erradicar, ou ao menos, fazer decair o número daqueles que vivem em situação de absoluto risco em todos os continentes.

Ao tratar da situação dos refugiados, não podemos ignorar uma das maiores geradoras de profundos desastres sociais onde quer que aconteçam: as guerras. Os desdobramentos derivados delas são inúmeros e sistemáticos, podemos citar como exemplo o arrasamento das economias locais e o conseqüente estado de calamidade que se instala junto à população que tem suas economias pulverizadas ou reduzidas a quase nada, levando a uma necessidade premente de deslocamento de

grupos inteiros para outras regiões do país e do mundo, no intuito de encontrar condições dignas de sobrevivência. Quando analisamos os territórios dominados por governos autoritários o panorama se deteriora rapidamente, pela total falta de preocupação com as condições das populações que estão sob a égide desses grupos políticos. A história narrada na obra *“Uma esperança mais forte que o mar”* demonstra exatamente isso. A família Al Zamel teve que se deslocar para fora de seu país de origem, a Síria, para fugir de um regime autoritário e violento que buscava, sob os métodos mais bárbaros, reprimir a população em suas angústias e necessidade de liberdade. A narrativa apresenta o profundo desconforto e sofrimento causado a todo o conjunto familiar, assim como à comunidade local, a partir do momento em que atos de atentado contra a dignidade humana começaram a ser praticados pelo regime que assume o país. Existia um desejo genuíno da parte de Doaa em lutar pelo seu país, mas os conflitos ficavam cada vez mais violentos:

“Enquanto isso, Doaa aprendia a avaliar o clima na cidade pelo número de cápsulas de projéteis que encontrava na rua diante de sua casa toda manhã. Ansiava por se juntar aos protestos que foram retomados depois do cerco, mas agora eles eram menores e não mais pacíficos. O clima de celebração acabara, substituído pela raiva e pelo desespero. Ela sabia que o pai jamais permitiria que ela voltasse a esses levantes cada vez mais perigosos.” (FLEMING, 2017, pg.72-73)

A Síria vive, há mais de uma década, sob o pesado fardo de um conflito que envolve atores nacionais e internacionais em lutas constantes por influência e poder, levando a população a uma deterioração grave das suas condições de vida. Dados da Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados, ACNUR, mostram que mais de 13,3 milhões de pessoas foram forçadas a deixar suas vidas para trás, sendo que deste grupo imenso, 6,6 milhões cruzaram as fronteiras do país buscando segurança, longe dos conflitos armados. A Turquia, segundo o órgão, é o país que mais recebe refugiados sírios registrados, tendo acolhido mais de

3,6 milhões de pessoas. Mas outros países como Líbano e Jordânia recebem ondas constantes de cidadãos sírios em fuga. A crise no país causa grande preocupação pela quantidade crescente de pessoas que se deslocam para além fronteiras, mas é importante levar em alta consideração que dentro do território, mais de 6,7 milhões de pessoas estão deslocadas de suas habitações naturais. Mesmo que não afetem diretamente a vida da população de outras regiões, a preocupação dos organismos internacionais e das nações deve se manter presente e vigilante no intuito de mitigar as consequências graves da guerra na Síria, que, em grande parte, recai sobre os ombros de sua população. Ao tratar da grave situação no país, o Alto Comissário do ACNUR, Filippo Grandi disse:

“Depois de dez anos, metade da população síria foi forçada a abandonar suas casas. (...) A gravidade desta crise não deve enfraquecer nossa solidariedade para com os sírios. Pelo contrário, devemos redobrar nosso esforço coletivo para apoiar tanto os refugiados quanto as comunidades que os acolhem”. (GRANDI, 2021)

Os esforços globais para dar a estrutura necessária aos refugiados deve se fazer presente tanto quanto ocorre na globalização da cultura e dos mercados. Se nossos investimentos vencem as barreiras da língua, distância geográfica e até mesmo de rivalidades históricas, o mesmo pode e deve se aplicar no tratamento dado àqueles que, por força de necessidade, tiveram que deixar a sua pátria.

A história nos deixa um legado de muitos ensinamentos e devemos olhar para ela com a intenção de aprender com os erros do pretérito e também com os acertos. No passado as correntes migratórias ocorreram em larga escala, principalmente no período das grandes guerras e de perseguições de grandes proporções, e ao olharmos as consequências derivadas dessas migrações, percebemos que muitas delas foram responsáveis pelo crescimento expressivo de nações ao redor do planeta. Quantas são as comunidades italianas, judias, polonesas, alemãs, portuguesas, africanas e tantas outras que se espalharam pelo mundo

contribuindo para o crescimento dos países para onde foram? São muitos os exemplos. A maior economia do mundo, os EUA, é uma das demonstrações de que grupos provenientes de outras regiões do planeta podem agregar grande valor para o crescimento da nação. As origens absolutamente distintas de quem mora no país, por si só, já demonstram quão rico é aquele grupo social. Apesar de, hoje, lidarem com sérios problemas de entrada ilegal no país, muitas vezes lidando de forma fria com as pessoas que buscam uma oportunidade, no passado aquela nação firmou suas bases unindo pessoas de diversos cantos do mundo. Não há uma razão para, na contemporaneidade, viver como uma ostra xenófoba, fechando-se de todas as formas possíveis, muitas vezes utilizando-se de crueldade com seres humanos, que muito mais do que prisão e deportação, precisam de apoio e amparo.

3. MIGRAÇÃO SOB O OLHAR DE UMBERTO ECO E ZYGMUNT BAUMAN

Na visão de Umberto Eco em sua obra Migração e Intolerância, é inevitável que ocorra uma mistura dos povos:

O Terceiro Mundo está batendo às portas da Europa e vai entrar mesmo que a Europa não esteja de acordo.(...) O problema é que, no próximo milênio (e como não sou um profeta não posso especificar a data), a Europa será um continente multirracial ou, se preferirem, "colorido". Se lhes agrada, assim será; se não, assim será da mesma forma. (ECO, 2020, pg. 28)

Para Umberto Eco, há uma intolerância principalmente por parte do europeu em relação ao que é diferente de sua cultura. As pessoas fecham os olhos para indivíduos que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade, onde são praticamente forçados a buscar ajuda e abrigo

em outros países para poder sobreviver. Não há escolha, fogem porque além de faltar condições de subsistência, o risco de morrer é iminente. Mas o medo de ter sua cultura e história invadidas por desconhecidos em meio à avalanche de pessoas de outras culturas entrando e habitando suas terras é tanto a ponto de não se acolher quem precisa.

Zygmunt Bauman explica, em *Estranhos à Nossa Porta*, que há uma intensa luta entre a moral e o medo do desconhecido:

Os problemas gerados pela "crise imigratória" atual e exacerbados pelo pânico que o tema provoca pertencem à categoria dos mais complexos e controversos: neles, o imperativo categórico da moral entra em confronto direto com o medo do "grande desconhecido" simbolizado pelas massas de estranhos à nossa porta. (BAUMAN, 2017, pg. 104)

Por esse fato, acabam se fechando em sua zona de conforto enquanto padecem os que precisam de socorro. Bauman expõe que é necessário haver um senso de solidariedade para receber os estranhos que são, acima de tudo, seres humanos.

Podemos identificar na argumentação do filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman, de forma enérgica, maneira que muitas vezes a gravidade do assunto demanda, a indignação que a análise exige da parte de todos. Para o autor, a ansiedade, o medo e a incerteza popular permite a exploração da classe política que utiliza estes sentimentos para potencializar discursos inacreditáveis de nacionalismo e xenofobia, causando simpatia da parcela mais amedrontada de um povo. E com a internet e a facilidade de se disseminar informações, sendo elas verdadeiras ou falsas, a onda de preconceito ganha mais força, o que dificulta ainda mais a percepção moral dos fatos. Em sua obra *Estranhos à Nossa Porta*, o autor considera que a atitude de fomentar a separação ao invés de criar pontes, nos levam a situação difícil e insustentável, para ambas as partes:

As estratégias que os políticos empregam para aproveitar essa oportunidade podem ser - e são - muitas e diversas, mas uma coisa deve clara: a política da separação mútua e de manter distância, com a construção de muros em vez de pontes, contentando-se com “câmaras de eco” à prova de som, em vez de linhas diretas para uma comunicação sem distorções (e, tudo considerado, lavando as mãos e manifestando indiferença sob o disfarce da tolerância), só leva à desolação da desconfiança mútua, do estranhamento e da exacerbação. (BAUMAN, 2017, pg. 22-23)

Não se resumindo ao alerta quanto à manipulação adotada pela classe política, quanto aos sentimentos gerados pelas correntes crescentes de populações estranhas à vivência das nações que as recebem, Bauman vai além ao alertar quanto aos problemas graves provenientes dessa atitude por parte de governos e povos. Para o autor, a sensação de segurança gerada pelos afastamentos dessas populações é enganosa e passageira:

Enganosamente reconfortante a curto prazo (por colocarem o desafio fora de vista), essas políticas suicidas armazenam explosivos para uma detonação futura. E assim, uma conclusão também precisa ficar clara: a única forma de escapar dos atuais desconfortos e sofrimentos futuros passa por rejeitar as traiçoeiras tentações da separação. Em vez de nos recusarmos a encarar as realidades dos desafios de nossa época, sintetizados na expressão “Um planeta, uma humanidade”, lavando as mãos e nos isolando das irritantes diferenças, dessemelhanças e estranhamentos autoimpostos, devemos procurar oportunidades de entrar num contato estreito e cada vez mais íntimo com eles - resultando, ao que se espera, numa *fusão* de horizontes e não numa *fissão* induzida e planejada, embora exacerbatante. (BAUMAN, 2017, pg. 23)

A crise imigratória, que ocorre de forma cada vez mais expressiva e preocupante, não é uma matéria de fácil resolução e nem representa simplicidade na execução de soluções pautadas apenas em teoria. Existem muitas dificuldades no percurso. Nem todos os países possuem recursos suficientes para resolver suas questões internas, que dirá da crescente demanda gerada por refugiados vindos de diversas partes do mundo. A proposta aqui refletida é que exista um esforço crescente, constante e global para que as mazelas atuais sejam dirimidas paulatinamente. É ainda de Bauman o reconhecimento de tais problemas:

Sim, tenho plena consciência de que escolher esse curso não é a receita para uma vida sem nuvens, livre de problemas, sem a necessidade de esforços na tarefa que exige nossa atenção. Em vez disso, promete tempos intermináveis, turbulentos e espinhosos. Não é provável que traga um alívio instantâneo para a ansiedade - de início pode até provocar novos temores e exacerbar ainda mais as suspeitas e animosidades existentes. Da mesma forma, não creio que haja uma solução alternativa, mais confortável e menos arriscada, para o problema. A humanidade está em crise - e não existe outra saída para ela senão a solidariedade dos seres humanos. (BAUMAN, 2017, pg. 23-24)

Zygmunt Bauman, no trecho final supracitado, fala de um ponto crucial para a pavimentação de um caminho que aponte na direção efetiva da resolução destas mazelas: solidariedade. Ao longo dos tempos ela é flagrada nas ações de inúmeros povos, mesmo os que hoje agem de maneira retraída diante da problemática dos imigrantes. A solidariedade foi e é uma força motriz em incontáveis circunstâncias complexas enfrentadas pelos povos. Diante de grandes tragédias nacionais ou internacionais, vemos a ação acolhedora e solidária de comunidades que visam o socorrer àqueles que precisam de ajuda em momentos de necessidade. Segundo a organização britânica Charities Aid Foundation

(CAF), que divulga o World Giving Index, ranking que mede os principais indicadores de solidariedade em 146 países, em 2020 mais de 3 bilhões de pessoas ajudaram alguém que elas não conheciam previamente e que mais pessoas doaram dinheiro em 2020, quando comparado com os últimos 5 anos.

Indicadores como este, demonstram que, por mais que seja trabalhoso e, em muitos casos dispendioso, existem soluções para o sofrimento vivido pelos refugiados no mundo. Apenas criar áreas isoladas nos territórios para colocar grupos e mais grupos de pessoas não representa a resolução desse drama global, apenas faz adiar uma possível explosão de conflitos e crises que a todos os dias se tornam flagrantes.

É necessário implementar medidas humanitárias que garantam às pessoas que procuram se refugiar em outros países condições seguras de permanecer neles e se estabelecer, retornar em segurança para seu país de origem ou poder se reassentar em outro lugar que possa recebê-los. Deixar as diferenças de lado, e cuidar da situação dos refugiados de forma política somados aos esforços realizados pela Agência da ONU para Refugiados. Com o intuito de resguardar os direitos desses indivíduos, a ACNUR atua de forma a proteger os refugiados e oferecer soluções duráveis no âmbito internacional. Dentre as soluções duradouras propostas pelo ACNUR estão a Integração Local para os casos em que não é possível realizar a repatriação do indivíduo, então é necessário encontrar um lar no país que recebeu este refugiado e integrá-lo à comunidade, dando-lhe a chance de ter uma nova vida; o Reassentamento, onde ocorre a transferência dos refugiados do país anfitrião para um outro que concordou em aceitá-los e garantir além de proteção, o acesso à direitos civis, sociais, civis, econômicos e culturais; a Repatriação Voluntária, quando o refugiado volta para seu país de forma voluntária, mas lhe é assegurado apoio, como assistência jurídica e a promoção de diversos programas durante o retorno ao país de origem; a Reunião Familiar, que é a promoção do encontro de familiares que foram para lugares diferentes; e a Assistência em Dinheiro, para que os refugiados tenham acesso ao mercado e serviços locais, como uma forma de garantir que suas necessidades básicas serão atendidas. Essas ações são eficazes na garantia do bem estar mínimo dos refugiados,

a preservação da dignidade humana e a oportunidade de se ter uma nova vida longe dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que todo esforço empenhado para a proteção dos refugiados é de extrema importância e total relevância social para a garantia dos direitos do indivíduo, dada a condição de vulnerabilidade em que elas se encontram. Todos os países devem adotar programas e campanhas para o acolhimento e ajuda para pessoas que precisam deixar sua terra natal em busca de salvar sua vida e recomeçar.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

ECO, Umberto. **Migração e Intolerância**. Rio de Janeiro: Record, 2020.

FLEMING, Melissa. **Uma esperança mais forte que o mar: a jornada de Doaa Al Zamel**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

World Giving Index 2021. **IDIS Desenvolvendo o Investimento Social**. Disponível em: <<https://www.idis.org.br/publicacoes/idis/world-giving-index-2021/>>. Acesso em: 19/11/2021.

Síria. **ACNUR**. Disponível em: <Síria – UNHCR ACNUR Brasil>. Acesso em: 19/11/2021.

Documentando o Número de Vítimas do Holocausto e da Perseguição Nazista. **Enciclopédia do Holocausto**. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/documenting-numbers-of-victims-of-the-holocaust-and-nazi-persecution>>. Acesso em: 19/11/2021.

FIGO, Anderson. Crise de 2008: quebra do Lehman Brothers virou referência e gerou mudanças importantes no mercado. **Revista Eletrônica InfoMoney**. Disponível em:

<<https://www.infomoney.com.br/mercados/crise-de-2008-quebra-do-lehman-brothers-virou-referencia-e-gerou-mudancas-importantes-no-mercado/>>. Acesso em: 19/11/2021.

Dados sobre Refúgio. **ACNUR**. Disponível em: <Dados sobre Refúgio – UNHCR ACNUR Brasil>. Acesso em: 19/11/2021.

MALAR, João Pedro. Entenda o que é o G20 e como funciona a organização. **CNN Business**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-o-que-e-o-g20-e-como-funciona-sua-organizacao/>. Acesso em: 23/01/2022.

Significado de OTAN. **Significados**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/otan/>. Acesso em: 23/01/2022.

8. MORENO, Felipe. Entidade calcula os custos da crise de 2008: US\$ 14 trilhões, **Revista Eletrônica InfoMoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/entidade-calcula-os-custos-da-crise-de-2008-us-14-trilhoes/>. Acesso em: 07/03/2022.

**SEÇÃO II - AS DIFERENTES PERSPECTIVAS NO
CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA**

ESTUDO SOBRE CIDADANIA A PARTIR DE HANNAH ARENDT

Jéssica da Costa Barros de Freitas¹⁸

Sérgio Antônio Câmara²

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar o conceito de cidadania a partir de Hannah Arendt, com o objetivo de apresentar, além da discussão conceitual de cidadania, uma relação desse estudo com o panorama social contemporâneo. Diante disso, discute-se a relação da natureza do totalitarismo e o fenômeno da banalidade do mal com a depreciação do ser humano. Para isso, em primeiro lugar, analisa-se as diferenças e semelhanças entre a cidadania grega e cidadania moderna. Em seguida, a pesquisa se debruça sobre o modo como Arendt tematizou a esfera pública na modernidade, passando em revista a sua interpretação da diferença entre vida ativa e vida contemplativa. Ademais, esse trabalho faz-se necessário diante do cenário atual de violência que o ser humano está inserido, violência física, moral e psicológica. Dessa forma, pode-se observar uma sociedade que confunde o conceito de cidadania com o conceito de consumo, confunde a ideia de legalidade com a de cumprimento de leis, e que não está, de forma nenhuma, preparada para o diálogo sensível que deve fundar a sociedade, caminha a passos largos para a instauração de um novo tirano.

Palavras-chave: Cidadania, Direitos Humanos, Hannah Arendt.

INTRODUÇÃO

1. Justificativas:

É diante do ultrajante cenário contemporâneo, com suas muitas mazelas sociais, como exemplo a fome, a violência e a crise migratória,

¹⁸ Graduanda do curso de Direito da Unilasalle-RJ.

² Doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Professor Adjunto da Unilasalle-RJ. E-mail: prof.sergio.camara@soulasalle.com.br

que se faz necessário um questionamento: O que é a cidadania? O que é preciso ter em uma sociedade para poder constituir-se uma cidadania plena e digna?

Atualmente, no Brasil, há quase 20 milhões de pessoas passando fome, conforme dados do Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19, fornecido pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede Penssan). E a extrema pobreza quase triplicou, passando de 4,5% da população para 12,8%.

De maneira análoga ocorre com a violência no Brasil, o país tem o nono maior índice de homicídios do mundo. Dados publicados em maio deste ano pela Organização Mundial da Saúde (OMS), expõem ainda que as taxas brasileiras são cinco vezes a média mundial de homicídios.

E no panorama mundial, segundo Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), conflitos e perseguições obrigaram mais de 80 milhões de pessoas em todo o mundo a fugir de suas casas, muitos deixam para trás filhos, famílias inteiras, para viver sem nação na tentativa de uma vida melhor, tamanho é o sofrimento e o desespero que esses seres humanos encontram em seus países de origem.

2. Objetivos:

É inserido nesse aviltante cenário, que o presente trabalho se propõe a examinar o conceito de cidadania a partir de Hannah Arendt, com o objetivo de apresentar, além da discussão sobre o conceito de cidadania, uma relação desse estudo com o panorama social contemporâneo. Diante disso, discute-se a relação da natureza do totalitarismo e o fenômeno da banalidade do mal com a depreciação do ser humano. Para isso, em primeiro lugar, analisa-se as diferenças e semelhanças entre a cidadania grega e cidadania moderna. Em seguida, a pesquisa se debruça sobre o modo como Arendt tematizou a esfera pública na modernidade, passando em revista a sua interpretação da diferença entre vida ativa e vida contemplativa.

3. Metodologia:

Considerando a natureza escrutinadora do objeto de estudo, o procedimento metodológico mais adequado para o desenvolvimento do trabalho foi a combinação da Pesquisa Explicativa, quanto ao objeto de estudo, com a Pesquisa Bibliográfica, quanto ao procedimento adotado. Consoante Telma Cristiane Sasso de Lima e Regina Célia Tamaso Miotto no artigo Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico:

“A pesquisa bibliográfica implica em um conjunto ordenado de procedimentos de busca por soluções, atento ao objeto de estudo, e que, por isso, não pode ser aleatório.”

A linha de pesquisa que dá base a este trabalho tem o método dialético como orientador de todo o processo de investigação e de análise realizado. Adotou-se o método dialético por conduzir o pesquisador a trabalhar sempre considerando a contradição e o conflito; o ‘dever’; o movimento histórico; a totalidade e a unidade dos contrários; além de apreender, em todo o percurso de pesquisa, as dimensões filosófica, material/concreta e política que envolvem seu objeto de estudo. Segundo as mesmas autoras:

“O método dialético implica sempre em uma revisão e em uma reflexão crítica e totalizante porque submete à análise toda interpretação pré-existente sobre o objeto de estudo. Traz como necessidade a revisão crítica dos conceitos já existentes a fim de que sejam incorporados ou superados criticamente pelo pesquisador. Trata-se de chegar à essência das relações, dos processos e das estruturas, envolvendo na análise também as representações ideológicas, ou teóricas construídas sobre o objeto em questão.”

É, portanto, um estudo aprofundado sobre a produção do conhecimento que envolve concretamente o objeto, e uma análise

revolucionária porque a interpretação crítica do objeto adere a ele destrutivamente (IANNI, 1988). Desse modo, o conhecimento da realidade não é apenas a simples transposição dessa realidade para o pensamento, pelo contrário, consiste na reflexão crítica que se dá a partir de um conhecimento acumulado e que irá gerar uma síntese, o concreto pensado (QUIROGA, 1991). Convém enfatizar que o pensamento tem que estar em constante diálogo com o real, isto é, as categorias são apreendidas a partir da realidade, da observação empírica do movimento histórico concreto (QUIROGA, 1991; PONTES, 1997)

4. Referencial Teórico:

4.1. O direito de ter direito

Após uma perquirição nos manuscritos da autora Hannah Arendt, constata-se que ela não faz uma menção especificamente no vocábulo "cidadania", todavia, ela deixa um categórico trabalho a respeito do tema. Diante disto, em seu livro *Origens do totalitarismo*, a autora utiliza-se da expressão "o direito de ter direitos" para argumentar que, apenas pode-se considerar cidadão quem possui um direito moral de ter direitos legais, e isso só é possível se esse homem estiver inserido em uma nação, à qual ele poderá reivindicar essa tutela. Caso contrário, apenas resta-lhe sua condição de ser humano, nada a mais, não lhe cabe mais ter vontades, e principalmente, não tem mais voz - não tem mais ação nem discurso. Nas palavras de Celso Lafer:

“[Da] análise da condição do apátrida Hannah Arendt extraiu a conclusão de que, num mundo como o do século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o status civitatis significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território.” (LAFER, 1988, p. 147)

4.2. Direitos humanos

No mesmo livro Hannah Arendt disserta a respeito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do século XVIII, em que se tratando de um típico documento elaborado no período iluminista, na França, traz para o homem a responsabilidade de garantir esse “direito humano”, não se trata mais de um direito natural (negando assim a natureza) e não se trata mais de um direito dado por Deus (como acontecia com a monarquia). Com isso, os apátridas, ao perderem seus direitos à nacionalidade, perdiam também seus direitos humanos, mesmo sendo, em teoria, inalienáveis, irrevogáveis e invioláveis, pois não tinham mais uma nação para resguardá-los e não restava-lhes nenhum direito a ação nem a opinião, apenas sua condição humana, ou seja, perdiam sua cidadania. Destarte, percebe-se que o Direito do Homem está intimamente ligado à cidadania, pois a cidadania carrega consigo o dever moral, que é o que pleiteia o direito legal. Em outras palavras, cidadania é um conjunto de direitos que garante ao indivíduo a participação efetiva na condução dos negócios públicos de sua comunidade política. Consoante Hannah Arendt:

“O homem do século XX se tomou tão emancipado da natureza como o homem do século XVIII se emancipou da história. A história e a natureza tornaram-se, ambas, alheias a nós, no sentido de que a essência do homem já não pode ser compreendida em termos de uma nem de outra. Por outro lado, a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia reguladora, tomou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a "humanidade" assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. Nada nos assegura que isso seja possível.” (ARENDDT, 1989, p.332)

4.3. Vida Activa x Vida Contemplativa e Cidadania Grega x Cidadania Contemporânea

Na obra “A condição humana”, a autora faz uma reflexão sobre o conceito de *vita activa*, que compreende exatamente esse fazer (ação) e falar (discurso) que caracteriza a cidadania. Nesse sentido, percebe-se uma troca de utopias, na modernidade pode-se localizar os valores utópicos no tempo e no espaço e acontece uma inversão da vida contemplativa para a vida ativa. O homem saiu de uma visão totalmente contemplativa na antiguidade, para entrar na dimensão da ação, ação humana, e essa ação se dá na cidade. Essa cidade é o ponto de encontro do saber, é a cena pública, expressão simbólica da liberdade, da dignidade da pessoa humana, daí o conceito de cidadania, que vai, num momento histórico posterior, informar o ideal moderno de Justiça com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, junto com a constituição Americana e Francesa. Sendo assim, percebe-se mais uma vez essa convergência entre a cidadania e os Direitos Humanos, ou seja, segundo Hannah Arendt, quem não estiver englobado no primeiro, não estará no segundo. Nas palavras da autora:

A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. [...] Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. [...] Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. (ARENDR, 1989, p.330)

4.4. O Holocausto

E foi dessa forma que o regime nazista fez com as minorias, primeiro tirou-lhes o direito moral, o direito a ter uma nacionalidade, posterior e conseqüentemente, tirou-lhes os direitos dos homens, de ter voz, de ação. Dessa forma, apenas restando para esses seres humanos a sua própria condição humana, trancou-os em campos de concentração, campos de treinamento, câmara de gás, para aí sim tirar-lhes o resto de vida humana que ainda os cabia. Consoante Primo Levi em “É isto um homem?”:

Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa,, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento — pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência. Ficará claro, então, o duplo significado da expressão ‘Campo de extermínio’, bem como o que desejo expressar quando digo: chegar no fundo. (LEVI, 2013, p. 17)

4.6. O mal radical e a banalidade do mal

Ademais, em *Origens do totalitarismo*, a autora relaciona as ações sofridas nos campos de concentração com o mal radical, sendo a raiz de todo mal, o mal absoluto, que difere da visão kantiana, pela dimensão histórico-política oriunda do seu próprio tempo.

Todavia, ao assistir ao julgamento de Eichmann em Jerusalém, a autora se confronta com a sua teoria do mal radical. Ela chegou ao julgamento esperando ver em Eichmann o próprio mal radical, uma pessoa “desumana”, só que o que viu foi alguém completamente

“humano”, no sentido de que só lhe restava a sua condição humana pois percebeu que todo o seu poder de decisão, responsabilidade e juízo foi danificado. É nesse contexto que ela percebe a transposição do mal radical para o mal banal, um homem comum que pode produzir atos horríveis. A vista disso, nas próprias palavras de Eichmann, ele “apenas obedecia ordens”, nunca as questionou ou refletiu sobre elas, apenas as acatava, e é exatamente esse o problema, pois ele não consegue fazer com que a sua capacidade de julgar dimensione o tamanho da catástrofe que seus atos produziram. Ademais, como consequência do totalitarismo e de uma visão mistificadora da vida pública, esses atos culminam com a própria destruição da vida pública.

4.7. Sobre a Violência, em uma perspectiva Arendtiana

Na obra “Origem do totalitarismo” Hannah Arendt traz o conceito de Terror como uma nova forma de governo, principalmente referente ao tempo em que ela elabora tal obra. Já em “A condição Humana”, ela traz o estudo sobre do que é composto essa condição humana, e apresenta três pontos. O primeiro é o corpo criativo, a vida ativa, o Labor. Em segundo é o Trabalho, que difere de Labor por ser algo menos “braçal”, ativo, e mais criativo, que constrói o mundo. E por último a ação. Apenas com esses três itens, o ser humano consegue viver de forma livre, de acordo com a Autora.

Essa liberdade é o fato de se viver de uma forma em que nem se remete à condição natural do ser humano, da espécie humana, e nem em função da subsistência do trabalho. Dessa forma, permite ao homem conversar exatamente sobre essa condição em liberdade. Em outras palavras, é nem submeter-se à vontades e desejos, e nem em necessidades pessoais, e sim, viver de forma livre, é uma sociedade que pode ser semelhante biologicamente ou em costumes, mas é plural, seus indivíduos se diferenciam entre si.

No livro “A violência”, ela propõe uma questão, é muito grande a tentação em momentos instáveis, conflitantes, a legitimação, o carácter justo das reivindicações, de se aceitar práticas violentas como possíveis

meios de trazer para nós uma melhoria no mundo, é sobre esse risco que ela quer fazer questionar-se. Quando tem-se um momento de ruptura, podendo ser ele menos ou mais tenso, agressivo, contra o que a sociedade como um todo está rompendo? E quais são efetivamente as expectativas que pode-se ter após essas rupturas?

Para Hannah Arendt, até o momento da concepção do livro “A violência”, a questão conceitual entre poder e violência não se põe tão clara. Ora, como identificar o Poder dentro de um Corpo Político? Ou, o que é o Poder dentro de um Corpo Político? Prosseguindo, de acordo com a autora, o Poder é a capacidade dos seres humanos de agir em concerto, de conjuntamente fazer uma obra, isso é ter Poder. Dentro do âmbito da Política, Poder significa, dentro de um concerto, poder deliberar-se discursivamente sobre que mundo é esse e como deveria ser o mesmo. Nas palavras da autora:

Resumindo: politicamente falando, é insuficiente dizer não serem o poder e a violência a mesma coisa. O poder e a violência se opõem: onde um domina de forma absoluta, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder esteja em perigo, mas se se deixar que percorra o seu curso natural, o resultado será o desaparecimento do poder [...] Com essas considerações, não pretendo equacionar a violência com o mal; desejo tão somente salientar que a violência não pode originar-se de seu oposto, que é o poder, e que para compreendê-la pelo que é, teremos que proceder ao exame de suas raízes e sua natureza. (ARENDDT, 1969, p.35)

Essa deliberação, em vários momentos pode ter situações mais ou menos violentas, no mesmo sentido já trabalhado pela autora na obra “A condição humana”, que ela traz o nascimento como uma ruptura, e nesse sentido, é uma violência, todavia, não podemos vir ao mundo sem essa ruptura, sem essa violência. Assim sendo, essa ruptura é duplamente violenta, primeiro porque ameaça o mundo que está posto sem aquele ser que está nascendo, e segundo para aquele indivíduo que chega novo em

um mundo que não é novo, ele chega e não pode continuar com aquela plenitude individual. De acordo com a obra da autora:

A violência é um recurso enormemente tentador quando se enfrenta acontecimentos ou condições ultrajantes, em razão de sua proximidade e rapidez. Agir com deliberada rapidez vai contra a essência do ódio e da violência, porém, isso não os torna irracionais [...] Nesse sentido, o ódio e a violência que o acompanham – ainda que não seja esta uma regra geral figuram entre as emoções humanas “naturais”, e livrar o homem dessas emoções corresponderia a nada menos que desumanizá-lo ou mesmo castrá-lo. (ARENDETT, 1969, p.40)

Essa plenitude individual é no máximo uma fantasia, que com o tempo, demanda o melhor de cada, até que se consiga transformar esses instantes violentos e de ruptura na relação essencial para a experiência da pluralidade humana. Essa experiência é a relação entre como acolher uma novidade, ou seja, como produzir uma novidade e responsabilizar-se com ela de forma que ela ao mesmo tempo que mantém a sua condição de nova, não destrua aquilo que já está aí, afinal, essa natalidade vem desse mundo velho.

Destarte, dentro dessa arquitetura conceitual que ela vai pensar a relação entre o Poder e a Violência. Isto posto, o risco que se corre em alguns momentos nas experiências políticas (experiência política aqui trabalhado no sentido de corpo político, grupo, e não de disputa política) é de como viver essas experiências de forma que elas sejam de violência curta para obtenção de um fim claro, e em nenhum momento haja o risco de que ela (a violência) substitua aquele vínculo originário que fez com que as pessoas agissem em concerto. Em outras palavras, que a violência possa manter-se como estratégia necessária em alguns momentos, mas não o fim em si.

O Poder sim, enquanto Corpo Político, é um fim em si, pois ele não precisa se justificar, ele é legítimo. Diferente da Violência, que

sempre se exige dela um tipo de justificativa, precisa-se de uma razão para fazer uso dela.

De acordo com a autora, a sociedade, em função especialmente da força da burocracia do nosso corpo político, está sempre funcionando como uma espécie de ameaça para que seja possível fazer a distinção entre Poder e Violência, e em especial, viver essas experiências dentro da condição humana, humanamente. A questão para ela é essa possibilidade de se estar alerta para essa distinção e o significado dela na experiência humana. Parafraseando a autora:

Mais uma vez, não sabemos onde esses acontecimentos nos levarão, mas sabemos, ou deveríamos saber, que toda diminuição de poder é um convite à violência – quando pouco porque aqueles que detêm o poder e o sentem escorregar por entre as mãos, sejam eles o governo ou os governados, encontraram sempre dificuldade em resistir à tentação de substituí-lo pela violência.(ARENDR, 1969, p.56)

5. Resultados e Discussões:

Em virtude dos conceitos aqui apresentados, compreende-se que atualmente muitos “cidadãos” brasileiros, ainda que tenham como sua nação o Brasil e, pode-se dizer que, tenham direitos legais pois tem direito ao sufrágio, ainda assim, essa nação não lhes garante o direito moral, que vai além do direito legal ou de apenas votar, é o direito de ter voz, de ser considerado como cidadão. Entretanto, isso acontece pelo simples fato de esses cidadãos serem pobres e não terem condição de consumir em um país em que a cidadania se confunde com poder de compra.

E o ponto principal, observado por Hannah Arendt no julgamento de Eichmann, é a anulação do pensamento, que essa relação do totalitarismo com a banalidade do mal tiram tanto de quem executa a exclusão desses seres humanos da cidadania, como desses próprios cidadãos que apenas sobrevivem na sua humanidade. Outrossim, o mundo protegido jurídico depende da qualidade do mundo político, da qualidade

da *polis*, caso contrário pode tornar-se como o outro tipo de cidade já mencionado, o campo de concentração, onde tem hospital, moradias, refeitórios, só não tem política, pois essa cidade é feita para a morte, primeiro do cidadão, depois do homem.

Não se trata de considerar que um bom cidadão é aquele que simplesmente cumpre as leis. O que faz com que o exemplo do Eichmann seja importante para o tempo atual é o convite para a reflexão sobre a sociedade contemporânea e sua capacidade crítica, dialógica, enfim, sobre a sua dificuldade de pensar a dimensão de cidadania, ou do próprio corpo jurídico como parte da sua visão do coletivo, da vida comum. O que os gregos chamavam de “vida boa” é exatamente uma vida que não aniquila o homem, mas o protege pelas leis. Entretanto, uma sociedade que confunde o conceito de cidadania com o conceito de consumo, confunde a ideia de legalidade com a de cumprimento de leis, e que não está, de forma nenhuma, preparada para o diálogo sensível que deve fundar a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se assim que, diante da ideia apresentada por Hannah Arendt sobre cidadania, sendo o “direito de ter direitos”, o dever do cidadão vai além do sufrágio e do cumprimento das leis. Dessa forma, deve-se sempre buscar o pensamento e a reflexão, o questionamento e a ação. Mesmo em situações de desespero ou descrença, é importante fazer algumas distinções para compreender aquilo pelo qual cada indivíduo, de alguma forma, se identifica com o outro como sendo iguais, como pertencentes a um mesmo grupo. E é a partir desse esclarecimento, só então, que o homem será capaz de deliberar sobre a manutenção disso, ou fazer uma opção por uma ruptura e a construção de um novo mundo. E que a ruptura não seja ela um fim, mas que ela seja um passo para um

mundo diferente, em que naquele momento entende-se ser um mundo melhor.

É preciso ter consciência que viver na esfera pública é entender que todos são iguais devido a isonomia absoluta, e não entende-se igual aqui como uma população uniformizada, padronizada e massificada, não é essa acepção, é no sentido de iguais em direitos, iguais aos olhos do direito e da sociedade. Para Hannah Arendt o sentido da criação do direito é garantir essa igualdade, onde é o direito que permite a cada indivíduo a liberdade para praticar sua ação. Percebe-se assim, a ligação entre liberdade e igualdade. Conclui-se dessa maneira a importância de se pensar as leis, elas devem ser legisladas buscando essa igualdade, para ser possível viver a liberdade.

Em relação aos Direitos Humanos, devem permanecer válidos e ativados por uma esfera pública dialógica, pois só assim irão outorgar os direitos nele proferidos. Do contrário, no cenário atual, as minorias não terão proteção alguma.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. **A condição humana**. São Paulo. Forense Universitária, 1999.
- ARENDR, Hannah. **Da violência**. São Paulo. 1969.
- ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo. Companhia das Letras, 1999.
- ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo. Companhia das Letras, 1989.
- EGAS, Jose. **Dados sobre Refúgio**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> Acesso em: 25/10/2021
- GIACOLA JR., Oswaldo. Mal radical e mal banal. São Paulo. UNICAMP, 2011. Revista: O que faz pensar, nº 29.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre. L&PM, 2010.

- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo. Companhia das Letras, 1988.
- LEVI, Primo. **É isto um homem?** São Paulo. Rocco, 2013.
- LIMA, Telma; MIOTO, Regina. **Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica.** Santa Catarina. UFSC, 2007.
- MATTOS, João. **Índice de homicídios no Brasil é cinco vezes a média global, aponta OMS.** Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2018/05/geral/627930-indice-de-homicidios-no-brasil-e-cinco-vezes-a-media-global-aponta-oms.html> Acesso em: 25/10/2021
- OLIVEIRA, Cida. **Brasil está entre os focos emergentes da fome, aponta relatório da Oxfam.** Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2021/07/brasil-foco-emergente-fome-oxfam/>> Acesso em: 25/10/2021
- RAMOS, Emerson. **Para uma teoria da cidadania a partir de Hannah Arendt: Uma análise dos elementos estruturantes da cidadania.** Paraíba. UFPB.

O USO DOS DIREITOS HUMANOS COMO LEGITIMADOR DE AÇÕES BÉLICAS: UM OLHAR SOBRE O IRAQUE

Letícia Maria de Oliveira Borges¹⁹

Beatriz Magalhães Porfírio²⁰

Thomas Leonhard Fonseca de Siqueira²¹

RESUMO

Com a intenção de contribuir para o desenvolvimento dos estudos na área de direito internacional e de extrapolar as explicações unicasais do conflito travado no território do Iraque a partir da intervenção do Estados Unidos da América em 2003, esse artigo possui como objetivo realizar uma análise inicial da intervenção pela chave metodológica do sistema de Direitos Humanos como foco as decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Aliando à teoria de soberania do Estado iraquiano e dos artigos que concedem autorização para a intervenção, sobretudo, analisar os impactos da intervenção no território iraquiano e na região do Oriente Médio. Além de apontar a coexistência do discurso incoerente partindo dos EUA, caracterizado pelo uso dos Direitos Humanos na manutenção do equilíbrio na região do Oriente Médio, entretanto violá-los ao fazer intervenções não autorizadas pelo CSNU.

Palavras-chave: CSNU. Direitos Humanitários. Iraque. Intervenção. ONU.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do papel das Nações Unidas em relação aos conflitos ocorridos, principalmente no Oriente

¹⁹ Doutora em Direito e professora no curso de Direito e Relações Internacionais da Universidade Veiga de Almeida. E-mail: ticha_borges@yahoo.com.br

²⁰ Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Veiga de Almeida. E-mail: beatriz.m.porfirio@hotmail.com

²¹ Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Veiga de Almeida. E-mail: leonhardthomas@outlook.com

Médio, e, além disso, o porquê das ações dos Estados Unidos da América fracassarem ocasionando complicações no sistema internacional, sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o conflito ocorrido no Iraque e as ações que a ONU tomou a partir disso, usando como método científico casos concretos e a Carta das Nações Unidas, com base no papel do CSNU (Conselho de Segurança das Nações Unidas).

A fim de promover o estabelecimento e a manutenção da paz e da segurança internacionais, desviando para armamentos o mínimo possível dos recursos humanos e econômicos do mundo, o Conselho de Segurança terá encargo de elaborar, com assistência da Comissão de Estado-Maior a que se refere o Artº. 47, os planos, a serem submetidos aos membros das Nações Unidas, tendo em vista estabelecer um sistema de regulamentação dos armamentos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948. Art. 26, p. 4)

Dentro disso, buscamos investigar os ataques feitos no Iraque entre 2003 a 2021 de forma pontual para verificar quais medidas foram tomadas pela ONU, além disso, se os ataques foram legítimos e legal dentro dos parâmetros do Direito Internacional, tendo em vista o histórico americano no Oriente Médio ao longo dos governos que sucederam os de George W. Bush Jr.

Assim sendo, de conhecimento de todos, à parcialidade do CSNU em favor dos países permanentes pontuamos duas ações de demais países membros-permanentes para elucidar a análise do caso. Os casos mais famosos são os que envolvem a França e a Rússia, tal fato é respondido nas violações de Direitos Humanos, por esses atores internacionais, respectivamente.

Segundo o presidente francês (MACRON, 2021), “a França tem um papel, uma história e uma responsabilidade política em Ruanda. Ela tem um dever: O de olhar para história de frente e reconhecer o sofrimento que provocou no povo ruandês, ao privilegiar o silêncio em vez de examinar a verdade por tanto tempo” e “Somente aqueles que

sobreviveram àquela noite podem talvez perdoar, e ao fazer isso nos oferecerem o dom do perdão", disse o presidente francês. "Por isso, de forma humilde e respeitosa, estou ao lado de vocês hoje. Vim para reconhecer a extensão de nossas responsabilidades" disse Macron, em um memorial ao genocídio onde estão enterradas mais de 250 mil vítimas.

Sob a argumentação de que era necessário defender os Direitos Humanos da população russa na Crimeia, foram enviadas tropas que rapidamente ocuparam aeroportos e bases militares na província, com alguns poucos focos de resistência. Os militares ucranianos da região, em sua ampla maioria, aliaram-se a Moscou ou abandonaram a Crimeia. Em resposta, os estadunidenses e os europeus prometeram agir no sentido de punir a Rússia pela ação realizada, considerada ilegítima pelos governos ocidentais. (ALVES PENA, 2015)

Ambas as violações não houve uma sanção adequada para os países citados, sendo assim, a comprovação da imparcialidade da ONU e do CSNU (Conselho de Segurança das Nações Unidas) sobre os casos envolvendo países membros-permanentes o que se amplifica para o caso do Iraque que o presente trabalho tem como objetivo analisar.

Ademais, trazendo como a problemática do trabalho como o CSNU se mostra ineficiente e imparcial em determinadas situações, principalmente, quando as ações não autorizadas são de membros-permanentes do CSNU. Analisando todas as ações dos governos americanos após a invasão ao Iraque em Março de 2003 até o governo atual do presidente John Biden.

E para verificar este resumo expandido foram reunidos diversos estudos acerca do tema apresentado através de sites, resultados de pesquisas e dados coletados de pesquisas externas pelos serviços de ajuda humanitária no território iraquiano. Optou-se por uma abordagem de método qualitativa, de abordagem básica, já com relação à finalidade o método escolhido foi o exploratório.

Portanto, temos como pretensão de resultado a incoerência do maior organização intergovernamental na resolução e punição de países que infringe as regras que os mesmos são signatários, com o foco nos Estados Unidos da América na invasão ao Iraque e suas consecutivas

violações de direitos humanos e a ineficácia do Tribunal de Haia em impor sanções a esses países.

1. ATAQUES LIDERADOS PELOS EUA CONTRA O IRAQUE

A ocupação americana no Iraque que durou 8 anos teve início em 2003, durante o governo de George W. Bush. A coalizão liderada pelos Estados Unidos invadiu o Iraque com dois objetivos: derrubar Saddam Hussein e recuperar supostas armas de destruição em massa. A *Operation Iraqi Freedom* se encerrou em 2011, no governo de Barack Obama. Entretanto, ainda existem muitas incertezas quanto à legalidade da invasão americana no Iraque, bem como outros ataques pré e pós a operação em questão. Além disso, pode-se acrescentar denúncias de violações de Direitos Humanos por parte do exército americano.

Como abordado anteriormente na introdução deste artigo, uma intervenção militar internacional só é permitida pela ONU quando há um risco iminente ao Sistema Internacional, ou quando se configura como legítima defesa. Quanto ao primeiro caso citado, tal ação deve ser autorizada pelo CSNU através de suas resoluções - *Security Council Resolution*. Todavia, é possível analisar que os ataques e invasões lideradas e/ou executadas pelos EUA no Iraque, nem sempre foram de acordo com as SCR estabelecidas pelo CSNU. Observa-se também que várias operações americanas resultaram em violação de Direitos Humanos, infringindo a Convenção de Genebra IV e a Convenção de Haia.

Sabe-se que os EUA haviam feito ataques ao Iraque. Abaixo é possível observar cronologicamente, de acordo com o mandato presidencial, quais ataques foram esses, e se foram legítimos ou não de acordo com as *Security Council Resolution* do CSNU.

1.1.1. George H. W. Bush (1989 - 1993)

George H. W. Bush foi o 41º presidente dos EUA, responsável por ordenar a *Operation Desert Shield* que foi uma operação feita em resposta à invasão do Iraque ao Kuwait em Agosto de 1990. Essa operação foi autorizada pelo CSNU através do SCR 678, entretanto os EUA tomaram medidas contra o Iraque antes mesmo da resolução ser aprovada. Por isso Brian Frederking afirma que parece que os Estados Unidos estavam apenas buscando uma cobertura multilateral, algo que legitimasse as ações que já haviam sido tomadas, antes mesmo da autorização.

One controversial aspect of the Gulf War was whether the United States was simply getting multilateral cover for actions it had already decided to do. For example, the United States began a naval blockade of Iraq two weeks before the Council authorized enforcement of the economic sanctions. The United States also began a military buildup in the region – particularly sending troops to Saudi Arabia – months before the Council authorized the use of force. And when the Council did authorize force after a 15 January deadline for Iraqi forces to leave Kuwait (SCR 678), the resolution did not clearly specify whether it was authorizing collective security enforcement or endorsing an ad hoc alliance led by the United States²².(FREDERKING, 2007. p. 82)

²² Um aspecto controverso da Guerra do Golfo foi se os Estados Unidos estavam simplesmente obtendo cobertura multilateral para ações que já haviam decidido fazer. Por exemplo, os Estados Unidos iniciaram um bloqueio naval ao Iraque duas semanas antes de o Conselho [de Segurança] autorizar a aplicação das sanções econômicas. Os Estados Unidos também iniciaram uma escalada militar na região – particularmente enviando tropas para a Arábia Saudita – meses antes de o Conselho autorizar o uso da força. E quando o Conselho autorizou a força após o prazo de 15 de janeiro para as forças iraquianas deixarem o Kuwait (SCR 678), a resolução não especificou claramente se estava autorizando a aplicação da segurança coletiva ou endossando uma aliança ad hoc liderada pelos Estados Unidos (tradução nossa)

Além disso, em março de 1991 os Estados Unidos junto à Grã Bretanha e a França ordenaram uma Zona de Exclusão Aérea aos militares iraquianos, ao norte do paralelo 36. Entretanto, o argumento utilizado para legitimar os ataques, SCR 688, não invoca os poderes do Capítulo 7 da Carta da ONU. Tal Zona de Exclusão Aérea foi reiterada em 1992, ainda sem clara legitimidade.

Western countries offered two reasons why this was not military intervention into Iraqi internal affairs: (1) SCR 688 authorized it and (2) it was a short-term humanitarian intervention, and the UN would eventually take over the operation. The problem with the first argument was that SCR 688 did not invoke any Chapter VII powers. It could not be construed to have authorized the no-fly zones. And none of the postwar resolutions that did invoke Chapter VII powers mentioned Iraq's treatment of its own citizens. Both China and the Soviet Union pledged to veto any resolution authorizing Chapter VII action in northern Iraq to assist the Kurds. They were not ready to enshrine human rights with Security Council protection. The United States, Britain and France were clearly acting without Council authorization .²³(FREDERKING, 2007. p. 90)

²³ Os países ocidentais ofereceram duas razões pelas quais esta não foi uma intervenção militar nos assuntos internos do Iraque: (1) o SCR 688 autorizou e (2) foi uma intervenção humanitária de curto prazo, e a ONU acabaria por assumir a operação. O problema com o primeiro argumento era que o SCR 688 não invocava nenhum poder do Capítulo VII. Não poderia ser interpretado como tendo autorizado as zonas de exclusão aérea. E nenhuma das resoluções do pós-guerra que invocavam os poderes do Capítulo VII mencionava o tratamento dado pelo Iraque a seus próprios cidadãos. Tanto a China quanto a União Soviética se comprometeram a vetar qualquer resolução que autorizasse a ação do Capítulo VII no norte do Iraque para ajudar os curdos. Eles não estavam prontos para consagrar os direitos humanos com a proteção do Conselho de Segurança. Os Estados Unidos, Grã-Bretanha e França estavam claramente agindo sem autorização do Conselho. (tradução nossa)

Os Estados Unidos também utilizaram o argumento de “intervenção humanitária”, como forma de legitimar a Zona de Exclusão Aérea, entretanto Frederking afirma que “não houve coordenação inicial entre o esforço humanitário ocidental e as agências humanitárias da ONU” (FREDERKING, 2007. p. 90). Portanto, não houve uma mobilização em torno desse objetivo “humanitário”, e porventura no fim de maio o Iraque permitiu uma operação humanitária da ONU, o que tornou legítimo todo "esforço humanitário" até então (FREDERKING, 2007. p. 91).

1.1.2. Bill Clinton (1993 - 2001)

Bill Clinton foi o presidente responsável por ao menos 4 ataques americanos diretos ao Iraque. O primeiro deles foi em junho de 1993, que foi um bombardeio ao quartel general de inteligência iraquiana. De acordo com Madeleine K. Albright, representante permanente dos EUA no CSNU, essa medida foi legítima de acordo com o artigo 51 da Carta da ONU. Já que foi um ataque de *self-defense* em resposta à tentativa de assassinato em Bush em abril do mesmo ano.

The justifications offered by the United States for the use of force in the incidents prior to the June 1993 missile attack varied between unspecified provisions of Security Council resolutions and the ordinary right of self-defense of the forces policing the "no-fly zones".²⁴ By contrast, following its missile strike in June 1993, the United States claimed that it was acting independently of any mandate of the United Nations to use force, and that it was exercising its sovereign right of self-defense against Iraq, guaranteed to all States by Article 51 of the 1945 UN Charter.²⁴ (KRITSIOTIS, 1996)

²⁴ As justificativas oferecidas pelos Estados Unidos para o uso da força nos incidentes anteriores ao ataque com mísseis de junho de 1993 variaram entre provisões não especificadas das resoluções do Conselho de Segurança e o direito comum de autodefesa

Além disso, em setembro de 1996 os EUA fizeram um ataque a alvos militares no Iraque em resposta à movimentação das tropas iraquianas no *Safe Haven* curdo no norte do Iraque. “The United States did not seek UN authorization for the intervention, nor did it fully consult with or gain the support of the members of the Gulf War coalition.” (SYMES, Gavin A., 1997)

In the days following the intervention, the U.S. State Department offered various justifications and explanations for the U.S. military action, most of which invoked the legacy of the Gulf War. The State Department explained that the military intervention was necessary to protect U.S. national security, to contain an Iraqi threat to neighboring countries, to enforce general norms of international law, to protect Kurdish human rights, and to enforce UN Resolutions 688 and 678 and the no-fly zones established to protect the Kurds in the aftermath of the Gulf War. Regardless of the rationale offered, military intervention against a sovereign nation" is controversial under international law because it threatens to violate the sovereign rights of nations and to expand the traditional definition of acceptable use of military force." The litany of justifications offered by the State Department thus deserves careful scrutiny²⁵.(SYMES, Gavin A., 1997)

das forças que policiam as "zonas de exclusão aérea". ' Em contraste, após seu ataque com mísseis em junho de 1993, os Estados Unidos alegaram que estavam agindo independentemente de qualquer mandato das Nações Unidas para usar a força e que estavam exercendo seu direito soberano de autodefesa contra o Iraque, garantido a todos os Estados pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas de 1945 (tradução nossa)

²⁵ Nos dias que se seguiram à intervenção, o Departamento de Estado dos EUA ofereceu várias justificativas e explicações para a ação militar dos EUA, a maioria das quais invocava o legado da Guerra do Golfo. O Departamento de Estado explicou que a intervenção militar era necessária para proteger a segurança nacional dos EUA, conter uma ameaça iraquiana aos países vizinhos, fazer cumprir as normas gerais do direito internacional, proteger os direitos humanos curdos e fazer cumprir as Resoluções 688 e 678 da ONU e as áreas de exclusão aérea estabelecidas para proteger os curdos após a

Também, em dezembro de 1998 os EUA bombardearam instalações de armas iraquianas em resposta à recusa do Iraque em permitir inspetores de armas em territórios suspeitos. (FREDERKING, 2007. p. 87). Os americanos e britânicos dessa vez se justificaram dizendo agir de forma a cumprir a vontade do Conselho de Segurança, respondendo ao uso de “material breach” do Iraque e também antecipando e prevenindo futuros uso potencial de armas de destruição em massa pelo Iraque (FREDERKING, 2007. p. 118)

1.1.3. George W. Bush (2001 - 2009)

O primeiro ataque ordenado por Bush filho foi logo no seu primeiro mês de mandato, e como muitos outros, esse ataque foi em resposta à ofensiva iraquiana nas áreas de Zona de Exclusão Aérea.

Mr. Bush and his aides described the raid as routine, saying the United States and Britain were simply responding to Iraqi provocations, as they have repeatedly in the last two years. Since Mr. Bush took office on Jan. 20, American and British jets have struck targets in the southern zone three other times, most recently on Tuesday. They also attacked one in the smaller zone over northern Iraq.²⁶ (DAO; LEE MYERS, 2001)

Guerra do Golfo. Independentemente da justificativa apresentada, a intervenção militar contra uma nação soberana" é controversa sob o direito internacional porque ameaça violar os direitos soberanos das nações e expandir a tradicional definição de uso aceitável da força militar". A ladainha de justificativas oferecidas pelo Departamento de Estado merece, portanto, um exame cuidadoso (tradução nossa)

²⁶ Bush e seus assessores descreveram a operação como rotineira, dizendo que os Estados Unidos e a Grã-Bretanha estavam simplesmente respondendo às provocações iraquianas, como têm feito repetidamente nos últimos dois anos. Desde que Bush assumiu o cargo em 20 de janeiro, jatos americanos e britânicos atingiram alvos na zona sul três outras vezes, mais recentemente na terça-feira. Eles também atacaram um na zona menor sobre o norte do Iraque (tradução nossa)

Bush foi também o presidente que fez parte do mais conhecido ataque dos EUA contra o Iraque, *Operation Iraqi Freedom*, Guerra do Iraque, que iniciou em março de 2003. Esta operação foi autorizada pelo CSNU através do SCR 1511 que “[...] authorizes a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq [...]”²⁷. Isso porque o Iraque “ [...] was found to be in breach of U.N. Security Council adopted Resolution 1441 which “prohibits stockpiling and importing weapons of mass destruction (WMDs)”²⁸.” (OPERATION, 2020)

The Security Council again agreed to the United States request in return for some American concessions. On 16 October 2003 the Council authorized a multinational force in Iraq under “unified” (American) command (SCR 1511). While this provided political cover, few countries subsequently sent a significant number of troops to cooperate in the American occupation of Iraq. In return, the Council charged the Iraqi Governing Council – handpicked by the United States – to present a timetable for the drafting of a constitution, elections, and independence by 15 December 2003 ²⁹.(FREDERKING, 2007. p. 175)

²⁷ autoriza uma força multinacional sob comando unificado a tomar todas as medidas necessárias para contribuir para a manutenção da segurança e estabilidade no Iraque (tradução nossa)

²⁸ violou a Resolução 1441 do Conselho de Segurança da ONU, que “proíbe o armazenamento e a importação de armas de destruição em massa (WMDs) (tradução nossa)

²⁹ O Conselho de Segurança novamente concordou com o pedido dos Estados Unidos em troca de algumas concessões americanas. Em 16 de outubro de 2003, o Conselho autorizou uma força multinacional no Iraque sob comando “unificado” (americano) (SCR 1511). Embora isso fornecesse cobertura política, poucos países enviaram posteriormente um número significativo de tropas para cooperar na ocupação americana do Iraque. Em troca, o Conselho encarregou o Conselho de Governo do Iraque – escolhido a dedo pelos Estados Unidos – de apresentar um cronograma para o rascunho de uma constituição, eleições e independência até 15 de dezembro de 2003 (tradução nossa)

Essa intervenção durou 8 anos e custou a vida de 4 mil e 500 soldados americanos, por isso com todos esses ataques e ofensivas, em 2007 foi registrado o ano com mais mortes de soldados americanos, resultando na retirada das tropas. Vale destacar que nunca foram encontradas³⁰ as supostas armas de destruição em massa que o Iraque estava “em posse”.

1.1.4. Barack Obama (2009 - 2017)

Obama foi o 44º presidente dos EUA, ele foi eleito com o discurso de trazer as tropas americanas de volta pra casa. Assim, cumprindo com sua promessa em dezembro de 2011 às últimas forças combatentes dos EUA deixam o Iraque.

In July 2011, U.S. military officials announced that Iraq and the United States had begun negotiations to keep several thousand U.S. soldiers in Iraq past December 31, 2011, the date for withdrawal set in negotiations in 2008³¹. (AUGUSTYN, 2020)

Entretanto, isso não durou muito tempo. Logo em 2014 as forças dos EUA retornam ao Iraque para lutar contra o Estado Islâmico do Iraque e do Levante que tinham ocupado Mossul. Agindo de acordo com o capítulo 7 da carta da ONU utilizando da resolução do Conselho de Segurança SCR 2170, de 2014.

1.1.5. Donald Trump (2017 - 2021)

³⁰HEIN, Matthias. Guerra do Iraque, uma invenção americana. DW. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/guerra-do-iraque-uma-inven%C3%A7%C3%A3o-americana/a-43309906>

³¹ Em julho de 2011, oficiais militares dos EUA anunciaram que o Iraque e os Estados Unidos haviam iniciado negociações para manter vários milhares de soldados dos EUA no Iraque após 31 de dezembro de 2011, data para a retirada definida nas negociações em 2008 (tradução nossa)

O governo de Trump não fez muito quanto ao Iraque nos seus 4 anos, apesar de compartilhar da ideia de Obama para trazer de volta aos EUA os soldados americanos. Apenas dois acontecimentos relevantes acontecem durante sua presidência, que foram: em julho de 2017 quando Mossul é libertado do Estado Islâmico do Iraque e do Levante e em dezembro de 2018, que é quando o Iraque declara vitória contra Estado Islâmico do Iraque e do Levante.

1.1.6. Joe Biden (Desde 2021)

Apesar do desejo de retirar as tropas americanas do Iraque, Joe Biden permanece com aproximadamente 2500 tropas americanas no Iraque. Isso porque as tropas americanas são essenciais para conter a presença do Estado Islâmico. A presença americana no território iraquiano é atualmente importante para a estabilidade da região, veja o exemplo do que aconteceu no Afeganistão em 2021. “There are currently 2,500 US troops in Iraq focusing on countering the remnants of ISIL (ISIS). The US role in Iraq will shift entirely to training and advising the Iraqi military to defend itself³²” (ALJAZEERA, 2021)

2. DIREITOS HUMANITÁRIOS VIOLADOS

2.1.1. As Convenções de Genebra

As Convenções de Genebra são uma série de tratados formulados a partir de 1863, que buscam principalmente regular os Direitos Humanos na guerra - Direito Humanitário. No total foram feitas quatro Convenções de Genebra, sendo elas em 1863; 1864; 1906 e por fim em 1949. Ao longo dos anos e das convenções foi feita uma progressão quanto aos direitos defendidos, sendo cada vez mais abrangente e defensivo.

³² Atualmente, existem 2.500 soldados dos EUA no Iraque com foco em combater os remanescentes do ISIL (ISIS). O papel dos EUA no Iraque mudará inteiramente para treinar e aconselhar os militares iraquianos a se defenderem (tradução nossa)

A Primeira Convenção de Genebra, 1863, dizia respeito somente quanto ao tratamento dos militares doentes ou feridos (a partir dessa convenção que surge a Cruz Vermelha). A Segunda Convenção de Genebra, 1906, estende os direitos à marinha, âmbito naval. A Terceira Convenção de Genebra, 1929, tem ênfase nos prisioneiros de guerra, como por exemplo, tratar com humanidade, não torturar ou fazer pressões psicológicas, cumprir com obrigações sanitárias e alimentícias, etc. Por fim, a Quarta Convenção de Genebra, 1949 (pós Segunda Guerra Mundial), foca em prover proteção aos civis em tempo de guerra.

Além das quatro convenções, foram elaborados também 3 protocolos adicionais, o primeiro diz respeito à proteção dos civis afetados pelas hostilidades, o segundo diz respeito a conflitos não internacionais e o último se trata a respeito do emblema da Cruz Vermelha.

Portanto, pode-se observar que essa série de convenções e protocolos buscam defender e garantir o direito individual das pessoas envolvidas com os conflitos, isso marca a criação do Direito Humanitário. Essa “normatização” da guerra é então muito importante, porque através dela os Estados signatários podem e devem ser cobrados quanto às suas ações nas guerras que possam ferir o Direito Humanitário.

2.2. As Violações

Além da discussão quanto à legitimidade dos ataques americanos ao Iraque, existe também um debate quanto às possíveis violações de Direitos Humanitários, violações às Convenções de Genebra, o qual é signatário. No artigo “Human Rights Violations Under US Occupation in Iraq: An Analysis”, 2012, a reporter Noor-ul-Ain Khawaja destaca, com fontes, diversas violações aos Direitos Humanitários exercidas pelos Estados Unidos. A maioria das violações em questão são datadas do Governo de Bush, e todas configuram uma infração à Convenção de Genebra ou à Convenção de Haia. Podemos listar ao menos 5 infrações, são elas:

2.2.1. Assassinato em massa de civis

Em 2004 Fallujah, uma cidade do Iraque, foi atacada pelos Estados Unidos. Aproximadamente 4 a 6 mil pessoas foram mortas nesse ataque do “Operation Phantom Fury”. Isso portanto se configura como uma violação à Convenção de Genebra IV, artigo 146. Além disso, o Protocolo adicional, nos artigos 51 e 54 proíbe claramente ataques indiscriminados à população civil. E o artigo 23 da Convenção de Haia IV proíbe o uso de veneno ou material envenenado que possa causar sofrimento aos civis. (KHAWAJA, 2012)

2.2.2. Agressão a feridos de guerra

Iraquianos afirmam ter visto tanques de tropas americanas passarem por cima de feridos e soldados atirarem no resgate. Além disso, a *Iraqi Red Crescent* foi proibida de entrar na cidade para tratar as vítimas (KHAWAJA, 2012). Isso se configura como uma violação à Convenção de Genebra IV, artigo 20, que diz “Hospital ships entitled to the protection of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949, shall not be attacked from the land³³” (THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949)

2.2.3. Uso de armas químicas

Três soldados americanos de artilharia admitiram em uma entrevista para a "Field Artillery" que usaram fósforo branco em missões no Iraque. Além disso, 24 corpos carbonizados foram encontrados na área de bairros militares, Vítimas afirmam que soldados americanos entraram na área usando máscaras de gás. O que se configura como gás venenoso, logo isso foi uma violação ao Protocolo de Geneva, de 1925 assinado pelos EUA, no qual proíbe o uso de armas químicas.

³³ Os navios-hospitais com direito à proteção da Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, de 12 de agosto de 1949, não devem ser atacados de terra (tradução nossa)

2.2.4. Bombardeio a centros de ajuda

Centros de cuidado foram bombardeados, hospitais ocupados, funcionários presos, ambulâncias na cidade foram bombardeadas e as equipes de resgate foram impedidas de entrar na cidade para tratar dos feridos. Isso se configura como uma violação à Convenção de Genebra IV, artigo 18, que diz:

Os hospitais civis organizados para cuidar dos feridos, doentes, enfermos e parturientes não poderão, em qualquer circunstância, ser alvo de ataques; serão sempre respeitados e protegidos pelas Partes no conflito.

Os Estados que são partes num conflito deverão entregar a todos os hospitais civis um documento atestando a sua qualidade de hospital civil e provando que os edifícios que ocupa, não são utilizados para outros fins que, em conformidade com o artigo 19.º, poderiam privá-los de proteção.(Convenção de Genebra IV, art 18)

2.2.5. Uso de armas que possam causar lesões superficiais e danos severos para o ambiente

Documentos e estudos aponta o grande aumento de "defeitos de nascença" a partir do ano de 2004, crianças nascendo com cabeças múltiplas, dedos extras e cérebros danificados, além de uma maior recorrência de leucemia na infância, câncer de mama, tumores cerebrais e maior mortalidade infantil. Isso configura uma violação à Convenção de Genebra, artigo 35, protocolo I, que proíbe o uso de armas que possam causar lesões superficiais e danos severos para o ambiente.

Artigo 35.º

1 - Em qualquer conflito armado o direito de as Partes no conflito escolherem os métodos ou meios de guerra não é ilimitado.

2 - É proibido utilizar armas, projéteis e materiais, assim como métodos de guerra de natureza a causar danos supérfluos.

3 - É proibido utilizar métodos ou meios de guerra concebidos para causar, ou que se presume irão causar, danos extensos, duráveis e graves ao meio ambiente natural. (Convenção de Genebra, Protocolo I, Artigo 35)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto pode-se observar a partir dos dados apresentados que não houve somente uma operação americana no Iraque, houveram diversas operações e intervenções que feriram a soberania do Estado Iraquiano. Dentre essas operações, a mais famosa *Operation Iraq Freedom*, de 2003, não possui legitimidade clara perante ao Direito Internacional. Isso ao passo em que utiliza de diversas justificativas que se mostram inválidas a partir da análise dos fatos apresentados. Não obstante, os responsáveis pelos ataques utilizam também da justificativa de “intervenção humanitária” não só para uma operação realizada, mas para todas aquelas que não possuem legitimidade o suficiente e os argumentos necessários perante o direito internacional. Entretanto, mesmo assim esses Estados responsáveis, como é o caso dos Estados Unidos e Reino Unido, não sofrem nenhum tipo de punição, nem mesmo pela ONU.

Vemos então que estar na posição de um dos 5 permanentes pode se configurar como um passe livre de punições, pois são esses quem ditam as regras. O CSNU serve para mostrar como a distribuição de poder pode afetar na capacidade dos Estados e nas possibilidades de atuações, tudo isso enquanto vidas são perdidas a troco de guerras desnecessárias e atores impunes. Desta forma, a discussão para que haja uma reforma no Conselho de Segurança da ONU deve ser levada adiante para que dentro

da ONU e principalmente no CSNU tenha maior pluralidade e seja um ambiente democrático. Portanto, a reforma que vários países reivindicam, principalmente, o Brasil se mostra extremamente relevante e essencial.

REFERÊNCIAS

- ALVES PENA, Rodolfo F. **Questão da Crimeia**. 136. Ed. 20 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/mundoeducacao.uol.com.br/amp/geografia/questao-crimea.htm>. Acesso em: 29 ago. de 2021.
- AUGUSTYN, Adam. Iraq War, The surge. **Britannica**, 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Iraq-War/The-surge>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BARBOSA, Lucas; HENRIQUE, Luiz. **AS CONVENÇÕES DE GENEBRA E O ESTATUTO DE ROMA: NORMAS DE EFEITO MORAL?—THE GENEVA CONVENTIONS AND THE ROME STATUTE: RULES OF MORAL EFFECT?**. Revista da SJRJ, v. 17, n. 28, p. 289-318, 2010.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais**. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>. Acesso em: 14 set. 2021.
- DAO, James; LEE MYERS, Steven. Attack on Iraq: The overview; U.S. And british jets strike air-defense centers in Iraq. **New York Times**, 2001. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2001/02/17/world/attack-iraq-overview-us-british-jets-strike-air-defense-centers-iraq.html>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- DW. **Macron admite responsabilidade da França no genocídio de Ruanda**. 110. ed. 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/amp.dw.com/pt-br/macron-admite-responsabilidade-da-fran%25C3%25A7a-no->

- genoc%25C3%25ADdio-de-ruanda/a-57688970>. Acesso em: 9 out. 2021.
- FREDERKING, Brian. **The United States and the Security Council: Collective security since the cold war**. Routledge, 2007.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS . **The Geneva Conventions Of 12 August 1949** Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2021
- INTERNET ARCHIVE. **High Contracting Parties to the Geneva Protocol**. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20081222083230/http://www.sipri.org/contents/cbwarfare/cbw_research_doc/cbw_historical/cbw-hist-geneva-parties.html> . Acesso em: 28 ago. 2021.
- KHAWAJA, Noor-ul-Ain. **Human Rights Violations Under US Occupation in Iraq: An Analysis**. Pakistan Horizon, v. 65, n. 3, p. 59-83, 2012.
- MARS, Amanda. EUA acertam com o Iraque o fim de sua missão de combate, 18 anos depois da invasão. **El País**, Nova York. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-07-26/eua-acertam-com-iraque-o-fim-de-sua-missao-de-combate-18-anos-depois-da-invasao.html>, Acesso em: 18 dez. 2021.
- ONU. **Carta das Nações Unidas. 1945**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>>. Acesso em: 19 nov. de 2021.
- OPERATION Iraqi freedom. **Naval History and Heritage Command**, 2020. Disponível em: <https://www.history.navy.mil/browse-by-topic/wars-conflicts-and-operations/middle-east/operation-iraqi-freedom.html>. Acesso em: 12 jan. 2022
- SYMES, Gavin A. **Force without law: seeking a legal justification for the September 1996 US Military intervention in Iraq**. Mich. J. Int'l L., v. 19, p. 581, 1997.
- US combat forces to leave Iraq by end of year, Biden says. **Aljazeera**, 2021. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2021/7/26/biden-kadhimi-seal->

agreement-to-end-us-combat-mission-in-iraq. Acesso em: 10 jan. 2022.

DIREITO, LITERATURA E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: *Incidente em Antares* de Érico Veríssimo no Ensino Jurídico

Denise Mercedes N. N. Lopes Salles³⁴
Rodolpho da Silva Messias³⁵

Palavras-chave: Literatura e Direito. Ensino Jurídico. Direitos Humanos. Incidente em Antares. Érico Veríssimo.

INTRODUÇÃO

A partir da noção de crise do ensino jurídico na contemporaneidade, novas perspectivas têm se mostrado válidas na tentativa de se modernizar e humanizar a forma como se analisa, reflete e compreende o Direito. Dentre os principais fatores que mais contribuem com a problemática, destacam-se o excesso de dogmatismo e a rigidez do saber jurídico formal (KANT DE LIMA, 2008, s/p).

O próprio dia a dia do jurista, seja ele advogado, defensor público, promotor de justiça, juiz de direito, serventário dos tribunais, entre outros, faz com que sejam raros os momentos nos quais a dogmática, a

³⁴ Doutora em Ciência Política pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis - UCP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas Novas Fronteiras. Professora e Presidente da Comissão Própria de Avaliação do UniLaSalle-RJ. Editora da Revista Conhecimento & Diversidade. E-mail: denise.salles@ucp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1594102305404307>

³⁵ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios de Belo Horizonte. Graduação em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá. Advogado e professor. E-mail: rodolpho.42140019@ucp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1139795099503669>

precisão e a rigidez da letra da lei e suas interpretações possam ser flexibilizadas. O fazer jurídico, nesse sentido, mostra-se engessado, austero, e até mesmo afastado da realidade de determinados casos concretos.

Diante dessa perspectiva, a interdisciplinaridade entre direito e literatura mostra-se proveitosa e frutífera como uma das ferramentas capazes de despertar, no operador do direito, o aguçamento do senso crítico, ético e a capacidade de reflexão diante de situações-problema, mormente aquelas que envolvem arbitrariedades em torno da aplicação da lei e da efetivação dos Direitos Humanos. A imbricação entre direito e literatura, como será analisado, permite, ademais, ao jurista o olhar mais sensível diante de uma miríade de casos concretos, uma vez que lida com pessoas, problemas e angústias.

No presente trabalho, analisar-se-á a interdisciplinaridade jurídico-literária com base em um romance nacional, a obra *Incidente em Antares*, de Erico Veríssimo, publicado em 1971. Desse ponto de partida, analisar-se-á o momento em que o autor é tradicionalmente vinculado na historiografia literária nacional, quer seja, o Romance de 1930, observando-se que muitas das marcas da prosa de ficção dessa época são levadas até a obra em apreço, publicada pelo menos quatro décadas depois. Com isso, perceber-se-á que o autor apresenta uma obra que, ao mesmo tempo em que se mostra como um ato de resistência – por conta do momento histórico em que é publicado e que serve como base para a crítica da narrativa, qual seja, o regime militar brasileiro (1964-1985) –, também herda o mesmo tom geral de pessimismo e de desilusão com a realidade que permeou a canônica produção da década de 1930.

Feito isso, passa-se para a análise das perspectivas jurídicas presentes na obra de Veríssimo em apreço, a fim de se concluir pela universalização de conceitos que são desenvolvidos em determinado espaço e tempo narrativos. Em outras palavras, *Incidente em Antares* retrata uma cidade fictícia em determinada época, mas que desenvolve práticas e arbitrariedades que são facilmente visíveis em todo o país desde sempre.

Em seguida, analisar-se-á os caminhos que permitem a imbricação interdisciplinar entre literatura e direito, destacando bases teóricas que enriquecem tal atividade hermenêutica. Serão analisados dois exemplos de atividades que conciliam ambas as áreas, objetivando a Educação em Direitos Humanos, na Universidade Católica de Petrópolis, bem como sua metodologia e os resultados obtidos. Trata-se de uma atividade de extensão no Curso de Direito, bem como uma mesa-redonda sobre Direito, Literatura e Justiça.

Concluir-se-á, diante do presente estudo, pela relevância da educação em Direitos Humanos, da imbricação entre direito e literatura e da modernização do ensino jurídico, no combate ao exclusivismo da dogmática, tão enraizada na área. A formação humanística do operador jurídico, em qualquer contexto social, deve ser uma das preocupações centrais das graduações em Direito, no afã de se melhor preparar juristas mais sensíveis e empáticos aos problemas e seus contextos, diante de cada caso concreto.

1. Erico Veríssimo, *Incidente em Antares* e o momento de sua prosa. Paralelos literários entre o Romance de 1930 e o momento da obra (1971).

Erico Lopes Veríssimo era gaúcho de Cruz Alta, nascido em 1905 e falecido em 1975. Chegou a trabalhar como secretário e redator da *Revista do Globo*, em Porto Alegre. Foi também professor universitário de literatura brasileira na Universidade da Califórnia, nas décadas de 1940 e 1950. Ganhou notoriedade com os trabalhos *Fantoche* (1932) e *Clarissa* (1933) (ABAURRE e PONTARA, 2005, p. 580). Apesar de a obra *Incidente em Antares* datar de 1971, o autor é representativo de uma das fases mais emblemáticas do Modernismo literário brasileiro, quer seja, o Romance de 1930. Como será lido, isso faz com que o espírito do Romance da primeira metade do Século XX possa ser reconhecido ao longo de sua obra.

Algumas fases de sua produção literária apresentam características que podem ser percebidas na obra a ser analisada neste trabalho, *Incidente*

em *Antares* (1971). A primeira fase de seu trabalho tem como fundamentação a construção do painel da burguesia gaúcha dos anos 1940 e 1950. A segunda fase é marcada pela investigação “da relação entre o presente degradado por crises e revoluções e o passado histórico marcado pelo heroísmo do povo gaúcho na defesa de seu território” (ABAURRE e PONTARA, 2005, p. 580). A terceira fase, momento no qual está inserido *Incidente em Antares*, traz como características a aproximação da literatura com os temas políticos e o tom de engajamento político-social.

Nas palavras de Maria Isabel Azevedo Assis (2013), “ao refletir sobre fatos nebulosos de nossa história, o autor revela sua posição diante do tema violência e abre caminhos para a discussão do texto ficcional e da própria história”. Isso é importante na compreensão da obra a ser comentada, uma vez que reforça a noção da importância da imbricação entre Literatura e Direitos Humanos, bem como é um argumento favorável à proposição do Ensino Jurídico interdisciplinar, a partir de textos literários. A partir do momento em que a narrativa ficcional mostra eventuais infrações aos Direitos Humanos, ela também alerta sobre situações que significariam sérias violações a esses.

Sinteticamente, sobre a obra, trata-se de uma “alegoria do Brasil da ditadura militar” (ABAURRE e PONTARA, 2005, p. 581).

O título faz referência a um incidente ocorrido numa sexta-feira 13: sete mortos da cidade de Antares deixam de ser enterrados por causa de uma greve de funcionários. Os cadáveres, fora de seus caixões, reivindicam o direito de descansar em paz. Representantes de diferentes classes sociais uma velha dama, um advogado, uma prostituta, um bêbado, um sapateiro anarquista, um pianista e um preso que morreu torturado), os defuntos transtornam os vivos com suas confissões (ABAURRE e PONTARA, 2005, p. 581).

O enredo de *Incidente em Antares* é por demais conhecido, até pelos que não leram o livro. Antares é uma cidade fictícia da região de fronteira do Rio Grande do Sul. Uma certa feita, os trabalhadores

locais, empregados de empresas multinacionais instaladas no município, entraram em greve. Para apoiar os colegas, várias outras categorias profissionais – inclusive os coveiros do cemitério local – aderem ao movimento. Em um dia particularmente azarado, sete pessoas morrem na cidade, e, em virtude da greve dos coveiros, não podem ser enterradas. Acabam sendo deixadas do lado de fora do campo santo, em seus caixões, para que se resolvesse a situação no dia seguinte. Durante a madrugada, entretanto, em uma surpreendente e fantástica virada de eventos, os sete mortos levantam-se e vão para a cidade exigir um enterro cristão. Como os habitantes parecessem não encontrar uma solução, os defuntos reúnem-se no coreto da praça, ao meio-dia, quando começam um verdadeiro julgamento dos vivos, expondo a todos a verdade sobre as práticas do poder local [...]. (RAMIRES, 2008, p. 241).

Interessante pontuar, neste item, que, em *Incidente em Antares*, são os mortos que acabam revelando a podridão, as mazelas e arbitrariedades cometidas pelos vivos. O fato de sete mortos denunciarem tais atos em praça pública chama a atenção para a noção do total estado de anomia no qual estão inseridos, por estarem fora de qualquer norma, social ou natural. Ademais, essa metáfora representa, também, a ideia de que os vivos, sentindo repulsa, ojeriza e asco pelos mortos em decomposição, acabam por não sentir isso pelos vivos, que praticam toda a sorte de atos ilícitos e imorais no seio da sociedade antarense. A propósito,

A máxima liberdade dos mortos, entretanto, não é apenas física, mas também moral. Mais do que a própria invulnerabilidade, é o asco que os vivos sentem dos cadáveres que desata todos os laços que uniam estes e aqueles. Dentre os sete finados, apenas os *outsiders* são bem recebidos pelos seus: a prostituta Erotildes, por sua colega de profissão Rosinha; o

bêbado Pudim de Cachaça, pelo parceiro de trago Alambique; o jovem agitador social João Paz, pela esposa Rita. Já o dr. Cícero surpreende sua mulher na cama com outro homem, apenas 24 horas após seu falecimento. E quem tem a pior recepção pós-morte é a matriarca dos Campolargos, D. Quitéria, que presencia, escondida, a ferrenha briga dos seus herdeiros em razão da partilha de bens, também, enquanto seu corpo ainda não havia esfriado” (RAMIRES, 2008, p. 242).

Sobre o momento histórico que Erico Veríssimo escreveu, o autor é tradicionalmente ligado ao Romance de 1930. Como dito, apesar disso, algumas características de suas obras afastam-se do regionalismo acentuado do momento literário, bem como também são percebidas como um fio comum ao longo de suas obras, a exemplo de *Incidente em Antares*.

Discorrendo sobre o certo pessimismo no futuro, que permeia o Romance de 1930 – e que pode ser de alguma maneira notado em *Incidente em Antares*, retomam-se, em linhas gerais, às lições de Luís Bueno (2015), citando o raciocínio desenvolvido por Haroldo de Campos. Entre o projeto da Geração de 1922 e o que efetivamente foi produzido pela Geração de 1930, estão os conceitos de *utópico* e *pós-utópico*. Ilustrando tais noções,

O projeto modernista nasceu em São Paulo e não há quem deixe de apontar o quanto do desenvolvimento industrial da cidade alimentou a esperança de que a modernização do país, quando generalizada, poderia até mesmo tirar da marginalidade as massas miseráveis. Em *Macunaíma* mesmo, o palco onde se dá o encontro prospectivo entre o início do desenvolvimento e o resgate da tradição ancestral é a cidade de São Paulo, lugar-símbolo dessa utopia modernista que deseja amalgamar numa feição presente de identidade nacional o passado que vale e o futuro que vai valer.

[...]

Esse tipo de utopia é possível numa mentalidade que percebe o Brasil ainda como um país novo – para retomar os termos empregados por Antonio Candido em “Literatura e Subdesenvolvimento”. Em certo sentido, a mesma crença alimentou os movimentos sociais que desembocaram na revolução de 1930. O resultado, no entanto, se revelou frustrante. Se é verdade que foram eliminados certos aspectos arcaicos da sociedade brasileira, também é verdade que foram apenas os que não podiam ser sustentados [...]. Quando se associa essa frustração local à mentalidade antiliberal que, como vimos, vai dominando a intelectualidade brasileira naquele momento, fica fácil perceber que a visão de país novo envelhece. Depois disso, olhar para o presente é ver um cenário não muito agradável – o que salta aos olhos é o atraso e a exclusão que a modernização já implementada não consegue cobrir. [...] A arte da década de 30 não poderá, portanto, abraçar qualquer projeto utópico e se colocará como algo muito diverso do que os modernistas haviam levado a cabo. É nesse sentido que se pode dizer que o romance de 30 vai se constituir numa arte pós-utópica (BUENO, 2015, p. 68).

Interessante aqui é o fato de que a distância entre o otimismo do *zeitgeist* da Geração de 1922 e a realidade apresentada pela Geração de 1930, amalgamados nesse momento literário, foi trabalhado por Veríssimo em *Incidente em Antares*. O subdesenvolvimento, as relações políticas e administrativas baseadas na pessoalidade e no coronelismo, o autoritarismo e a violação dos Direitos Humanos apresentados na narrativa refletem o verdadeiro lado do que a literatura veio apresentando desde o Romance de 1930, com certo pessimismo. Do otimismo de da geração de 1922, herda-se a necessidade de se pontuar uma Antares em visível progresso e ascensão, apesar do fatídico incidente de 13 de dezembro de 1963. “A julgar pelas aparências, pelo seu progresso

material visível a olho nu – novas indústrias e casas de comércio, mais ruas asfaltadas, serviços públicos melhores –, Antares é hoje em dia uma comunidade próspera e feliz” (VERÍSSIMO, 2006, p. 489). Reforça-se a passagem da travessia de Rita Paz, esposa do ativista João Paz (um dos sete mortos, por tortura na delegacia municipal, mas com *causa mortis* alterada), grávida, para o outro lado do rio, para terras argentinas.

Junto da balaustrada do coreto, João Paz parecia procurar com os olhos, ansiosamente, alguém ou alguma coisa. De súbito, surgiu numa boca de rua o pe. Pedro-Paulo, que lhe fez um sinal e gritou, sorrindo:

– A Virgem e o Menino já estão no Egito.

O rosto de Joãozinho como que se iluminou dum sol interior. (VERÍSSIMO, 2006, p. 449).

Ainda da realidade apresentada pela Geração de 1930, curioso é que *Capitães da Areia*, de Jorge Amado, “é o que está mais próximo de algo que poderia ser chamado de otimismo ingênuo” (BUENO, 2015, p. 72). Sobre o escritor baiano,

E mesmo assim, fica muito claro que a utopia da revolução se localiza num tempo mais distante, e depois de muita luta – portanto um otimismo nem tão ingênuo assim. O que salta à vista é o horror da hora presente, que precisa ser superado de alguma forma. É interessante notar como a melhor forma de obter essa superação é o ingresso na luta – mas a fuga não é de todo descartada” (BUENO, 2015, p. 72).

Das lições acima, transportando o que foi dito para o contexto de *Incidente em Antares*, verificam-se duas situações em comum.

Primeiramente, como dito, Erico Veríssimo, apesar de ter escrito o romance em debate em 1971, como homem do romance de 1930, também bebe da fonte da temática dessa época. Com *Incidente em Antares*, também sinaliza otimismo e resistência, por meio de uma

ferramenta bastante poderosa e latente no romance em comentário: o humor. “Se existe algo terrível que a supressão da liberdade provoca, é a impossibilidade de rir, a perda da alegria de viver” (BORDINI, 2006, p. 491). O humor que a obra desperta é aquele irônico, revelador mais das fragilidades e do medo do que o riso fácil (BORDINI, 2006, p. 490-491). Ademais, “e tudo, inclusive nos líderes da também ficcional Antares, nos é revelado por intermédio do olhar complacente e reflexivo do patriarca que contempla a prole, com bom humor e benevolência mas sem jamais perder o senso crítico” (BORDINI, 2006, p. 492). Ou seja, como ressalta Maria da Glória Bordini (2006), trata-se de uma obra que é, antes de mais nada, um “libelo para a liberdade”.

Segundo, a necessidade de superação do presente (ater-se-á, aqui, ao presente histórico, plano de fundo para a narrativa ficcional) é também pontuada no romance de Veríssimo. Após o incidente, tem-se a preocupação de superação do ocorrido, com o restabelecimento do *status quo*, ainda que, para isso, tenha que ser utilizada a força. Entretanto, por detrás da aparente paz social, há o uso de instrumentos típicos de regimes autoritários. O final da obra deixa claro que ainda não seria o momento de um novo embate pela liberdade (diferentemente do incidente, que as vozes que denunciam as mazelas e arbitrariedades, paradoxalmente, são vozes que não poderiam ser caladas), uma vez que as circunstâncias impostas pelo *establishment* político do momento, não permitiriam.

Interessante pontuar que a ironia, presente em *Incidente em Antares*, fora explorada também em outras obras do autor, situadas na Geração de 1930, a exemplo de *Caminhos cruzados* (1935), representativo da Primeira fase do autor. Isso corrobora o fato da perenidade – ou ao menos da intertextualidade – de temas e abordagens ao longo da obra de Veríssimo. Sobre o romance mais antigo, “a ironia, presente em todo o livro, não vem diretamente de uma voz que, posta acima das outras, julga as suas criaturas. É o que separa e o que aproxima essas criaturas que produz a ironia” (BUENO, 2015, p. 384). E essa mesma ironia acaba sendo também velada na obra mais atual, uma vez que o autor vale-se desse recurso como canalizador do humor que pode ser encontrado na obra, como dito acima. Além disso, percebe-se que o

uso da ironia vem, em *Incidente em Antares*, materializado pela máxima “Aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”.

Outro ponto que chama a atenção no Romance de 1930 e que também é explorado em *Incidente em Antares* e que é uma herança daquele momento é a questão da representatividade de tipos tradicionais e característicos da sociedade gaúcha, mas num diapasão de universalização dessas personagens. A exemplo disso, “Caminhos cruzados pode ser lido como uma tentativa de, partindo de Porto Alegre, construir uma representação ficcional bastante ampla da sociedade brasileira que incluísse o miserável, o pobre, o remediado, o intelectual, o novo-rico e o grande capitalista num mesmo espaço literário” (BUENO, 2015, p. 382). Falando de *Incidente em Antares*, cada um dos sete defuntos representa uma classe social diferente. Como consequência, o papel deles na sociedade representa a forma como o poder e a lei podem ser utilizados em favor ou contra determinados grupos sociais.

Quanto à perspectiva jurídica e humanística da obra,

Os romances de Erico Veríssimo, ao mesmo tempo em que falam do Sul, afastam-se do regionalismo mais estreito, em que os costumes particulares, o comportamento coletivo, as características próprias de uma determinada região interessam mais do que a reflexão sobre a relação entre o indivíduo e a sociedade. Para ele, o ser humano tem sempre importância maior (ABAURRE e PONTARA, 2005, p. 581).

E é exatamente essa característica o ponto de partida para a discussão da temática que permeia o presente trabalho: a imbricação entre a Literatura e os Direitos Humanos, na qual aquela serve como instrumento de denúncia social e de reflexões sobre problemas sociais e jurídicos eventualmente em curso. Ademais, a comunhão entre ambas as áreas também tem como ponto de vantagem a promoção e divulgação dos ideais acerca da Dignidade da Pessoa Humana, de maneira pedagógica e didática, na forma de narrativas. Por fim, extrai-se, especificamente, a

importância da discussão sobre Literatura e Ensino Jurídico. Incentivar a relação entre Direito e Literatura em disciplinas da graduação em Direito se coaduna com uma perspectiva educativa com vistas a afirmar a cidadania e a implementação de práticas sociais voltadas para a tolerância, o reconhecimento do outro, o respeito à diversidade, a solidariedade; valores éticos indispensáveis para a realização da dignidade humana no plano pessoal, social e político. Nesse cenário,

o [romance *Incidente em Antares*] de Veríssimo, por exemplo, é um dos primeiros romances da década [de 1970] a privilegiar a tarefa literária de constituir a memória por meio da recomposição do passado enquanto ruína, que, lembrada no presente, atualiza esse passado, fazendo ecoar seu grito no aqui e agora: modo, portanto, da literatura opor-se tanto ao esquecimento – sempre socialmente provocado – quanto à “história oficial” (FRANCO, 2003, p. 358).

2. Literatura e Direitos Humanos em *Incidente em Antares*

A obra *Incidente em Antares*, como mencionado anteriormente, representa, no contexto da produção literária de Veríssimo, uma verdadeira alegoria do poder político brasileiro dos primeiros anos da ditadura militar (1964-1985). Mais que isso, representa uma universalização do regional: “está ali a prática política de todos os tempos e de todos os lugares do Brasil, em um só tempo, uma dada sexta-feira, 13 de dezembro de 1963” (RAMIRES, 2008, p. 240).

Desnudando as práticas observadas nos membros dos poderes da cidade de Antares, bem como observando o desfecho da obra, percebe-se violações e deturpações de importantes institutos jurídicos e até mesmo de imperativos concernentes aos Direitos Humanos.

Antes de se pontuar os aspectos jurídicos da obra, cumpre reforçar o contexto histórico dos anos de 1970-1971. Como sabido, o misto de euforia, patriotismo e bem-estar trazidos pelo “milagre brasileiro” e pela conquista da Copa do mundo de 1970, em muito, ofuscavam todas as

arbitrariedades do regime militar, em especial, os anos do governo Medici. Prisões de opositores, exílio, tortura, entre outros, eram atos que representavam a realidade política e social do país no momento em questão. Isso pode ser atrelado ao fato de que, em Veríssimo, como dito, há um contraponto interessante entre diferentes caminhos que acabam se complementando e trazendo o plano de fundo da narrativa.

Percebe-se, na obra, a intenção de descrever, relatar o que estava sendo vivenciado no regime imposto, no que tange ao desrespeito latente dos Direitos Humanos e de Direitos e Garantias Fundamentais. Esse aspecto depõe a favor da importância da literatura na seara do ensino jurídico, como será analisado a seguir. O texto literário tem a capacidade de expor situações e arbitrariedades de forma mais clara e nítida, ainda que ficcional, chamando a atenção de maneira bastante simbólica mas eficiente para os problemas e violações que o Ordenamento Jurídico eventualmente possa sofrer. Dessa leitura, extrai-se a importância do papel do texto literário, uma vez que propõe reflexões sobre o passado e olhares sobre o futuro, além da tentativa de ilustrar, de forma representativa ficcional, problemas sociais e jurídicos eventualmente em curso. Como reforça Kant de Lima (2008, s/p), todo o afastamento do saber jurídico formal da realidade social pode contribuir com a hierarquização do operador do direito na sociedade, bem como gera um conhecimento difuso das normas e institutos jurídicos (o que a Literatura também contribui didaticamente para se combater), afora os problemas decorrentes do próprio bacharelismo, como menciona Sérgio Buarque de Holanda (1995).

Sobre as relações jurídicas presentes na obra, um dos itens que mais chama a atenção é o fato de o direito (personificado pelos juristas), muitas vezes, ser utilizado como instrumento para perpetrar atos que deveriam, ao contrário, ser por ele condenados.

São exemplos disso diversos ministros da justiça e ministros dos tribunais superiores durante o período de exceção, com destaque para Luiz Antônio da Gama e Silva, o autor civil do Ato Institucional n. 5, de 1968. Cícero Branco chama “tortura” de métodos especiais”,

e justifica: “como advogado, cultivo quando me convém o hábito do eufemismo” (RAMIRES, 2008, p. 244).

Ainda neste debate, cumpre mencionar que o direito, na obra de Veríssimo, também foi utilizado para ofuscar práticas de peculato e enriquecimento ilícito dos políticos locais, tudo acompanhado pela figura do advogado Cícero Branco. Mais do que isso, o próprio advogado também utilizou-se do direito na ocultação da verdadeira *causa mortis* do ativista João Paz, ou seja, tortura (RAMIRES, 2008, p. 244).

Na figura do juiz Quintiliano do Vale, há algo de foucaultiano, a partir do ponto em que tem ojeriza à ideia de uma sociedade com a menor flexibilidade da lei. Entretanto, “a ‘ordem’ que deixa tranquilo o dr. Quintiliano é a ordem de classe, na qual aos amigos tudo é permitido e a força (constituída ou não) é instrumento para a manutenção do estado da coisas” (RAMIRES, 2008, p. 246). Tudo isso reforça o paternalismo, o bacharelismo e a pessoalidade nas relações jurídico-administrativas, mormente na esfera pública. Ou seja, mais uma vez, a narrativa chama a atenção para uma utilização (e instrumentalização) do direito com finalidade diametralmente oposta ao que, em princípio, deveria ter. Nesse sentido,

A esquizofrenia da mensagem jurídica, então, é a mesma de Antares: a tolerância zero aos inimigos e a tolerância mil aos companheiros de casta. A dupla mensagem enviada pelo sistema penal ao cuidar dos crimes contra o patrimônio é a outra face do sincretismo abjeto entre os conceitos democráticos e outros autoritários, ao sabor do que convém em cada caso. Tome-se a desigualdade de condições econômicas entre os indivíduos, por exemplo. O discurso de isonomia constitucional como *topos* conformador da igualdade de oportunidades e da liberdade de imprensa institui um paradigma do *status* econômico-social a *meritocracia*. Significa dizer que vivemos em uma sociedade em que é o mérito individual (seja por talento, inteligência ou esforço)

que define a posição financeira e social dos seus membros. E isso justifica e legitima as diferenças individuais, livrando o “andar de cima” de qualquer culpa ou responsabilidade pelo estado do “andar de baixo” (RAMIRES, 2008, p. 248).

Na narrativa em apreço, essa discussão também reverbera na diferença de tratamento e na exclusão do Poder Público em relação à Babilônia, periferia de Antares, que se mostra esquecida, sem nenhum tipo de assistência jurídica, humanitária e etc. Tal discussão também ganha peso ao se trazer todos estes pontos para a realidade. Há, em muitos institutos e práticas jurídicas, grande diferença de tratamento entre as partes. A citar o exemplo do Processo Penal, percebe-se a nítida influência que o Código de Processo Penal de 1941 teve dos regimes totalitários europeus, em especial do Código de Processo Penal italiano de 1930 (MORAES, 2010, s/p). Nisso, a mitigação do discurso constitucional de isonomia fica bastante latente.

As relações jurídicas apresentadas (e, por que não, denunciadas) em *Incidente em Antares* deixam claro que o Direito, apesar de ferramenta de garantia da paz social, da solução de conflitos e da ordem constitucional, também pode ser utilizado em sentido diverso disso tudo. A obra também demonstra (e denuncia) as violações aos Direitos Humanos num contexto de regimes autoritários, numa escala local (fazendo-se um apanhado desde os tempos em que o Coronelismo e o duelo entre famílias rivais era a força motriz da política local) que pode ser ampliada para uma escala universal. E o papel da narrativa literária, num contexto como esse, é de fundamental importância, a fim de se mostrar que não é o que se espera do direito enquanto ferramenta para a obtenção da justiça social e da garantia dos Direitos Humanos. Nesse diapasão, começa-se a discutir a importância e o papel do texto literário na formação humanística e ética do jurista.

3. Literatura e ensino jurídico

A conexão entre a importância do texto literário e a sua participação na formação do jurista passa pelos estudos sobre Literatura e História e Literatura e Memória,

afinal, as obras de arte participam da sociedade e, nessa medida, da barbárie, pois esta não foi ainda superada: uma sociedade que permitiu o aniquilamento planejado de multidões afeta, como uma mancha indelével, toda configuração estética e converte em escárnio a obra que finge não ouvir o grito de horror dos massacrados. Essa situação desconfortável da literatura de nossa época exige dela dois aspectos fundamentais: a de lutar contra o esquecimento e contra o recalque, isto é, lutar contra a repetição da catástrofe por meio da rememoração do acontecido” (FRANCO, 2003, p. 353).

Dessa forma, reforça-se o importante papel didático e pedagógico do texto literário: lembrar para refletir e não repetir. No contexto dos regimes militares latinoamericanos, mormente o caso brasileiro, isso se confirma, de maneira que

com o aparecimento das ditaduras militares nos países da América Latina – como no Chile, na Argentina e no Brasil – que propiciaram o surgimento de novas ondas de catástrofe, as quais implicaram em políticas de extermínio premeditado de contingentes de opositores, em massacre dos humilhados, em supressão dos direitos civis, em tortura sistemática contra vítimas indefesas, em repressão e censura indiscriminada, em imposição de brutal sofrimento físico a considerável parte das populações desses países, entre outras atrocidades. Como consequência deste período truculento e sombrio da nossa própria história política recente, uma das questões que se impõe ao pensamento que, de um modo ou de outro, tenta se opor à versão oficial dos acontecimentos – ao contexto

de ofuscamento que a reveste – é a de investigar como a produção cultural – particularmente a literária – configurou essas atrocidades perpetradas à época da ditadura militar no país (1964-1985) e como reagiu – literariamente, é claro – a elas” (FRANCO, 2003, p. 353).

Nessa conjuntura, o papel do romance, em especial a obra *Incidente em Antares*, é o de chamar a atenção do público, ainda que sob a égide da censura oficial, para os acontecimentos e atrocidades praticadas. “Tal produção serve para negar certa visão que insiste em afirmar que nos anos 1970 a produção literária foi coibida pela censura e que, deste modo, as gavetas permaneceram vazias” (FRANCO, 2003, p. 358).

O esgotamento do modelo tradicional de ensino do direito é objeto de análises no Brasil há, ao menos, duas décadas. Em paralelo à crítica e reformulação da formação de juristas no país, desenvolveu-se um movimento interdisciplinar que une o Direito à Literatura a partir de diversas perspectivas teóricas e metodológicas (JUNQUEIRA, 1998; TRINDADE, GUBERT e COPETTI NETO, 2008).

Roberto Kant de Lima (2008, s/p) aponta para problemas que podem ser vislumbrados no ensino jurídico atual, tais como o dogmatismo, o absolutismo e a rigidez desse saber. Ademais, apenas os fatos considerados como jurídicos, classificados dessa forma por critérios extremamente intrínsecos à dogmática e à rigidez do saber jurídico, é que seriam relevantes ao Direito, merecendo, assim, o ingresso nessa seara (KANT de LIMA, 2008, s/p).

Diante dessa situação, caso essa perspectiva seja considerada como absoluta, o que é ainda a visão majoritária por parte de operadores do Direito e professores, a Literatura e suas implicações estariam completamente excluídas do mundo do Direito. Entretanto, ao contrário do que se extrai do dogmatismo jurídico, “o Direito como integridade [...] abarca o Direito como uma atividade interpretativa, combina elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro. Interpreta a prática

jurídica como uma atividade dinâmica, o Direito em processo de desenvolvimento contínuo” (SENS, 2013, p. 11).

Dessa leitura, extrai-se a importância do papel do texto literário, uma vez que propõe reflexões sobre o passado e olhares sobre o futuro, além da tentativa de ilustrar, de forma representativa ficcional, problemas sociais e jurídicos eventualmente em curso. Como reforça Kant de Lima (2008, s/p), todo o afastamento do saber jurídico formal da realidade social pode contribuir com a hierarquização do operador do direito na sociedade, bem como gera um conhecimento difuso das normas e institutos jurídicos (o que a Literatura também contribui didaticamente para se combater), afora os problemas decorrentes do próprio bacharelismo, como menciona Sérgio Buarque de Holanda (1995).

Nesse sentido, debate-se a inclusão de obras literárias no ensino jurídico tanto como instrumento pedagógico quanto como realização ética da formação de juristas com vistas à promoção dos Direitos Humanos. Incentivar a relação entre Direito e Literatura em disciplinas da graduação em Direito se coaduna, ademais, com uma perspectiva educativa com vistas a afirmação de valores como cidadania, multiculturalismo, justiça social e pluralismo,; princípios éticos e políticos indispensáveis para a realização da dignidade humana..

A vivência da Literatura na formação em Direito permite, por fim, a crítica e o desvelamento das relações entre a estrutura política, as formas de poder na sociedade e suas relações com o Direito. Como afirma André Karam Trindade (2014, s/p):

se o direito aparece, historicamente, como um mecanismo de controle do poder exercido pelo Estado, a literatura ‘uma vez que se trata de uma expressão artística, muitas vezes de caráter subversivo, libertário e de vanguarda’ também pode constituir uma importante forma de denúncia e de resistência contra violações aos direitos humanos ou aos ideais democráticos.

A proposta deste trabalho, dentro desta perspectiva inovadora e crítica, surgiu de duas experiências de atividades de extensão no curso de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, que partiram do estímulo à leitura e o debate de textos literários para o aprofundamento de questões como: autoritarismo e discriminação racial no Brasil; violência e corrupção, assim como, ideologia e Direito. A primeira experiência foi um Curso de Extensão com o título Direito e Literatura, realizado no período de 3 (três) meses com encontros quinzenais no ano de 2018, cuja proposta foi de explorar as relações entre as violações de Direitos Humanos no Brasil a partir da leitura integral de obras literárias de autores brasileiros, a saber: Lima Barreto, Clarice Lispector, Lygia Fagundes Telles, Erico Veríssimo (com a obra Incidente em Antares), Monteiro Lobato e Graciliano Ramos. O debate foi estruturado em três eixos: Violência e dominação contra a mulher; Autoritarismo e discriminação racial e Infância, violência e autoritarismo.

A segunda experiência, uma Mesa-Redonda com o tema “Direito, Justiça e Literatura”, envolveu o debate da obra Incidente em Antares, de Érico Veríssimo, com os alunos do 1º e 3º períodos do curso de Direito do segundo semestre de 2020 como encerramento de disciplina que propôs e debateu leituras sobre as diferentes visões da relação entre Direito e Literatura no Brasil, assim como analisou contos e crônicas de outros escritores brasileiros.

A Mesa-Redonda “Direito, Justiça e Literatura”, promovida pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Petrópolis, em 24 de junho de 2021, foi uma oportunidade na qual os debatedores, nas pessoas da professora Dra. Denise Salles, da professora e doutoranda Paola Durso Angelucci e do professor e mestrando em Direito Rodolpho da Silva Messias chamaram a atenção dos discentes e demais participantes para toda a problemática aqui discutida, bem como foi colocada a importância do ensino jurídico multidisciplinar e interdisciplinar, trazendo o texto literário como forma de abordagem para a pontuação de eventuais problemas, arbitrariedades e violações à ordem jurídica e aos Direitos Humanos.

Dentro de uma proposta de educação em Direitos Humanos, essa perspectiva interdisciplinar tem como objetivo principal a apreensão da dignidade humana e dos direitos humanos a partir da experiência humanizadora da literatura. Ademais, o debate de obras literárias aproxima os discentes entre si, desenvolve a capacidade crítica e permite uma compreensão mais ampla do próprio Direito, assim como da sua inserção social e política, o direito como fato social.

Quanto à metodologia empregada nas duas práticas, bem como seus resultados, a proposta envolveu não apenas a inclusão de obras literárias na bibliografia das referidas ações, mas sim uma metodologia pedagógica dialógica e transformadora a partir da leitura, interpretação e correlação da narrativa literária com o Direito. Os debates ao entorno das obras selecionadas, acompanhado de um aporte teórico sobre ambas e sobre os temas, proporcionou que se despertasse nos discentes e demais participantes o senso de que, ao jurista, não interessa apenas a dogmática das leis, códigos e etc, mas a sensibilidade de lidar com situações delicadas, que envolvem pessoas e seus problemas, bem como de perceber eventuais contextos de violações e arbitrariedades.

Na perspectiva de Fábio Perin Shecaira (2018), a imbricação entre o texto literário e o Direito mostra-se bastante valiosa, a partir do momento em que contribui para que o jurista tenha um olhar mais atento e sensível aos problemas e imperativos sociais, chamando a atenção para problemas recorrentes, além da importância didática/pedagógica. Ademais, é inegável a contribuição da Literatura na consolidação e na difusão da reflexão e defesa dos princípios da Dignidade Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o caminho percorrido ao longo da historiografia literária, a partir do momento em que Erico Veríssimo ganha notoriedade como um dos representantes do Romance de 30, bem como o projeto literário desenvolvido por esse período, até a publicação da obra *Incidente em Antares*, em 1971, mostra a literatura como reflexo e modo de

transformação de momentos conturbados da história. Além disso, a perenidade das instabilidades sociais e políticas aponta que, apesar do traço de esperança que o Romance de 30 encarnou em seu projeto inicial (herdado da Geração de 1922), como demonstrado, logo seria substituída por uma análise mais racional, madura e realista (daí ser também conhecido como romance neorrealista). E isso ecoa no romance analisado no presente trabalho, ao mesmo tempo como resistência (investindo no humor sutil e na ironia), mas também como retrato de uma realidade jurídica e social de seu tempo.

Este trabalho procurou ressaltar o papel fundamental da Literatura no do ensino jurídico. Práticas como leitura comentada de obras literárias, filmes e textos ensaísticos sobre a literatura tem inegável contribuição na consolidação e na difusão da reflexão e defesa dos princípios da Dignidade Humana, tão importantes na formação do jurista e do cidadão

REFERÊNCIAS

- _____. Sobre Incidente em Antares: Um libelo pela liberdade. Posfácio. In: VERÍSSIMO, Érico. **Incidente em Antares**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- ABAURRE, Maria Luiza M., PONTARA, Marcela N. **Literatura brasileira: tempos, leitores e leituras**. Volume único. São Paulo: Moderna, 2005.
- ASSIS, Maria Isabel Azevedo. Incidente em Antares: violência e liberdade na representação ficcional de Erico Veríssimo. **Revista Literatura em Debate**. v. 7, n. 12, pp. 150-160. Disponível em: <<http://revistas.fw.uri.br/index.php/literaturaemdebate/article/view/1043>>. Acesso em: 26/jan/2021.
- BORDINI, Maria da Glória. Por trás do Incidente. Prefácio. In: VERÍSSIMO, Érico. **Incidente em Antares**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BUENO, Luís. **Uma história do Romance de 30**. 1. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Campinas: Editora da Unicamp, 2015.

- FRANCO, Renato. Literatura e catástrofe no Brasil: Anos 1970. In: SELINGMANN-SILVA, Márcio (org.). **História, Memória, Literatura**: O testemunho na era das catástrofes. Campinas: Editora da Unicamp, 2020, pp. 351-370.
- GINZBURG, Jaime. **Crítica em tempos de violência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2012.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Literatura e direito**: uma outra leitura do mundo das leis. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.
- KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel (Coord). Por uma antropologia do Direito, no Brasil. In: **Ensaio de Antropologia e de Direito**: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Editora: Lumens Juris, 2008, pp. 01-38.
- RAMIRES, Maurício. Um breve ensaio sobre a responsabilidade pessoal e social daqueles que julgam, legislam e governam, a partir do romance “Incidente em Antares”, de Erico Veríssimo. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (org.). **Direito & Literatura**: Ensaio críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, pp. 239-251.
- SHECAIRA, Fábio Perin. A importância da literatura para juristas (sem exageros). **ANAMORPHOSIS** – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 2, p. 357-377, disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/423/pdf>>. Acesso em: 27/ago/2021.
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura**: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008: “Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito”.
- VERISSIMO, Erico. **Incidente em Antares**. Prefácio Maria da Glória Bordini. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

OS DIREITOS DA NATUREZA E DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS E O (DES)CUMPRIMENTO DA AGENDA 2030 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Mariana Dias Ribeiro³⁶
Rafaela Tuyane Pereira Pinheiro³⁷

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar a Agenda 2030, firmada no âmbito da ONU, especialmente suas propostas voltadas à preservação do meio ambiente para, posteriormente, cotejá-la com as decisões mais recentes dos tribunais superiores do Brasil. A comparação entre as duas esferas normativas justifica-se pela necessidade de acompanhar não apenas o cumprimento das metas previstas na Agenda 2030, mas também investigar se tais metas se adequam à realidade brasileira. Como resultado, tem-se que a jurisprudência nacional mostra-se mais atualizada e coerente com um paradigma jurídico-ecológico protetivo da Natureza e dos animais não-humanos do que a Agenda 2030.

Palavras-chave: Direitos da natureza. Animais não-humanos. Agenda 2030.

INTRODUÇÃO

1. A AGENDA 2030

Em 2015, a Assembleia-Geral da ONU reuniu-se em Nova York para discutir e aprovar uma das normativas internacionais mais relevantes dos últimos anos, a Agenda 2030. Trata-se de um compromisso firmado pelos Estados-membros dedicado às pessoas, ao planeta, à paz e à

³⁶ Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social (Universidade Estácio de Sá). Email: marianadribeiro@yahoo.com.br, <http://lattes.cnpq.br/0761485721805013>

³⁷ Graduanda em Direito (IBMR). Email: rafipinheiro@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/4897306722794361>

prosperidade. Ela divide-se em dezessete macro objetivos, os chamados Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (doravante ODS). Tais objetivos alinham-se com a noção de que o desenvolvimento econômico e a prosperidade só serão alcançados se as nações investirem também em questões sociais como segurança alimentar, educação e preservação da natureza. Os 17 ODS são ainda subdivididos em 169 metas mais específicas, que visam facilitar o atingimento dos alvos mais amplos. Destaque-se que 2015 foi um ano de grande importância em matéria ambiental, pois foi também o ano em que se aprovou o Acordo de Paris sobre Mudança Climática.

Os 17 ODS são: eliminação da pobreza; eliminação da fome; promoção da saúde e do bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água limpa e saneamento; energia limpa e a preço justo; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução de desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; produção e consumo conscientes; ação climática; vida marinha; vida terrestre, justiça, paz e instituições sociais e parcerias para alcançar os objetivos.

Percebe-se que se trata de um compromisso ambicioso, que acumula atuação urgente em diversas frentes simultâneas. Para cumprir as 169 metas é permitido aos países adaptarem-nas, de forma a personalizá-las e ajustá-las à realidade interna de cada um, facilitando o processo. No caso do Brasil, o ente responsável por essa adaptação é o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Em mais de quinhentas páginas, o IPEA elaborou documento em que uma grande revisão das metas e dos ODS foi feita, resultando em várias especificações para o Brasil. Pode-se citar como exemplo o ODS 15, referente à manutenção dos ecossistemas e florestas, em que a primeira meta da Agenda 2030 é “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”. Essa grande meta foi desdobrada em duas, considerando a Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC) e seus

conceitos de áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanentes³⁸.

É importante destacar que a elaboração da Agenda 2030 surgiu como produto de um longo período de estudos sobre diversas áreas de conhecimento. Um dos conceitos norteadores desse projeto é o chamado período geológico do antropoceno. Com a publicação de um artigo, na revista *Nature* no ano 2000, pelo cientista holandês Paul Crutzen³⁹, passou-se a focar mais no que esse novo período representa para a humanidade (VEIGA, 2019, p.17). No pós-Segunda Guerra Mundial, o mundo passou por um período de enorme crescimento econômico e avanço tecnológico, a chamada Grande Aceleração, passando a produzir muitos bens e serviços, o que inevitavelmente contribuiu para um avanço mais predatório sobre a natureza. O impacto da atuação do homem sobre o planeta Terra foi tamanho e passou a ser tão avassalador que se tornou uma ameaça à sua própria existência e às demais formas de vida. Daí dizer-se que o antropoceno inaugura um novo período geológico: saímos do Holoceno, período que se inicia com a sedentarização do homem na agricultura e ação não agressiva, e entramos na era do domínio do homem sobre a natureza de forma predatória e ameaçadora. Como características

³⁸ As duas metas do IPEA são divididas em: 15.1.2 Até 2020, serão conservadas, por meio de sistemas de unidades de conservação previstas na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), e outras categorias de áreas oficialmente protegidas como Áreas de Preservação Permanente (APPs), Reservas Legais (RLs) e terras indígenas com vegetação nativa, pelo menos 30% da Amazônia, 17% de cada um dos demais biomas terrestres e 10% de áreas marinhas e costeiras, principalmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, assegurada e respeitada a demarcação, regularização e a gestão efetiva e equitativa, visando garantir a interligação, integração e representação ecológica em paisagens terrestres e marinhas mais amplas. 15.1.2br. Até 2030, assegurar a conservação dos ecossistemas aquáticos continentais e de sua biodiversidade, e fortalecer a pesca sustentável nestes ambientes, eliminando a sobrepesca e a pesca ilegal, não reportada e não regulamentada (INN) e eliminando subsídios que contribuem para a pesca INN. (BRASIL, Metas Nacionais do Desenvolvimento Sustentável, p.377)

³⁹Paul Crutzen foi vencedor do Prêmio Nobel de Química em 1995 por suas descobertas sobre a camada de ozônio. Atualmente é professor do Instituto Max Plank de Química, em Mainz, Alemanha (VEIGA, 2019, pp. 17 e 28).

do antropoceno temos a devastação das florestas, a poluição do ar, a acidificação dos oceanos, a perda de biodiversidade, as mudanças climáticas, o uso progressivo de combustíveis fósseis, o acelerado aumento populacional etc.

Nessa esteira, emerge outro conceito igualmente importante que é o de limites planetários. Esse conceito surge com a publicação, também na Revista *Nature*, porém em 2009, de um artigo intitulado “*A safe operating space for humanity*”, de Johan Rockström e outros 28 coautores sobre os efeitos causados pelo antropoceno. Um grave problema por ele ocasionado seria o desequilíbrio de todo o sistema de vida no planeta, conhecido como o Sistema Terra. Isso significa dizer que as condições biofísicas que permitem a existência humana estariam sendo violadas, e essas condições violadas seriam justamente os limites planetários, absolutamente imprescindíveis para a manutenção e o equilíbrio da vida. Conforme ensina Veiga (2019, p.74),

durante o Holoceno a mudança ambiental ocorreu naturalmente e a capacidade de regulação da Terra (ou do outras vezes também chamam de Sistema terra) manteve as condições que permitiram o desenvolvimento humano. Temperaturas amenas, disponibilidade de água doce e fluxos biogeoquímicos permaneceram dentro de um intervalo relativamente estreito. Agora, as atividades humanas atingiram um nível que pode danificar os sistemas que mantêm a Terra no desejável estado holocênico (...). Assim, as fronteiras planetárias representariam uma proposta de definição de precondições biofísicas para o desenvolvimento humano. Isto é, uma primeira tentativa de quantificar os limites fora dos quais o Sistema Terra não poderia continuar a funcionar em condições estáveis como as do Holoceno.

O conhecimento a respeito dessa nova realidade trazida pelo antropoceno e suas fronteiras planetárias já vem sendo utilizado como base para se repensar os modelos de crescimento econômico. A

economista britânica Kate Raworth, da Universidade de Oxford, é frequentemente citada e elogiada em eventos da área ambiental quando se trata da compatibilização da natureza com a prosperidade econômica. Ela foi a responsável por um projeto que criou, em 2017, a denominada Economia Donut (no original, *Doughnut Economics*), segundo a qual, atualmente, não se pode considerar apenas o PIB quando se fala em desenvolvimento. Outras variáveis precisam ser consideradas, e é neste ponto que surge seu diferencial: Raworth defende que há elementos sociais e limites planetários que são igualmente importantes para a sociedade, de modo que deve necessariamente haver um equilíbrio entre a produção de riquezas e exploração dos recursos naturais, como forma de viabilizar a vida na Terra. Do contrário, estar-se-ia diante de um quadro de iminente destruição das condições de habitabilidade do planeta. Algumas cidades europeias, como Amsterdã, já utilizam esse modelo na prática. É justamente nesse ponto que a contribuição da economia donut se mostra muito alinhada à proposta da Agenda de 2030, tendo servido inclusive de inspiração para esta. Para ilustrar sua proposta, a autora criou um gráfico que demonstra, em dois círculos concêntricos que lembram uma rosquinha donut, os limites ecológicos que não podem ser violados e o assoalho social que assegura um mínimo existencial digno e possível. No espaço entre esses dois círculos haveria o espaço possível para a existência de uma vida justa e segura para a humanidade. Alguns exemplos dos limites ecológicos são a poluição atmosférica, a mudança do uso da terra e a poluição química, enquanto exemplos dos limites sociais são saúde, educação e moradia.

Diante dessas mudanças na forma de pensar a economia em sua relação com a natureza, a ONU elaborou a Agenda 2030, tendo obtido grande apoio por partes da comunidade internacional. No Brasil, esses novos valores e novos direitos vão aos poucos sendo incorporados. No Poder Judiciário, tanto o STF quanto o STJ assumiram o compromisso de adotar de forma prática o conteúdo da Agenda 2030. No STF, há a resolução 710, de novembro de 2020 e no STJ, um comitê para implementar a Agenda. Já no CNJ, existe a Resolução 423, de outubro de 2020, que altera a Resolução 75/2009, inserindo a Agenda 2030 como

ponto obrigatório na disciplina Humanística nos concursos para magistratura estadual e federal, em um esforço de valorizar os conhecimentos dos ODS na prática judicante. Na Justiça Federal, foram criados os laboratórios de inovação e os centros de inteligência, que deverão propor alternativas para facilitar a implementação dos ODS na esfera federal.

2. A PROTEÇÃO LEGAL DA NATUREZA E DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225,⁴⁰ traz norma protetiva ao meio ambiente de

⁴⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

amplo escopo. Nele, há a consagração do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma preocupação com as presentes e futuras gerações. Há ainda um rol de incumbências do poder público, incluindo a preservação dos ecossistemas, a necessidade de apresentação por parte do particular de estudo prévio de impacto ambiental, a promoção da educação ambiental e a proibição de práticas que submetam os animais à crueldade. Contraditoriamente, o parágrafo 7º do artigo é o que destoa do tom protetivo dos demais, tendo em vista que permite a prática de tratamento cruel destinado a animais se isso se enquadrar no conceito de patrimônio cultural brasileiro. Cumpre sublinhar que o referido parágrafo é resultado de uma reação legislativa (efeito *backlash*), por meio da EC 96/2017, contrária à decisão do STF que havia proibido em sede de ADI a vaquejada no estado do Ceará e em todo o Brasil. Mediante esforço

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 jan. 2019.

empregado pela bancada ruralista no Congresso Nacional e diante da não vinculação do Poder Legislativo às decisões do STF em controle de constitucionalidade, houve um enorme retrocesso, permitindo que a vaquejada seja autorizada na Constituição, ainda que isso vá de encontro aos princípios ambientais e o bom senso. Outro ponto significativo é que a norma constitucional estabelece um papel essencial do Estado, como garantidor, com deveres de proteção, responsável pela proteção e promoção do meio ambiente como bem de uso comum do povo. Além disso, o meio ambiente ingressa na lista de direitos fundamentais de toda pessoa.

Antes mesmo da Constituição Cidadã, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 9.638/81) já era considerada “o marco normativo inaugural do Direito Ambiental brasileiro moderno” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p.118). Trata-se de lei exemplar para a época em que foi publicada, espelhando o tratamento que outros países davam ao meio ambiente, bem como valores contidos na Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente. Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 462-463) destacam que seu grande mérito reside em estabelecer

a integração e a sistematização da proteção jurídica dos valores ecológicos no sistema jurídico brasileiro, rompendo com a proteção fragmentária (...) Um passo importante diz respeito ao reconhecimento de bem jurídico ambiental, desvinculando assim a tutela ecológica da proteção de outros bens jurídicos.

Tem-se com essa lei, portanto, a criação de um bem jurídico autônomo, o que aumentou seu nível de proteção. Finalmente, mas sem esgotar todas as normas de proteção em matéria ambiental, pode-se citar a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), que tipifica o crime de maus tratos a animais, além de muitos outros.

3. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE SOBRE DIREITOS DA NATUREZA E DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) há um expressivo número de decisões que tratam dos direitos relativos ao meio ambiente. Para esta pesquisa, optou-se por selecionar aqueles julgados mais recentes, que trazem mudanças de paradigma jurídico, que se revelam uma forma mais atualizada de pensar a natureza ou que tratam de casos concretos de alta repercussão social. Antes de adentrar nos julgados, anote-se que os tribunais vêm adotando uma forma de julgar alinhada ao biocentrismo (ou ecocentrismo, para alguns). Cuida-se de uma forma de pensar em que a ideia central “é a de que todos os organismos vivos possuem valor intrínseco, são fins em si mesmos” (LOURENÇO, 2019, p.77), podendo ser do tipo não-igualitário ou igualitário, em que se autorizam gradações ou não do valor de cada forma de vida, respectivamente.

Poderiam ser citados inúmeros julgados, mas aqui abordaremos apenas alguns. No entanto, antes de aprofundar a discussão a respeito dos julgados mais relevantes para o objeto da pesquisa, faz-se necessário apresentar um panorama geral das decisões mais significativas dos últimos anos. Comum a todas elas há uma característica: todas oferecem um escopo de proteção mais favorável à natureza, favorecendo uma interpretação das leis e da Constituição que acobertem de modo efetivo o bem jurídico em questão.

Um dos julgados mais importantes é o RE 153.531/SC, recurso extraordinário em que o STF proibiu a Farra do Boi, tradição cultural altamente agressiva e violenta contra os animais. Trata-se de uma festa popular em que se dão choques elétricos em bois, que, submetidos à elevado nível de dor e estresse, são posteriormente soltos por ruas da cidade e perseguidos pela população a fim de torcer sua cauda e virá-lo com as patas para cima. Nesse tipo de evento, não raro os animais se ferem e acabam mortos, em uma clara afronta ao parágrafo primeiro do artigo 225, da Constituição Federal, que veda o tratamento cruel aos animais. Na

mesma linha de raciocínio, nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade 2514/SC, 1856/RJ e 3776/RN, foi banida a Rinha de Galo.

Pode-se mencionar também a ADPF 640, que proibiu o abate de animais silvestres ou domésticos apreendidos em situação de maus tratos. O STF entendeu que o correto é destinar os animais a instituições adequadas para o tratamento veterinário necessário ou, se possível, reintroduzi-los em seu habitat natural. Ainda no Supremo, nas ADIs 5995/RJ e 5996/AM, decidiu-se que não é permitido o uso de animais em testes de cosméticos nos estados do Rio de Janeiro e do Amazonas, caso leis locais assim o prevejam, pois se trata de norma mais favorável à tutela ambiental. Por outro lado, em uma polêmica decisão, o STF permitiu o sacrifício de animais em rituais de cultos e liturgias das religiões de matriz africana (RE 494.601/RS). Já no STJ, no reconhecido recurso especial 1.713.167/SP, o ministro relator, Luis Felipe Salomão, apresentou uma virada na leitura do direito civil, ao admitir a possibilidade de visitas a animal de estimação em situações de casais que se divorciem. Sabe-se que a visita é um instituto do direito de família e, ao admitir sua aplicação aos animais, ocorre um afastamento do *status* jurídico de coisa, normalmente oferecido aos animais.

Todos os julgados mencionados proporcionam um vasto e rico material para análise, porém aqui serão enfatizados os seguintes: (i) a ADI 4983/CE, por meio da qual a Vaquejada foi proibida e importantes valores foram desenhados, como a construção da noção de dignidade animal; (ii) o REsp 494.601/RS, que trata da dimensão ecológica da dignidade humana e apresenta uma paradigma jurídico-ecológico muito avançado em relação às demais decisões, às leis e à Agenda 2030; (iii) o REsp 1.115.916, que reconhece a senciência animal, característica que serve como um dos argumentos mais fortes para a admissão dos animais como sujeitos de direitos e sujeitos capazes de serem parte no processo, já que não são coisas e (iv) o agravo de instrumento 0059.204.56.2020.8.16.000, exarado pela 7ª Câmara Cível do TJPR, que acolheu o pedido da parte de autora de reconhecer os cães Spyke e Rambo no polo ativo da demanda, decisão esta inédita na história e grandemente festejada pelos advogados

animalistas, ainda que não oriundo de um tribunal superior, mas cuja relevância terá repercussão futura.

Inicialmente, cumpre lembrar que a ADI 4983, que declarou inconstitucional a prática da Vaquejada, foi superada pelo Congresso Nacional por meio da Emenda Constitucional 96/2017, como já afirmado antes neste trabalho. Assim é que, apesar de a decisão trazer argumentos importantes sob a ótica ecológica, ela já não mais se aplica por força do texto constitucional, de modo que a vaquejada, o rodeio e outras práticas recreativas culturais são permitidas. A EC 96/2017 é alvo de muitas críticas, como bem argumenta Aguiar (2021, p.224):

é flagrante a afronta à cláusula pétrea protetiva da equidade intergeracional, pela EC 96/2017, desvalorizando o comando do *caput*, sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, que combina a defesa animal por considerar os animais parte integrante do bem ambiental, na qualidade de “microbens” ambientais.

É importante notar que o voto do ministro Luis Roberto Barroso, por exemplo, é bastante didático ao frisar que a vaquejada se enquadra na situação de tratamento cruel, a qual é vedada pelo artigo 225, §1º, VII, da Constituição Federal. Além disso, o ministro enfatiza em seu voto a dignidade própria do animal, o que representa um grande avanço, tendo em vista que vê no animal um ser com dignidade autônoma, não instrumental, de valor intrínseco, um ensaio na direção de uma perspectiva menos antropocêntrica da natureza e mais ecocêntrica. O trecho a seguir é revelador da opinião do ministro:

portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o

valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie. (folha 18)

Como se percebe, a argumentação do voto é no sentido de reconhecer a dignidade própria do animal, ao suscitar o que o sofrimento animal importa *por si só*. O ministro acrescenta em seu voto que as características da prática desportiva e cultural da vaquejada são cruéis, causando inequívoco sofrimento físico e mental aos animais, sendo, portanto, incompatível com a norma constitucional.

O REsp 494.601/RS, de relatoria do ministro Og Fernandes, também representa uma nova forma de pensar a relação entre homem e natureza ao adotar um parâmetro ecocêntrico em suas razões de decidir. No caso concreto, o STJ decidiu, contrariamente ao pedido do IBAMA, que um papagaio criado em cativeiro por muitos anos pudesse permanecer com sua tutora, em vez de ser devolvido a seu *habitat* natural, devido à alta probabilidade de lá não conseguir se manter vivo. Em suas teses de argumentação, o ministro relator adota um posicionamento inovador e muito alinhado com o que há de mais moderno no tratamento dos entes naturais, como, por exemplo, a afirmação da dimensão ecológica da dignidade humana. Trata-se de conceito que admite que o direito a viver em um ambiente sadio e equilibrado é direito humano e direito fundamental. Para além disso, o ministro também reconhece direitos de titularidade dos animais não humanos e da natureza, recorrendo ao direito comparado para relacionar o caso à Constituição do Equador de 2008. Por fim, como se verá mais adiante, o tribunal rejeita o tratamento dado aos animais não humanos pelo Código Civil, alegando sua incongruência com a previsão constitucional do art. 225, da Constituição Federal (SARLET; FENTERSEIFER, 2020, p. 209). Com essa linha de raciocínio, se pode adiantar que os tribunais superiores já se mostram mais avançados na matéria do que a própria Agenda 2030, marcada por traços ainda

antropocêntricos e que vê na natureza mera fonte de recursos para o crescimento, ainda que seja um crescimento sustentável.

Ainda no STJ, no REsp 1.115.916, cujo relator foi o ministro Humberto Martins, decidiu-se que o sacrifício de cães e gatos em centros de controle de zoonoses deve se limitar a casos excepcionalíssimos, em que a saúde humana esteja ameaçada, mas ainda assim deve-se usar técnicas que amenizem ou inibam seu sofrimento, em atenção ao art. 225, da Constituição Federal. No entanto, o argumento mais destacado do acórdão é no sentido de reconhecer a senciência animal como um atributo inerente aos animais não humanos e como fundamento para não os considerar como coisas. Segundo o ministro,

não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais (...) condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável.

A partir dessa construção argumentativa, o ministro julgou contrariamente ao pedido do município de Belo Horizonte, que pleiteava o direito à discricionariedade do administrador de oferecer aos cães e gatos resgatados das ruas o tratamento que lhe aprovesse, por serem coisas abandonadas, podendo inclusive ser abatidos.

Por fim, embora não seja oriundo de um tribunal superior, cabe destacar o importante agravo de instrumento 0059.204.56.2020.8.16.000, exarado pela 7ª Câmara Cível do TJPR, em 2019. Trata-se de decisão inédita, em que pela primeira vez no Brasil reconheceu-se o direito de

animais não-humanos ocuparem o polo ativo de uma demanda judicial. O caso concreto é a situação de abandono pelo período de um mês em que dois cães, Spyke e Rambo, foram deixados por seus tutores em casa sozinhos, enquanto a família saiu para viajar. Com o passar dos dias, os cães ficaram sem água e comida, necessitando do auxílio voluntário dos vizinhos próximos que perceberam a situação de risco e invocaram a intervenção da ONG Sou Amigo. Devido ao abandono, os animais precisaram de atendimento veterinário, e um deles, de cirurgia. Por esse motivo, foi ajuizada uma ação de reparação de danos materiais e morais contra os tutores, com os cães como autores. No referido agravo de instrumento, seguindo o posicionamento dos tribunais superiores, o TJPR, em uma virada interpretativa das leis e da Constituição Federal, admitiu a possibilidade de os animais, sujeitos de direitos que são, ocuparem o polo ativo da demanda para cobrar a efetivação de seus direitos.

Os argumentos das advogadas de Spyke e Rambo, além de se referir aos conceitos de ecocentrismo e de dignidade animal, se fundaram em dois pilares essenciais: em primeiro lugar, defenderam que o CPC/2015 não trata da capacidade de ser parte, apenas da capacidade processual, esta em seus artigos 70 e 75. Para elas, a capacidade de ser parte é pré-processual, pois está contida na Constituição Federal, seja pela garantia fundamental da inafastabilidade de jurisdição do artigo 5º, inciso XXXV, seja pelo direito à dignidade contido no artigo 225. Em segundo lugar, a capacidade processual dos animais não humanos consta no §3º do art. 2º do decreto 24.645/1934, da Era Vargas, que prevê a representação dos animais pelo Ministério Público, por sociedades protetoras ou pelos tutores, de modo que o pedido poderia ser acolhido por estar de acordo com as normas do ordenamento jurídico. Há polêmica em relação a esse decreto, que teria sido revogado pelo decreto 11/1991, de Collor. Porém, defende-se que os decretos da Era Vargas tinham natureza jurídica de lei – tanto é que o decreto 24.645/1934 cria o crime de maus tratos a animais, e crimes sujeitam-se a reserva legal –, sendo insuscetível de revogação por um simples decreto. Nesse sentido, o decreto está em vigor, como sustentou a parte, e como anuiu o TJPR. Por fim, frise-se que, não obstante a suficiente argumentação nesse caso concreto, existe proposta de

alteração legislativa em trâmite no Congresso Nacional, no PL 145/2021, redigido pelo Núcleo de Pesquisas em Direito Animal da UFPR, no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito, sob liderança do juiz federal e professor Vicente de Paula Ataíde Junior, e aceito pelo deputado federal Eduardo Costa (PTB/PA). O projeto de lei tenciona incluir o inciso XII no art. 75 do CPC/2015 para constar expressamente que os animais tem capacidade processual e quem são os seus possíveis representantes. Embora seja uma decisão proveniente da justiça de 1º grau, certamente esse precedente servirá de paradigma para recursos a serem manejados pelas cortes superiores no futuro.

O que há em comum entre todas essas decisões é o foco na proteção da natureza e dos animais não humanos, em que os tribunais vêm adotando cada vez mais uma leitura biocêntrica da vida, permitindo que os direitos pleiteados sejam devidamente assegurados. O acesso à justiça e o direito de buscar a tutela jurisdicional são ferramentas essenciais para que se possa efetivar direitos e garantir uma vida mais justa e digna para a sociedade como um todo, uma vez a vida humana depende da integração com a natureza.

4. AS CONTRADIÇÕES EXISTENTES ENTRE OS DIPLOMAS LEGAIS: CÓDIGO CIVIL/2002, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 E O ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como já dito, o que mais caracteriza o ordenamento jurídico no tratamento dado aos animais não humanos e à natureza é a contradição. Por um lado, a Constituição Federal proíbe práticas cruéis e causadoras de sofrimento, bem como a preservação dos processos ecológicos essenciais. A partir da norma constitucional, a doutrina também reforça essa proteção por meio do princípio da vedação ao retrocesso ambiente e da proibição da proteção insuficiente, sem falar no dever de progressividade do Estado. Essa atribuição de direitos dá-lhes a condição de sujeitos ou titulares de direitos, os quais podem e devem ser materializados pela via do processo judicial. Daí dizer-se que há

contradição, pois o CPC/2015 não prevê a capacidade processual dos entes naturais, sendo omissivo no ponto. Não se trata, contudo, de um empecilho às demandas, uma vez que o decreto 24.645/1934, já referido neste artigo, supre a necessidade de fundamentação a respeito da capacidade dos animais não humanos, mas acaba por servir como elemento dificultador.

Por outro lado, o Código Civil, interpretado pela doutrina, considera os animais como coisas, os chamados bens semoventes, que se movem por força própria. É de se anotar que outros países, principalmente na Europa, alteraram sua codificação civil para afirmar que os animais não são coisas, em que pese não dizerem o que são. A doutrina explica que o Código Civil deve ser interpretado no sentido de conferir à noção de pessoa uma leitura mais abrangente, atribuindo aos animais a característica de ente despersonalizado, assim como o são a massa falida, a herança jacente e o condomínio, por exemplo. Dessa forma, os animais seriam considerados pelo próprio Código Civil sujeitos de direitos:

o sujeito de direito é um gênero, do qual é espécie: entes personificados (pessoas físicas e jurídicas) e entes despersonalizados (pessoas formais). Entretanto, não é sempre exigida a personalidade para se estar em juízo. Fica claro, então, que pela lei civil pátria, o sujeito de direito por vezes é pessoa, dotada de personalidade jurídica, outras vezes é somente uma entidade despersonalizada. Animais e outras entidades podem ser tratados como pessoas. (AGUIAR, 2021, p.269-270).

No Brasil, o projeto de lei 6.054/2019 (conhecido como “PL Animal não é coisa”) foi elaborado para alterar o *status* jurídico dos animais não humanos como “não coisas”, e mais, para definir o que são: sujeitos de direitos. O PL é de autoria dos deputados federais Ricardo Izar (PSD/SP) e Weliton Prado (PROS/MG) e visa pacificar a comunidade jurídica. Trata-se de iniciativa inovadora e que, sendo aprovada, inaugurará um novo capítulo no direito animal, assumindo um papel de

ineditismo no mundo nesse tema (ATAIDE Jr; LOURENÇO, 2019). Em relação aos demais elementos da natureza, tais como lagoas, rios e florestas, ainda não há previsão de alteração legislativa para expressamente conceituá-los como sujeitos de direitos, mas o direito comparado poderia servir como inspiração para futuras alterações, a exemplo da atual Constituição do Equador. Em 2011, a partir da indevida exploração das margens do rio Vilcambamba, foi ajuizada uma ação em nome do próprio rio, que logrou êxito e promoveu uma atualização na Constituição. Como ensina Aguiar (2021, p. 264),

ao ser julgada procedente a demanda, tornou-se legítima a possibilidade de se ter um rio como titular de uma ação, reconhecendo o mesmo como sujeito de direitos. Esse caso fez com que os direitos da natureza fossem incorporados à Constituição do Equador em 2008, passando a haver naquele país a tutela da natureza e da Terra agora já reconhecidamente por força constitucional como “possuidora de dignidade e direitos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Agenda 2030 é uma normativa internacional importante para a manutenção do crescimento econômico das nações e representa um enorme avanço na maneira como se pretende explorar a natureza e, ao mesmo tempo, respeitar seus limites para viabilizar a continuidade da vida na Terra. É inegável que houve um esforço científico significativo para adotar nela as premissas da realidade do antropoceno e dos limites planetários a fim de aumentar o nível de eticidade na conduta do ser humano diante da natureza.

No entanto, é preciso reconhecer também que a Agenda 2030 ainda deixa lacunas ao não mencionar formas práticas de proteção do meio ambiente, como o seu acesso à justiça para efetivar seus direitos pelo caminho da reparação ou da indenização, por exemplo. O que se observa

é algo mais aproximado a uma teoria, uma proteção que se limita ao discurso, sem descer à realidade do dia a dia. Ademais, a Agenda 2030 ainda apresenta um viés antropocêntrico alargado, em que os entes da natureza são vistos como recursos econômicos apenas, mas que devem ser respeitados pela humanidade. Há anos tem-se essa concepção de instrumentalidade, de recursos postos à disposição do homem, porém agora vê-se um certo avanço ao se defender um uso mais ético, mais voltado à sustentabilidade. Não deixa ser um avanço, mas ainda fica aquém do ideal, uma vez que não há qualquer menção ao valor intrínseco da natureza.

Em cotejo com as decisões recentes dos tribunais superiores brasileiros, a Agenda 2030 já vem se mostrando superada na questão do reconhecimento dos direitos da natureza, principalmente, dos animais não humanos. A jurisprudência do STF e do STJ tem se mostrado combativa, eficaz e muito protetiva, assegurando reiteradas vezes o cumprimento da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional diante de seu descumprimento. Por meio dessas decisões é que já se proibiram a vaquejada, as rinhas de galo e a eutanásia em centros de controle de zoonose, para citar apenas alguns exemplos. Algumas das teses mais recorrentes são a afirmação da dignidade animal, o reconhecimento da senciência e da condição de vulnerabilidade dos animais e o uso do princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental. Apesar de não ser um tribunal superior, deve-se lembrar que o TJPR, em pronunciamento inédito no país, reconheceu a possibilidade de animais não humanos serem parte em uma demanda judicial, caso que deve ser levado futuramente como paradigma para outras situações semelhantes aos tribunais superiores. Alguns ajustes ainda precisam ser feitos na legislação a fim de tornar as leis mais congruentes entre si, o que se busca por meio de projetos de alteração legislativa já em trâmite no Congresso Nacional. Espera-se que o legislador assuma esse compromisso, já bastante avançado no direito animal, estendendo-o expressamente aos demais elementos da natureza para que a sociedade possa se beneficiar de um meio ambiente equilibrado, com dignidade para todas as formas de vida.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Lúcia Frota Pestana de. *A questão animal e seu acesso à justiça: um paradoxo no direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.
- ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de. Subjetividade jurídica e direito dos animais: um caso para a extemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 15, n. 2, mai.-ago. 2020.
- ATAIDE JR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais Não São Coisas. *Conjur*, 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas>>. Acesso em 26 jan. 2021.
- BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 31 n. 1, jan./jun. 2011.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 jan. 2021.
- BRASIL. *Metas nacionais do desenvolvimento sustentável*. IPEA, 2018. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_d_e_adequa.pdf>. Acesso em 10 jan. 2021.
- LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual o valor da natureza: uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Editora Elefante, 2019.
- SÁ, Ana Carolina. *A dignidade da Terra: a natureza como sujeito de direitos e o papel do Poder Judiciário*. 2021. 152f. TCC (Pós-Graduação) – Pós-Graduação em Direito Público e Privado, EMERJ, Rio de Janeiro.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Renata Cristina Oliveira Alencar. Protection of rights of nature and the post-development

perspective. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 16, n. 1, jan.-abr. 2021.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; BORILE, Giovani Orso. A ideia de direitos da natureza. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 15, n. 1, jan.-abr. 2020.

SEÇÃO III - EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

CIDADANIA GLOBAL E INTERCULTURALIDADE NA FORMAÇÃO DE PROFESSORES: O Projeto COIL como oportunidade de internacionalização em meio à pandemia do Covid-19

Adriana Pires de Arezzo⁴¹

Angelina Accetta Rojas⁴²

Nicole R. F. de Almeida⁴³

RESUMO

Este artigo consiste em um relato de experiência que, a partir dela, discute a necessidade de internacionalização acadêmica nos cursos de formação de professores para a promoção de uma educação para a diversidade e para o diálogo intercultural, alinhada às necessidades globais. A experiência de intercâmbio acadêmico e cultural online sob o modelo COIL, ocorrida entre os cursos de licenciatura em Pedagogia de duas universidades do Brasil e do México, em meio ao período de pandemia do Covid-19 é apresentado e analisado sob as perspectivas da promoção da interculturalidade e da aquisição de habilidades e competências que vão além das cognitivas, mas que são capazes de promover a transformação social e o respeito à diversidade. O intercâmbio teve como projeto comum de investigação o direito à educação e os aportes de Paulo Freire e José Vasconcelos para o acesso à educação em seus países. O projeto de mobilidade internacional, alinhado às premissas de

⁴¹Doutoranda em Educação pela Universidade Federal Fluminense - UFF, mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro -IUPERJ; Professora do Unilasalle/RJ, e-mail: adriana.arezso@lasalle.org.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8060846708811610>

⁴²Doutora em Educação pela Universidade Federal Fluminense - UFF, Professora Adjunta do Unilasalle/RJ, e-mail: angelina.rojas@lasalle.org.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9767294179555558>

⁴³Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal Fluminense - UFF, Bacharel em Direito e acadêmica de Pedagogia pelo Unilasalle/RJ, integra o Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gestão e Políticas Públicas Educacionais– NUGEPPE UFF, e-mail: nicole.fortes@soulasalle.com.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8686228223958889>

educação para a cidadania global, promoveu a interculturalidade e ampliou o acesso à mobilidade acadêmica internacional aos estudantes.

Palavras-chave: Interculturalidade; Mobilidade Internacional Online; Formação de Professores; COIL.

INTRODUÇÃO

A crise sanitária global, ocasionada pela pandemia do Covid-19 provocou impactos significativos em todas as esferas da sociedade. Na educação superior brasileira não foi diferente, pois a necessidade forçada do isolamento social, iniciado em março de 2020 no Brasil, fez com que as instituições de ensino superior adotassem caminhos e estratégias criativas que permitissem a continuidade do processo de ensino e aprendizagem.

As Tecnologias de Informação e Comunicação - TICs passaram a ser ferramentas elementares para o ensino, possibilitando a criação de ambientes virtuais de aprendizagem e salas de aula online. Ao mesmo tempo que professores e alunos foram desafiados a utilizar rapidamente as TICs para diminuir os prejuízos provocados com a paralisação do ensino presencial, o uso de ferramentas digitais ofereceu oportunidades de aceleração da chamada *Global Classroom* e da internacionalização do ensino.

A Educação para a Cidadania Global - ECG tem recebido grande atenção e importância de organismos internacionais dedicados à educação e vem sendo fomentada como um modelo pedagógico que incorpora metas e práticas positivas de esforços anteriores para promover a educação para a cidadania, a educação global, a educação para os direitos humanos, a educação multicultural, a educação ambiental e a educação para a paz, fornecendo soluções educacionais capazes de abordar problemas globais não educacionais (ESTELLES e FISCHMAN, 2020). O relatório da UNESCO “Educação para a Cidadania Global: preparando alunos para os desafios do século XXI” reconheceu que diante de um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, é necessário adotar ações estratégicas para “equipar alunos de todas as idades com valores, conhecimentos e habilidades que sejam baseados e promovam o respeito

aos direitos humanos, à justiça social, à diversidade, à igualdade de gênero e à sustentabilidade ambiental" (UNESCO, 2015, p. 2). O documento ainda enfatizou que é necessário empoderar os alunos para que sejam cidadãos globais responsáveis, capazes de promover um mundo e um futuro melhores para todos.

O Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro - Unilasalle /RJ, na Declaração sobre a Missão Educacional Lassalista, afirmou que “como lassalistas, estamos atentos para responder criativamente às necessidades específicas do nosso tempo de forma colaborativa, uma vez que transcende diferentes culturas e divisões básicas como razão, gênero, língua e religiões" (2020, p. 18), o que demonstra o seu compromisso ético com as necessidades globais e, mesmo enfrentando impactos com o advento da pandemia do Covid-19, implementou um projeto acadêmico de mobilidade internacional online com outras universidades lassalistas, chamado de projeto COIL - *Collaborative Online Internacional Learning*. O projeto COIL promove o desenvolvimento de competências e habilidades relacionadas à Educação para a Cidadania Global e incorpora o diálogo intercultural como base de sua experiência educativa.

Como atores de atuação deste projeto em diferentes perspectivas, apresentamos neste artigo o relato da experiência vivenciada sob o modelo de mobilidade acadêmica internacional online COIL, relacionando-a com a Educação para a Cidadania Global, com a interculturalidade, e, como uma possibilidade de ampliação do acesso à internacionalização acadêmica, sobretudo aos estudantes que não podem realizar intercâmbios tradicionais, com mobilidade física e dispêndio financeiro. Este relato tem como objetivos específicos discutir a importância e benefícios da realização de intercâmbios acadêmicos e culturais durante a formação inicial de professores; apresentar o modelo COIL em sua estrutura como meio estratégico de viabilidade para promover a internacionalização e apresentar a experiência de mobilidade COIL vivenciada entre os grupos de alunos do curso de licenciatura em Pedagogia do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, Brasil - Unilasalle/ RJ e do curso de licenciatura em Educação da Universidade La Salle de Monterrey/ NL, México - CESLAS, analisando-o sob a

perspectiva da promoção da interculturalidade e da Educação para a Cidadania Global.

Para alcançar os objetivos propostos, este trabalho dividiu-se em três partes estruturantes, onde a primeira tece notas introdutórias sobre contextos, fundamentos e instrumentos normativos de políticas nacionais e globais que lançam luzes para a necessidade de abrir as portas das universidades para a promoção de um diálogo intercultural, com a internacionalização do ensino, sobretudo em relação aos cursos superiores de formação de professores. Na segunda parte, apresenta-se a metodologia COIL e o contexto de implementação nas universidades que compõem a Associação Internacional de Universidades Lassalistas - IALU. Já na terceira e última parte, é apresentada a experiência, desde a vinculação entre os dois grupos do Unilasalle/RJ e CESLAS, a criação do projeto de investigação pelas professoras, até a execução do intercâmbio e seus resultados, a partir de depoimentos pessoais de alunos participantes. O intercâmbio realizado entre Brasil e México elegeu um projeto de interesse comum para a investigação, relacionado ao direito à educação em ambos os países e resultou em uma exitosa experiência de mobilidade internacional online sem custo adicional para os estudantes; e dessa forma, o projeto de mobilidade internacional, alinhado às premissas de educação para a cidadania global, promoveu a interculturalidade e a internacionalização acadêmica na formação de professores.

1. Diálogos interculturais e mobilidade acadêmica internacional na formação de professores

A constante relação entre fenômenos culturais e as grandes mudanças e avanços que ocorreram nas ciências, têm agido e atuado como processos de desestabilização e fragmentação dos códigos culturais. As distâncias e barreiras entre sujeitos, culturas e suas formas de manifestação estão se tornando cada vez mais estreitas e totalmente articuladas, tornando o mundo mais interconectado em suas novas combinações espaço-tempo (HALL, 2002, p. 54). O estreitamento dessas barreiras tem provocado a necessidade urgente de investimento na

diversidade cultural e no diálogo intercultural, pois, apesar de incontestáveis benefícios, Irina Bokova enfatiza que a globalização também gerou um clima de incompreensão e desconfiança, agravado pela crise global que vai além das questões econômicas e financeiras, mas que se fundamenta em motivos de ordem social, ambiental, moral e ética (BOKOVA, 2010).

A interação entre culturas é significativamente aumentada com as globalizações e, por conseguinte, ocasiona fricções e tensões, provocando potenciais fontes de conflitos entre diferentes culturas. Entretanto, a diversidade cultural e o diálogo intercultural são essencialmente necessários para o desenvolvimento global do planeta, de modo a incentivar que haja uma maior percepção global sobre o desenvolvimento sustentável, a garantia de direitos humanos e o fortalecimento da coesão social e da democracia. Para que o diálogo intercultural seja efetivado, necessita-se de um projeto que passe pela educação; onde a presença da interculturalidade nos currículos educacionais, implique reflexões humanas de diálogo e aproximações de culturas, considerando que as instituições de ensino não devem se limitar a ensinar conteúdos; mas devem estar comprometidas com a formação humana e cidadã, preparando pessoas para atender as demandas da sociedade e atentas às necessidades globais. Quando se trata da formação de professores, esta questão torna-se ainda mais urgente para as IES - Instituições de Ensino Superior, principalmente as Instituições Lassalistas, dado o compromisso que estampa a Declaração sobre sua Missão Educacional (2020).

A concepção de educação intercultural que sustenta as discussões deste trabalho relaciona-se ao multiculturalismo em uma abordagem de interculturalidade crítica. De acordo com Vera Maria Candau, esta perspectiva situa-se na promoção da inter-relação de diferentes sujeitos e grupos socioculturais, que confrontam distintas visões, assumem que as relações culturais são dinâmicas e construídas sócio historicamente, questionam as relações de poder, as desigualdades, as exclusões históricas, empoderam os sujeitos que foram historicamente inferiorizados e compreendem as diferenças como necessárias à democracia (CANDAU, 2016).

Neste mundo globalizado, multi e interconectado que está em constante mudança, é necessário que as gerações presentes e futuras desenvolvam habilidades para agir em busca de soluções para o enfrentamento dos desafios globais. Aí, a Educação para a Cidadania Global - ECG consiste justamente em desenvolver “os conhecimentos, as habilidades, os valores e as atitudes de que os alunos necessitam para construir um mundo mais justo, pacífico e sustentável, bem como para florescer como cidadãos globais no século XXI” (UNESCO, 2015, p. 45). A educação vai muito além de desenvolver habilidades cognitivas, ela deve estar alinhada ao compromisso de desenvolver habilidades sociais e emocionais a fim de promover a transformação social e a cooperação entre as nações. Para que isto seja possível, o diálogo intercultural por meio de intercâmbios internacionais, acadêmicos e culturais, de professores e alunos torna-se de grande relevância para a formação humana do educando e futuro educador.

A ação educativa deve nos ajudar a adquirir habilidades interculturais que nos permitam conviver com nossas diferenças culturais e não apesar delas. Os quatro princípios de educação de qualidade definidos no Relatório para a UNESCO da Comissão Mundial de Educação para o Século XXI (DELORS et.al, 2010, p. 31): “aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser”, só podem ser aplicados com sucesso se a diversidade cultural estiver no seu cerne (KUTUKDJIAN e CORBETT, 2009). A UNESCO ressalta que a universidade deve atuar como parceiro privilegiado para a cooperação internacional, permitindo o intercâmbio de professores e de estudantes. Assim, consciente do papel preponderante dos intercâmbios para a formação global e para a elevação da qualidade da educação, o Organismo Internacional insiste

na importância do intercâmbio de professores e das parcerias entre instituições de países diferentes. Tais iniciativas garan-tem um indispensável valor agregado à qualidade da educação, assim como maior abertura a outras culturas,

civilizações e experiências (DELORS, 2010, p. 35).
grifo nosso

O diálogo intercultural, a diversidade cultural e o trabalho colaborativo presentes privilegiadamente nos contextos dos intercâmbios são considerados atributos das competências esperadas para os egressos de qualquer formação em nível superior, conforme sugere o Parecer do Conselho Nacional de Educação - CNE nº 334/2019:

COMPETÊNCIAS ESPERADAS DOS EGRESSOS

[...]

X - ser capaz de **interagir com diferentes culturas**, mediante trabalho em equipes presenciais ou a distância, para facilitar a construção coletiva;

XI - **atuar de forma colaborativa** em equipes multidisciplinares, tanto presencialmente quanto em rede, de forma ética e profissional;

XII - **reconhecer e conviver com as diferenças socioculturais** nos mais diversos níveis em todos os contextos em que atua, sejam globais ou locais; (BRASIL, 2019, pp. 8-9) grifos nossos.

Para os cursos de formação de professores, esses atributos devem estar inerentes à ação educativa, pois circundam o próprio conceito de Educação para a Cidadania Global (ECG). Os protagonistas da ação educativa têm papel fundamental no desenvolvimento de estudos e práticas profissionais comprometidas com a qualidade e o respeito à diversidade. A possibilidade de troca de conhecimentos e culturas pode significar mudar o paradigma educacional para o foco na reflexão sobre o diálogo intercultural como base das relações humanas.

As Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial de professores da Educação Básica - Resolução CNE/ CP nº 02/2019 - dispõe que a formação docente pressupõe o desenvolvimento, pelo licenciando, de competências gerais e aprendizagens “essenciais a serem garantidas aos estudantes, quanto aos aspectos intelectual, físico, cultural, social e

emocional de sua formação, tendo como perspectiva o desenvolvimento pleno das pessoas, visando à Educação Integral” (BRASIL, 2019, p. 2). Do mesmo modo, estabelece que a política de formação de professores para a Educação Básica tem como princípio, dentre outros, “[...] a compreensão dos docentes como agentes formadores de conhecimento e cultura e, como tal, da necessidade de seu acesso permanente a conhecimentos, informações, vivência e atualização cultural;” (BRASIL, 2019, p. 3).

Com isso, acreditamos que a experiência de internacionalização na formação de professores possibilita o desenvolvimento dessas competências e aprendizagens inerentes à interculturalidade em sua perspectiva crítica, oportunizando a difusão de agentes formadores de conhecimento que não se conformam e se acomodam com a globalização de cima pra baixo, mas que a questionam e empoderam sujeitos historicamente oprimidos. Assim, universidades contemporâneas, alinhadas às necessidades globais começam a rever suas políticas em prol da promoção da internacionalização de seus cursos e criação de programas e projetos de intercâmbios acadêmicos e culturais.

A internacionalização educacional na perspectiva contemporânea é definida por Jane Knight (2003, p.2) como “o processo de integração de uma dimensão internacional, intercultural ou global no propósito, funções ou entrega da educação pós-secundária”. A globalização dos intercâmbios internacionais tradicionais leva à integração de diversos intercâmbios multiculturais, pois fomenta uma complexidade crescente nas identidades culturais. Dentro desse aspecto, podemos afirmar que a incorporação de uma perspectiva intercultural, “[...] não pode se reduzir a algumas situações e/ou atividades realizadas em momentos pontuais ou por determinadas áreas curriculares, nem pode focalizar sua atenção em certos grupos sociais” (CANDAUI, 2000, p. 51)

Nesse sentido, as Universidades Lassalistas estão consolidadas para promover uma educação transcultural que destaca a necessidade dos indivíduos cruzarem suas próprias fronteiras culturais, deixando suas identidades "reclusas". Trata-se de reconhecer o confronto entre diferentes culturas, perspectivas diferentes, fato que implica tensões,

como conflitos internos ou externos que, positivamente, são considerados como motores da evolução e, ao mesmo tempo, elementos essenciais para o aprendizado de outra cultura (BLAISE, 2008). Com uma política de internacionalização institucional já bem definida, com o oferecimento de programas tradicionais de mobilidade acadêmica internacional há mais de uma década, o Unilasalle/RJ iniciou em 2020 a formação de docentes para implementação e atuação do projeto COIL - *Collaborative Online International Learning*, agregando-o à sua política de internacionalização acadêmica.

O projeto COIL, ampliou e democratizou as oportunidades de intercâmbios acadêmicos e culturais no âmbito do curso de formação de professores do Unilasalle/RJ e, considerando o contexto de crise sanitária global provocada pela pandemia do Covid-19, seu modelo de internacionalização de forma remota foi uma maneira de proporcionar a construção de diálogos interculturais alinhados aos atributos e princípios inerentes a educação para a cidadania global e para a interculturalidade.

2. O modelo COIL de aprendizagem intercultural internacional colaborativa online

A busca por caminhos que possibilitem o desenvolvimento da consciência intercultural por meio de interação direta com pares em locais geograficamente distantes, usando tecnologias digitais, impulsionou a Universidade do Estado de Nova York - SUNY a criar o modelo COIL em 2006, com pioneirismo no desenvolvimento de um modelo de intercâmbio cultural online (RUBIN, 2016).

De acordo com Jon Rubin, diretor e fundador do SUNY COIL Center, o COIL promove:

trocas significativas entre professores e alunos com seus colegas no exterior por meio do uso de ferramentas baseadas na internet que conectam aulas universitárias em locais geograficamente distantes. Ao contrário dos cursos on-line a distância fornecidos por uma instituição de ensino superior para estudantes de

todo o mundo, o COIL é baseado no desenvolvimento de ambientes de aprendizagem em equipe, onde professores de duas culturas trabalham juntos para desenvolver um programa compartilhado, enfatizando a aprendizagem experimental e colaborativa dos alunos (RUBIN, 2016, p. 18). tradução livre⁴⁴

O COIL une em sua experiência de aprendizagem colaborativa as quatro dimensões essenciais da mobilidade virtual, segundo De Wit (2013, p 84, tradução livre): “um exercício colaborativo de professores e alunos; o uso da tecnologia e interação online; potenciais dimensões internacionais e integração ao processo de aprendizagem”. O design do curso deve privilegiar temas que promovam o diálogo intercultural, conectando pessoas de diferentes países a partir das suas diferenças. A Universidade La Salle do México - ULSA, universidade pertencente à IALU, integra esta rede global de instituições COIL e foi em razão disto que obteve conhecimentos específicos necessários para difundir o modelo COIL entre as universidades lassalistas membros da IALU (SUNY COIL, s/d.b, s/p.).

O diagrama abaixo é uma ilustração de como ocorre a experiência de aprendizagem sob o modelo COIL:

⁴⁴ Do original: “COIL fosters meaningful exchanges between teachers and students with their peers abroad through the use of Internet-based tools that link university classes in geographically distant locations. Unlike online distance courses provided by one higher education institution to students around the world, COIL is based on developing team-taught learning environments where teachers from two cultures work together to develop a shared syllabus, emphasizing experiential and collaborative student learning. (RUBIN, 2016, p. 18)

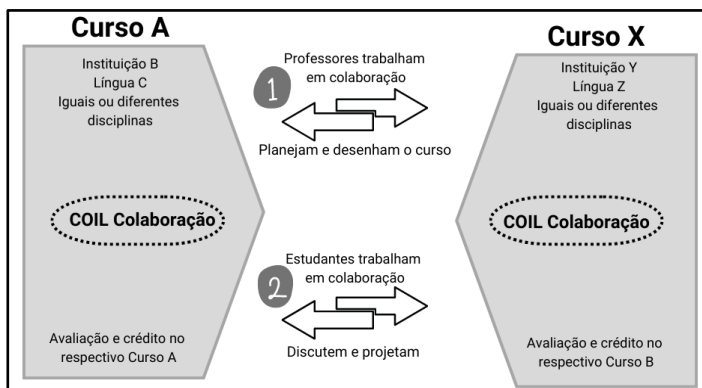


Figura 1 - Diagrama ilustrativo do modelo COIL (SUNY COIL, s/d. c) tradução nossa.

A partir do interesse em desenvolver uma experiência COIL e oferecê-la aos estudantes, o professor ou a respectiva instituição deve buscar outra instituição situada em um local geograficamente distinto, com culturas igualmente distintas. Após a parceria firmada entre as instituições, formam-se os pares de professores em razão do idioma de preferência e interesse comum em determinado assunto ou disciplina de trabalho. Os professores, então, passam por toda a experiência de aprendizagem internacional e intercultural colaborativa online que oferecerão aos seus alunos. Essa experiência acontece em 4 fases ou módulos, que podem durar de 5 a 14 semanas.

Na primeira fase o objetivo é aproximar os grupos com atividades e apresentações pessoais, possibilitando a construção de uma relação de proximidade entre os participantes e maior engajamento para o desenvolvimento do trabalho. Na segunda fase os estudantes iniciam as discussões e análises sobre as proximidades e diferenças entre ambos e organizam os grupos de trabalho; definem as ferramentas digitais mais adequadas para o trabalho e para a comunicação do grupo. Na terceira fase se desenvolve e executa o plano de trabalho, pois é o momento em que os estudantes compartilham seus conhecimentos sobre o tema a ser investigado, convergindo esforços para a criação de um produto final ou uma análise crítica sobre o mesmo. Na quarta fase o produto final da

investigação é apresentado e se estabelece um momento de reflexão pelos alunos e professores sobre os aspectos da interculturalidade que a experiência colaborativa proporcionou a eles.

Esta metodologia tornou-se uma estratégia utilizada pelas universidades que possuem currículos com orientação internacional para proporcionar o alcance da internacionalização a toda a comunidade acadêmica, considerando que o modelo tradicional de mobilidade internacional contempla apenas uma parcela minoritária dos estudantes. No Brasil, outras universidades que compõem a Rede Global SUNY COIL são a Universidade Federal Fluminense, a Universidade Federal de Pernambuco e a Universidade do Estado de São Paulo (SUNY COIL, s/d.).

A Associação Internacional de Universidades Lassalistas - IALU, interessada no modelo COIL e na ampliação do acesso à internacionalização para seus estudantes, convidou a ULSA, em razão de sua expertise e vinculação à rede global SUNY COIL Center, para promover a capacitação de um grupo de professores de universidades lassalistas em 2020, com a finalidade de:

promover o trabalho acadêmico entre seus professores e alunos, respondendo ao carisma da comunidade lassalista de forma concreta, com base na colaboração e no compartilhamento de conhecimentos, desenvolvendo habilidades e fortalecendo laços fraternos, a partir de seus programas e através de uma visão intercultural que lhes permita refletir, debater e propor soluções para os problemas que afligem este mundo globalizado, numa verdadeira criação de conhecimento conjunto como contribuição da obra de De La Salle ao mundo (MORÓN, 2020, p. 403-404). *tradução livre*⁴⁵

⁴⁵ do original: “para promover el trabajo académico entre sus docentes y sus estudiantes, respondiendo al carisma comunitario lassalista de manera concreta, a partir de la colaboración y el compartir saberes, desarrollar habilidades y fortalecer los lazos fraternos, desde sus programas y a través de una visión intercultural que les permita

Nesse mesmo ano, a pandemia do Covid-19 acometeu toda a comunidade global, obrigando as instituições de educação de todo o mundo a fecharem suas portas repentinamente e as IES se viram obrigadas a encontrar soluções criativas para continuarem suas atividades de ensino. Foi aí que o modelo COIL se tornou rapidamente visível, pois contempla ferramentas básicas e estrategicamente compatíveis com a realidade e o contexto pandêmico, proporcionando mecanismos de promoção de conexões inter e transculturais e de aprendizagem colaborativa.

3. A experiência COIL entre Unilasalle/RJ/ Brasil e CESLAS Monterrey/ México

O curso de formação COIL foi promovido pela Universidade La Salle do México - ULSA e pela IALU entre fevereiro e abril de 2021 e conectou as professoras Adriana Arezzo, do Instituto Superior de Educação La Salle do Rio de Janeiro - Unilasalle/RJ e Dinorah Marfil, da Universidade La Salle do México - CESLAS, culminando na criação do design de curso COIL “O Direito à Educação no Brasil e no México”. O curso de formação abrangeu cerca de 150 docentes de 26 instituições lassalistas da América do Norte, América do Sul, Europa, Ásia e África (MORÓN, 2020). As professoras Adriana Arezzo (Unilasalle/RJ/Brasil) e Dinorah Marfil (CESLAS/Monterrey/México) participaram do curso COIL no primeiro semestre de 2021, formando uma dupla de trabalho conhecida como “COILers”. O desenho instrucional do curso de capacitação COIL foi adaptado ao contexto da IALU para o público em questão, que era bastante numeroso e diverso. Assim, para promover o contato aproximado e contínuo que a proposta exige, além de conseguir engajar e compatibilizar os interesses dos docentes, foi definida uma proposta de trabalho com duração de seis semanas e, ao final de cada semana, a dupla

reflexionar, debatir y proponer soluciones para los problemas que aquejan a este mundo globalizado, en una verdadera creación de conocimientos conjuntos como una aportación desde la obra de De La Salle al mundo.” (MORÓN, 2020, p. 403-404)

enviava pela plataforma online suas tarefas realizadas, correspondentes a diferentes etapas do trabalho. Foi assim que as professoras Adriana Arezzo (Unilasalle/RJ/Brasil) e Dinorah Marfil (Ceslas/MX) começaram a planejar o desenho de curso que, posteriormente, ofereceram aos seus alunos.

Ambas pertencem ao quadro de docentes do curso de licenciatura em Pedagogia e Educação, ministrando disciplinas distintas. A professora Dinorah Marfil selecionou o grupo de alunos da disciplina “Educação Comparada”, onde realizavam estudos sobre o educador José Vasconcelos e a professora Adriana Arezzo selecionou um grupo de alunos da disciplina de “Metodologia de Ensino de Ciências”, propondo um olhar reflexivo sobre o educador Paulo Freire. A composição dos dois grupos de estudantes que participaram da experiência seguiu critérios diferentes nas respectivas instituições. Os estudantes do CESLAS Monterrey - MX participaram de forma vinculada à disciplina de “Educação Comparada” e era parte obrigatória para a obtenção do grau para a respectiva aprovação na disciplina. Assim, todos os nove alunos matriculados participaram da experiência de curso COIL. Já no Unilasalle do Rio de Janeiro - BR, a formação do grupo seguiu o caráter facultativo, pois ocorreu um convite público realizado pela professora Adriana aos alunos da disciplina, com a adesão inicial de dez alunos; entretanto, apenas sete concluíram as etapas e participaram da experiência COIL até sua culminância. Como tema central para o projeto, as professoras escolheram investigar o “Direito à Educação” e de que forma os aportes de Paulo Freire para o Brasil e de José Vasconcelos para o México, contribuíram para a constituição de um efetivo direito à educação das classes populares, buscando realizar uma análise crítica e comparada das bases legais em ambos os países. Importante ressaltar que o ano de 2021 correspondeu ao ano do centenário de nascimento de Paulo Freire, educador brasileiro conhecido como Patrono da Educação Brasileira e que teve grande importância, sobretudo nas décadas de 50 e 60 para a expansão da educação popular nas periferias e regiões marginalizadas no Nordeste brasileiro. Freire desenvolveu um método que alfabetizou cerca de 300 pessoas em 40 horas, em uma época em que os analfabetos não podiam votar e constituíam grande parte da

população brasileira. Seu trabalho contribuiu para aumentar significativamente o colégio eleitoral de estados do Nordeste e, por isso, sua ação foi hostilizada pela elite brasileira que queria manter a situação de poder e opressão sobre os mais pobres (FREIRE, 2020). Logo depois, com o golpe militar de 1964, Paulo Freire foi preso e exilado, passando por diversos países, onde deu continuidade ao seu trabalho de educação popular e se tornou conhecido mundialmente. José Vasconcelos também teve grande contribuição ao proporcionar o acesso à educação da população rural e periférica do México, trabalhando em programas de incentivo à alfabetização no país e criando escolas rurais.

O desenho de curso COIL vivenciado pelos discentes dos cursos de Pedagogia e Licenciatura em Educação teve como objetivo geral proporcionar aos estudantes a participação em uma experiência de aprendizagem internacional e intercultural colaborativa online sobre tópicos educacionais. E como objetivos específicos: comparar as bases jurídicas dos sistemas educacionais de cada país; identificar as contribuições de Paulo Freire no Brasil e de José Vasconcelos no México e analisar os fatores contextuais (história e estrutura social especificamente) que estão relacionados com os sistemas educacionais de cada país. O curso utilizou a plataforma *google classroom* para concentrar as informações sobre as etapas e as tarefas semanais propostas aos alunos. Realizado de forma majoritariamente assíncrona, na programação estavam previstos três encontros síncronos, ao final de cada etapa, a serem agendados e realizados de acordo com a disponibilidade dos alunos.

Assim, o desenho de curso/ experiência COIL se desenrolou em quatro etapas, com duração de duas semanas cada: 1- “Rompe gelos” e definição das ferramentas de comunicação. Nesta etapa os alunos enviaram vídeos com a apresentação pessoal e definiram a ferramenta de comunicação *whatsapp* como o meio principal de contato; 2- Definição dos pontos de investigação (Comparação e análise). Os pontos de investigação levantados foram os relacionados aos objetivos específicos do curso e o trabalho foi desenvolvido com autonomia dos estudantes; 3- Criação colaborativa de um produto resultante da investigação. Após a investigação, com a compilação dos resultados enviados pelos grupos de

trabalho, os estudantes desenvolveram um vídeo para apresentação dos resultados da investigação e, posteriormente, um website para registrar e compartilhar a experiência com os demais colegas da instituição; 4- Apresentação do resultado e encerramento formal da experiência COIL, com a participação dos estudantes e respectivas professoras na Semana de Paulo Freire, que aconteceu no Unilasalle do Rio de Janeiro em comemoração ao centenário de vida do educador.

Também como resultado desta experiência intercultural, considerada significativa e exitosa pelos estudantes, com o objetivo de compartilhar e socializar o projeto desenvolvido e para que sirva de inspiração para outras significativas práticas educativas calcadas nos pilares da cidadania global, o grupo brasileiro desenvolveu o website <www.sites.google.com/soulasalle.com.br/educacaobrmx-coil/> (COILBR-MX, 2021), com o registro de todas as atividades e pesquisas realizadas durante a experiência COIL; tornando visível nas redes sociais todo o trabalho desenvolvido pelos estudantes e professores orientadores.

Ao final da última etapa, os estudantes refletiram sobre a experiência vivida no curso e registraram seus depoimentos na plataforma *google classroom*. Todos os depoimentos foram transcritos para o website e refletem o êxito da experiência, com o alcance dos objetivos COIL de ampliar a consciência inter e transcultural, a visão plural e a consciência sobre questões globais. Abaixo, destacamos três deles

1) Hola, mi experiencia con el curso junto con los de Brasil, fue muy interesante porque conocí personas de otra parte y me ayudo a conocer las diferencias o semejanzas que compartíamos aún estando en diferentes partes por medio de una plataforma, por lo cual, fue una oportunidad para conocer las diferencias en la educación por medio de filósofos y como es la educación, espero pronto aprender más sobre la educación de cada país, porque es una experiencia única y esencial para mi formación como docente. (Inna Degolado, Centro de Estudios Superiores La Salle Monterrey / NL - México)

2) Participar do curso Coil foi uma experiência surpreendente, a cada reunião e atividade fomos interagindo mais e melhor e a língua acabou se tornando o menor dos problemas para nós. Falamos de nós uns para os outros, das nossas expectativas, dos estudos na pandemia, do contexto político, social e econômico em nosso país, falamos sobre direito à educação, a vida, obra e legado dos educadores que escolhemos trabalhar e o trabalho agregou ainda mais conhecimento e informações para nós estudantes, fizemos as comparações contextuais do cenário político e da educação principalmente e nossos países e analisamos como são atribuídas as propostas de educação de nossos educadores estudados, estudamos as leis educacionais, os métodos e estudos desenvolvidos por eles. De fato, foi uma experiência surpreendente e incrível de crescimento e conhecimento para todos nós. (Thaynara Macuxi, Unilasalle/RJ - Brasil)

3) Hola a todos, la experiencia de compartir este curso fue muy enriquecedora, además de que fue una oportunidad para tener una experiencia más allá de las fronteras, fue también una oportunidad para reconocer que la barrera del idioma realmente no fue un problema, se pudo trabajar muy bien y el resultado de la investigación fue muy enriquecedor, poder conocer la visión de Paulo Freire y compartir la visión de José Vasconcelos. Espero poder compartir en otra ocasión más experiencias como éstas en mi futuro como docente, es importante continuar nuestra formación y seguir comprometidos en ella. Un gusto conocernos por este medio y seguir comprometidos con la educación para transformar nuestro mundo."(Luis Fernando Guerra Santoscoy, Centro de Estudios Superiores La Salle Monterrey / NL - México)

Nos três depoimentos podemos destacar que os educandos percebem a interculturalidade proporcionada pela experiência COIL como um fator de grande relevância para a formação docente. Eles reconhecem que, de modo crítico, falaram de suas culturas, fizeram comparações contextuais em relação à política, à educação, as propostas defendidas pelos educadores estudados e sobre eles mesmos, o que caracteriza um autêntico diálogo intercultural. Os pontos escolhidos para análise durante a experiência COIL, conforme destaca a estudante brasileira Thaynara Macuxi, abrangeu os contextos social, econômico e político dos países, alimentando a criticidade e o diálogo sobre importantes educadores e filósofos para o desenvolvimento da educação em seus respectivos países. Em relação ao idioma, os depoimentos demonstram que, apesar dos estudantes não possuírem fluência no idioma do outro grupo, não houve dificuldade em manter o diálogo e em desenvolver o trabalho colaborativo. As ferramentas digitais, sobretudo de mensagens instantâneas, facilitaram e aproximaram a comunicação entre os grupos. Os depoimentos revelam, ainda, que os estudantes acreditam e valorizam a importância de experiências internacionais e interculturais como o COIL, para a qualidade da formação docente.

Considerações Finais

O multiculturalismo na perspectiva da interculturalidade crítica de Vera Candau (2015) permeou toda a experiência, desde a realização do intercâmbio entre os países Brasil e México, caracterizando uma quebra de paradigma presente na maioria dos intercâmbios acadêmicos tradicionais, que é a presença de países denominados do Norte Global⁴⁶, geralmente Estados Unidos e Europa. O fato do intercâmbio ter ocorrido entre países do Sul Global que compartilharam problemas relacionados ao grande índice de analfabetismo que ensejaram as lutas de Paulo Freire

⁴⁶ Norte Global é um termo utilizado na perspectiva sociopolítica para se referir aos países ditos de primeiro mundo ou desenvolvidos que se compreendem como superiores aos demais, como Estados Unidos e países do continente europeu, por exemplo. Por todos, Boaventura de Sousa Santos (2018)

e José Vasconcelos para garantir o acesso à educação à população marginalizada, pôde alimentar a criticidade e o despertar para o empoderamento dessas populações historicamente excluídas. Cabe destacar que em um contexto de fragilidade democrática iminente que o Brasil enfrenta, ter proporcionado esse diálogo intercultural contribuiu para se pensar na importância da democracia e das lutas pela garantia de direitos humanos, dentre eles, a educação.

A superação das "fronteiras culturais" em direção a uma autêntica "interculturalidade" na educação é um desafio que requer uma visão abrangente da comunidade acadêmica, bem como a totalidade do contexto social do qual faz parte. Essa trajetória permitiu demonstrar que a interculturalidade, assumindo o desafio de enfrentar a diversidade cultural, apresenta uma forma de pensar e fazer a educação, que, ao invés de anular conflitos, tenta abordá-los a partir da ideia de diálogo intercultural.

O humanismo político-pedagógico que se caracteriza na atitude de sensibilidade crítica do educador comprometido com uma prática educacional dialógica permite captar a "sintaxe" das palavras geradoras que são significativas para um intercâmbio cultural. Esse cenário mostra uma autêntica superação dialética em que os diferentes preservam o essencial em suas diferenças e compartilham o que as aproxima em suas semelhanças, diante do pressuposto coletivo em direção a uma sociedade "universalmente plural". O reconhecimento que foi desenvolvido à distância alimenta esses laços de humanidade e sensibilidade social que nos caracterizam como Lassalistas. A partir de diferentes cenários e realidades concretas que cada aluno expressou, nos permitimos reconhecer nossa sensibilidade humana e o grande compromisso social que é gestado na formação de profissionais da educação, a partir de um ponto crítico e referência pessoal. Colaboração, aprendizagem, fraternidade e diálogo intercultural a partir de um lassalianismo educacional.

O intercâmbio realizado entre universidades Lassalistas do Brasil e do México resultou em uma exitosa experiência de mobilidade internacional online sem custo adicional para os estudantes, ampliando a

oportunidade de acesso à internacionalização acadêmica, fator importantíssimo para o desenvolvimento de habilidades e competências interculturais. O projeto de mobilidade internacional, alinhado às premissas de educação para a cidadania global, promoveu a interculturalidade e a internacionalização acadêmica na formação de professores e afirmou a importância de uma perspectiva democrática.

REFERÊNCIAS

- BLAISE, Marie. De la pluralité culturelle à la transculturalité: l'apprentissage-enseignement d'une langue vivante peut-il avoir un rôle de trans-formation personnelle et collective? In: **Ela. Etudes de linguistique appliquee**, n. 4, p. 451-462, 2008.
- BOKOVA, Irina. O diálogo é o caminho. In: **Nações Unidas do Brasil**. 2010. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/66796-o-dialogo-e-o-caminho-artigo-de-irina-bokova-diretora-geral-da-unesco>
Acesso em 01. jun. 2022
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação/Conselho Pleno (CNE/CP). **Resolução CNE/CP no 2, de 20 de dezembro de 2019**. Define as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação Inicial de Professores para a Educação Básica e institui a Base Nacional Comum para a Formação Inicial de Professores da Educação Básica (BNC-Formação). Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, p. 46-49, 15 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer CNE/CES n.334, 8 de maio de 2019**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos Superiores. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/agosto-2019-pdf/119811-pces334-19/file> . Acesso em: 01 jun. 2022
- CANDAU, Vera Maria (orgs.) **Reinventar a Escola**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- CANDAU, Vera Maria. " Ideias-Força" do Pensamento de Boaventura Sousa Santos e a Educação Intercultural. **Educação em Revista**, v. 32, p. 15-34, 2016.

- COILBRMX. **Direito à educação no Brasil e no México:** narrativas e diálogos sobre Paulo Freire e José Vasconcelos. Disponível em: <https://sites.google.com/soulasalle.com.br/educacaobrmx-coil/> Acesso em 01 jun. 2022. 2021.
- DELORS, Jacques et al. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. **Educação um tesouro a descobrir**, 2010. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por> Acesso em 06 jun 2022.
- DE WIT, H. Global: Coil—Virtual Mobility Without Commercialisation. In: MIHUT , G.; ALTBACH , P. G.; WIT, H. Understanding Higher Education Internationalization. Global Perspectives on Higher Education. Rotterdam: SensePublishers, 2013. p. 83-85 Disponível em: <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789463511612/BP000022.xml?language=en>> Acesso em 27 jun. 2022.
- ESTELLES, M. .; FISCHMAN, G. E. . Imagining a Post-COVID-19 Global Citizenship Education. *Práxis Educativa*, [S. l.], v. 15, p. 1–14, 2020. DOI: 10.5212/PraxEduc.v.15.15566.051. Disponível em: <<https://www.revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/15566>> . Acesso em: 6 jun. 2022.
- FREIRE, Paulo. **Educação como Prática da Liberdade**. 46ª ed. Rio de Janeiro: Paz&Terra, 2020.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. **Declaração sobre a Missão Educacional Lassalista:** desafios, convicções e esperanças. Casa Geral. Roma, Itália, 2020.
- KNIGHT, Jane. Updated definition of internationalization. **International higher education**, n. 33, 2003 p. 2-3.
- KUTUKDJIAN, G.; CORBETT, J. Relatório Mundial da UNESCO: **Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural (CLT. 2009/WS/9)**. Paris, France: Organização das Nações

- Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. 2009. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000184755_por> Acesso em 06 jun. 2022
- MORÓN, Olga Patricia Meza. El Modelo COIL, una experiencia intercultural transformadora. In: BARAJAS, Jannie (Coord.) **Memoria del XX Encuentro de Formación Docente**. Ciudad de México: Con-textos, 2020. Disponível em: <<https://editorialparmenia.com.mx/pub/media/wysiwyg/pdf/E%20Memoria%20del%20XX%20Encuentro%20de%20formacion%20docente%20311220.pdf#page=402>> Acesso em: 08 jun. 2022.
- MORÓN, Olga Patricia Meza. Proyecto de docencia colaborativa basada en el modelo COIL. 2018. Disponível em <<http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/760>> Acesso em: 08 jun. 2022.
- RUBIN, Jon. The collaborative online international learning network: Online intercultural exchange in the State University of New York Network of Universities. In: **Online intercultural exchange**. Routledge, 2016. p. 277-284.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Novos estudos CEBRAP [online]. 2007, n. 79. pp. 71-94. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004>>. Acesso em 06. set. 2022
- UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Cultura de paz: da reflexão à ação**. Balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo. Brasília: UNESCO, 2010.
- UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Educação para a Cidadania Global: preparando alunos para os desafios do século XXI**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234311>> Acesso em 06 jun. 2022.
- JÚNIOR, Carlos Alberto Hildeblando; FINARDI, Kyria Rebeca. Internationalization and virtual collaboration: insights from COIL

experiences. **Ensino em Foco**, v. 1, n. 2, p. 19-33, 2018.
Disponível em:
<<http://www.publicacoes.ifba.edu.br/ensinoemfoco/article/view/519/428>> Acesso em 21 jun. 2022.

SUNY COIL. Getting Started. **SUNY COIL Center Internacional Learning**. s/d (a). Disponível em:
<<https://online.suny.edu/introtocoil/>> Acesso em 06 jun. 2022.

SUNY COIL. The SUNY COIL Global Network. **SUNY COIL Center Internacional Learning**. s/d (b). Disponível em:
<<https://coil.suny.edu/global-network/>> Acesso em 06 jun. 2022.

AS NOVAS MODALIDADES DE APRENDIZAGEM NO ENSINO SUPERIOR: NEUROPLASTICIDADE E ADAPTAÇÃO

Pâmela Raquel Oliveira Veras de Almeida⁴⁷

RESUMO

Durante a pandemia tornou-se necessário que fossem feitas adaptações à tradicional forma de ensino. O presente artigo discorre sobre a dificuldade de adaptação dos professores e alunos do nível superior em tempos de pandemia Covid-19 as novas versões da aprendizagem; como plataformas digitais, ensino remoto e tecnologias. Busca evidenciar quais caminhos foram seguidos para que ambos alcançassem o ensino e aprendizagem significativa. O intuito é compreender como que alguns conceitos da Neurociência podem aclarar as possibilidades de aprendizagem mesmo em meio a um momento de tantas incertezas e desigualdade social. O objetivo geral é investigar, através de referências bibliográficas, as novas modalidades de aprendizagem no Ensino Superior Estartadas pelo afastamento social promovido pela pandemia do Covid – 19, apresentando estratégias com base na neuroplasticidade e nas metodologias ativas que contribuam para a adaptação, tanto de docentes como discentes a essas novas modalidades de ensino.

Palavras-chave: Modalidades de aprendizagem. Pandemia COVID-19. Neuroplasticidade

INTRODUÇÃO

Novos tempos educacionais estão obrigando docentes e discentes a se adaptarem a novas modalidades de aprendizagem digitais. A

⁴⁷ Pós-graduada em Neurociências aplicadas a aprendizagem (IPUB/UFRJ) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduada em Letras (UNIGRANRIO), Pós-graduada em: Psicopedagogia, Psicomotricidade, Docência do Ensino Superior, Pós-Graduada em Psicanálise. Atualmente é Assistente de Coordenação Pedagógica CNA - Centro Cultural Norte Americano.. pamelaverasalmeida@gmail.com , <http://lattes.cnpq.br/3997330585739483>

desigualdade social e educacional já existente, se tornou mais evidente. Novos tempos educacionais estão obrigando docentes e discentes a se adaptarem as novas modalidades de aprendizagem digitais para ter acesso ao direito a educação. No ano de 2020 devido à crise causada pelo novo Coronavírus o Ministério da Educação (MEC) publicou que as aulas presenciais seriam adaptadas a uma versão que foi denominada como ensino remoto, de maneira que, professores e alunos estariam presentes, porém em espaços geográficos diferentes. De acordo com Neto (2021) as Universidades poderiam considerar a modalidade EAD como uma opção para os cursos de graduação presenciais. Sendo assim, conforme descrito abaixo o Decreto – Lei nº 1.44, de 21 de outubro de 1969 garantia aos estudantes essa possibilidade.

Art 2º Atribuir a esses estudantes, como compensação da ausência às aulas, exercício domiciliares com acompanhamento da escola, sempre que compatíveis com o seu estado de saúde e as possibilidades do estabelecimento.

No entanto, por diversas razões como infraestrutura, adaptabilidade, rentabilidade e capacitação, poucas universidades adotaram o EAD. Em seguida, o ensino remoto emergencial (ERE) foi consolidado pelas universidades, a partir deste momento a aprendizagem seria em um ambiente virtual. Segundo Neto (2021) este termo (ERE) é uma adaptação do termo em inglês *emergency remote teaching* criado pelo Prof. Charles Holdges (*Georgia Southern University*). A Revista eletrônica *Educase* publicou um artigo que abordava a importância de fornecer um ensino confiável, rápido e seguro em tempos de emergência.

No cenário atual, e com a nova terminologia (ERE) ocorreram alguns equívocos relacionados à definição de (EAD). Segundo Sá (2021) para Associação Brasileira de Ensino a Distância (ABED) a terminologia EAD está passando por uma ressignificação, ou seja, o conceito de EAD é uma modalidade de ensino, e não uma metodologia que pode ser aplicada. No decorrer do artigo será abordado definições das modalidades, um breve histórico e suas contribuições e devidas adaptações

contemporâneas que foram sugeridas para esta modalidade durante este período de pandemia. O avanço dos estudos da Neurociência e o conceito da Neuroplasticidade associado as metodologias ativas podem auxiliar no processo de adaptação dos alunos e professores do nível superior as novas modalidades de aprendizagem.

1. MODALIDADES DE ENSINO E APRENDIZAGEM

1.1- Ensino a Distância

Na década de 90 ocorreu uma modificação no sistema de ensino com o surgimento do EAD. Enquanto o Brasil e o mundo estavam vivendo o avanço da internet, Belloni (1999) já refletia sobre a aprendizagem e pós modernidade, conceituava o EAD e dialogava sobre as mudanças sociais e a contemporaneidade.

A EAD é entendida como uma forma importante dos sistemas de formação, da mesma forma do uso intenso e inovador das tecnologias de informação e comunicação e a disponibilização de recursos educacionais (mediatecas, centro de recursos técnicos, monitorias e tutorias) de forma ampla e democrática.(Belloni, 1999, p.35)

Há muito tempo já era discutido no meio acadêmico os benefícios e os malefícios das tecnologias para as práticas pedagógicas. De acordo com Costa (2016) garantir a todos o acesso extinguiria todos os problemas educacionais existentes na época.

Muitos profissionais da educação compartilham desse ponto de vista, e de forma acrítica , consideram as novas tecnologias como panaceia para solução de problemas educacionais porque acreditam que basta garantir o acesso as tecnologias para que todos os problemas educacionais estejam resolvidos (CORREIA, 2007 apud COSTA, 2016)

Em contrapartida, Correia (2007) ressalta que outros autores apontavam uma total aversão a prática pedagógica tecnológica, pois se entendia que a tecnologia causaria uma desumanização das práticas e interações pedagógicas. Desta maneira, Costa (2016) cita em seu *Ebook* a contribuição de Giusta (2003) no Relatório da Unesco, a mesma apresenta uma reflexão sobre a Educação do século XXI e a sua relação com os 4 pilares da Educação. A autora analisa cada um dos pilares; “aprender a conhecer” defende a ideia de que a modalidade EAD se baseia na mediação do conhecimento e de informações através das TICs; “aprender a fazer” está relacionado não somente a aquisição de competências, mas no desenvolvimento das mesmas e a sua aplicabilidade na sociedade; “aprender a conviver” viabiliza o senso crítico do indivíduo socialmente; “aprender a ser” propõe um desenvolvimento humanístico baseado na ética e desenvolve a autonomia do indivíduo no EAD, pois nesta modalidade ele é o protagonista do processo de aprendizagem. Costa (2016) afirma que a EAD não pode ser vista apenas como instrumento educacional, porém, seu papel além de contribuir no processo de ensino e aprendizagem é promover a criticidade do aluno.

1.2 Ensino Híbrido

O que significa Ensino híbrido ? “misturado, mesclado, *blended*. A educação sempre foi misturada, híbrida, sempre combinou vários espaços, tempos, atividades, metodologias, públicos. Esse processo, agora, com a conectividade, é muito mais perceptível e amplo”(BACICH, 2015, p.1) . Segundo Bacich (2015) o maior desafio do híbrido é a objetivação, a escolha das competências e aplicação dos conteúdos na prática, pois a multiculturalidade da sociedade atual que está em constante transformação, leva o docente aos seguintes questionamentos. O que ensinar ? O que é importante aprender ? A proposta do ensino híbrido é uma aprendizagem institucional que utiliza a informalidade e autonomia possibilitando aprender sozinho, ou em grupo. São muitas mesclas, de plataformas presenciais e *online*, gamificação, tecnologias educacionais, plataformas digitais, personalização e informalidade. Bruner 2001 afirma

que através de um engajamento e recriação de múltiplas experiências, as narrativas contribuem para uma aprendizagem significativa, real.

A educação é um processo de desenvolvimento humano que ocorre na aprendizagem 360 graus: uma aprendizagem ampla, integrada e desafiadora. No mundo complexo de hoje, a escola precisa ser pluralista, mostrando visões, formas de viver e diferentes possibilidades de realização pessoal, profissional e social, que nos ajude a evoluir sempre mais na compreensão, vivência e prática cognitiva, emotiva, ética e de liberdade.(BACICH, 2015)

De acordo com Bacich 2015 no ensino híbrido a aprendizagem se dá por meio de histórias, projetos, atividades lúdicas, ferramentas digitais baseadas na *cultura maker*. Inúmeras Universidades utilizam a metodologia do *Design Thinking* e metodologias inovadoras, como por exemplo, as metodologias ativas. Geralmente o foco principal é a problematização, contextualização, construção de projetos realizados em ambientes virtuais ou salas de aula presenciais.

1.3 Flipped Classroom

Segundo Lage e Platt (2000) a definição de *flipped Classroom* se resume no seguinte conceito: O que não se aprendia fora da sala de aula, agora se aprende. Para alcançar êxito a junção as tecnologias digitais é essencial, uma vez que a geração atual possui muito acesso à informação, por isso a Tecnologia da Informação e Comunicação (TICs) aplicadas ao Ensino Superior são vistas como instrumento de transformação e atualização da prática pedagógica. Basso (2018) Relata que após adotar o *Flipped Classroom* no Ensino Superior houve um aumento no rendimento estudantil. Bishop y Verleger (2013) Há alguns anos muito antes da pandemia covid -19 já defendiam a ideia que para que os alunos do Ensino Superior logrem uma aprendizagem significativa é imprescindível adotar as metodologias ativas, pois neste modelo o aluno

é o centro do processo de ensino -aprendizagem. O mesmo possui autonomia e protagonismo. Em um relatório do *Observatorio de Innovación Educativa del Tecnológico de Monterrey (2014)* com base na experiência dos professores relataram que a partir da implantação da metodologia *Flipped Classroom* os alunos se motivaram mais durante as aulas e apresentaram mais responsabilidades com o seu próprio processo de aprendizagem.

1.4- Ensino Remoto Emergencial

No ano de 2020 as atividades educacionais tanto da Educação Básica quanto da Educação Superior foram suspensas por causa da pandemia do Covid -19. Segundo Castioni (2021) nos EUA e na Europa as Universidades públicas e privadas conseguiram migrar e adaptar-se rapidamente do presencial para o Ensino Remoto. Já no Brasil algumas Universidades se pronunciaram e anunciaram que só retomariam o ano letivo em agosto de 2020, alegando que alguns alunos não possuem acesso à Internet e equipamento para assistir as aulas remotas. A Organização das Nações Unidas (Unesco) relatou que mais de 160 países foram acometidos pela pandemia, ou seja, 87 milhões de alunos do mundo tentando se adaptar a nova realidade. E nestes estudantes a Unesco criou uma ação chamada *Learning Never Stops* cujo o intuito era compartilhar soluções e estratégias que estavam sendo implantadas em países do mundo inteiro, a fim de intercambiar ideias e propostas educacionais neste tempo de pandemia.

2. NOVO ENSINAR E O NOVO APRENDER

O professor apesar da existência de tantas modalidades de aprendizagem sempre teve o seu lugar, ou seja, sempre foi mediador entre o conhecimento e o aluno, um facilitador do processo de aprendizagem. Sá (2015) define o professor como um indivíduo autônomo em sua comunicação e ação educadora.

O professor profissional, é antes de tudo, um profissional de articulação do processo de ensino-aprendizagem em uma determinada situação um profissional da interação das significações partilhadas. Definimos o ensino como um processo interpessoal e intencional, que utiliza essencialmente a comunicação verbal e o discurso dialógico finalizados como meios para provocar, favorecer e levar êxito a aprendizagem em uma dada situação. (PERRENOUD, PAQUAY, ALTET E CHARLIER, 2001, P.26 apud SÁ, 2015, p.46)

A partir desta definição se entende que o professor tem esse papel de provocar questionamentos e experimentações, mas diante de um contexto de pandemia e tantas incertezas, a intencionalidade, as significações dentro desta sala de aula sofrem transformações, até mesmo porque tanto o aluno quanto as modalidades de aprendizagem sofreram adaptações. Segundo Paiva (2016) o professor não pode ser um mero transferidor de conhecimento, ao contrário, a sala de aula deve ser um espaço de indagações, autonomia e criticidade. E assim o conhecimento, ao invés, de ser transferido é construído. Independentemente de qual seja a modalidade (Moreira 2006 apud Paula , 2008) apresenta contribuições para tornar a prática pedagógica da sala de aula significativa com sentido concreto e real. Ele defende a hipótese de que a interação é mais efetiva no processo de ensino e aprendizagem que a tradicional associação. Uma vez que o aluno tem acesso a novas aprendizagens ele interage com o ambiente através de uma estrutura cognitiva pre existente, ou seja, conceitos e aprendizagens consolidadas com base em experiências anteriores. Piaget (1970) o criador da Epistemologia genética buscava compreender como ocorre o ganho de conhecimento. Em sua teoria apresenta o conceito de adaptação, assimilação e acomodação. A adaptação surge do equilíbrio entre assimilação e a acomodação, entende-se que esta oportunização se dá quando sujeito interage com o meio e se adapta a este ambiente criando novos esquemas. A inteligência é um processo que ocorre gradativamente, e esta construção se efetiva por meio

de sucessivas adaptações, e interações aos conhecimentos e vivências individuais de cada indivíduo. Quando o processo de significação dos conteúdos é inexistente na sala de aula, seja presencial, online, híbrida ou remota. Segundo (Asubel 1976 apud Paula 2008) o resultado é uma aprendizagem mecânica focada na memorização e sem interação entre o meio e o sujeito.

3. NEUROPLASTICIDADE E APRENDIZAGEM

A neuroplasticidade é a capacidade de adaptação do sistema nervoso a novas configurações, devido a mudanças do ambiente ao qual o indivíduo está inserido, ocasionando assim novas sinapses. Isto ocorre porque os neurônios podem se modificar. A plasticidade pode ser: Ontogenética, Neural, Comportamental, Funcional e Estrutural e Morfológica. Segundo Lent (2010) a plasticidade neuronal é a capacidade que os neurônios têm de formar novas conexões sinápticas a cada momento. Através da neuroplasticidade, novos comportamentos são aprendidos e adaptações são feitas, o que torna o desenvolvimento humano torna-se contínuo, porém o grau de neuroplasticidade pode variar de acordo com a idade do indivíduo. Os neurônios modificam a sua forma e função em resposta a estímulos do ambiente. A Neuroplasticidade se define como modificações físicas ou funcionais nas sinapses, que ocorrem devido a adaptação do organismo a estímulos externos. Iniciou-se estudos em humanos, porém ainda sendo restritos as crianças em sua primeira fase do desenvolvimento. No entanto, atualmente é possível ilustrar fenômenos neuroplásticos por intermédio de técnicas de imagens cerebrais. Por meio destas técnicas se sabe que o cérebro adulto altera-se tanto estruturalmente quanto funcionalmente em resposta à experiências cotidianas. Ou seja, ao ser exposto a situações e novas realidades o cérebro se adapta gerando novas aprendizagens, sendo assim, o cérebro é mutável e adaptativo. Relvas (2009) ressalta que para essa reconfiguração ocorrer o cérebro precisa ser estimulado no momento oportuno e na hora oportuna. E relacionando este momento pandêmico a essa possibilidade

de adaptação e reconfiguração cerebral, entende-se que uma apropriação desses conceitos baseados em pesquisas neurocientíficos possam auxiliar e apresentar ferramentas para facilitação a esse novo ensinar e novo aprender no Ensino Superior. Como estudos científicos reforçam que o cérebro adulto é adaptável a novas aprendizagens, acredita-se que a apropriação dos professores, a implementação de estimulações pedagógicas contextualizadas facilitarão a aprendizagem e adaptação as novas modalidades de aprendizagem.

4. METODOLOGIAS ATIVAS NO ENSINO SUPERIOR

Dentro deste contexto que o mundo tem vivido, de grandes transformações, tanto no âmbito educacional, familiar, quanto emocional. Neste período de tantas incertezas, perdas e adaptações extremas o que pode ser feito para facilitar a aprendizagem no ensino superior. No presente artigo foi apresentado as contribuições dos estudos da Neurociência, a descoberta da Neuroplasticidade. Porém além dos conceitos neurocientíficos, será abordado a contribuição das metodologias ativas a adaptação as novas modalidades de aprendizagem em tempos de pandemia Covid 19. Paiva (2016) apresentou uma pesquisa que questionava : Quais os benefícios da utilização de metodologias ativas e quais desafios são enfrentados pelos professores? Nesse estudo aponta-se que no século XXI, com base nos 4 pilares da educação ; aprender a conhecer; aprender a fazer; aprender a conviver ; aprender a ser. Houve um aumento da necessidade de atualização das metodologias educativas. O que norteia aprendizagem é o grau de relevância, a significação. A aprendizagem não ocorre através da reprodução, mas sim por meio da reconstrução feita pelo próprio sujeito. Quais são as possibilidades de utilização das metodologias ativas na sala de aula remota? De acordo com Paiva (2016) há uma infinidade de utilizações possíveis para o desenvolvimento das metodologias ativas de ensino-aprendizagem; Equipes (*team based learning- TBL*); Pedagogia da problematização (*problem based learning -PBL*); debates; apresentação de seminários, ludicidade, dinâmicas contextualizadas, Estudos de caso, Portifólio, dramatizações, filmes e leitura comentada, e etc. Ao relacionar aprendizagem e cérebro podemos ressaltar Herculano- Huzel (2007) que

defende a ideia que as tarefas não podem ser muito difíceis, porém também não podem ser muito fáceis, pois ambas podem causar desmotivação. Para que o cérebro não se frustre, as atividades de sala de aula precisam ser desafiadoras para gerar prazer no sistema de recompensa. Sendo assim, ao estipular prazos, apresentar as propostas das tarefas, é importante desafiá-los e instigar a curiosidade, e ter cautela para que a execução das atividades propostas sejam possíveis dentro da realidade do grupo.

Paiva (2016) em sua pesquisa selecionou alguns artigos sobre metodologias ativas de aprendizagem para abordar as estratégias de operacionalização das metodologias ativas no Ensino Superior. Os cursos de graduação escolhidos foram; Farmácia, Ciências Sociais, Medicina e Enfermagem. Alguns cursos de Pós - Graduação e Mestrado. Houve uma predominância do uso das metodologias ativas nos cursos da área de saúde parece que esta área visa mais a solução de problemas e a construção do conhecimento com base na vivência. No entanto, parece que está ocorrendo um aumento da utilização nas Ciências Sociais. Apresentou várias possibilidades e benefícios da aplicação das metodologias ativas no Ensino Superior. O que fomenta a certeza de que a implantação é benéfica e facilitadora da aprendizagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual é de mudanças sociais e culturais constantes em decorrência da pandemia COVID – 19, as modalidades de aprendizagens existentes não estavam atingido as demandas do mundo. O presente artigo apontou características de algumas modalidades de aprendizagem, foi percorrido sobre as adaptações que tiveram que ser feitas emergencialmente, mesmo com agravamento das desigualdades sociais. Os desafios enfrentados por discentes e docentes em busca de dar continuidade ao direito a educação no ensino superior. O surgimento e migração para o Ensino Remoto (ERE) as associações equivocadas relacionadas a essa nova modalidade, e ao final o ganho de conhecimento

que mostrou ser possível apesar de ser uma realidade tão diferente de tudo que já era feito a respeito de aulas a distância.

Com base na pesquisa bibliográfica entende-se que o caminho é o professor do ensino superior se apropriar dos conceitos de neuroplasticidade e dos direitos humanos. Este campo de estudo que tem cada vez mais abordado temas relevantes para a educação. Embora alguns estudos afirmarem maior índice de neuroplasticidade na infância, foi comprovado através de exames de neuroimagem e algumas pesquisas, e artigos científicos que o adulto também possui um cérebro neuroplástico, ou seja, que por meio de interação e estímulo adequado, o aluno universitário mesmo em tempos de pandemia tem possibilidades de se adaptar a esta nova realidade. Dessa maneira, a implementação das metodologias ativas, ambiente estimulador *online*, propostas pedagógicas que propiciem autonomia e protagonismo resultarão em uma aprendizagem significativa mesmo neste momento de adaptações a novas modalidades de aprendizagem. Evidencia-se a necessidade de uma pesquisa de campo científica com um estudo de campo para analisar os resultados e verificar se através de uma aprendizagem significativa, e utilização das metodologias ativas, a possibilidade de criar uma sala de aula *online* que seja ressignificadora de experiências, que com apropriação da neuroplasticidade haja um aumento de autoestima e conexões sinápticas.

REFERÊNCIAS

- ABED - Associação Brasileira de Educação a Distância - 1 de março de 2021. Disponível em [<https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/teoria-da-aprendizagem-para-o-ensino-remoto/>], acesso em 03 de junho de 2021.
- BACICH, Lilian; TANZI NETO, Adoldo; TREVISANI, Fernando M. Ensino Híbrido: personalização e tecnologia na educação. Porto Alegre: Penso, 2015 .Disponível em [https://

books.google.com.br/books/about/Ensino_H%C3%Adbrido.html?id=H5hBCgAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false], acessado em 04 de Julho de 2021.

- BASSO-ARÁNGUIZ, Matilde et al. Propuesta de modelo tecnológico para Flipped Classroom (T-FliC) en educación superior. **Revista Electrónica Educare**, v. 22, n. 2, p. 20-36, 2018. Disponível em https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-42582018000200020&lang=pt acesso em 04 de Julho de 2021
- BELLONI, Luiza.M. Educação a Distância. São Paulo: Editora Autores Associados. 1999.
- BISHOP, J. y Verleger, M.. The flipped classroom: A survey of the research. In 120th ASEE National Conference & Exposition. Atlanta: American Society for Engineering Educ. 2013
- BRUNER, J.A Cultura da Educação. Porto Alegre. Artmed, 2001
- CANDAU, Vera Maria. Educação em Direitos Humanos: Uma proposta de trabalho. Novameria/PUC-Rio – 1999 Disponível em http://dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/candau_edh_proposta_trabalho.pdf acessado em 04 de Junho de 2021.
- CASTIONI, Remi et al. Universidades federais na pandemia da Covid-19: acesso discente à internet e ensino remoto emergencial. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, v. 29, p. 399-419, 2021. Disponível em [<https://www.scielo.br/j/ensaio/a/53yPKgh7jK4sT8FGsYGn7cg/abstract/?lang=pt>], acessado em 04 de Julho de 2021
- CORREIA, Juliane, 2007. O Cenário Atual da EAD In: SENAC. Curso de Especialização em Educação a Distância-vol.1 versão 4.0, 2007.
- COSTA, Inês Teresa Lyra Gaspar da. Metodologia do Ensino a Distância. [<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25345>]. Universidade Federal da Bahia. Salvador, p.111. 2016. 03 de Junho de 2021

- GIUSTA, Agnela da Silva. Educação a Distância: Contexto histórico e situação atual. In: GIUSTA, Agnela da Silva; FRANCO, Iara Melo (org.). **Educação a Distância**: Uma articulação entre a teoria e a prática. Belo Horizonte. PUC Minas Virtual, 2003.p.17-42.
- LAGE, M. J. y Platt, G. J. The internet and the inverted classroom. The Journal of Economic Education, 31(1), 11-11. 2000. Doi: <https://doi.org/10.1080/00220480009596756>
- NETO, Jose Augusto de Melo. Por uma teoria da aprendizagem para o Ensino Remoto.
- NETO, Jose Augusto de Melo. Por uma teoria da aprendizagem para o Ensino Remoto. ABED - Associação Brasileira de Educação a Distância - 1 de março de 2021. Disponível em [<https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/teoria-da-aprendizagem-para-oensino-remoto/>], acessado em 10 de Julho.
- PAIVA, Marlla Rúbya Ferreira et al. Metodologias ativas de ensino-aprendizagem: revisão integrativa.**SANARE-Revista de Políticas Públicas**, v. 15, n. 2, 2016.
- PAIVA, Marlla Rúbya Ferreira et al. Metodologias ativas de ensino-aprendizagem: revisão integrativa.**SANARE-Revista de Políticas Públicas**, v. 15, n. 2, 2016.
- PAULA, G. M. C. e BIDA, G. L. A importância da aprendizagem significativa. 2008. Disponível em <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1779-8.pdf>, acessado em 05 de Julho de 2021.
- PIAGET, Jean. **O nascimento da inteligência na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- RELVAS, Marta Pires.*Fundamentos biológicos da Educação: despertando inteligências e afetividade no processo de aprendizagem*.4.ed- Rio de Janeiro:Wak Ed.,2009
- SÁ, Cristiane Ferreira. Precisamos conversar mais sobre a terminologia no EAD. ABED - Associação Brasileira de Educação a Distância - 21 de maio de 2021. Disponível em [

<https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/terminologia-no-ead/>], acesso em 03 de junho de 2021.

REFLEXÕES NECESSÁRIAS NA ESCOLA INCLUSIVA NA PERSPECTIVA DO CURRÍCULO FUNCIONAL

Ana Paula Rodrigues Coutinho⁴⁸

RESUMO

O artigo propõe-se refletir acerca da escola inclusiva na perspectiva do Currículo Funcional, uma possibilidade metodológica de inclusão educacional e social para pessoas com dificuldades de comunicação, interação social, comportamento e aprendizagem, baseada em direitos humanos. Foi feita a escolha por um percurso histórico da educação especial/ inclusiva, para o cenário onde surge a pergunta norteadora: de que forma o Currículo Funcional é assegurado na legislação brasileira, enquanto mediador do processo de educação inclusiva? Os objetivos foram: identificar os referenciais teóricos que fundamentam os estudos científicos - educacionais no campo da Inclusão Escolar, apontando as orientações legais estabelecidas nas políticas públicas brasileiras, elencando as contribuições do Currículo Funcional no processo inclusivo, corresponderam as seções deste artigo. O estudo justificou-se no resgate dos avanços nas legislações inclusivas e o amparo legal do Currículo Funcional. Com a metodologia de pesquisa bibliográfica e qualitativa, objetivou fundamentar o tema abordado, situando a Inclusão Escolar na Legislação Brasileira. Dividiu-se em três seções: 1 – Introdução, com definição do problema e apresentação dos objetivos; 2 e 3 trazem o Referencial teórico sobre inclusão, legislações internacionais e brasileiras, Currículo Escolar e Currículo Funcional, com apresentação de propostas exitosas de Inclusão.

Palavras - Chave: Inclusão – Currículo - Políticas Públicas

⁴⁸ Doutoranda em Educação pela UCP - Universidade Católica de Petrópolis. Graduada em Pedagogia (UERJ/FEBEF), Gestão de Recursos Humanos (UNESA), Letras (UNESA), Administração (UNESA) e Mestre em Educação - TICs – Tecnologias da Informação e da Comunicação (UNESA). Pós-graduada em: Psicopedagogia, Psicomotricidade, Educação Infantil, Educação Especial/ Inclusiva com ênfase em TGD, Neuropsicopedagogia, Neurociência Aplicada a Aprendizagem (IPUB/UFRJ) e Arteterapia. Graduanda em Ciências Biológicas (UFRJ/Cederj) e Ciências da Natureza (UNESA). Atualmente é Orientadora Educacional da FAETEC - Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Abordar a inclusão escolar envolve levantar a história por trás desse movimento. Nas duas últimas décadas muito se caminhou no atendimento às pessoas com deficiência, houve uma ressignificação da educação especial/ inclusiva à luz da legislação brasileira.

A relação entre educação e direitos humanos estrutura-se com mais força em nosso país, como afirma Candau (ano, p.60) “tanto no âmbito as políticas públicas como das organizações da sociedade civil”. Ongs, Universidades, escolas e órgãos públicos manifestam-se na organização de palestras, cursos e fóruns que refletem sobre a inclusão escolar, na perspectiva processos pedagógicos que respeitem as diferenças na escola para todos.

O compromisso das escolas com a Inclusão de alunos com deficiência, com apoio especializado, currículo flexível ou adaptado, elaboração de Planejamento Individualizado e Mediador Escolar (sempre que necessário) encontra apoio nas legislações brasileiras, algumas influenciadas por iniciativas internacionais.

Com o respeito as possibilidades e potencialidades de cada um é previsto nas políticas públicas brasileiras e nem sempre implementado nas realidades escolares. Os olhares devem se voltar em como atender melhor a todos os indivíduos dentro do ambiente escolar, através de práticas de ensino que melhor se adequam a cada um. Ter a clareza que os conteúdos são comuns a todos, mas a metodologia de trabalho deve estar pautada em práticas que contemplem os indivíduos como seres únicos, capazes de aprender independente de suas limitações ou potencialidades. Nessa perspectiva o presente artigo propõe-se a discutir a importância da implantação de um Currículo Funcional – que objetiva elencar de forma individual que o que o aluno vai aprender tenha aplicabilidade para sua vida. Uma proposta metodológica de inserção educacional e social para pessoas com dificuldades de comunicação, interação social, comportamento e aprendizagem (APAE,2011) que almeja a Escola para

Todos, que se baseia na busca da inclusão de todas as crianças. Mantoan (2015, p. 89) alerta que: “A escola inclusiva brasileira tem sólidas fundações, na lei, no vanguardismo dos que se dispuseram em expandi-la, verdadeiramente imbuídos do compromisso de transformar a escola, para se adequar ao nosso tempo.”

As pessoas com deficiência garantiram seu acesso às escolas a partir da LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – 9394/96, em seu capítulo V. A inclusão garantida por lei, vai além de termos alunos com deficiência em espaços escolares com crianças sem deficiência. A atenção reside nessa modalidade de ensino em que todos na escola entendam o que é a Inclusão.

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (BRASIL, 1996)

A Educação Especial é transversal a todos os níveis, etapas e demais modalidades, o que significa que onde há educação, há educação especial. O público-alvo da Educação Especial são estudantes que devem ser atendidos preferencialmente na rede regular de ensino.

A partir dessas considerações iniciais, neste artigo, buscou-se os encaminhamentos da escola inclusiva e suas implicações legais, com o currículo escolar. Partindo da História da Educação Especial e os avanços das políticas brasileiras de inclusão, discutindo currículo escolar e chegando ao amparo legal do Currículo Funcional. O problema levantado foi: de que forma o currículo funcional é assegurado pela legislação brasileira, enquanto mediador do processo de educação inclusiva? Com o propósito de responder a essa questão os objetivos: identificar os referenciais teóricos que fundamentam os estudos científicos - educacionais no campo da Inclusão Escolar, apontando as orientações legais estabelecidas nas políticas públicas brasileiras e elencar as

contribuições do Currículo Funcional no processo inclusivo, que correspondem às seções deste artigo.

Este trabalho se justifica, porque a partir da apresentação da história da escola especial e os avanços das políticas brasileiras de inclusão, chegando ao amparo legal do Currículo Funcional. Na perspectiva social, alerta sobre a importância do processo inclusivo e os meios adaptados para o sucesso do processo, em destaque o Currículo Funcional. Do ponto de vista acadêmico, este trabalho é relevante, pois contribui para que os educadores se aprimorem quanto às responsabilidades envolvidas com o processo inclusivo e a questão do Currículo Funcional.

PERCURSO METODOLÓGICO

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de acordo com Gil (2019), a pesquisa bibliográfica é “elaborada com base em material já publicado”. O capítulo voltado à revisão bibliográfica, tem o objetivo de fundamentar o tema abordado, assim como situar o conhecimento acerca do mesmo.

A pesquisa foi qualitativa, definida por Minayo (2000b, p.21, apud ANDRADE, 2010):

como aquela que utiliza o universo de significações, aspirações, crenças, valores e atitudes, contribuindo dessa forma para uma compreensão adequada de certos fenômenos sociais de relevância no aspecto subjetivo. Possibilita aos participantes da pesquisa expressarem suas percepções e representações, valorizando o conteúdo apresentado pelos sujeitos.

O presente artigo divide-se em 3 seções, sendo: Capítulo 1 – Introdutório, com definição do problema e apresentação dos objetivos; Capítulos 2 e 3 trazem o Referencial teórico sobre inclusão, legislações internacionais e brasileiras, Currículo Escolar e Currículo Funcional, com apresentação de propostas exitosas de Inclusão.

A HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO ESPECIAL / INCLUSIVA

Ao longo da História as pessoas com deficiência foram vistas culturalmente de diversas formas até os dias atuais. O que nos leva a reflexão que assim caminha a humanidade...ainda não estamos onde gostaríamos de estar, mas quando olhamos a história da Educação Especial vemos o quando caminhamos. A própria nomenclatura utilizada através dos tempos para definir a deficiência é social e cultural, dependendo da época e do conhecimento.

O termo Educação Especial advém dos movimentos voltados para escolarização das pessoas com deficiência. O termo Educação Especial também se adequa ao tempo histórico, assim de acordo com os objetivos propostos, uma vez que o alunado possui necessidades específicas, requerem recursos pedagógicos, adaptações curriculares, entre outros. A clientela da Educação Especial é formada por deficientes sensoriais, físicas, condutas típicas e Altas Habilidades. Existem definições de Educação Especial pautados nas legislações que apontam como sendo uma forma de promover desenvolvimento de potencialidades e que envolve os diversos níveis de ensino, o que reforça a Lei de Diretrizes e Bases – LDB, 9395/96, que define a Educação Especial como uma modalidade de ensino que perpassa por todos os níveis de ensino, composta por um grupo de recursos e metodologias adaptadas às peculiaridades dos alunos com deficiência, condutas típicas ou altas habilidades (MAZZOTA, 2005)

O compromisso das escolas com a Inclusão de alunos com deficiência, com apoio especializado, currículo flexível ou adaptado, elaboração de Planejamento Individualizado e Mediador Escolar (sempre que necessário). Com o respeito as possibilidades e potencialidades de cada um é previsto nas políticas públicas brasileiras e nem sempre implementado nas realidades escolares. Os olhares devem se voltar em como atender melhor a todos os indivíduos dentro do ambiente escolar, através de práticas de ensino que melhor se adequam a cada um. Ter a clareza que os conteúdos são comuns a todos, mas a metodologia de

trabalho deve estar pautada em práticas que contemplem os indivíduos como seres únicos, capazes de aprender independente de suas limitações ou potencialidades.

Os espaços de aprendizagem modificaram-se, não cabendo mais o mesmo perfil de professor e escola, porque o perfil de aluno já vem mudando ao longo dos anos. A cada dia reivindicando mais seu papel de protagonista no processo de ensino–aprendizagem. A escola é o lugar de aprender, uma vez que o aluno está na escola, deve aprender (MAIA, 2011). Nessa busca pela aprendizagem surge a escola contemporânea, chamada de Escola para Todos. Porém nem sempre foi assim, importante destacar um pouco da história e dos diferentes pontos de vista, que existiram ao longo da história frente às pessoas com deficiência ao longo do tempo.

De acordo com Mazzota (2005) na antiguidade os deficientes eram vistos como imperfeitos e passíveis de serem mortos ao nascer, como previa uma lei romana, ou abandonados à própria sorte em cestos, onde eram resgatados por famílias que mais tarde as usariam para pedir esmola. Nessa época os deficientes eram tratados como aberrações, bobos da corte, dignos de esmola ou passíveis de serem mortos. Na Idade Média, com os avanços dos conhecimentos sobre higiene e saúde, bem como as questões religiosas levavam ao conceito de deficiência associada a sinais de ira divina ou possessão demoníaca. O que ocasionava a exclusão das pessoas com deficiência da sociedade e levá-las a mendicância. Ou seja, havia uma dicotomia caridade- exclusão. Importante destacar que nessa época não havia distinção entre loucos e deficientes mentais. Com a ascensão do Cristianismo, os deficientes não podiam ser mais mortos.

No final da Idade Média, início da Moderna, a Inquisição sacrificava os deficientes e outros considerados endemoniados. O marco dessa época é a superstição acerca do deficiente. No século XVI um progresso considerável quando a ideia de que os deficientes eram um problema médico e novas nomenclaturas surgem: cretinos, idiotas ou amentes, ainda com o pressuposto de que não aprendiam. Com os estudos e achados, o preconceito foi dando espaço aos conceitos médicos, que estabeleciam que eram necessários três aspectos: “grau de

comprometimento de suas funções orgânicas, o quanto de inteligência (...) e habilidade na aplicação do método” (CORRÊA, 2010, p. 27). Somente a partir do século XVIII temos ações de atendimento aos deficientes e a sensibilização da sociedade para as questões envolvidas. O preconceito é a base do impedimento de uma sociedade inclusiva, está na contramão do processo, como afirma Corrêa (2010):

a atitude de preconceito está na direção oposta do que se quer para a existência de uma sociedade democrática e plural. As relações entre os indivíduos devem estar sustentadas por atitudes de respeito mútuo. O respeito traduz-se pela valorização de cada indivíduo em sua singularidade, nas características que o constituem.

(...) O respeito mútuo tem sua significação ampliada no conceito de solidariedade (BRASIL, 2001, p. 10).

Desde então várias ações, descobertas e pessoas contribuíram para que as pessoas com deficiência fossem incluídas na sociedade. As Legislações contribuíram para avanços nas práticas inclusivas e asseguraram os direitos educacionais das pessoas com deficiência, garantindo o acesso à escola regular, bem como as adaptações necessárias, para permanência e qualidade de ensino, numa educação direito de todos.

A INCLUSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As práticas inclusivas citadas expressam o movimento Inclusivo que requer o amplo convívio das pessoas na sociedade, com respeito e solidariedade, independente de características físicas, sensoriais ou mentais. Inclusão essa que se refere a vida social e educativa, como preconiza Mantoan (2015), onde todos os alunos devem ser incluídos nas escolas regulares, inserido em escolas que se estruturam e qualifiquem em prol das necessidades específicas de cada aluno com deficiência.

Importante destacar que a pessoa com deficiência é aquela que tem uma alteração física, mental, intelectual ou sensorial que tem

impedimento de vida plena, sem apoio ou adaptações. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015 - Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), também é chamado de Lei Brasileira da Inclusão, indica como definição:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015)

Para o Estatuto da Pessoa com Deficiência incluir é trazer a todos para o mesmo lugar, garantindo tratamento diferenciado. Segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006), ratificada pelo Brasil como Emenda Constitucional, por meio dos Decretos 186/2008 e 6949/2009, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Artigo 1º).

Alunos com deficiência são aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. São deficiências, conforme o Decreto 5296/2004 (DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004) que regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

1. comunicação;
2. cuidado pessoal;
3. habilidades sociais;
4. utilização dos recursos da comunidade;
5. saúde e segurança;
6. habilidades acadêmicas;

- 7. lazer; e
 - 8. trabalho;
 - e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e
- II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

Sendo uma instituição formal, a escola trabalha com o currículo na perspectiva da LDB, contemplando os conhecimentos selecionados, porém não só com esse currículo, a mesma lei aponta em seu capítulo V, sobre a Educação Especial, a questão do currículo em seu artigo 59 (BRASIL, 1996):

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação I – Currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; (...)
(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Alves (2018) aponta que a função principal da escola é ensinar o que o aluno precisa e da maneira como ele pode aprender, sendo a aprendizagem multissensorial e multirreferencial. “Aprendizagem tem como raiz etimológica “aprender”: adquirir conhecimento, do Latim *apprehendere* (mesma origem de aprender= apropriar-se, segurar, prender, compreender), apanhar” (CUNHA,1986, apud ALVES, p.194, 2018).

Moreira (p. 3, 2007) destaca que desenvolver procedimentos curriculares que aumentem as chances de que “todos os alunos tenham acesso epistêmico ou acesso ao melhor conhecimento disponível em qualquer campo de estudo pelo qual se interessem” (YOUNG, 2013, p. 14, apud MOREIRA, 2007).

Currículo adaptado, também chamado de currículo funcional, é um desses procedimentos onde a adequação deve ser também de técnicas, métodos e avaliações, tudo o que for necessário para que o aluno tenha acesso ao conhecimento.

CURRÍCULO FUNCIONAL E INCLUSÃO

A educação sempre está ligada a mudanças, a reorganizações, a reaprendizagens, a novos olhares. Na mesma proporção que o mundo vem se transformando, a educação também se encontra em constantes buscas. Nóvoa (p.2, 2019) traz reflexões sobre a metamorfose da escola:

(...)a escola revela-se incapaz de responder aos desafios da contemporaneidade. O modelo escolar está em desagregação. Não se trata de uma crise, como muitas que se verificaram nas últimas décadas. Trata-se do fim da escola, tal como a conhecemos, e do princípio de uma nova instituição, que certamente terá o mesmo nome, mas que será muito diferente.

Nessa perspectiva torna-se necessário que o educador reflita sobre o conhecimento associado com a escola, para que planejem suas aulas de forma a oportunizar a construção de conhecimentos na escola para todos. Nessa escola a educação é centrada nos alunos, sujeitos de suas aprendizagens, protagonistas de suas histórias.

Realizando uma analogia entre a palavra currículo (latim curriculum) e seu significado de percurso a ser realizado, termo que evoluiu sendo definido pelo dicionário Michaelis (2021) como “Programação de um curso.”; “Conjunto de matérias incluídas em um curso de uma escola, de uma faculdade etc”. O Ministério da Educação – MEC, assegura apoio técnico para que estados e municípios avancem em relação aos currículos sintonizados com as diretrizes e normas emanadas na Base Nacional Comum Curricular – BNCC, que é uma orientação do rumo, onde os currículos garantem o direito de aprender a todos os alunos, resultando em equidade, de acesso e qualidade (BRASIL, 2017).

Cabe as escolas organizarem seus currículos, enquanto práticas, metodologias e avaliação do ensino, bem como estabelecer, de acordo com a LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - 9394/96 - garantir os conhecimentos.

Moreira (2001, p.2) reflete que “as decisões curriculares precisam associar o foco no aluno (seus interesses, suas necessidades e seu processo de aprendizagem)” trazendo um alerta para a importância desenvolvimento profissional dos professores, para que reflitam que os alunos que têm formas diferenciadas de aprendizagem, têm direito a adaptações curriculares, conforme sinalizado na conceituação:

O conceito de adaptações curriculares, consideradas como: estratégias e critérios de atuação docente, admitindo decisões que oportunizam adequar a ação educativa escolar às maneiras peculiares de aprendizagem dos alunos, considerando que o processo de ensino-aprendizagem pressupõe atender à diversificação de necessidades dos alunos na escola (MEC/SEESP/SEB, 1998).

Essas adaptações curriculares respondem as necessidades de cada aluno, oportunizando as aprendizagens para todos os alunos. Porém, não garantem modificações no currículo, porque as ações propostas não são mudanças significativas no currículo e sim nas ações envolvidas no ensino. O Currículo Funcional, enfatiza o ensino relacionado com habilidades funcionais, que otimizem as aprendizagens de todos os alunos. E devem estar garantidos no Projeto Político Pedagógico da escola, onde são registrados os encaminhamentos pedagógicos e as ações que os compõem (NEVES, 2014).

Nunes e Lima-Rodrigues (2020) recuperam a história do Currículo Funcional, relatando que na década de 1970, pesquisadores (Universidade do Kansas) estabeleceram um currículo que oportunizasse as crianças a terem qualidade educacionais com independência, criatividade e adaptações. Citam Leblanc, como responsável pela denominação de Currículo Funcional, conjunto de ações no desenvolvimento de

habilidades funcionais, que posteriormente migrou para um currículo para pessoal com deficiências, passando a ser denominado de Currículo Funcional Natural – CFN. Os autores citam ainda a importância do PEI – Plano de Ensino Individualizado, que integra o processo de inclusão, rompendo as barreiras de participação de todos os alunos.

É de conhecimento global que a Inclusão nas escolas, depende do compromisso de todos os envolvidos e da sociedade em geral. Casos exitosos são pontuados na mídia como exceções, quando deveriam ser comuns em nosso cotidiano. O site Diversa⁴⁹ traz o caso de sucesso do aluno Gustavo, que está matriculado na Escola Municipal Antonio de Pádua Giaretta, localizada no município de Jundiá (SP), no bairro de classe média, Jardim Carlos Gomes, que atende crianças de 06 a 10 anos no Ensino Fundamental, com 12 turmas de meio período (manhã e tarde). O aluno que é surdocego, apresenta comportamento agressivo e dificuldade em realizar as tarefas da escola, que impossibilitavam de acompanhar o currículo escolar, além de questões relacionadas a interação com colegas e professores. A equipe gestora prontamente pensou em estratégias para a inclusão de Gustavo, que foram: capacitação dos professores, planejamento de estratégias pedagógicas diferenciadas, formação para discentes e docentes e implementação do currículo funcional. Esse currículo funcional foi planejado para incluir o aluno nas atividades e desenvolver suas potencialidades, explorando o tato e o olfato. O relato destaca que o processo pedagógico convocou a participação de todos os estudantes da turma na efetivação das atividades e o incentivo da família no processo.

No Centro Pedagógico da Universidade Federal de Minas Gerais - CP⁵⁰, a inclusão do aluno Samuel (Nome fictício), que ingressou na escola em 2017, com paralisia cerebral, foi relatado no artigo: Currículo Funcional Natural: a experiência de um aluno com paralisia cerebral no

⁴⁹ Disponível em [<https://diversa.org.br/relatos-de-experiencia/escola-inclui-estudante-surdocego-por-meio-de-trabalho-colaborativo/>]. Acessado em 13 de novembro de 2021.

⁵⁰ Disponível em [<https://proceedings.science/cbee/cbec-2018/papers/curriculo-funcional-natural--a-experiencia-de-um-aluno-com-paralisia-cerebral-no-centro-pedagogico---ufmg>]. Acessado em 13 de novembro de 2021.

Centro Pedagógico – UFMG, apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Educação Especial – 2018, destacando às contribuições do Currículo Funcional Natural. O CP oferece Ensino Fundamental (1º ao 9º ano), organizado em 3 ciclos, com 3 anos escolares cada. O CP conta com Laboratório de Currículo Inclusivo (projeto de ensino, pesquisa e extensão) que atua em parceria com a Faculdade de Educação da UFMG, no fornecimento de propostas para compor o Plano de Desenvolvimento Individual do aluno (PDI), para os meninos da inclusão, o que foi feito com Samuel.

Esses dois relatos exitosos de inclusão, utilizando o Currículo Funcional como recurso pedagógico, apontam para a importância de uma intervenção que se baseia em formação continuada e planejamento de estratégias pedagógicas, promovendo a inclusão dos alunos e a interação com os colegas de classe.

Na perspectiva de uma educação baseada em direitos humanos, a pretensão é que sejam alcançados os objetivos de uma inclusão acompanhada em que os alunos sejam protagonistas, participativos e sujeitos de suas experiências acadêmicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas leituras e estudos para a construção desse artigo, é possível afirmar que as reflexões sobre o Currículo Funcional serão relevantes para as escolas contemporâneas, inclusivas.

No decorrer da pesquisa os objetivos foram o norte para identificar os referenciais teóricos que fundamentam os estudos e trabalhos no campo da Inclusão Escolar, buscou-se os amparos e as definições legais nas políticas públicas brasileiras, trazendo reflexões sobre o Currículo funcional, enquanto instrumento de mediação da Inclusão.

Alertando para o compromisso das escolas com a Inclusão de alunos com deficiência, a presença do apoio especializado, a existência de

um currículo funcional embasado em planejamento colaborativo entre os profissionais da escola, respeitando as possibilidades e as potencialidades dos alunos – previstos nas políticas públicas brasileiras.

Ressalto que o olhar da escola deve se voltar para como atender a todos os alunos em seu ambiente escolar, por meio de metodologias ativas que se adequem a cada aluno. O professor munido com o conhecimento acerca de Inclusão e Currículo Funcional poderá contribuir e impactar o processo ensino – aprendizagem.

Os conhecimentos necessários que foram apontados no decorrer do texto nos levarão a reflexão da importância da implantação de Currículo Funcional que tem por objetivo estabelecer de forma individual o que o aluno vai aprender, com aplicabilidade para sua vida. A pretensão desse estudo é que ele seja causador de uma inquietação nos sujeitos envolvidos no processo inclusivo, possibilitando futuras pesquisas na área da integração das possibilidades entre o Currículo Funcional e a Escola Inclusiva.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Maria Dolores Fortes. *Neuroaprendizagem e Educação: a Multidimensionalidade do Ensinar e Aprender*. In PEDRO, Waldir (ORG). Guia Prático de Neuroeducação. 2ª ed. RJ: WAK Editora, 2018.
- BRASIL. **LDB – Leis de Diretrizes e Bases. Lei nº 9.394. 1996.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm]. Acesso em: 25 de junho de 2021.
- _____. Ministério da Educação. *Ministério garante apoio a professores na implantação da Base Comum Curricular*. 2017. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/currículos]. Acesso em: 09 de junho de 2021.
- _____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:

- [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm]. Acessado em 10 de outubro de 2021.
- CANDAU, Vera Maria. **Educação e Direitos Humanos, Currículo e Estratégias Pedagógicas**. Disponível em: [<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/textos.htm>]. Acessado em 21 de novembro de 2021.
- CORRÊA, Maria Angela Monteiro. **Educação Especial**_vol1.pdf. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2010. Disponível em: [<https://canal.cecierj.edu.br/recurso/4597>]. Acessado em 02 de novembro de 2021.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRIFFO, Clénice; SANÁBIO, Debora Machado; RORIZ, Marlaina Fernandez; FERNANDES, Andréa Morato Monteiro *et al.* **Currículo Funcional Natural: a experiência de um aluno com paralisia cerebral no Centro Pedagógico - UFMG**. In: ANAIS DO 8º CONGRESSO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, 2018, São Carlos. Anais eletrônicos. Campinas, Galoá, 2018. Disponível em: [<https://proceedings.science/cbee/cbee-2018/papers/curriculo-funcional-natural--a-experiencia-de-um-aluno-com-paralisia-cerebral-no-centro-pedagogico---ufmg>] . Acessado em 13 de novembro de 2021.
- MAIA. Heber. **Saúde e Educação Juntas na Aprendizagem ou por quê o Professor deve conhecer o cérebro?** In: MAIA, Heber (ORG). Neuroeducação a relação entre a saúde e educação – Coleção Neuroeducação – Volume 01. RJ: WAK Editora, 2011
- MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: O que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003, p.33. Disponível em [<https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/INCLUS%C3%83O-ESCOLARMaria-Teresa-Egl%C3%A9r-Mantoan-Inclus%C3%A3o-Escolar.pdf>]. Acesso em: 01 de julho de 2021.

- MAZZOTTA, Marcos J. S. **Educação Especial no Brasil: História e Políticas Públicas**. 5. ed.. São Paulo: Cortez, 2005
- MICHAELIS. *Moderno dicionário da Língua Portuguesa*, 2021. Disponível em: [<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/curr%C3%ADculo%20/>]. Acesso em: 09 julho 2021.
- MINAYO, M. C. S.; DESLANDES, S. F. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 25ª ed. rev. atual. Petrópolis: Vozes, 2007. Disponível em [[108p.https://wp.ufpel.edu.br/franciscovargas/files/2012/11/pesquisa-social.pdf](https://wp.ufpel.edu.br/franciscovargas/files/2012/11/pesquisa-social.pdf)]. Acesso em: 3 de julho de 2021.
- MOREIRA, Antônio Flavio Barbosa. **Currículo, Experiências Educacionais e Práticas Formativas**. Educar, Curitiba, n. 17, p. 39-52. 2001. Editora da UFPR Disponível em [http://www.educarevista.ufpr.br/arquivos_17/barbosa_moraira.pdf]. Acesso em 30 de setembro de 2021.
- _____. **Reflexões Sobre Escola, Currículo E Ensino – Indagações sobre currículo : currículo, conhecimento e cultura** . Brasília : Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007. [<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Ensfund/indag3.pdf>]. Acesso em 30 de setembro de 2021.
- NASCIMENTO, Valdinéia. **Escola inclui estudante surdocego por meio de trabalho colaborativo**. Diversa Educação Inclusiva na Prática. 25/06/2021. Disponível em: [<https://diversa.org.br/relatos-de-experiencia/escola-inclui-estudante-surdocego-por-meio-de-trabalho-colaborativo/>]. Acessado em 13 de novembro de 2021.
- NEVES, Anderson Jonas das et al. *Escolarização formal e dimensões curriculares para alunos com autismo: o estado da arte da produção acadêmica brasileira*. Educação em Revista [online]. 2014, v. 30, n. 2 , p. 43-70. Disponível em: [<https://doi.org/10.1590/S0102-46982014000200003>]. Acesso em: 09 de julho de 2021.

NÓVOA, António. *Os Professores e a sua Formação num Tempo de Metamorfose da Escola*. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 44, n. 3, e84910, 2019. Disponível em: [<https://www.scielo.br/j/edreal/a/DfM3JL685vPJryp4BSqyPZt/?format=pdf&lang=pt>]. Acesso em: 24 de junho de 2021.

**SEÇÃO IV - POLÍTICA CRIMINAL E
PENITENCIÁRIA. DIREITOS MATERIAL E
PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEOS FRENTE
AOS DIREITOS HUMANOS**

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Vera Regina Fróes Villela⁵¹
Thaís Fróes Villela Aldrighi⁵²

RESUMO

A Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) é um instrumento previsto e utilizado em todas as esferas da arrecadação tributária para salvaguardar as finanças do Estado. É sujeita a influência de externalidades negativas capazes de estimular o mau-comportamento do contribuinte, aumentando o risco e o custo da arrecadação tributária. Externalidades que são analisadas sob a ótica do risco moral que ronda a lavratura da Representação Fiscal para Fins Penais emitida em razão de um auto de infração que ainda poderá ser impugnado pelo contribuinte no âmbito da Receita Federal do Brasil. Em vista disso, desenvolve-se reflexões visando identificar qual o verdadeiro papel da Representação Fiscal para Fins Penais. Para tanto, examina-se o modo como esse instituto é utilizado pela fiscalização, frente uma legislação que permite a suspensão/extinção da punibilidade em razão do parcelamento/pagamento do tributo reclamado pelo fisco. Nesse contexto do processo administrativo tributário percebe-se que a posição do contribuinte diante do fisco é de certa vulnerabilidade, o que torna imprescindível empreender-se a investigação de que modo a observância da estrita legalidade é fundamental para equilibrar a necessidade arrecadatória do Estado com as garantias constitucionais fundamentais desse mesmo contribuinte. Para isso utilizou-se o método fenomenológico e adotando-se como marco teórico o doutrinador Hugo de Brito Machado cuja obra discute não apenas os crimes contra a ordem tributária, em sentido abstrato, mas,

⁵¹ Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito na Unilasalle-RJ – E-mail: vera.villela@soulasalle.com.br . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6280788327180518>

⁵² Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Emerj; Pós-graduanda FESUDPERJ; Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – E-mail: thaisfroes@id.uff.br - <http://lattes.cnpq.br/6418958213490279>

fundamentalmente, sua aplicação nos lançamentos tributários frente ao planejamento tributário.

Palavras-chave: Representação Fiscal para Fins Penais. Arrecadação Tributária. Processo Administrativo Tributário. Risco Moral. Escolha Racional.

INTRODUÇÃO

O Estado, desde seu surgimento, sempre precisou de recursos para custear seus gastos com uma fonte regular e permanente de valores financeiros, centrada na força coercitiva para a retirada das riquezas produzidas por particulares, sem qualquer contrapartida. Dessa necessidade de financiamento das atividades estatais surgem os tributos como principal fonte de ingressos públicos indispensáveis para o funcionamento do Estado.

Sob a ótica individual, o dever de pagar tributos atua como uma limitação ao exercício de determinados direitos em virtude da redução dos orçamentos individuais e, por isso, as normas que prescrevem obrigações tributárias, ao imporem obrigações cujo cumprimento implica desfalque no patrimônio do particular em favor do Estado sofre resistência por parte dos contribuintes, e por isso, pode-se dizer que os tributos são normas de rejeição social.

Sob a ótica social, o dever de pagar tributos objetiva o financiamento do aparato estatal, permitindo não apenas o seu mero funcionamento, mas, também viabilizando que o Estado estabeleça e mantenha ações prestacionais voltadas para a efetivação da ampla gama dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Entretanto, a faculdade de instituir tributos, com o objetivo de financiar políticas públicas que visem o bem comum, nunca foi suficiente para que o Estado, no exercício de seu poder soberano, alcançasse junto à sociedade um tal nível de cooperação que dispensasse um maior grau de intervenção pública em matéria tributária. Em razão disso, o Estado procura vencer a resistência social ao pagamento de tributos, prescrevendo tipos que visem sancionar condutas perpetradas em desfavor de sua atividade tributária, intensificando instrumentos de combate à sonegação, implantando os mais diversos mecanismos para

aperfeiçoamento da sua máquina arrecadatória com vistas a manter estável esse inestimável agregado de receita.

Ao mesmo tempo em que a exigência de tributos e toda burocracia dela decorrente é justa e compatível com o ordenamento jurídico na perspectiva fazendária, para os contribuintes a tributação muitas vezes se traduz em um sentimento de injustiça e de confisco, principalmente em virtude da elevada carga tributária combinada com uma sintomática precariedade na gestão das finanças públicas.

No âmbito do Direito Tributário revela-se de grande valia a Análise Econômica do Direito que se utiliza, de forma subsidiária, de conceitos da microeconomia, para prever, com razoável grau de precisão, a forma como os indivíduos escolhem agir em um mundo cujos recursos são escassos (limitados).

Nesse sentido, o Direito é uma potente máquina geradora de incentivos, filtrada pelos valores binários do sistema normativo: lícito e ilícito. Ao modalizar as condutas em obrigatórias, proibidas e permitidas, o sistema jurídico valora e impõe custos para cada uma das alternativas possíveis para os indivíduos através das suas normas.

Logo, as normas legais podem ser entendidas como variáveis que vão afetar as decisões de cunho econômico a serem tomadas pelos contribuintes (como por exemplo declarar ou não declarar corretamente o imposto devido).

A presente pesquisa se utilizará da teoria da decisão ou da escolha racional em razão de oferecer ferramentas de análise para as decisões efetivamente tomadas (enfoque positivo) ou para informar quais decisões deveriam ter sido feitas (enfoque normativo).

Para uma maior familiarização com o problema de pesquisa proposto, com vistas a torná-lo mais explícito, adotar-se-á uma pesquisa exploratória (GIL, 2018, p. 26), através de revisão bibliográfica com o fito de investigar a utilização do Direito Penal como ferramenta do Direito Tributário, no tocante aos Crimes Contra a Ordem Tributária, destacando os principais argumentos das correntes doutrinárias quanto a essa utilização do Direito Penal como instrumento auxiliar de arrecadação.

Ainda através de pesquisa bibliográfica (GIL, 2018, p. 26), será investigada a adequação do fato da Representação Fiscal para Fins Penais ter como origem um Auto de Infração, cuja lavratura ocorre pela ótica da responsabilidade objetiva que comanda o Código Tributário Nacional, mas que é elástica para se transformar em uma responsabilização subjetiva, indispensável ao Direito Penal.

1. A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

A representação fiscal para fins penais é o ato administrativo que liga o processo administrativo tributário contencioso no qual se analisa a legalidade e a procedência do lançamento com o processo penal.

O processo administrativo tributário possui autonomia frente ao processo civil e ao administrativo pois, é composto por normas processuais que disciplinam o regime jurídico aplicável às lides tributárias deduzidas perante a Administração Pública. Diferentemente do processo judicial, não existe uma uniformização da legislação do processo administrativo tributário aplicável em todo o território nacional, uma vez que a sua instituição cabe a cada ente federativo, conforme a sua competência constitucional concorrente.

O contencioso administrativo tributário é constituído por uma série de atos que objetivam solucionar uma lide, sempre iniciado por provocação do contribuinte através da impugnação da exigência formulada através de auto de infração, possuindo o efeito de suspender a exigibilidade do crédito até que haja uma decisão definitiva quanto à correção do lançamento tributário⁵³.

As impugnações administrativas podem versar sobre questões materiais ou formais do lançamento do crédito tributário apresentado pelo Fisco, de modo que o conteúdo destas impugnações poderá abordar a (in)existência da obrigação (ou a dimensão do objeto de sua prestação) ou

⁵³ BRASIL. CTN. Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; (...)

a (ir)regularidade da constituição da exigibilidade do crédito, do qual a prestação é objeto. A administração pública se manifestará acerca das questões suscitadas na peça impugnatória à luz do art. 150, inciso I, da CRFB/88 cujo comando impede a exigência ou o aumento de tributo sem que a lei o estabeleça.

O processo administrativo tributário contencioso é norteado por vários princípios inerentes ao judicial, como o Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e o Contraditório, a Instrumentalidade e Economia Processual, o Duplo Grau de Jurisdição e a Fundamentação das Decisões.

Além disso, leciona MACHADO SEGUNDO (2020, p. 43) que embora submetidos a um núcleo comum de princípios constitucionais processuais, o processo administrativo tributário reclama a aplicação de princípios específicos, condizentes com suas peculiaridades, quais sejam: princípio da utilidade do processo administrativo, princípio da não submissão do órgão julgador ao poder hierárquico, princípio da verdade material e princípio da oficialidade.

Relativamente a cada um desses princípios supra mencionados, MACHADO SEGUNDO (2020, p. 44-48), em apertada síntese nos diz que com base no Princípio da Não Submissão do órgão julgador ao poder hierárquico, a autoridade administrativa quando exerce a função atípica de julgar é livre para fazê-lo, inclusive para desconsiderar instruções normativas caso as considere contrárias à lei. Quanto à incidência do Princípio da Verdade material, sublinha o autor que ele é decorrente do Princípio da Legalidade pois, para aplicar bem a lei a Administração deve conhecer os fatos que reclamam a sua aplicação procurando confirmar se os fatos sobre os quais se fundamenta o ato impugnado realmente ocorreram. No que se refere à aplicação do Princípio da Oficialidade no processo administrativo tributário contencioso assegura o autor que a autoridade competente deve impulsioná-lo, zelando por sua celeridade e conclusão com um pronunciamento definitivo acerca do entendimento da Administração Pública sobre o conflito nele tratado. Por fim, no que concerne ao Princípio da Utilidade do Processo, assevera MACHADO SEGUNDO (2020, p. 44):

Trata-se, como se pode facilmente perceber, de princípio análogo ao da efetividade da tutela jurisdicional, presente no âmbito dos processos judiciais. Isto significa, entre outras coisas, que não se pode admitir que, antes de concluído o processo, uma das partes envolvida sofra dano de tal ordem que a decisão a ser finalmente proferida perca a sua finalidade.

Prosegue MACHADO SEGUNDO (2020, p. 44) afirmando que o Princípio da Utilidade do Processo Administrativo, é corolário do direito de petição e da própria existência dos processos administrativos, resultado do direito assegurado ao contribuinte de receber uma resposta útil ao conflito submetido à autotutela vinculada, também chamada de autocontrole da Administração Pública. O Princípio da Utilidade do Processo Administrativo impede que sejam impostos gravames ao contribuinte, ainda que de forma oblíqua, caso o fato que enseja tais gravames ainda esteja sob a apreciação da Administração Pública. Para o autor, essa é uma das razões pelas quais o Ministério Público não pode apresentar denúncia penal por crime de supressão ou redução de tributo, baseado na lavratura de auto de infração, se esse mesmo auto de infração ainda está pendente de decisão pela própria Administração Tributária.

O contencioso administrativo se reveste de um caráter de revisão do lançamento, cujo objetivo final é apurar a sua legalidade e confirmar o valor do crédito tributário apurado, cujos desdobramentos são ressaltados por MACHADO SEGUNDO (2020, p.127):

Consequência assaz relevante da apresentação de impugnação administrativa a um ato praticado pela Administração Tributária é a suspensão dos seus efeitos enquanto não oferecida solução definitiva ao problema suscitado pelo impugnante. Trata-se de decorrência do direito a um processo administrativo, que há de oferecer uma solução útil, ou seja, há de assegurar ao administrado uma manifestação definitiva do Poder Público sobre a legalidade do ato

questionado antes que esse ato produza efeitos gravosos sobre a esfera de direitos do administrado.

O exercício do contraditório tributário no âmbito administrativo, além de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III do CTN, impede que se inicie a contagem do prazo prescricional, cujo termo inicial ocorre somente depois da constituição definitiva do crédito tributário (art. 174, caput do CTN), quer seja pelo decurso do prazo para a impugnação quer seja pela notificação do seu julgamento definitivo.

A constituição definitiva de um crédito tributário pendente, nos termos previstos pelo CTN, é condição *sine qua non* para que se ofereça a Representação Fiscal para Fins Penais. Significa dizer que a Representação Fiscal para Fins Penais, visando à instauração do processo penal, tem como pressuposto necessário a conclusão de um procedimento administrativo, no qual foi assegurado ao contribuinte o exercício da ampla defesa, o exame relativo à autoria do fato e à conduta do agente, agregando indícios da responsabilidade subjetiva deste com o resultado da sua atividade.

Em outras palavras prossegue MACHADO SEGUNDO (2020, p.127):

Para que haja respeito aos direitos de petição, ao devido processo legal administrativo, à ampla defesa e ao contraditório, é preciso não apenas que os mesmos sejam formalmente reconhecidos pelas respectivas legislações, mas também que seja vedado ao Poder Público criar restrições indiretas ou oblíquas ao se exercício. Não é possível, por exemplo, reconhecer o direito de impugnar administrativamente um determinado lançamento, mas impor ao administrado/impugnante sanções pelo fato de haver preferido questionar o ato em vez de efetuar prontamente o pagamento da quantia nele exigida.

Em suma, a questão relativa à representação fiscal para fins penais se coloca no âmbito próprio do direito material, ou seja, trata-se de saber se o tributo é ou não devido, para, a partir daí, se averiguar se houve ou não conduta penalmente relevante, de redução ou supressão do crédito devido, a fim de ensejar a instauração de persecução penal embasada em prova de materialidade.

Diante disso, pode-se comparar a Representação Fiscal para Fins Penais com um ornitorrinco, que é um estranho um animal. Olhando-o não se sabe ao certo se é um pato, um peixe ou um enorme rato. A representação fiscal para fins penais é um ornitorrinco tributário, descendente direto do Auto de Infração. Esse estranho herdeiro do Auto de Infração lavrado sob a égide do princípio da responsabilização objetiva (art. 136 do Código Tributário Nacional), sofre mutação e passa a exibir uma responsabilização subjetiva, que se constitui em verdadeira tentativa de responsabilização penal objetiva.

Dentre as várias facetas do fenômeno da tributação, exercendo o papel de uma *delatio criminis* dirigida ao Ministério Público, a Representação Fiscal para Fins Penais é um instrumento previsto e utilizado em todas as esferas da arrecadação tributária para salvaguardar as finanças do Estado. Inicialmente normatizada pelo parágrafo 3º do artigo 11 da Lei nº 4.357/64, não é exatamente uma novidade, mas nem por isso perde importância tanto que foi encartada na Lei nº 8.137/90, tendo sido inclusive objeto de edição da Sumula Vinculante 24 pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao longo do tempo a RFPP tem sido objeto de normatizações infralegais visando aperfeiçoar o seu funcionamento em prol da arrecadação tributária, dessa forma materializando o esforço cada vez maior, dispendido pelo Estado, para manter estável esse agregado de receitas derivadas, essencial para o financiamento das suas atividades.

2. TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A legislação concernente à punibilidade em matéria tributária tem sofrido enorme oscilação, nos últimos tempos, motivada essencialmente

pelos interesses arrecadatórios. Atualmente a pretensão punitiva do Estado aplicável aos crimes contra a ordem tributária pode ser afetada tanto pela suspensão quanto por sua extinção.

Ocorre a suspensão da punibilidade do sujeito que comete um crime tributário por meio da adoção de qualquer espécie de parcelamento tributário, desde que a sua formalização ocorra em momento anterior ao recebimento da denúncia criminal, à exceção dos débitos parcelados ainda no âmbito da Lei 11.941/09, para os quais, por se tratar de previsão especial expressa, aplica-se a suspensão da pretensão punitiva independentemente do estágio processual da ação penal correspondente.

A pretensão punitiva é totalmente extinta pelo pagamento integral do tributo, independentemente do momento em que isso ocorra, alcançando, inclusive, uma sentença penal condenatória transitada em julgado pois, o pagamento do débito é condição suficiente para que se aplique os efeitos da extinção de punibilidade através do reconhecimento da extinção da pretensão executória do Estado.

Em vista da concreta possibilidade de afetação da pretensão punitiva do Estado face o pagamento do tributo devido, percebe-se que o propósito punitivo para aquele que comete algum dos tipos penais previstos no rol dos crimes contra a ordem tributária é substituído, em nosso ordenamento jurídico, pelo propósito de coagir o contribuinte recalcitrante ao pagamento do tributo e de seus consectários, tendo em vista a isenção de punição penal diante do pagamento da dívida tributária. O que explicita na visão de HARADA (2015, p. 167) que o bem jurídico por eles tutelado é a integridade do erário.

Essas cláusulas de regularização fiscal que condicionam a punibilidade dos crimes fiscais, segundo BITENCOURT e MONTEIRO (2014, p.83) encontram fundamento análogo ao instituto da desistência voluntária, na medida em que tem por objetivo motivar o autor do crime a assumir um comportamento valioso com a promessa de impunidade.

O comportamento socialmente valioso que se pauta na suspensão/extinção da pretensão punitiva estatal no âmbito tributário tem relação direta com o pagamento do crédito tributário apurado pelo fisco, fruto de uma tomada de decisão por parte do contribuinte devedor.

Nesse aspecto, o comportamento do contribuinte recalcitrante nos remete a teoria da escolha ou teoria da ação racional utilizada para compreender e modelar o comportamento social e econômico dos indivíduos, baseada em um dos postulados fundamentais da Ciência Econômica que é o indivíduo racional.

A despeito das possíveis críticas quanto a interdisciplinaridade do direito com outras ciências sociais aplicadas, no atual patamar de desenvolvimento econômico consolidado pela humanidade, é praticamente impossível dissociar o âmbito jurídico da realidade socioeconômica, visto que a tributação é um instrumento de distribuição de bem-estar.

Nesse sentido o recurso à teoria da decisão ou da escolha racional facilita antecipar tanto comportamentos oportunistas quanto outras formas indesejáveis de imputação que tenham impacto negativo no estímulo dos particulares para recolherem tributos, cujo agir é estratégico e racional.

Por teoria da decisão entende-se o campo de estudo, baseado na racionalidade que visa obter os melhores resultados por meio de um processo organizado e metódico (CARVALHO, 2018a, pp. 34-35). Essa teoria em um mundo onde as decisões práticas dos indivíduos se dão em um contexto de risco (incerteza) procura estabelecer formas de obter a maximização dos possíveis resultados em face dos objetivos pretendidos.

Por agir estratégico entende-se que a sua forma de atuar leva em conta as ações de terceiros, como os demais indivíduos reagirão ou possivelmente se anteciparão às suas próprias ações (CARVALHO, 2018a, p.109).

Por agir racional, adota-se o sentido instrumental, isto é, pensar e escolher de modo a atingir de forma mais eficiente (incorrendo no menor custo possível) os objetivos pretendidos, seja lá quais forem (CARVALHO, 2018a, p.102).

Por indivíduo racional compreende-se aquele que reage a incentivos ao realizar suas escolhas, e esses incentivos influenciam a sua ponderação entre custo-benefício que é avaliado em razão do custo de oportunidade para cada uma das escolhas possíveis.

O paradigma dominante dessa teoria é o da racionalidade instrumental que direciona as escolhas dos contribuintes frente aos incentivos percebidos. Quando os incentivos desenhados levam a repetidos maus comportamentos, ou seja, comportamentos em que o indivíduo assume maior risco e age de forma irresponsável, na certeza de que outros suportarão o custo desnecessário ou imprevisto das suas ações negligentes, tem-se como possível remédio o aumento da probabilidade de detecção e de punição como panaceia para reduzir os níveis de sonegação.

Em vista disso, o indivíduo racional avalia os incentivos para fazer uma escolha consequencialista adotando como parâmetro o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a sua decisão, sendo irrelevante as causas que o levaram à necessidade de tomar uma decisão, ou seja, preocupa-se com o futuro e não com o passado, já que eventos passados não podem ser modificados. Esse é o comportamento teórico-racional fundado num cenário abstrato em que todos dispõem de informações perfeitas para embasar a sua tomada de decisão. Entretanto, no mundo real, as informações disponíveis são incompletas ou assimétricas.

A existência de assimetria de informações permite que em uma determinada transação a parte que detenha maior grau de informação extraia benefícios maiores que a outra parte, resultando em alocações de recursos pouco eficientes. Essa diferença no nível de informação das partes envolvidas conduz a dois resultados: seleção adversa e o risco moral.

A grosso modo, a seleção adversa ocorre ex ante, pois consiste na diferença de conhecimento entre as partes envolvidas antes que as transações se concretizem e dificultam a previsibilidade dos resultados para um dos lados.

O chamado risco moral ou moral hazard pode ser entendido como uma assimetria de informações ex-post, pois manifesta-se após a ocorrência de alguma transação, quando a ação ou omissão de uma das partes faz com que a outra tenha que arcar com custos desnecessários e/ou imprevistos oriundos da transação realizada. Dito de outra forma,

quando os incentivos levam a um comportamento em que o indivíduo assume maior risco e age de forma irresponsável ou negligente escorado na certeza de que esse custo será suportado pelos demais indivíduos, temos o fenômeno do risco moral.

Nesse jaez o direito é uma potente máquina geradora de incentivos ao determinar quais condutas tem caráter obrigatório, quais são proibidas e quais são permitidas, o sistema jurídico impõe custos a cada uma dessas alternativas que se apresentam aos indivíduos. Cada escolha resulta numa conduta individual concreta que poderá gerar efeitos positivos ou negativos que, potencialmente afetam a sociedade como um todo.

O sistema tributário brasileiro é um gerador de péssimos incentivos em razão da sua complexidade normativa que se combina de forma desfavorável com uma alta carga tributária resultando num verdadeiro entrave para a acumulação de riqueza privada na medida em que aumenta os custos das transações econômicas, o que contribui, sobremaneira, para o baixo índice de crescimento econômico alcançado pelo país. Em razão dessa perversa combinação, o risco moral perpassa o nosso sistema tributário, se manifestando tanto nos contribuintes quanto no fisco.

O risco moral, em duas formas distintas, está presente entre todos os auditores fiscais, quer sejam federais, estaduais e municipais. A primeira delas se manifesta ao pairar sobre o auditor fiscal a ameaça da responsabilidade funcional por uma possível omissão na identificação de ilícitos tributários que, em tese, possam configurar crime contra a ordem tributária, mesmo que fruto de divergências de interpretação entre o fisco e o contribuinte. Neste caso, numa clara atitude de auto defesa o fisco lavrará o auto de infração adotando o entendimento que ao mesmo tempo é mais seguro para o fisco, porém mais desfavorável para o contribuinte.

A segunda manifestação do risco moral para os auditores fiscais é fruto da sua estrutura remuneratória atrelada às aferições de produtividade, que são diretamente proporcionais aos valores arrecadados via ação fiscal. Destaca CARVALHO e BUENO (2018, p. 245) que a Lei 13.464/17 ao instituir os bônus de eficiência, ao mesmo tempo, instituiu o risco moral para os auditores da receita federal, uma vez os valores

arrecadados sofrem forte influência dos percentuais das multas aplicadas. Sob esse aspecto, não há dúvida que a estrutura de cálculo do bônus de eficiência funciona como um poderoso incentivo para que os auditores fiscais, muito mais do que apenas aplicar a lei, gerem autuações que irão compor o fundo para o bônus, se utilizando inclusive fartamente das multas qualificadas e agravadas que aumentam substancialmente o valor autuado.

Para além das atividades de fiscalização, esse bônus de eficiência alcança também os Auditores Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que conjuntamente com os representantes dos contribuintes têm como função precípua exercer o controle de legalidade dos autos de infração impugnados. Esse dever os envolve em concreto conflito de interesses, na medida em que, como auditor tem interesse na manutenção dos valores autuados, reduzindo o seu grau de exigência quando a aplicabilidade das multas agravadas e qualificadas. Em razão desse contexto paradoxal envolvendo os auditores fiscais, CARVALHO e BUENO (2018, p. 245) detectam a ocorrência do problema conhecido como “agente-principal”, assim por eles descrito:

Relacionado ao risco moral, ocorre quando o agente age em interesse próprio, não alinhado aos interesses de sua organização ou sistema (principal). Neste exemplo de moral hazard, tomamos como “principal” não o governo federal ou a Fazenda Pública, mas o próprio sistema jurídico tributário. É evidente que os incentivos do agente (seja os fiscais, seja o governo ou fazenda pública) estão desalinhados com o sistema, e o resultado é a perpetuação da doença: uma tributação cada vez mais custosa onde tanto agentes públicos quanto contribuintes são motivados a comportamentos que causam custo social e ineficiência.

Por outro lado, o fisco se defronta com diferenças de informação entre a administração tributária e o contribuinte. Essa assimetria de informações ocorre porque evidentemente o contribuinte conhece muito melhor que o Fisco as operações que realiza, ou seja, conhece os

quantitativos referentes à quanto e o que vendem, para quem efetuam as vendas, se estas geram lucro e como esse lucro é aplicado (elevando a circulação de bens ou serviços, ou elevando o patrimônio acumulado). Para minimizar essa diferença de informação, a administração tributária se utiliza do poder de criação de obrigações acessórias para exigir que lhe sejam entregues demonstrativos e/ou declarações que espelhem as relações econômicas sujeitas a tributação. Entretanto tais informativos podem conter informações inexatas ou até mesmo omissões e, em ambos os casos, há a aposta de que a administração tributária não conseguirá obter melhores informações e não terá condições de dar tratamento adequado nem mesmo às informações que recebeu, verificando a veracidade destas.

O aumento da probabilidade de detecção e de punição tende a reduzir a sonegação. No entanto, aumentar a probabilidade de detecção implica aumentar os custos da arrecadação. Assim sendo, como é impossível (em termos de custos e de quantitativo de pessoal) auditar 100% dos contribuintes, sempre uma certa sonegação será possível do ponto de vista econômico. Nessa esteira, depara-se mais uma vez com o risco moral de os contribuintes sentirem-se seguros de que não serão submetidos a procedimentos fiscais, o que funciona como estímulo para a sonegação.

Logo, no processo decisório do contribuinte, ele se depara com o estado de coisas no mundo (condições da realidade que vão afetar as suas escolhas), a partir do qual deverá realizar atos, conforme os resultados que pretende alcançar. Pode-se exemplificar com a escolha entre pagar ou discutir judicialmente alguma imposição tributária, que será influenciada pela probabilidade de êxito no litígio, bem como pelos custos e benefícios associados a cada alternativa. Se os benefícios compensarem, haverá litígio, se os custos forem proibitivos, a escolha será pelo pagamento. Portanto, as possibilidades de êxito são assunções que correspondem ao estado de coisas real no mundo.

Na perspectiva dos contribuintes, é racional que eles almejem que o Fisco não tenha acesso às informações sobre sua realidade financeira, especialmente quando há tributações progressivas ad valorem

(desutilidade marginal em cumprir com a obrigação tributária à medida que a tributação aumenta). Nesse caso, considera-se que esses contribuintes são racionais, e por isso, o incentivo plausível é desertar da tributação, no sentido de evitar compartilhar dados com a autoridade fazendária. Logo, sob a ótica do contribuinte, como tomador de decisões, ele escolherá agir a partir de um dado conjunto de alternativas como por exemplo, pagar ou não pagar o imposto; declarar integralmente o imposto devido ou declarar somente uma parte, decisões essas atreladas no incentivo positivo ou negativo da punição que ele poderá receber. Punição essa que se extingue com o pagamento ou parcelamento do tributo reclamado pelo Fisco, funcionando, na prática, como um seguro sonegador.

Em se tratando de pagamento de tributos, o contribuinte sempre levará em conta o estado de coisas, especialmente o repertório de normas que afetarão a escolha dos atos que realizará, sem nunca perder de vista a maximização do resultado pretendido, qual seja: obter economia fiscal. No que concerne aos tributos, os incentivos passam a ter importância fundamental ao assumir a forma de sanções punitivas e premiais posto que influenciam a conduta do contribuinte e a sua manipulação passa a ser o principal fator de sucesso ou do fracasso de um sistema tributário. Afinal, a moral consequencialista é o motor da decisão, deixando a Deontologia em segundo plano, pois o contribuinte processa a punição como um efetivo preço ao escolher a conduta a ser tomada.

Dito isso, tem-se que o contribuinte, como agente racional, coteja custos e benefícios e reage a incentivos, não se importando com as sanções nominais (penas meramente previstas na legislação), mas sim com as sanções esperadas (sanções realmente aplicadas de forma concreta). Logo, para que se obtenha uma eficiente dissuasão, faz-se necessário a adoção de incentivos apropriados através da combinação de sanção e aplicação da sanção. Justamente essa foi a abordagem econômica do crime, sintetizada por Gary Becker em seu artigo, publicado em 1968, intitulado “Crime e Punição: uma abordagem econômica” (tradução livre), que é representada pela fórmula simples: $EP = NP \times PP$, onde EP é

a penalidade esperada, NP é a penalidade nominal e PP é a probabilidade de a pena ser imposta concretamente.

A fórmula de Becker permite afirmar que se o benefício esperado em não pagar tributos superar o custo esperado das sanções tributárias, o contribuinte não cumprirá com a obrigação tributária; por outro lado, se o custo esperado superar o benefício, o contribuinte então pagará o tributo devido. Portanto, a escolha do contribuinte é baseada na atribuição de probabilidades do risco de vir a ser efetivamente punido por sua conduta ilícita. A possibilidade de cumprir pena restritiva da liberdade de ir e vir pode funcionar como um forte incentivo ao cumprimento das obrigações tributárias, entretanto esse incentivo é esmaecido pela extinção da punibilidade através do pagamento ou parcelamento do tributo devido.

O fato é que, no tocante aos crimes contra a ordem tributária, o risco moral ocorre tanto para o Estado quanto para o contribuinte. No sentir de CARVALHO e BUENO (2018, p. 246) esse duplo risco moral ocorre da seguinte maneira:

O Estado ao legislar de forma a incentivar a arrecadação em vez da dissuasão, promove maus incentivos, impelindo o contribuinte infrator a realizar a análise custo-benefício que pondere apenas custos financeiros e não os custos de ter sua liberdade de ir e vir encerrada por alguns anos. Mas os incentivos são ruins para o Estado igualmente, pois deixam de promover o bom cumprimento das leis pelos contribuintes, o que por sua vez, é nocivo para toda a sociedade.

Especialmente nos casos de sanção penal contra os crimes tributários, tanto a legislação quanto a jurisprudência reduzem a probabilidade da punibilidade para praticamente zero. Essa baixa possibilidade de punição produz efeitos também junto ao fisco que se sente mais liberado para interpretar as falhas dos contribuintes de maneira mais favorável ao fisco, ou seja, aplicando multas qualificadas que redundam necessariamente na representação fiscal para fins penais. O

contribuinte autuado, por seu turno, sabe que a extinção da punibilidade a qualquer tempo, funciona como um seguro ao sonegador que poderá avaliar o custo de oportunidade e escolher o melhor momento para parcelar ou até mesmo quitar o débito em aberto.

Assim, segundo CARVALHO e BUENO (2018, p.249) nos deparamos com o seguinte cenário:

O círculo vicioso se fecha: o sistema tributário é excessivamente oneroso, complexo e irracional; o contribuinte foge da tributação; o Estado necessita arrecadar e para tanto cria incentivos para autuações arbitrárias; fiscais atuam respondendo a esses incentivos, atuando muitas vezes de forma arbitrária; o Estado cria anistias, moratórias e formas de evitar a punibilidade penal e gerar um alívio fiscal; conseqüentemente o sistema segue sendo ruim.

O resultado final desses incentivos jurídicos mal desenhados é a perda do bem-estar social em razão dos incentivos negativos criados que estimulam o mau-comportamento do contribuinte, aumentando o risco e o custo da arrecadação de tributos. Em razão desse custo mais elevado, qual seja, o maior risco de arrecadação frustrada, deve então o Estado elevar a carga tributária, para se financiar, esperando que parte dos contribuintes arque com ela, em proveito de outros contribuintes que assumiram o risco de sonegar. Nesse cenário não é possível encontrar um equilíbrio ótimo, ou seja, um equilíbrio em que o estado de eficiência máxima seja alcançado, os recursos estão alocados da forma mais eficiente possível. Qualquer realocação dos recursos para melhorar a situação de um indivíduo irá necessariamente piorar as condições de outro indivíduo. No entanto, ao ser eficiente não necessariamente se é igualitário. Não há garantia que um dos integrantes não concentre mais benefícios que os outros - apenas que para favorecer os demais a partir de agora, uma das partes deve perder algumas de suas vantagens econômicas.

3. A PROBLEMÁTICA ARTE DE CONCATENAR O AUTO DE INFRAÇÃO E A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

O início de um procedimento administrativo pelo fisco não significa que se esteja diante de um ilícito tributário, de natureza criminal, com perfeita caracterização de responsabilidade penal da pessoa do infrator (criminoso). A simples falta de pagamento do tributo ou a insuficiência no seu recolhimento pode implicar em penalidade pecuniária, em razão do princípio da responsabilidade objetiva (art. 136 do CTN). Constatando o inadimplemento de obrigação tributária o auditor não necessita perquirir a respeito da causa desta situação, os propósitos ou a intenção do seu infrator, sequer se agiu com culpa ou dolo. Neste caso, ensina CARVALHO (2007, P. 528) que:

o único recurso que dispõe o suposto autor do ilícito, para defender-se, é concentrar razões que demonstrem a inexistência material do fato acoimada de antijurídico, descaracterizando-o em qualquer de seus elementos constituintes. Cabe-lhe a prova, com todas as dificuldades que lhe são inerentes.

No caso dos crimes tributários, a questão não é tão simples, pois a elementar do crime tributário é a “supressão ou redução do tributo”, valor cuja apuração é de responsabilidade exclusiva de uma autoridade fiscal, ou seja, não cabe à autoridade policial ou ao Ministério Público a definição do valor do tributo, mas sim, outra esfera do direito. Neste caso, quando penetra o dolo no enunciado descritivo do fato ilícito ocorre uma inversão no ônus probatório que, nas palavras de CARVALHO (2007, P. 528):

...competindo ao fisco, com toda gama instrumental dos seus expedientes administrativos, exhibir os

fundamentos concretos que revelem a presença do dolo ou da culpa, como nexos entre a participação do agente e o resultado material que dessa forma se produziu. Os embaraços dessa comprovação, que nem sempre é fácil, transmudam-se para a atividade fiscalizadora da Administração, que terá a incumbência intransferível de evidenciar não só a materialidade do evento como, também o elemento volitivo que propiciou o infrator atingir seus fins contrários às disposições da ordem jurídica vigente.

Nos autos de Infração que descrevem condutas abarcadas pela Lei 8.137/90 que ensejaram a aplicação de multas qualificadas e até mesmo de multas agravadas, resultando ainda no dever de Representar para Fins Penais, regra geral o fisco se limita a circunscrever os caracteres fáticos, fazendo breve alusão ao cunho doloso da conduta do contribuinte. Dada a gravidade e onerosidade da imputação formulada pelo fisco, é imperioso que na peça fiscal exista prova inequívoca do elemento subjetivo (dolo) que integra o tipo, com a mesma evidência com que demonstra a integração material da ocorrência fática.

Outrossim, o fisco tende a apontar a incidência penal, em geral arrolando as pessoas que integram o contrato social, sem um mínimo de lastro probatório de indicação do elemento subjetivo do tipo (o dolo), bem como, o nexo de causalidade entre a redução ou supressão do tributo à pessoa física apontada como autor do delito tributário, o que, in tesi, constitui verdadeira tentativa de responsabilização penal objetiva.

Nas condutas previstas na Lei 8.137/90 as presunções não são admitidas porque o dolo não se presume, se prova. Não é possível equiparar as responsabilidades objetivas com as subjetivas sem agredir a sólida estrutura dos nossos institutos jurídicos e maculando os direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna.

No âmbito federal, com o claro objetivo de imprimir maior agilidade para atualização e adequação da legislação que cuida da Representação Fiscal para Fins Penais, foi revogado o Decreto 982/93 com a publicação do Decreto 2.730, em 10 de agosto de 1998, que trouxe

um texto bem enxuto, com apenas cinco artigos e dentre eles o art. 3º que concede poderes ao Secretário da Receita Federal para disciplinar os procedimentos necessários à execução da Representação Fiscal para Fins Penais e o seu encaminhamento para o Ministério Público. Desde então, a Representação Fiscal para Fins Penais passou a ter o seu detalhamento disciplinado por Portarias emitidas pelo Secretário da Receita Federal. Atualmente a Portaria RFB nº 1750, de 12 de novembro de 2018, é que dispõe sobre a representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, bem como de outros crimes contra a Administração Pública Federal, sem que em seu bojo haja a exigência de que o fisco tenha um lastro probatório mínimo da conduta dolosa por parte do contribuinte, num nítido descompasso com os institutos de direito penal (responsabilidade subjetiva) e de direito tributário (responsabilidade objetiva).

Além disso, essa conduta desmedida, é estimulada pela própria regulamentação do procedimento de representação fiscal, cuja combinação dos seus art. 2º e art. 19 da Portaria RFB nº 1750/18 contribui para a banalização da representação fiscal e das multas agravadas, na medida em que solidariza o servidor que descumprir o dever de representar. Tal solidariedade induz o auditor fiscal a optar pelo agravamento da conduta do contribuinte com o fito de minimizar o risco de ser penalizado em razão de ter deixado de identificar atos ou fatos que, em tese, poderiam configurar crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social.

Nesse momento, segundo JALORETO e STAHL (2018, p.281), o equilíbrio necessário para efetuar o lançamento é rompido, transformando o lançamento tributário num ato superrogatório inverso motivado por pela necessidade de minimizar riscos. Através desse comportamento é sub-rogado ao contribuinte o risco do fiscal que, obviamente, prefere assumir uma posição superestimada, ao risco de ter contra si um processo funcional ou criminal

Por sua vez, o Estado ao revisar o lançamento tributário impugnado pelo contribuinte, numa situação peculiar em que ao mesmo

tempo é parte e é juiz do litigio, acaba por desconsiderar eventuais erros e vícios de toda ordem nos autos de infração, confirmando a validade do crédito apurado maculado muitas vezes por entendimentos pró-fisco em seus conselhos de contribuintes, cujo o marco legal não contempla a presunção de inocência.

Desse modo, os contribuintes que não desejarem se curvar a entendimentos canhestros da fiscalização e dos seus conselhos de contribuintes terão que se valer do poder judiciário para reavaliar o credito tributário administrativamente discutido.

RESULTADOS E CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho de pesquisa pode-se constatar que após a promulgação da Constituição Federal de 1998, quando os representantes da sociedade brasileira optaram pela adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito, a doutrina contemporânea passou a compreender o tributo sob a ótica dos princípios da cidadania e solidariedade, cuja a finalidade é ser o meio para que se atinja o bem-estar individual e coletivo.

A efetividade dos Direitos Fundamentais e especialmente a ampla gama de direitos sociais elencados pelos constituintes originários, por óbvio, dependem de recursos captados da própria sociedade através do dever fundamental de pagar tributos que, sob a ótica individual, atua como uma limitação ao exercício de determinados direitos em virtude da redução dos orçamentos individuais. Sob o prisma coletivo temos que, face aos compromissos sociais da Carta Magna de 1988, o Brasil optou por uma tributação alargada cujo nível, nas últimas décadas, apresenta movimento ascendente, trazendo a reboque, uma dificuldade cada vez maior para o Estado arrecadar esses valores adicionais de tributos.

Nessa esteira, deve-se ter cuidado ao vincular esse caráter transindividual do dever de pagar tributos ao gasto público, uma vez que a relação jurídica entre Fisco e contribuinte é uma relação obrigacional, em que o Estado encontra limitações ao seu poder de império na própria lei. Nesse contexto, é importante, observar que a posição do contribuinte

diante do fisco é de certa vulnerabilidade, de tal modo que a observância da estrita legalidade é fundamental para equilibrar a necessidade arrecadatória do Estado com as garantias constitucionais fundamentais desse mesmo contribuinte. No entanto, verificou-se ao longo da pesquisa que esse cuidado foi suplantado pela necessidade de financiamento do aparato estatal. Foram implantados pelo Estado variados mecanismos com o fito de aperfeiçoar a sua máquina arrecadatória, o que tornou a legislação tributária mais volumosa, casuística e complicada, resultando num elevado estoque de créditos tributários não adimplidos, causando impactos no orçamento dos entes federativos, na atividade empresarial e, de modo geral, na vida dos contribuintes.

Nesse perverso contexto, se instalou uma ciranda em que o Estado usa e abusa do seu poder de exigir o tributo, e do outro lado o contribuinte se defende como pode dentro desse sistema tributário utilitarista e caótico, fruto da escolha legislativa de trilhar o caminho cômodo, barato e politicamente rentável da criminalização de ilícitos tributários, criando tipos penais com o objetivo de superproteger o crédito fiscal.

Tal escolha desvirtua o uso do direito penal que, em tese, balizado pelo princípio da intervenção mínima, apenas as mais graves violações da ordem tributária deveriam ser objeto de intervenção penal. No entanto constatou-se que, amiúde a legislação tributária se utiliza da extrafiscalidade para, por intermédio do direito penal, alcançar suas pretensões arrecadatórias, em detrimento do princípio da intervenção mínima, o que traz à baila a Representação Fiscal para Fins Penais, objeto da presente pesquisa acadêmica, que constitui o elo de ligação entre o Direito Tributário e o Direito Penal.

A Representação Fiscal para Fins Penais mesmo apresentando peculiaridades, ainda assim, se encontra inserida no campo do Direito Penal-Tributário. Tal assertiva se baseia no fato de que ela necessita dos conceitos gerais do direito penal para estabelecer as implicações da conduta (sanção) mas também dos conceitos gerais do direito tributário para determinar se tal conduta constituiu efetivamente um fato gerador da obrigação tributária capaz de legitimar o lançamento e consequentemente o crédito tributário apurado pelo fisco. Além disso, como integrante do

subsistema jurídico-penal, deve observar a vigência dos princípios fundamentais que dão unidade ao sistema punitivo, de modo a limitar e disciplinar o exercício do poder punitivo pelo estado.

Desse modo, nos delitos de sonegação fiscal, a conduta incriminada está sujeita ao preenchimento de um pressuposto extrapenal que é a existência de um ilícito fiscal (transgressão de dever tributário) por isso, o ilícito tributário é pressuposto do ilícito penal. Em vista disso, não ocorre a configuração de crime se a conduta do agente estiver autorizada pelo Direito Tributário, uma vez que a antijuridicidade penal decorre da antijuridicidade tributária. E, ainda que não esteja autorizada pelo Direito Tributário, é indispensável que haja o dolo para a configuração da conduta penalmente reprovada. E, a necessidade de caracterização do dolo conduz a uma das questões mais controvertidas nesse âmbito, qual seja, a presunção do dolo como instrumento para facilitar a incriminação do comportamento do agente que, à luz da verdade real, não passa de um mero devedor do fisco, isto é, um simples inadimplente.

A origem da Representação Fiscal para Fins Penais é um Auto de Infração lavrado pela autoridade lançadora (fiscal de tributos) com o objetivo de arrecadar os valores do crédito tributário que não foram oferecidos ao fisco. Constatado o inadimplemento de obrigação tributária o auditor não necessita perquirir a respeito da causa desta situação, os propósitos ou a intenção do seu infrator, sequer se agiu com culpa ou dolo, basta imputar a responsabilidade objetiva prevista pelo artigo 136 do Código Tributário Nacional. Certo é que, pela sua própria natureza e função, a procedimentalização administrativa baseia-se em presunções, via de regra.

Contudo, no caso do Autos de Infração que descrevem condutas abrangidas pela Lei 8.137/90 que trata dos crimes tributários, a questão não é tão simples, pois por se tratar de crime tributário cuja elementar é a “supressão ou redução do tributo”, há a necessidade do elemento volitivo dolo por parte do contribuinte. Na responsabilidade subjetiva do agente, segundo a melhor doutrina, ocorre uma inversão no ônus probatório competindo ao fisco, com toda gama instrumental dos seus expedientes

administrativos, exibir os fundamentos concretos que revelem a presença do dolo, como nexos causal entre a participação do agente e o resultado material que dessa forma foi produzido.

A Representação Fiscal para Fins Penais exerce o papel de delatio crimini com objetivo de comunicar ao Ministério Público que os auditores fiscais encontraram indícios de crimes contra a ordem tributária, esgotada a fase do contencioso administrativo que tem um caráter de revisão do lançamento, visando apurar a sua legalidade e confirmar o respectivo valor do crédito tributário. Faz-se mister sublinhar que esse ato administrativo envia ao titular da ação penal apenas indícios, especialmente os de materialidade dos fatos a serem investigados. Nada mais. Isto porque, a produção probatória neste momento é voltada para finalidades arrecadatórias. E isto é insuficiente para a responsabilização penal. Precisa-se de mais segurança, quanto à definição da subjetividade das condutas (e mesmo quanto à materialidade, conforme a situação concreta) para a aplicação da reprimenda penal. Contudo, é suficiente para intimidar os contribuintes recalcitrantes com a ameaça de uma ação penal. Não há dúvidas que o verdadeiro objetivo desse procedimento intimidatório é o de abreviar o tempo de discussão administrativa do crédito tributário, coagindo o contribuinte a solver imediatamente o débito apurado ou requerer seu pagamento parcelado.

Nessa toada, o devedor de tributos se torna o inimigo do Estado a ser combatido, compondo um cenário em que o próprio interesse público primário (ordem tributária) protegido pelos tipos penais acaba sendo diretamente prejudicado através do desestímulo à atividade produtiva reduzindo, por conseguinte a própria arrecadação de tributos. Isto porque, os empresários se sentem ameaçados pela criminalização, para além da questão ética e moral, mas sobretudo porque existem sérias consequências financeiras, como penhora de bens, perda de crédito junto às instituições financeiras, dificuldades em realizar novos negócios, além dos custos incorridos com a defesa criminal.

A estratégia arrecadatória fartamente utilizada pelo fisco é acenar por um lado com a redução de multas para quem abrir mão dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito

do contencioso administrativo tributário, e por outro ameaçar com instauração de processo criminal, desconsiderando por completo a função social da empresa, qual seja, gerar emprego, renda e riqueza. O interesse em proteger a ordem tributária e consequentemente de proteger o interesse arrecadatório, não devem estimular a aplicação irrestrita e descuidada de sanções criminais aos contribuintes, representando um verdadeiro risco moral para o fisco.

Por outro lado, os contribuintes também estão expostos ao risco moral quando a motivação meramente arrecadatória do Estado é o norte para deliberar quanto a sua pretensão punitiva nos crimes contra a ordem tributária, que poderá ser suspensa ou até mesmo extinta a depender da ocorrência do parcelamento ou do pagamento integral do tributo, independentemente do momento em que isso ocorra, alcançando, inclusive, uma sentença penal condenatória transitada em julgado, reduzindo a probabilidade da punição penal para praticamente zero. O contribuinte autuado sabe que a extinção da punibilidade a qualquer tempo, funciona como um seguro ao sonegador, que poderá avaliar o custo de oportunidade para escolher o melhor momento para parcelar ou até mesmo quitar o débito em aberto junto ao fisco.

Além disso, no decorrer do trabalho demonstrou-se, que o direito penal tributário está inserido em um contexto de expansionismo penal, o que é natural em virtude do surgimento de novos riscos, devendo o Estado moderno, na criação de novos delitos ou na exasperação daqueles já existentes, se acautelar para não administrativizar demasiadamente o direito penal, que deve ser visto sempre como ultima ratio, evitando-se a ampliação desmedida da persecução criminal, buscando sempre um ponto de equilíbrio que permita sua utilização, causando o mínimo de prejuízos possíveis àqueles que movimentam a economia do país e que, constantemente em razão da complexidade que norteia o sistema tributário, se veem envolvidos em processos criminais por terem infringido normas tributárias de alta complexidade, muitas vezes sem o dolo de fraude.

Diante de todo o exposto, temos como confirmado que o Estado deve aprimorar o combate à sonegação fiscal, mas não através da

utilização enviesada do direito penal. Isso porque a arrecadação tributária deriva das atividades econômicas desenvolvidas pelos contribuintes (particulares e empresas), que geram emprego e renda, inclusive para o próprio Estado. Confirma-se desse modo que o sistema tributário brasileiro é realmente um gerador de péssimos incentivos em razão da sua complexidade normativa combinada com uma alta carga tributária, resultando num verdadeiro entrave para a acumulação de riqueza privada.

Em suma, no estado democrático de direito, os limites da atuação estatal são estabelecidos a partir da noção de dignidade da pessoa humana e dos princípios e garantias que dela decorrem. Assim, em que pese a superioridade do Estado, a arrecadação não pode ser obtida a qualquer preço, devendo ser observada a harmonia dos direitos e garantias do contribuinte com o dever do estado de arrecadar e de punir as condutas contrárias aos interesses fazendários.

Conferir ao contribuinte o status de inimigo gera insegurança jurídica e o descontentamento para com a Administração Pública. O Estado deve garantir ao cidadão o tratamento justo e equilibrado, seguindo à risca os preceitos desenhados na Constituição e legislações aplicáveis na arrecadação tributária, abandonando interpretações heterodoxas, só favoráveis ao enriquecimento do Tesouro.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, César Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de. Direito Tributário e Análise Econômica: uma introdução atualizada. In: YEUNG, Luciana (org.). Análise econômica do direito: temas contemporâneos. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. pp. 110-141.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de. Teoria da Decisão Tributária. São Paulo: Almedina Brasil, 2018a.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral

- (moral hazard). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (org.). Crimes Contra a Ordem Tributária: do Direito Tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2018b. pp. 237-251.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de; ROSA, Octavio Giacobbo da. A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade tributária e o “risco moral”. Revista do Tribunais, São Paulo, v. 980, pp. 69-78, jun. 2017. Mensal.
- GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- HARADA, Kiyoshi; FILHO, Leonardo Musumecci; POLIDO, Gustavo Moreno. Crimes contra a ordem tributária. 2a edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- JAROLETO, Jair; STHAL, Sidney. Responsabilidade Penal Tributária e a Representação Fiscal para Fins Penais. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (org.). Crimes Contra a Ordem Tributária: do Direito Tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2018. pp. 269-288.
- MACHADO, Hugo de Brito. Introdução ao Planejamento Tributário. 2a edição. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 4a edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Burocracia e fiscalidade: uma análise das práticas de fiscalização e cobrança de impostos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares (Coord). Sustentabilidade fiscal em tempos de crise. Coimbra: Almedina, 2011. pp. 11-59.
- SILVA, Leandro Cabral e. Lançamento tributário e pretensão punitiva. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís. Crimes Tributários: extinção da punibilidade e sonegação. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

PRISÃO PARA QUEM? O SISTEMA CARCERÁRIO SOB A ÓTICA DE CARL SCHMITT

Juliana Menescal da Silva Ziehe⁵⁴

RESUMO

Carl Schmitt foi um jurista alemão cujo pensamento foi amplamente difundido no período da segunda guerra mundial. Entre suas principais obras se destaca *O Conceito do Político*, marcada pelo antagonismo existencial amigo-inimigo. Nessa época, o encarceramento de grupos minoritários definidos como inimigo pelo Estado, a quem não se aplicava qualquer direito fundamental, eram traços marcantes em diversos campos de concentração. Trazendo suas reflexões para o Estado Democrático de Direito, indaga-se: poderia o sistema carcerário de um Estado ser analisado sob a ótica do inimigo definida por Carl Schmitt? Para tanto, foi realizada pesquisa pelo método dedutivo, de natureza descritiva e parcialmente exploratória, a partir de dados do senso penitenciário brasileiro, documentários, convenções internacionais de direitos humanos e fontes bibliográficas sobre o tema, com o objetivo de definir conceitos trazidos pelo jurista Carl Schmitt, realizando-se um panorama de sistemas carcerários sob a ótica do inimigo. Ao final da pesquisa foi possível concluir sobre a possibilidade do cotejamento dos conceitos estudados com o sistema prisional, especialmente diante da criminalização de condutas praticadas por determinados grupos selecionados pelo Estado.

Palavras-chave: Carl Schmitt; Amigo-Inimigo; Sistema Carcerário; Direito Penal do Inimigo; Sistema Penitenciário Brasileiro.

⁵⁴ Mestranda em Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis. Pós Graduada lato sensu em Gestão Estratégica Processos e Projetos Integrados na área de Segurança Pública pela COPPEAD/UFRJ. Pós Graduada lato sensu em Direito pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Atualmente é Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, juliana_ziehe@hotmail.com, <http://lattes.cnpq.br/3971825524310035>

INTRODUÇÃO

Carl Schmitt foi um influente jurista alemão tendo atuado no período nazista, o que maculou seu nome na categoria dos autores malditos. Aspectos de sua teoria como o estado totalitário e a condição política definida pela unidade racial, foram pontos estruturantes do estado alemão durante esse período. Os antagonismos existenciais também foram marcantes nas obras de Schmitt, sendo o principal deles a definição do político pelo amigo-inimigo. Essa polarização, inclusive, será objeto do presente trabalho, que visa trazer uma reflexão acerca da aplicação do conceito de inimigo para contextos atuais.

Nesse sentido, indaga-se: poderia o sistema carcerário de um Estado ser analisado sob a ótica do inimigo definida por Carl Schmitt?

Não há dúvidas que durante o período nazista, fascista ou ditatorial, os sistemas carcerários poderiam ser enquadrados na perspectiva de inimigo de Carl Schmitt. Isso porque as prisões mantinham explícito caráter político de segregação de grupos que constituíam um risco para o regime vigente. Ademais, os presos representavam a segregação de um grupo minoritário, conscientemente escolhido por um estado totalitário e definido pela unidade – a qual não pertencia esses presos.

Ao inimigo, portanto, não se aplicava direitos fundamentais, tampouco a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, os presos eram expostos à tortura, fome, castigos frequentes, ambientes insalubres, trabalhos forçados e condições subumanas que levaram milhares de pessoas à morte. O medo que se impunha nesses estados totalitários e o discurso do interesse público fortaleciam essa conduta da sociedade, no mínimo, tolerante⁵⁵.

⁵⁵Mia Couto (2011) em carta intitulada *há quem tenha medo que o medo acabe*, redigida para a Conferência de Segurança de Estoril, faz um resumo do medo imposto pelos sistemas ditatoriais, declarando de forma assertiva que “para fabricar armas, é preciso fabricar inimigos. Para produzir inimigos, é imperioso sustentar fantasmas”.

Todavia, passam-se os anos, os regimes ditatoriais vão sendo superados e consagra-se o Estado Democrático de Direito. Após a segunda guerra mundial é concretizada a Declaração Universal de Direitos Humanos que visa impedir o retorno ao estado de barbárie. Convenções internacionais são celebradas por diversos países, assegurando direitos mínimos à pessoa humana, inclusive para presos de guerra.

Contudo, apesar de superado os momentos históricos em epígrafe, surgem novas relações de hostilidade, havendo a criminalização de determinados grupos que são levados ao cárcere por constituírem o novo inimigo do Estado. Dessa forma foi travada a guerra ao terror nos Estados Unidos da América (EUA) que culminou com a criação da prisão de Guantánamo. Da mesma maneira vem se dando a guerra às drogas, que foi determinante para o encarceramento em massa da população estadunidense negra, jovem e de baixa renda.

No Brasil, a guerra ao tráfico de drogas impõe frequentes análises na política de segurança pública. O tráfico de entorpecentes, cada vez mais organizado, estrutura-se em grandes grupos armados como é o caso do Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV), Terceiro Comando Puro (TCP), dentre outros. O confronto armado entre forças de segurança e traficantes reflete o desdobramento dessa política. A escolha desse inimigo também vai impactar diretamente no perfil da população carcerária e o tratamento que vem sendo aplicado a esses presos, inclusive com a flexibilização de direitos constitucionais.

Feitas essas ponderações, a hipótese inicial do presente trabalho é de que o sistema carcerário de um Estado, ainda que Democrático de Direito, pode ser analisado sob a ótica do inimigo de Carl Schmitt, pois sempre haverá um conteúdo político na criminalização de determinadas condutas ou grupos, ainda que de forma implícita.

Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa pelo método dedutivo, de natureza descritiva e parcialmente exploratória, a partir de dados do senso penitenciário brasileiro (INFOPEN), convenções internacionais de direitos humanos, documentários e fontes bibliográficas sobre o tema, com o objetivo de definir conceitos trazidos pelo jurista Carl Schmitt,

realizando-se um panorama geral de sistemas carcerários sob a ótica do inimigo.

Nesse sentido, o presente estudo foi estruturado em três capítulos. No primeiro, será abordada a definição de amigo-inimigo por Carl Schmitt. O segundo capítulo irá tratar o sistema carcerário como forma de segregação do inimigo. No terceiro capítulo serão realizadas breves considerações sobre o sistema penitenciário brasileiro.

1. O CONCEITO DE AMIGO E INIMIGO PARA CARL SCHMITT

Carl Schmitt foi um jurista alemão que viveu durante o período de primeira e segunda guerra mundial, quando escreveu importantes obras, dentre as quais *O conceito do político*, que vai nortear as reflexões do presente artigo. Foi opositor radical da democracia liberal, realizando severas críticas aos princípios do liberalismo e do positivismo jurídico, estando o traço totalitário presente em seus conceitos e instituições. Ele faz parte dos autores que se inserem no contexto da revolução conservadora alemã, tendo integrado o Partido Nacional Socialista Alemão, popularmente conhecido como Partido Nazista. Devido a essa forte influência histórica que constituiu o panorama de suas análises, Schmitt vai definir a condição política do Estado pela unidade (GUERRA, 2017)⁵⁶.

Como autêntico realista político, ele faz uma reflexão sobre o poder e sua manifestação através do antagonismo amigo - inimigo. Aliás, o antagonismo é marcante em suas análises, tendo exemplificado que “no âmbito da moral, as extremas diferenciações sejam bom e mau; no estético, o belo e o feio; no econômico, o útil e prejudicial ou, por exemplo rentável e não rentável” (SCHMITT, 2008, p. 27). Da mesma forma se

⁵⁶ Guerra (2017) aborda em seu artigo as perspectivas da biografia de Carl Schmitt e dos conceitos centrais de sua análise crítica enquanto importante jurista em direito constitucional e internacional. Também expõe sua curta participação no regime nazista, mas que maculou seu nome como “autor maldito”, “jurista do nazismo” e defensor do estado totalitário.

impõe a análise do político, cujas reflexões podem ser extraídas da diferenciação entre amigo-inimigo.

Nesse ponto, torna-se imprescindível definir os conceitos de amigo e inimigo com objetivo de posteriormente correlacioná-los com discursos atuais, visando expor o quão arraigado estão na sociedade contemporânea e suas instituições.

Para Schmitt (2008) inimigo seria o grupo de pessoas definido como inimigo público (*hostis*), cuja relação de oposição com o Estado se tornou tão intensa a ponto de com eles ser possível travar um combate ou conflito. Há, portanto, uma relação de hostilidade entre Estado e o inimigo, que transparece em toda sua obra.

Com efeito, define o autor que

inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público. (...) Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflito com ele (SCHMITT, 2008, p. 30).

Pelo que o que se percebe, o inimigo difere daquela relação de adversário privado em uma discussão, como seria o caso de discursos religiosos ou em uma concorrência econômica. Aliás, como bem destaca o autor, a adversariedade seria própria da relação comercial que se mantém entre Estados.

Todavia, a relação entre amigo e inimigo não é estática, havendo uma indeterminação substancial, podendo qualquer relação tomar tamanha proporção ao ponto decisivo de chegar a uma oposição política intensa e relevante. Assim, um grupo que até então não era considerado inimigo pode se torná-lo por uma decisão do Estado, a quem compete essa escolha quando presentes os motivos anteriormente expostos.

Como bem explica Lima (2011, p. 167)

No conceito do político, Schmitt elabora uma dialética de luta ou dialética de *ágon*: uma dialética conflitiva entre amigos e inimigos imposta por uma decisão através da qual a distinção especificamente política dá unidade e ordem a um agrupamento; porém, ao invés de solucionar a contraposição, deixa em tensão o antagonismo, pois tal antagonismo entre amigo e inimigo não possui sentido normativo, mas existencial, cuja determinação se dá por uma realidade concreta no conflito contra um inimigo para além de qualquer ética ou moral. Assim, Schmitt não se refere a qualquer relação, mas apenas às relações conflitivas que alcancem a intensidade existencial do conflito, ou seja, o caráter relacional do político é marcado estruturalmente por relações de oposições e dissenso, pois qualquer dissociação concreta, ou seja, dada a partir de uma configuração histórica de formas de vida transforma-se em uma dissociação política quando discrimina entre amigos e inimigos, o que caracteriza em termos gerais seu existencialismo político.

Por fim, Schmitt destaca que a guerra é a realização extrema de inimizade, caracterizada pelo confronto armado entre dois Estados. Já a guerra civil seria o combate no interior de uma mesma unidade política organizada. O autor reforça que embora a guerra não seja um objetivo, tampouco uma finalidade, deve ser tratada como uma possibilidade sempre existente nessa relação amigo-inimigo.

2. O SISTEMA CARCERÁRIO COMO FORMA DE SEGREGAÇÃO DO INIMIGO

Embora Carl Schmitt tenha sido um influente jurista no período da segunda guerra mundial, o que se percebe é que aspectos de seu discurso se vêem presentes até os dias atuais. Ainda que de forma dissimulada (ou não), a polarização entre amigo-inimigo como definia o

jurista alemão, norteia determinadas políticas em diferentes Estados, como é o caso do sistema carcerário, conforme se verá a diante.

Nesse sentido, importante destacar que ao Estado compete a decisão de quem serão seus inimigos, levando-se em consideração a contraposição política existente naquele momento. Para Schmitt (2008, p 31) é o “Estado como unidade política organizada, a qual, na qualidade de totalidade, toma para si a decisão da relação amigo-inimigo.”

Nesse contexto, a criminalização de determinadas condutas de acordo com o momento histórico, poderia refletir essa decisão política estatal, levando ao cárcere um grupo que foi seletivamente definido como inimigo. Essa segregação resta evidente durante o período nazista, fascista ou ditatorial. Dentro dessa perspectiva foram criados os Gulags, pela extinta União Soviética, dentre outros campos de concentração durante o período de guerras.

A título de ilustração, os Gulags, sigla para a Administração Central dos Campos, foram prisões criadas a partir dos anos 1917 até 1953, com o objetivo de encarcerar os inimigos do comunismo. Essas prisões de trabalho forçado eram marcadas pelo isolamento, frio intenso, alimentação mínima e condições sanitárias inexistentes. As condições subumanas que foram expostas os detentos, levaram a elevadíssimas taxas de mortalidade. Violências físicas e abusos sexuais eram cometidos com frequência no interior desses presídios (CABRAL In Super Interessante, 2011, *online*).

Nesse caso, o propósito de segregar o inimigo é facilmente perceptível porque o país acabara de passar por uma revolução comunista, se inserindo em nebuloso período ditatorial de Stálin. Dessa forma, os Gulags tinham por objetivo segregar grande parte dos presos políticos que iam contra o regime estabelecido.

Feitas essas ponderações iniciais, a reflexão que se impõe necessária diz respeito à possibilidade de cotejamento dos conceitos definidos por Carl Schmitt com os sistemas carcerários implementados nos Estados Democráticos de Direito. Nesse sentido, seria possível aplicar o conceito do inimigo em um contexto de positivação de direitos? Isso porque, após o período de segunda guerra mundial, em 1948, já havia sido

proclamada a Declaração Universal de Direitos Humanos. Além da previsão de direitos constitucionais nesses países, também foram celebrados inúmeros tratados internacionais⁵⁷ que garantem, até os dias de hoje, a dignidade da pessoa humana aos indivíduos indistintamente, inclusive para os presos de guerra.

Aliás, a dignidade da pessoa humana é um dos corolários da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo previsto em seu artigo 5º que ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Nesse contexto, trazendo a reflexão para os dias atuais, é possível citar como exemplo o atentado às Torres Gêmeas nos Estados Unidos da América (EUA). Em 11 de setembro de 2001, o país deu início à chamada guerra ao terror, definindo um novo tipo de inimigo. Esse cenário culminou com uma série de intervenções militares no Oriente Médio, a criminalização severa do terrorismo e a inauguração do Centro de Detenção de Guantánamo, situada perto de uma baía de Cuba. Os presos encaminhados para essa prisão, por serem considerados “combatentes inimigos ilegais”, foram mantidos indefinidamente no local, incomunicáveis, sem julgamento e submetidos a diversos métodos de tortura (LIMA In BBC News, 2019, *online*). Houve nítida supressão do devido processo legal e de suas garantias, bem como a desconsideração de diversas convenções internacionais, como é o caso da III Convenção de Genebra que trata dos presos de guerra e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁵⁷ De acordo com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (2010), as Convenções de Genebra e seus protocolos adicionais constituem o núcleo de direito internacional mais relevante, que disciplinam o direito das pessoas que não participam do combate, as que deixaram de combater e os prisioneiros de guerra. De acordo com dados estatísticos divulgados pelo órgão, as Convenções de Genebra entraram em vigor em 21 de outubro de 1950. O número de ratificações foi crescendo constantemente ao longo dos anos, atingindo no ano de 2000 o total de 194 Estados Partes, fazendo com que a convenção seja universalmente aplicável. As convenções de Genebra determinam que os países em conflito, seja internacional ou interno, garantam o tratamento humano a todos os indivíduos em poder do inimigo, proibindo os assassinatos, mutilações, tratamentos cruéis, humilhantes, torturas e julgamentos parciais.

Em estudo sobre o tema, Cristina Pacheco (2015) demonstra que a anomalia de Guantánamo tem permitido que os EUA evitem a proteção de direitos fundamentais aos presos na guerra ao terror, a despeito de todo arcabouço da legislação vigente. A autora vai analisar casos concretos de pessoas que foram presas por terrorismo nos EUA, demonstrando diversas injustiças como a supressões de direitos individuais. A análise inclui o reconhecimento pela Suprema Corte Norte Americana dessas violações, que impôs algum freio ao poder executivo. São casos emblemáticos como o de *Boumediene v. Bush*, *Rumsfeld v. Padilha* e *Rasul v. Bush*, que foram presos e mantidos em Guantánamo com violação de diversos direitos.

Cristina Pacheco (2015) também reforça que expressão “combatente inimigo ilegal” começou a ser utilizada no direito americano para definir aquelas pessoas que estão ligadas a algum tipo de conflito militar organizado, como seria o caso de espões, sabotadores e guerrilheiros. Após os atentados, a expressão também passou a ser utilizada para definir terroristas, seus colaboradores, apoiadores ou pessoas que de alguma forma exteriorizem ato beligerante. A criação de tipos penais imprecisos e extremamente amplos permitiu a manipulação do direito penal de acordo com o interesse político do Estado e a criminalização de forma indevida de diversas pessoas que passaram a ser tratadas como terroristas.

Dentro dessa perspectiva de encarceramento do inimigo através de políticas definidas pelo Estado, se inserem também os chamados delitos de solidariedade. A expressão foi consagrada a partir da criminalização do auxílio à imigração ilegal no território francês. Diante dos episódios de ataques terroristas em diversos países, intensificação dos controles de fronteiras em face de migrantes não pertencentes ao bloco europeu e proteção à segurança nacional, as leis penais européias foram intensificadas. Com o aumento exponencial do fluxo migratório, houve também a criminalização do imigrante, que passou a ser enxergado como inimigo do Estado. O art. 1º, alíneas “a” e “b” da Diretiva 2002/90/CE relativa à criminalização do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregular da pessoa não nacional do Estado-Membro, vai ao encontro do explanado (BAKONYI, 2019).

Dentro dessa mesma perspectiva foi travada a guerra às drogas. A expressão foi cunhada inicialmente pelo presidente norte americano Nixon, com a campanha preventiva “*just say no*” e amplamente divulgada por todo o país. A guerra contra as drogas vai estabelecer um supremo grau de política interna, criando agrupamentos do tipo amigo-inimigo intra estatal, implicando em frequentes conflitos armados entre forças de segurança pública e traficantes.

Através de importante análise do sistema penitenciário norte americano, Ada DuVerney (2016) revela que a guerra às drogas foi oficialmente declarada a partir da criminalização do crack nos EUA. O país definiu a comercialização e consumo deste entorpecente como o principal inimigo interno do Estado. No documentário *A 13ª Emenda*⁵⁸, a diretora expõe que a política de criminalização do crack levou ao encarceramento em massa da população negra, pois o crack era a droga mais difundida no subúrbio, em detrimento de outras consumidas por classes mais privilegiadas da sociedade. Assim, a criação de estereótipos e a criminalização mais severa de condutas praticadas por classes mais baixas, refletiriam a perversidade de uma política de encarceramento em massa de um grupo previamente definido pelo Estado.

De acordo com o documentário, em 2016, os EUA já alcançavam a maior taxa de encarceramento do mundo: 2,3 milhões de pessoas.

⁵⁸ O documentário de Ada DuVerney (2016) revelou que os Estados Unidos representam 5% da população mundial, mas possuem 25% da população carcerária, demonstrando o impacto da política de encarceramento no país. A diretora faz uma importante reflexão histórica, afirmando que não obstante os EUA tenham acabado com a escravidão através da 13ª emenda, ela permite o trabalho forçado de criminosos. Assim, as criminalizações de condutas realizadas por negros e classes mais pobres da sociedade impuseram uma situação de escravidão institucionalizada até os dias atuais. Um exemplo dessa criminalização dos negros começou com a prisão pelo crime de mendigagem, ou seja, após a abolição da escravatura os negros passaram a ser presos de forma institucionalizada porque não possuíam emprego formal. Outra forma de encarceramento da população carente pode ser extraída do *three strikes and you are out*, isto é, a pena de prisão perpétua era aplicada contra quem praticasse três crimes contra o patrimônio. Atualmente, a privatização dos presídios impôs um viés econômico no sistema carcerário, permitindo o trabalho forçado, gratuito e precário, com a flexibilização de direitos individuais das minorias negras, jovens e pobres.

Segundo a autora, a criação desse tipo de inimigo fez com que a violenta ação de agentes estatais, como as forças policiais, fosse justificada dentro das comunidades de minorias raciais.

Com efeito, o documentário também procura revelar um viés econômico do sistema prisional norte americano, afirmando

que a política criminal dos EUA é na verdade um movimento consciente e voluntário para que o trabalho escravo abolido em 1863 possa continuar existindo, mascarado de “punição ao crime”, uma vez que a 13ª emenda permite até os dias de hoje o trabalho forçado dentro dos presídios estadunidenses (SANTOS e MUNIZ, 2021, p.4).

Nesse contexto, também ganha repercussão o chamado direito penal do inimigo, expressão cunhada pelo jurista Güther Jakobs. De acordo com Luiz Flávio Gomes (2010), direito penal do inimigo constitui o conjunto de normas jurídico-penais que vão definir a forma de tratar determinados criminosos definidos como inimigos pelo Estado. Nesse procedimento não se leva em consideração o fato criminoso, mas o tipo de autor. Por essa teoria, inimigo seria a pessoa que se afasta permanentemente do direito e que não oferece garantia de que poderia cumprir a norma estabelecida pelo Estado.

Por essa concepção,

o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, é uma não-pessoa. Como não pessoa não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado, Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal

não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa, pois o contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (GOMES, 2010, p.2)

Nesse cenário, também se fortalecem os modelos extremamente autoritários e inquisitivos como é o caso do substancialismo penal. Por esse modelo o delito não é apenas um desvio criminal no sentido de infração à lei, mas um ato imoral e anti social que precisa ser combatido. O autor é enxergado como delinquente natural, punindo-se a pessoa e não o fato por ele praticado. São criados tipos penais extremamente elásticos e indeterminados, isto é, calcados em modelos globais de desvio, visando abarcar a conduta do inimigo a qualquer custo. Assim, abre-se espaço para o decisionismo processual e uma epistemologia antigarantista, com processos fundamentados no discurso da prevenção e defesa social, análise da interioridade da pessoa julgada e convencimento intimamente subjetivo do julgador (FERRAJOLI, 2002).

Também é importante destacar que o ambiente de extrema polarização política que alguns Estados vêm enfrentando acaba intensificando os discursos punitivistas, de intolerância e, conseqüentemente, a divisão schmittiana da sociedade entre amigo-inimigo^{59 60}.

⁵⁹ Uma reportagem da BBC retrata o momento de extrema polarização política que vêm passando os EUA, que atingiu o ápice durante o recente governo Trump. O discurso de ódio inflamado durante a campanha presidencial de Donald Trump implicou na criminalização de imigrantes, minorias raciais e sexuais, além de incentivar o ataque contra esse grupo. “A lista de ocorrências vai de ataques físicos a grafites racistas, depredação de sinagogas e cemitérios judeus, insultos contra imigrantes e afro-americanos. Abusos contra muçulmanos, lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros contribuem muito para esse crescimento.” (PERASSO *In* BBC News, 2017, *online*). A matéria também expõe as medidas presidenciais para expulsar os “inimigos” do Estado, como a construção de barreiras em fronteiras, deportações de imigrantes, dentre outras.

⁶⁰ Em entrevista, o especialista em democracia e governança Thomas Carothers, afirma que o Brasil também vem passando por um momento de polarização política severa. “Quando a política se torna um confronto de identidades, as pessoas de um lado olham para o outro lado e deixam de dizer apenas 'eu não concordo com você nisso', mas dizem

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para o direito penal do inimigo ou modelos autoritários. Admitir a flexibilização de direitos fundamentais como tortura, trabalho forçado, ambientes insalubres e condições subumanas de presos, representa assombroso retrocesso e uma porta para o retorno aos antigos campos de concentração camuflados de novos sistemas penitenciários. A criminalização de forma mais severa de condutas praticadas pelas minorias raciais e de baixa renda constituem uma realidade no sistema penal e merecem uma reflexão, pois demonstram uma escolha velada do inimigo, mascarando o real problema da segurança pública de um Estado.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A guerra às drogas também é vivenciada em diversos estados brasileiros. O tráfico de entorpecentes, que se estrutura em verdadeiras organizações criminosas com intensa capacidade bélica, vem dominando alguns espaços do subúrbio, muitas das vezes impenetráveis por forças de segurança. Assim se formaram o Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV), Terceiro Comando Puro (TCP), dentre outros grupos fixados em diversas comunidades brasileiras. A política de confronto, embora severamente criticada, pois não combate as causas da violência e da criminalidade, tem sido a estratégia utilizada por alguns Estados para enfrentar esse inimigo.

O reflexo dessa política também vai impactar diretamente no perfil dominante da população carcerária: negra/parda, sem escolaridade e de baixa renda. Isso porque, como restará demonstrado adiante, o crime de tráfico de drogas representa significativo percentual entre os diversos tipos penais que levam às pessoas ao cárcere no Brasil.

'eu sou diferente de você'. Isso rapidamente se transforma em 'eu não gosto de você', e logo depois em 'na verdade, eu te odeio''. Grifo nosso. (LUPION *In* Made for Minds, 2019, *online*)

O Departamento Penitenciário Nacional⁶¹ (2020) divulgou em seu *website* o levantamento geral de informações penitenciárias, revelando que no período de janeiro a junho do ano de 2020 o Brasil atingiu o número de setecentos e dezessete mil trezentas e vinte e dois (717.322) presos. De acordo com esses dados, trinta e um mil quatrocentos e vinte e quatro (31.424) detentos desse grupo são mulheres, sendo certo que 57,76% delas foram presas pelo crime de tráfico de drogas, constituindo a esmagadora prática criminosa que as leva ao cárcere.

São inúmeras as teses que tentam justificar o motivo pelo qual as mulheres são cooptadas para o tráfico de drogas. No entanto, não é possível afirmar de forma categórica qual seria o principal fator que justificasse a crescente criminalidade feminina ao longo dos anos. Seja porque passariam mais despercebidas em operações policiais, seja pela dificuldade do trabalho formal ou porque são abandonadas com mais frequência por seus companheiros, possuindo filhos para sustentar, o fato é que

a prisão é uma experiência em família para muitas mulheres no Brasil. Em geral, é gente esmagada pela penúria, de áreas urbanas, que buscam o tráfico como sustento. São, na maioria, negras e pardas, mães abandonadas pelo companheiro e com ensino fundamental incompleto. Segundo o Ministério da Justiça, entre 2007 e 2012, a criminalidade cresceu 42% entre as mulheres – ritmo superior ao masculino. Uma tese em voga entre as ativistas da área é a de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos. Dados comprovam a teoria. Os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que podem funcionar como

⁶¹ Pesquisa realizada em 15 de junho de 2021 através do *website* do Departamento Penitenciário Nacional.

complemento de renda. O tráfico de entorpecentes lidera ranking de crimes femininos todos os anos no Censo Penitenciário (QUEIROZ, 2019, p.62).

Compilando o relato de detentas sobre a realidade por elas enfrentada, Nana Queiroz (2019) narra que essas presas são submetidas a condições degradantes, havendo a violação sistemática de direitos fundamentais no interior dos presídios brasileiros. Essas mulheres dão à luz algemadas no momento do parto, o berçário dentro do presídio que comportaria apenas quarenta (40) mulheres tem o espaço compartilhado com outras cento e dez (110), recém nascidos acabam dormindo com a parturiente no chão. Também é comum que as detentas grávidas não recebam tratamento pré-natal e acabem por parir o filho dentro de celas minúsculas até que sejam levadas ao hospital. Há diversos relatos sobre a entrega de comida crua, fria, azeda, com cabelos e insetos. As presas não recebem itens suficientes e essenciais para sua higiene pessoal como absorventes e as celas são superlotadas.

Ao encontro da realidade anteriormente retratada, em julho de 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio de decisão proferida pela juíza Lúcia Mothe Glioche, determinou o afastamento de cinco agentes do DEGASE e do diretor da Unidade Socioeducativa Feminina Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, diante da evidência de prática de abuso sexual contra adolescentes internas. Na reportagem, foram disponibilizados trechos de depoimentos das vítimas, dentre as quais uma adolescente de 13 anos, que relatou que era obrigada a praticar relações sexuais com os agentes carcerários para que pudesse usar o telefone celular e falar com sua mãe. Documentos também mostram que essa adolescente ficou grávida, havendo suspeita de aborto natural, assim como outras meninas que mantiveram relações sexuais forçadas com homens que possuíam idade suficiente para serem seus genitores. De acordo com o relatado pelas internas, o abuso sexual de adolescentes no interior dessa unidade socioeducativa feminina por agentes públicos ocorriam com frequência, em troca até de alimentos, sendo de conhecimento, inclusive, do diretor da unidade (DIAS, In G1 2021, *online*).

Feitas essas considerações, retomando à análise dos dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional⁶² (2020), nos presídios masculinos, o tráfico de drogas divide o ranking com os crimes contra o patrimônio. Nos crimes praticados por homens, 39,3% das prisões se deram por crime contra o patrimônio, ao passo que 31,23% ocorreram por tráfico de entorpecente.

Com efeito, a realidade enfrentada por esses detentos não difere da realidade nos presídios femininos, onde também ocorrem frequentes violações de direitos fundamentais⁶³. Nesse caso, destaca-se a superlotação das carceragens estaduais, onde não há espaço sequer para os presidiários se sentarem, castigos corporais impostos por agentes estatais, ausência de trabalho ou escola no interior dos presídios, dentre outros⁶⁴.

A conclusão a que se chega é de que o sistema prisional brasileiro constitui meio recorrente de violação à dignidade da pessoa humana, a despeito do que prescreve a Lei de Execuções Penais, tratados de direitos humanos e a própria Constituição Federal. Representa, a bem da verdade, “espécie de masmorra medieval, onde são cometidas as mais diversas atrocidades e seres humanos são tratados como objetos descartáveis que podem ser alojados em condições insalubres” (MATOS, 2019, p. 109)

O levantamento nacional de informações penitenciárias em último estudo aprofundado sobre o perfil da população prisional revela que

⁶² Pesquisa realizada em 15 de junho de 2021 através do *website* do Departamento Penitenciário Nacional, disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.

⁶³ O art. 5º, III da Constituição Federal de 1988 garante que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Com relação especificamente aos presos, a Constituição prevê no art. 5º, XLIX que é assegurado aos presos o respeito à dignidade física e moral.

⁶⁴ O documentário *Justiça* (2004) retrata casos concretos vivenciados por detentos na antiga Polinter, no Estado do Rio de Janeiro, revelando o caos do sistema penitenciário e da justiça criminal brasileira. Embora tenha sido gravado no ano de 2004, o documentário retrata uma realidade que persiste até os dias de hoje, com encarceramento em massa da população negra e carente, conforme dados que serão explorados na presente pesquisa. O documentário também relata a prisão provisória de um cadeirante, que sequer conseguiu ser encaminhado para o hospital penitenciário diante das suas necessidades especiais, dividindo a carceragem com outras centenas de pessoas.

Em relação a **faixa etária** das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível inferir que a **maior parte é composta por jovens**. Entre estes, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária (INFOPEN, 2017, p.30). Grifo nosso.

Em relação ao dado **sobre a cor ou etnia** da população prisional brasileira, o gráfico abaixo indica que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. **Somados, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional**. Quando observamos os dados da PNAD Contínua 2017, percebemos que há uma representação da população preta e parda no sistema prisional brasileiro. Os dados da PNAD indicam, que somados, o total de pardos e pretos representam 55,4% da população brasileira (INFOPEN, 2017, p.31). Grifo nosso.

No que concerne **ao grau de escolaridade** das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar **que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto**, seguido de 14,9% com Ensino Médio 35 Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%. Ao analisarmos os dados de escolaridade da população brasileira, obtidos a partir da PNAD Contínua 2017, percebemos que não há uma representação no sistema prisional dos mesmos graus de escolaridade observados na sociedade brasileira. No sistema penitenciário, mais da metade das pessoas custodiadas possuem baixa

escolaridade, ao passo que entre a população brasileira percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais (INFOPEN, 2017, p. 35). Grifo nosso.

Isto posto, o que se nota é que o perfil da população carcerária brasileira reflete a escolha do inimigo definido pelo Estado, especialmente no que refere à criminalização de um grupo com o qual há uma relação de hostilidade passível de conflito, como é o caso da guerra às drogas. Por serem considerados inimigos, contra eles se admite a relativização de direitos fundamentais, submetendo-os à situações desumanas. Por esse motivo, não há nenhum investimento por parte do Estado no sistema prisional. O cárcere se torna um depósito de pessoas, sem que lhes sejam garantido o mínimo de dignidade ou possibilidade concreta de recuperação. Não se pondera que esse preso um dia irá retornar ao convívio em sociedade, sem qualquer mudança no seu *status quo*. Essa postura é ainda tolerada pela sociedade que sempre enxerga o inimigo como sendo o outro e nunca algum familiar ou alguém que lhe seja próximo, suscetível de cometer crime e ingressar no sistema penitenciário. Daí a tão repetida frase “bandido bom é bandido morto”, que reflete essa polarização schmittiana ainda tão arraigada na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, pela análise dos sistemas supracitados, conclui-se que é possível realizar uma reflexão do sistema carcerário de um Estado sob a ótica do inimigo definida por Carl Schmitt. E não apenas nos períodos de primeira e segunda guerra mundiais, mas também dentro de recentes contextos de guerra ao terror e às drogas. Essa análise se torna viável especialmente na criminalização de condutas que atingem determinado grupo de pessoas selecionadas pelo Estado, que, de acordo com Schmitt, mantém uma relação de hostilidade e passível de conflito.

Nesse caso, a escolha do grupo irá impactar diretamente no perfil da população carcerária.

Na prática, por serem estigmatizados como inimigo, aos presos se admite a relativização de direitos fundamentais, motivo pelo qual são submetidos à condições degradantes. As previsões legais, tanto em nível internacional quanto pátrio, revelam-se insuficientes para garantir a dignidade da pessoa humana no que diz respeito às pessoas presas.

É importante destacar que o presente estudo não pretende defender a extinção da pena de prisão, mas lançar um olhar crítico sobre as condições de cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais. É evidente que a prática de um crime deve receber uma resposta Estatal, devendo ser aplicada a respectiva pena de forma proporcional à violação ao bem jurídico tutelado, atento aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal. O indivíduo que efetuou a prática de crime e foi processado de acordo das normas e garantias do devido processo penal, deve receber a respectiva punição.

Contudo, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito é a violação sistemática de direitos fundamentais que garantam o mínimo de dignidade à pessoa humana, conforme relatado ao longo do presente artigo. Deve-se ter em mente que encarceramento em massa no contexto exposto não diminui a taxa de criminalidade, muito pelo contrário. Apenas o investimento em educação, diminuição da desigualdade econômica, oportunidade de emprego e segurança cidadã constituem as alternativas para a efetivação da segurança pública e de uma sociedade mais igualitária.

No Brasil, o investimento nos presídios visando a ressocialização do preso como forma de impedir a reincidência, também representa importante ferramenta nessa mudança de cenário. A construção de presídios no interior dos Estados de modo a viabilizar a visita de familiares, também é importante medida no processo de ressocialização. Mas não só por isso, especialmente no crime de tráfico de drogas, a separação de presos do interior, nem sempre atrelados à comandos e organizações criminosas, dos presos da capital, que vivenciam realidade

totalmente diferente, constitui importante ferramenta de segurança pública.

Investimento não significa regalias como muitos podem pressupor, mas a implementação de condições mínimas que garantam o cumprimento da pena de forma digna.

REFERÊNCIAS

- A 13^a EMENDA. Direção: Ada DuVernay. Documentário. Estados Unidos da América: Stream Netflix, 2016.
- BAKONYI, Erica Brito. Breves considerações acerca do delito de solidariedade a partir do caso Mallah contra França. In SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GOMES, Daniel Machado; FERNANDES, Fernanda Santos; MADURO, Flavio Mirza (org). **Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019.
- BRANCO, Pedro Hermílio Vilas Boas Castelo. O papel do Estado na filosofia política de Carl Schmitt. **Revista o que nos faz pensar**, Rio de Janeiro, v. 30, 2011.
- CABRAL, Danilo Cezar. **O que eram os Gulags? Como funcionavam os campos de trabalho da ex União Soviética**. In Super Interessante. 2011. Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-eram-os-gulags/>>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta. **Tortura na Era dos Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: Edusp, 2014.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais**. 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>> Acesso em: 12 ago. 2021.
- COUTO, Mia. **Murar o Medo**. In: Conferência de Estoril sobre Segurança. 2011. Disponível em <<https://www.miacouto.org/tag/conferencia-de-estoril/>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Quantidade de incidências por tipo penal**. Brasília, 2020. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVMWRiOWYtNDVkNi00N2NhLTk1MGEtM2FiYjJmMmIwMDNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 15 jun. 2021.
- DIAS, Daniela; VIOLA, Enildo; FERNANDES, Felipe. **Justiça determina o afastamento de cinco agentes e diretor de unidade do Degase por suspeita de abuso sexual**. In G1. 2011. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/07/02/justica-determina-afastamento-de-cinco-agentes-e-diretor-de-unidade-do-degase-por-suspeita-de-abuso-sexual.ghtml>>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 3 ed., 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. **Revista eletrônica del centro de investigationes criminológicas de la USMP-Perú**, 2ª Ed, 2010.
- GUERRA. Elizabete Olinda. Vida e Pensamento Político de Carl Schmitt: breves considerações. **Revista Profanações**, ano 4, n. 1, jan./jul. 2017. Disponível em <<https://www.periodicos.unc.br/index.php/prof/article/view/1463>>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- INFOPEN, **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mas-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>>
- JUSTIÇA. Direção: Maria Augusta Ramos. Documentário. Brasil: Stream Netflix, 2004.
- LIMA, Deyvison Rodrigues. O conceito do Político em Carl Schmitt. **Revista de Filosofia Argumentos**, ano 3, n. 5, 2011. Disponível em <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/4460>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

- LIMA, Lioman. **O que faz da prisão mantida pelos EUA em Guantánamo a mais cara do mundo.** In: BBC NEWS. 2019. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49804838>>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- LUPION, Bruno. **Bolsonaro pode polarizar o Brasil de maneira nunca vista.** In: Made for Minds. Disponível em < <https://www.dw.com/pt-br/bolsonaro-pode-polarizar-o-brasil-de-maneira-nunca-vista/a-51235097>>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- MATOS, Erica Amaral. Ser Humano nos presídios Brasileiros: a Violação Sistemática da declaração Universal de Direitos Humanos. In SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GOMES, Daniel Machado; FERNANDES, Fernanda Santos; MADURO, Flavio Mirza (org). **Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares.** Rio de Janeiro: Multifoco, 2019.
- PACHECO, Cristina Carvalho. Os combatentes inimigos e a guerra ao terror: a relação entre suprema corte e a política externa nos EUA durante o governo Bush II (2001-2008). **Associação Brasileira de Relações Internacionais**, v.10, p. 77-93, 2015.
- PERASSO, Valeria. **Tenho medo de meu vizinho: crimes de ódio em alta nos EUA de Trump têm minorias como alvo.** In BBC NEWS. 2017. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40980645>>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras.** Rio de Janeiro: editora Record, 11 ed., 2019.
- SANTOS, Eneida Maria; MUNIZ, Natália Soprani Valente. **Resenha do Documentário A 13ª Emenda: a perpetuação da escravidão na Terra da Liberdade.** In: Grupo de Pesquisa da UFRJ (TRAB21). 2021. Disponível em <<https://trab21.blog/2021/01/12/a13emenda/>> Acesso em: 12 ago. 2021.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do Partisan.**
Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo
de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

A MÍDIA COMO INSTRUMENTO DE PODER, SEU PAPEL NA OPINIÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NA ANÁLISE DO *LAWFARE* POLÍTICO

Antonio Eduardo Ramires Santoro⁶⁵

Rodrigo Machado Gonçalves⁶⁶

Davi Almeida da Costa Queiroz⁶⁷

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar como a mídia é capaz de influenciar a opinião pública e servir de meio para a prática do *Lawfare* político, ou seja, da manipulação do Direito para fins políticos. Para tanto, apresenta a relação entre os meios de comunicação e o poder suficiente para, segundo uma pauta direcionada e espetacularizada, produzir um determinado resultado, sobretudo pela capacidade de introjetar nos consciente e subconsciente coletivos formas específicas de conhecer e de interpretar os fatos, de modo a desenvolver um raciocínio global coerente às pretensões, inclusive com resultado político. A partir de superficial análise de dois casos de extrema repercussão midiática, Milorad "Rod" Blagojevich e Lula (Operação "Lava-Jato"), buscou-se exemplificar tais ações midiáticas, seus contornos instrumentais e a consecução dos resultados, sendo certo que em ambos houve a clarividente manipulação fática para produção de impacto político, sobretudo, no Brasil, pela Operação "Lava-Jato", a qual foi profícua na mudança dos rumos de uma eleição presidencial.

Palavras-chave: Mídia. Justiça. Poder. *Lawfare* político.

⁶⁵ Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina, antoniosantoro@antoniosantoro.com.br, <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>

⁶⁶ Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/FND da Universidade Federal Rio de Janeiro - RJ, prof.rodrigo.goncalves@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/6074988147923888>

⁶⁷ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis-RJ, daviac.queiroz@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/167556724936941>

INTRODUÇÃO

O trabalho visa analisar a existência de *Lawfare* político a partir da influência midiática como instrumento de manipulação da opinião pública e seus reflexos para os direitos material e processual penais.

Para tal desiderato, ter-se-á como objeto de estudo precípua a ação da mídia nos processos de grande repercussão, tais quais a “Operação Lava Jato”, a qual será observada sob a apreciação teórica de autores estudiosos da temática.

O desenvolvimento analítico perpassa pelo conceito de poder político do Direito, pela incidência do capital político e social dos meios de comunicação e o uso de propaganda, através da observação de como é direcionado o pensamento de grandes massas pela mídia para o deslocamento, a manutenção, o enfraquecimento e o fortalecimento do poder e da dominação a depender do interesse político que se pretenda materializar e como o Direito pode servir de instrumento para a consecução de tais pretensões políticas.

Inevitavelmente, as perspectivas observadas não podem deixar de cotejar o impacto sobre os direitos e garantias fundamentais individuais preceituados pela Constituição de 1988, sobretudo pela compreensão social que se afeiçoa pelos discursos midiático, político e jurídico, a qual se torna tendente à legitimação dos fins politicamente engendrados e queridos.

Diante do exposto, a problemática da pesquisa se identifica pela maneira como os meios de comunicação têm influenciado a opinião pública para buscar a legitimação do *Lawfare* político e seu impacto sobre a administração da justiça penal e sua efetivação afrontosa ao feixe de garantias constitucionais democráticos estatuídos em 1988.

A título de breve conjectura, após décadas de desenvolvimento e inúmeras revoluções tecnológicas, foi gerado um grande salto para um contexto social da comunicação, ou, conforme alguns teóricos, o “surgimento de uma sociedade comunicacional”. A vida e a rotina são preenchidas por interações a nível global entre pessoas de diversas

camadas e contextos. O desenvolvimento da comunicação e da informação, impulsionado pela internet, e hoje sustentada pelos grandes canais televisivos e, sobretudo, pelas redes sociais, tornou a liberdade de ser informado e de informar, segundo Marcus Alan Gomes, uma premissa da democracia e da manutenção da liberdade. Nesse sentido, os meios de comunicação assumem a responsabilidade pela distribuição social da informação, com tamanho destaque e influência que são reconhecidos por gerarem novos conceitos, inclusive o de democracia, justamente pelo poder de influenciarem a visão de mundo das pessoas, sendo possível considerar como resultado das agências dominantes de tais meios a aparência da busca pela formação de uma cosmovisão manipulada e direcionada.

Nesse sentido, Pierre Bourdieu, sociólogo francês, esculpe a crítica da existência, na cultura da televisão, da perda de autonomia da liberdade de informar pela imposição do assunto, pelo direcionamento da pauta de assuntos e pela criação de condições comunicativas dirigidas a um fim e, especialmente, de que a limitação do tempo impõe ao restrições ao discurso, de tal forma que se torna provável a não informação.

A televisão e os canais de mídias sociais têm se tornado uma plataforma de divulgação de informações comerciais e palco para desenvolvimento de superegos, sendo comparados por Bourdieu a um certo tipo de *“espelho de Narciso, um lugar de exibições narcísicas”*⁶⁸. Da mesma forma que se tornam palco de teatros narcísicos, influenciam a mente e a forma de ver o mundo daqueles que assistem, sutilmente levantando pautas e assuntos de forma intencional e com objetivos, muitas vezes, bem estabelecidos.

O professor de Harvard, Bernard Cohen, afirma que os meios de comunicação *“podem não ser bem-sucedidos em dizer às pessoas o que dizer ou como pensar, mas são surpreendentemente bem-sucedidos em estabelecer sobre o que devem pensar”*⁶⁹.

⁶⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Oeiras: Celta Editora, 1997.

⁶⁹ COHEN, Bernard, *apud* GOMES, Marcus Alan, **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 63.

A pesquisa se desenvolve através de estudos bibliográficos, análise de documentos e decisões judiciais, relatórios públicos acerca da Operação “Lava-Jato”, matérias de jornais de grande veiculação nacional, além de observação de casos específicos, como o do ex-presidente Lula e do ex-governador de Illinois, Rod Blagojevich, esse último apenas a título comparativo-exemplificativo, isto porque, ao enfrentar denúncias de corrupção, teve seu “capital político” enfraquecido pela mídia, ao passo que seus advogados decidem “jogar o jogo midiático” e alçam resultados impressionantes nas pesquisas de opinião pública.

A relevância da pesquisa se afigura pela descrição do modo pelo qual a influência midiática age diretamente na formação da opinião pública e os seus impactos no cenário político nacional.

Os principais referenciais teóricos são: Simone Schreiber, Ana Lúcia Menezes Vieira, Pierre Bourdieu, Natália Lucero, Antonio Eduardo Ramires Santoro, Rodrigo Machado Gonçalves, Luigi Ferrajoli, Marcos Alan de Melo Gomes, Rafael Valim, Cristiano Zanin Martins e Eugenio Zafaroni.

Ressalta-se também o uso de dados estatísticos levantados pelo grupo de pesquisa LEMEP (Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública), além do documentário “Condenados pela Mídia”, reproduzido pela rede de *streaming* Netflix.

1. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PODER E DE POSSÍVEL MANIPULAÇÃO E *LAWFARE* POLÍTICO

Após décadas de desenvolvimento e inúmeras revoluções tecnológicas, foi gerado um grande salto para um contexto social de comunicação ou para o “surgimento de uma sociedade comunicacional” (GOMES, 2015).

A vida e a rotina são preenchidas por interações a nível global entre pessoas de diversas camadas e contextos. O desenvolvimento da comunicação e da informação, impulsionado pela internet, hoje

sustentada pelos grandes canais televisivos e, sobretudo, pelas redes sociais, tornou a liberdade de ser informado e de informar, segundo Marcus Alan Gomes (2015), uma premissa da democracia e da manutenção da liberdade.

O desenvolvimento dos meios de comunicação e das agências responsáveis pela distribuição social da informação possui tamanho destaque social que se afirma ser o fato gerador para a criação de novos conceitos de democracia, como assevera João de Almeida Santos: “democracia do público, democracia de opinião e democracia pós representativa”. (SANTOS apud GOMES, 2015)

Marcus Alan Gomes, a partir de suas pesquisas, aduz que os meios de comunicação exercem de forma predominante o direito de informar sobre qualquer outra instância. Niklas Luhmann, por sua vez, afirma que “aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”. (LUHMANN apud GOMES, 2015, p.62)

Diante das imersões de estudo do tema, afere-se que os meios de comunicação ao exercerem sua atribuição de informar sobre fatos influenciam a visão de mundo daquelas pessoas que “consomem” seu conteúdo, podendo gerar, intencional ou não intencionalmente, uma cosmovisão manipulada e direcionada.

O sociólogo francês, Pierre Bourdieu, realiza análise crítica da existência, na cultura da televisão, por exemplo, da perda de uma autonomia de liberdade de informar, sendo esta consequência do assunto imposto, das condições da comunicação direcionadas e, mormente, da limitação do tempo que impõem ao discurso restrições, tais que se torna pouco provável alguma coisa ser dita. (BOURDIEU, 1997)

A televisão e os canais de mídias sociais têm se tornado, sob o viés observado, uma plataforma de divulgação de informações comerciais e palco para desenvolvimento de superegos, sendo comparadas por Bourdieu a um certo tipo de “espelho de Narciso, um lugar de exibições narcísicas.” (BOURDIEU, 1997)

Da mesma forma que se tornam palco de teatros narcísicos, influenciam a mente e a forma de ver o mundo daqueles que assistem, sutilmente levantando pautas e assuntos de forma intencional.

O professor de Harvard, Bernard Cohen, afirmou que os meios de comunicação “podem não ser bem-sucedidos em dizer às pessoas o que dizer ou como pensar, mas são surpreendentemente bem-sucedidos em estabelecer sobre o que devem pensar”. (COHEN apud GOMES, 2015, p. 63)

Pierre Bourdieu levanta a questão do direcionamento de informação por parte dos grandes meios de comunicação em relação ao fato da censura, controle político e sobretudo econômico, veja-se:

Dessa censura que se exerce sobre os convidados, mas também sobre os jornalistas que contribuem para sua existência, espera-se que eu diga que é política. É verdade e há intervenções políticas, um controle político (que exerce sobretudo através das nomeações para os postos dirigentes). É verdade também que - particularmente em um período no qual como hoje, há um exército de reserva e enorme precariedade de emprego nas profissões da televisão e da rádio - a propensão ao conformismo político é maior. As pessoas se conformam por uma forma consciente ou inconsciente de auto-censura, sem que haja necessidade de chamar sua atenção (BOURDIEU, 1997, p.19)

A grande mídia, ou *mass media*, ao trazer uma informação, reforça valores, divulga ideias, gera visões de mundo acerca de um fato, analisa condutas, dando acesso ao público a uma ‘realidade de segunda mão’. É certo que a informação, antes de ser divulgada, passa por um editorial e equipes de propaganda, sendo filtrada e construída por jornalistas (contratados por uma grande empresa que eventualmente tem seus interesses bem estabelecidos), os quais dirigem a atenção das pessoas para assuntos específicos, por razões que variam desde consumo de mercado até interesses de grandes grupos políticos e econômicos.

Segundo tais observações, destaca-se a pressão econômica que gera direcionamento de informação, porquanto seja inegável que os grandes meios de comunicação façam parte de grandes grupos financeiros e dependam de incentivos e patrocínios, além de subsídios estatais, motivo pelo qual seu conteúdo dependa, sob tais considerações, do alinhamento de interesses transcendentais ao informar.

Nesse sentido, cita Bourdieu:

É verdade que, em última instância, pode-se dizer que o que se exerce sobre a televisão é pressão econômica. Dito isto, não podemos nos contentar em dizer que o que se passa na televisão é determinado pelas pessoas que a possuem, pelos anunciantes que pagam publicidade, pelo Estado que dá subvenções, e se soubéssemos, sobre uma emissora de televisão, apenas o nome do proprietário, a parcela dos diferentes anunciantes no orçamento e o montante das subvenções, não compreenderíamos grande coisa. Não é menos verdade que é importante lembrá-lo. É importante saber que a NBC é propriedade da General Electric (o que significa dizer que caso ela se aventure a fazer entrevistas com os vizinhos de uma usina nuclear, é provável que... aliás, isso não passaria na cabeça de ninguém...), que a CBS é propriedade da Westinghouse, que a ABC é propriedade da Disney, que a TF1 é propriedade de Bouygues, o que tem consequências, através de toda uma série de mediações. É evidente que há coisas que um governo não fará a Bouygues sabendo que Bouygues está por trás da TF1. Essas são coisas tão grossas e grosseiras que a crítica mais elementar as percebe, mas ocultam os mecanismos anônimos, invisíveis, através dos quais se exercem as censuras de toda ordem que fazem da televisão um formidável instrumento de manutenção da ordem simbólica. (BOURDIEU, 1997, p.20-21)

De acordo com Cecília Coimbra, nascida em 1941, no Rio de Janeiro, psicóloga, historiadora, fundadora do Grupo Tortura Nunca Mais/RJ e professora adjunta aposentada na Universidade Federal Fluminense vinculada ao programa de Pós-Graduação Estudos da Subjetividade, em artigo publicado sobre o tema *Mídia e Produção de Modos de Existência*, trazendo luz sobre o tema (COIMBRA, 2001):

Nos anos 60, verificou-se um notável desenvolvimento dos meios de comunicação de massa no Brasil, em especial, após o golpe militar de 1964. Principalmente, as telecomunicações - exigência clara nos planos para se aperfeiçoar e expandir a “defesa nacional” - permitiu que, do Oiapoque ao Chuí, programas pudessem ser vistos e ouvidos pelos mais diferentes segmentos de nossa população. Sob os slogans do desenvolvimento, da modernização aliados à segurança nacional, os meios de comunicação tornaram-se prioridade para o regime militar. Esta “modernização conservadora”, no dizer de Muniz Sodré (1992), desenvolveu a tecnoburocracia, que “combinou tecnologia com interesses militares e comerciais” (p. 32), tendo características transnacionais. O crescimento e a expansão dos meios de comunicação significou, paradoxalmente, sua centralização e controle por uns poucos - tendência ocorrida mundialmente a partir da segunda metade do século XX. É, ainda, Muniz Sodré (1992) que afirma serem hoje a imprensa escrita e a radiodifusão setores extremamente “familiares”, pois “(...) nove clãs controlam mais de 90% de toda a comunicação social brasileira. Trata-se de jornais, revistas, rádios, redes de televisão, com mais de 90% de circulação, audiência e produção de informações (...) controlados pelo estamento dominante” (p.43).

Este monopólio dos meios de comunicação - após anos de ditadura militar e de concessões escandalosas e praticamente ilegais - particularmente

em certas regiões do Brasil, tem sido preocupante, pois “não se adquire apenas um palanque midiático, mas quase um fórum de decisões políticas” (Gomes, 1994, p. 63), visto que se intervém abertamente em questões as mais diversas, orientando-as - com a “aprovação” da opinião pública - para os caminhos e desfechos que interessam ao que é dominante. Em pesquisa realizada na Biblioteca Nacional sobre os jornais em circulação no Rio de Janeiro, desde 1930, Silva e Lima (1997) encontraram os seguintes números, bastante significativos, que nos apontam claramente para o gradativo monopólio da imprensa escrita no Brasil a partir dos anos 60. Na década de 30, tínhamos 41 jornais; na de 40, eram 43 jornais; na de 50, o número aumentou para 52 jornais. A partir dos anos 60 começaram a cair assustadoramente, quando passamos a ter 22 jornais. Na década de 70, continuou a redução e ficou-se com 16 jornais e na de 90, temos 07 jornais.

Este contexto não se diferencia de outros países capitalistas, sejam latino-americanos ou europeus, onde o monopólio dos meios de comunicação é hoje uma realidade incontestável. Levantamento realizado por Chomsky (1997) e apresentado na Folha de São Paulo (pp. 8-9) aponta a Rede Globo como fazendo parte dos sete maiores grupos que constituem o chamado “império da mídia” dominando este setor mundialmente. Ao lado da alemã Bertelsmann, da mexicana Televisa, da australiana News Corporation e das norte-americanas Viacom, ABC Disney e Time Warner, a Rede Globo tinha, em 1997 - oficialmente - sob sua tutela um jornal, cinco revistas, uma rádio com 20 emissoras, um canal de TV transmitido por 86 emissoras nacionais, quatro canais internacionais para a Inglaterra, Estados Unidos, Portugal e Brasil, uma empresa de vídeo, uma editora, uma gráfica e três gravadoras de discos.

O monopólio dos meios de comunicação traz insegurança e falta de confiabilidade às informações propagadas. A concentração das fontes informativas facilita a propagação de conceitos criados de forma estratégica e intencional para manipulação de pessoas. Torna-se possível criar ideias e desconstruir outras de forma sutil, por exemplo, pela aniquilação de contrapontos, de opiniões diversas, gerando-se uma cultura de pensamento homogênea e (des)confiável, de direcionamento das massas populacionais.

A professora Cecília (2001) prossegue em sua abordagem afirmando que:

Este monopólio das comunicações, esta concentração das informações - característicos do nosso mundo globalizado - produzem certos modos de existir e de viver condizentes com a chamada “sociedade de controle”. Enfatizam-se os valores e as virtudes da instantaneidade, da descartabilidade, da diversificação, do planejamento e ganhos a curto prazo, da capacidade de se movimentar com rapidez. Segundo Harvey (1993) numa “sociedade do descarte” joga-se fora tudo: valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego às coisas, pois tudo torna-se obsoleto. Adquirir uma imagem “competente”, “confiável”, “pós-moderna” através da compra de um sistema de signos, como roupas de grife, carro da moda, discursos e saberes “avançados” é o significado da vida”.

Portanto, além de produzir certos modos de existência e de vida, de estar nas mãos de uns poucos, a mídia funciona organizando diversos e diferentes fluxos de acontecimentos; pela via do espetáculo, das formas dramáticas e sensacionalistas produz identidades, simpatias, prós e contras. À medida, portanto, que organiza os múltiplos fluxos de acontecimentos, a mídia hierarquiza os temas, selecionando os que deverão ser do conhecimento público e, daí, os que deverão necessariamente ser

discutidos, debatidos, pensados. Assim, a lógica mediática é a da homogeneização, do espetáculo, obedecendo ao valor da excepcionalidade, do ser extraordinário, da dramaticidade, da encenação voltada também para a produção de emoções.

A homogeneização presente no funcionamento desta lógica midiática faz com que a linguagem usada seja a “factográfica”, onde se trabalha com dicotomias, com binarismos, unicamente com dois valores: o bom e o mau. Na medida em que isto predomina fica-se privado do “discurso matizado e argumentativo” (Loparic, 1995, pp. 1-3). Ou seja, empobrecem-se os acontecimentos, onde a multiplicidade, as diferenças estão ausentes, impondo-se/produzindo-se formas de pensar, sentir e perceber maniqueístas, dicotômicas. Assim, pela produção e circulação de signos, imagens, subjetividades, “pelo recalçamento e negação de certas realidades”, pela sugestão e, portanto, pela criação de um real, de realidades - que passam a ser as que existem objetivamente - os meios de comunicação de massa “simula(m) padrões consensuais de conduta” (SODRÉ, 1992, p. 45), produzem poderosas e eficientes formas de ser e de estar no mundo; forjam existências, vidas, bandidos, mocinhos, heróis e vilões.

A expansão dessas práticas foi feita de forma massiva e se utilizando de uma teoria da comunicação social de massa chamada “Espiral do Silêncio”. Esta teoria, formulada em 1977 pela alemã Elisabeth Noelle-Neumann (1993), é um instrumento que consiste em inibir opiniões contrárias as dos órgãos de mídia de maior força e relevância, de forma a enquadrá-las como minoritárias e ilógicas, embora estas não se achem desta forma no cenário realístico.

O *modus operandi* se caracteriza, portanto, basicamente em excluir ou dar pouca expressão para ideias contrárias à vontade da grande mídia, com tom muitas vezes irônico ou pejorativo, de modo que estas são

esquecidas e rotuladas como insignificantes, construindo-se um conceito na opinião pública sem nenhum tipo de dialética. Ao construir conceitos para a população, sem antíteses, uma ‘verdade artificiosa’ é criada e passa a ter a feição de ‘verdade concreta’.

Ao observar a “Espiral do Silêncio”, a qual gera um rótulo individual que se expande populacionalmente, condena-se a opinião pública ao fracasso, tendo em vista que esta, de forma silenciosa, foi manipulada por interesses torpes.

Além de dirigirem a atenção do público para determinada pauta, os meios de comunicação, muitas vezes e através dessas técnicas anteriormente citadas, promovem uma ideologia do consenso, direcionando de forma enfática o pensamento e a ideologia das grandes massas e dessa forma exercendo um controle social em prol dos interesses das classes dominantes. O que chamam de ‘opinião pública’, na realidade, pode ser reconhecida como a opinião de um determinado número de pessoas que se difunde, estrategicamente, para formação de uma hegemonia das ideias, produto da inexistência ou incapacidade analítico-reflexivas.

A caracterização desta visão distorcida e direcionada da realidade é tratada pelo filósofo e cineasta francês Guy Debord. Em suas apreciações sobre os processos de globalização, observa que a comunicação e propaganda eram utilizadas como meio de dominação e difusão ideológica.

O “Espetáculo”, como define, não é uma coletânea de imagens, ou apenas programas de televisão, entretenimento, mas sim, “relações entre pessoas mediadas por imagens.” (DEBORD, 2003)

Para Debord, “o espetáculo é o modo dominante de se viver” (DEBORD, 2003) e, em consonância com autoras e autores já citados, afiança que esta dominação através do espetáculo é fruto da escolha já feita na produção do conteúdo, ou seja, reforça a ideia que o imaginário transmitido em imagens com rótulos de informação neutra, entretenimento e leves distrações, na verdade, são precisas escolhas de núcleos de poder. Nessa linha, destaca-se o seguinte:

Para descrever o espetáculo, a sua formação, as suas funções e as suas forças que tendem para sua dissolução, é preciso distinguir seus elementos artificialmente inseparáveis. Ao analisar o espetáculo, fala-se em certa medida a própria linguagem do espetacular, no sentido de que se pisa no terreno metodológico desta sociedade que se exprime no espetáculo. Mas o espetáculo não significa outra coisa senão o sentido da prática total da formação econômico-social, o seu emprego do tempo. É o momento histórico que nos contém.

O espetáculo apresenta-se como algo grandioso, positivo, indiscutível e inacessível. Sua única mensagem é o que aparece é bom, que é bom aparece. A atitude que ele exige por princípio é aquela aceitação passiva que, na verdade, ele já obteve na medida em que aparece sem réplica, pelo seu monopólio da aparência. (DEBORD, 2003, p.17)

Através desses “consensos” gerados pelos grupos de monopólio midiático, o pensamento da massa populacional vira-se para determinado ideal de forma a condenar e antagonizar pessoas e ideias, de tal forma que o autor afirma que

O espetáculo é o discurso ininterrupto que a ordem presente faz sobre si própria, o seu monólogo elogioso. É o auto-retrato do poder no momento de sua gestão totalitária das condições de existência. A aparência fetichista de pura objetividade nas relações espetaculares esconde o seu caráter de relação entre os homens e entre classes: uma segunda natureza parece dominar o nosso meio ambiente com as suas leis fatais. Mas o espetáculo não é necessariamente um produto do desenvolvimento técnico do ponto de vista do desenvolvimento natural. A sociedade do espetáculo é, pelo contrário, uma formulação que escolhe o seu próprio conteúdo técnico. O espetáculo, considerado

sobre o aspecto restrito dos meios de comunicação de massa - sua manifestação superficial mais esmagadora - que aparentemente invade a sociedade como simples instrumentação, está longe da neutralidade, é a instrumentação mais conveniente ao seu automovimento total. As necessidades sociais da época em que se desenvolvem tais técnicas não podem encontrar satisfação senão pela sua mediação. A administração desta sociedade e todo o contato entre os homens já não podem ser exercidos senão por intermédio deste poder de comunicação instantâneo, é por isso que tal comunicação é essencialmente unilateral; sua concentração se traduz acumulando nas mãos da administração do sistema existente os meios que lhe permitem prosseguir administrando. A cisão generalizada do espetáculo é inseparável do Estado moderno, a forma geral da cisão na sociedade, o produto da divisão do trabalho social e o órgão da dominação de classe. (DEBORD, 2003, p.21-22)

A dominação é exercida de forma sistemática e uma de suas principais formas de efetivação é alienar para dominar. O espetáculo representa um processo de alienação geral e inconsciente em que a lógica é:

quanto mais ele contempla, menos se vive;
quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos ele compreende a sua própria existência e seu próprio desejo. A exterioridade do espetáculo em relação ao homem que age, aparece nisto, os seus próprios gestos já não são mais seus, mas de outro que lhos apresenta. (DEBORD, 2003, p. 26)

Sobre esse processo da manipulação midiática, alienação e formação de ideias de forma quase invisível, o autor Pierre Bourdieu faz

coro com Debord ao ressaltar o que chama de “notícias de variedades” e seu papel na mente de quem as consome. Diz:

As notícias e variedades consistem nas espécie elementar, rudimentar, da informação que é muito importante porque interessa todo mundo sem ter consequências e por que ocupa o tempo, tempo que poderia ser empregado para dizer outra coisa. Ora, o tempo é algo extremamente raro na televisão. E se minutos tão preciosos são empregados para dizer coisas tão fúteis, é que essas coisas tão fúteis são de fato muito importantes na medida em que ocultam coisas preciosas. (BOURDIEU, 1997, p. 23)

Percebe-se, por consequente, que a dominação através da manipulação midiática surte intenso e intencional efeito no campo jurídico – importante ponto do estudo. O próprio sociólogo francês, Bourdieu, em seus trabalhos, desenvolve a ideia da estrutura social dividida em três grandes pilares, sendo eles: o *Campo* (espaço simbólico onde a dialética acontece); o *Habitus* (modo de proceder) e o *Capital* (sendo em suma, a força que os agentes podem alcançar no *campo*).

A dominação, conforme Bourdieu (1989), muitas vezes, era efetivada pela utilização do direito para sobrepujar os cidadãos mais frágeis, sendo uma de suas formas o uso do *poder de nomeação*, caracterizado e definido por ele como aquele que cria e atribui ao indivíduo certa “rotulação” e realidades de forma a classificar e agrupar pessoas e funções. Nesse contexto:

Os veredictos por meio dos quais ele distribui diferentes volumes de diferentes espécies de capital aos diferentes a gente (ou instituições) põem um termo ou, pelo menos, um limite à luta, ao regateio ou a negociação acerca das qualidades das pessoas ou dos grupos, acerca da pertença das pessoas aos grupos, portanto acerca da justa atribuição dos nomes, próprios ou comuns, como os títulos, acerca da união ou da separação, em resumo, sobre todo trabalho

prático de *worldmaking*, casamentos, divórcios, computações, associações, dissoluções, etc., que está na origem da Constituição dos grupos. O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica capaz de conferir as instituições históricas. (BOURDIEU, 1997)

No momento em que, pelo campo do direito, é estabelecida tal nomeação ao indivíduo, sua exposição pública pode gerar efeitos destrutivos. No cenário do espetáculo, a personagem é criada, suas características são nomeadas e então, o “palco” está montado para o público e seu julgamento moral.

De acordo com a proposta do presente trabalho, passa-se à observação de dois casos inerentes à demonstração da hipótese.

1º CASO: A MÍDIA E ROD BLAGOJEVICH

De acordo com o documentário da Netflix, “Condenados pela Mídia” (2020), Milorad "Rod" Blagojevich, filho de pai imigrante de origem sérvia, viveu uma simples e dura infância e adolescência em um humilde bairro da cidade de Chicago, Illinois, Estados Unidos. Seu pai trabalhava arduamente no setor industrial do Estado, enquanto sua mãe trabalhava no setor de trânsito.

Com o intuito de pagar sua Universidade, trabalhou intensamente em uma empresa de oleodutos no Alasca e assim se formou em direito e buscava o sonho de ser um agente de transformação política em sua cidade.

Rod, ainda como advogado, se casou com a filha de um grande político da cidade (Dick Mell) e começou a investir de forma veemente em sua carreira pública, contando com o apoio de seu sogro. Após forte campanha, de forma surpreendente e com investimentos, Rod conquistou

sua vaga ao Congresso e, tempos mais tarde (novembro de 2002), venceu as eleições para Governador do Estado de Illinois.

Seu governo era conhecido por grandes avanços e conquistas para a população nas áreas de saúde pública e econômica, sendo marcado pela expansão do sistema de saúde pública (pauta com grande apelo nos EUA) e por obras de infraestrutura que geraram muitos empregos.

Sua popularidade, de acordo com os pesquisadores do documentário, crescia cada vez mais tendo em vista seus discursos em favor do povo, seu carisma e atos de governo que o impulsionavam em esfera nacional. Sua carreira política indicava a corrida presidencial em um futuro próximo.

Todavia, em um jantar de família em 2004, Rod discute com Dick, seu sogro e maior apoiador político, consagrando ali um racha interno e uma separação política. Anos mais tarde, Dick solta uma acusação de venda de cargo ao Senado americano por parte de seu genro, provocando então uma investigação federal.

Durante o curso da investigação foi autorizada interceptação telefônica e algumas conversas sobre o cargo vago para Senador foram colhidas e serviram de base para que o juízo, no dia 9 de dezembro de 2008, decretasse a prisão do Governador (e de seu chefe de equipe, John Harris) e ele é levado pela polícia federal norte-americana para prestar depoimento sobre as acusações de fraude telefônica, formação de quadrilha, extorsão, tentativa de extorsão e falso testemunho.

Com as acusações e notoriedade explosiva do caso pós-prisões, a mídia norte-americana iniciou a divulgação de duras críticas através de programas em televisão e rádio, utilizando sua influência para agravar e macular a imagem do Governador, campanha tão eficaz que sua aprovação pública caiu, num primeiro momento, para 13% e, logo depois, para 4%, como apontam o documentário e reportagens da época (PEASON, 2008).

A descrição casuística demonstra como o “poder de nomeação” do direito gerou na população imediata repulsa ao ex-Governador. De forma alquímica, aquele que então era aclamado por grande parte da cidade, torna-se inimigo público ao momento que, no campo do direito, e

impulsionado por grandes canais de comunicação, seu nome não é mais Rod e sim Réu.

Seu advogado, Sam Adam Jr., em declaração à equipe do documentário, atestou a interferência dos meios de comunicação de forma parcial e intencional para gerar na opinião pública desprezo pelo seu cliente. Alega que a estratégia utilizada por sua equipe foi surpreendente ao tomar a decisão de ir aos meios de comunicação de massa e contar sua história. Dessa forma, Rod participou dos programas de maior audiência nos Estados Unidos e assim, se familiarizando com os meios de comunicação a tal ponto de sua reputação crescer e deixar a população em dúvida se era ou não culpado. Apesar da forte campanha defensiva na mídia, Rod sofreu impeachment, contudo em um primeiro processo, por essa campanha através dos grandes canais, deixou o júri em dúvida sobre a realidade das práticas delituosas que lhes forma imputadas. Em suma, ao final do processo, foi inocentado de muitas acusações, mas, ainda assim, foi condenado a doze anos em regime fechado por corrupção.

Em fevereiro de 2020, o presidente Donald Trump comutou sua pena e hoje Rod Blagojevich está livre do regime carcerário.

O caso demonstra forte interferência da mídia diretamente na opinião pública e nos Tribunais. A partir das acusações e interceptações telefônicas vazadas nos meios de comunicação, a mídia iniciou atos de criação de um inimigo público, o que Bourdieu conceitua como “poder nomeativo do direito” e, dessa forma, gerou a desaprovação extrema da população à pessoa de Rod. Contudo, à medida que o ex-governador se aproximava e se utilizava da mídia, sua aprovação crescia de forma intensa, demonstrando a volatilidade da opinião pública e sua manipulação através dos meios de comunicação, até mesmo com interferência sobre os Tribunais.

O conceito de “inimigo” trazido por Zaffaroni (2003) estabelece relevante pertinência ao estudo, haja vista que tem como premissa o contraponto entre quem detém o poder e os meios de repressão e as pessoas que se tornam alvo do poder, num enfrentamento injusto e seletivo. Tal enfrentamento e a construção da imagem do inimigo são

feitos, de acordo com Zaffaroni (2003), através dos discursos vingativos dos meios de comunicação de massa.

Expõe Zaffaroni (2003):

Como resultado do autoritarismo *cool* contemporâneo, produto da difusão midiática do sistema penal dos Estados Unidos, a América Latina impõe um tratamento penal diferenciado às suas classes subalternadas, de onde extrai os criminalizados, os policizados, e os vitimizados, que se neutralizam politicamente em suas condições internas, exacerbadas pelo discurso vingativo dos meios de comunicação de massa. Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional - ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram essa etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana dos *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo da história real do exercício do poder no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*.

Esse inimigo é criado e hostilizado, corroborando a eficácia do poder simbólico de nomeação do direito em união aos meios de comunicação como algo danoso para a justiça democrática.

2º CASO: A MÍDIA E A OPERAÇÃO “LAVA-JATO” (CASO LULA)

O emblemático caso do ex-Presidente brasileiro repercutiu em todo mundo, sendo um grande marco da história brasileira, tendo em vista sua magnitude e relevância no cenário latino-americano.

Em agosto de 2018, no auge da corrida presidencial, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas emitiu uma nota ao Brasil exigindo que fossem tomadas providências para que Lula tivesse seus direitos políticos assegurados, mesmo estando em cárcere. Diz a nota: *“The UN Human Rights Committee has requested Brazil to take all necessary measures to ensure that Lula can enjoy and exercise his political rights while in prison, as candidate in the 2018 presidential elections.”*⁷⁰ (ONU, 2018)

O advogado Cristiano Zanin (2017) destacou que a Operação “Lava-Jato” foi direcionada para que Luis Inácio Lula da Silva fosse afastado do processo eleitoral brasileiro, sem que para tanto houvesse embasamentos jurídico e fático, prova constituída nos autos processuais, construído apenas sobre ilações difundidas pela imprensa, principalmente pelos órgãos públicos, e que atos de corrupção já existiam antes do seu Governo e se agravaram pelo sucesso econômico a ele vinculado e consequente circulação de riquezas. Nesse sentido, destaca:

Essa prática de corrupção já acontecia há muitos anos e quando a economia começou a expandir durante o governo Lula, a ganância dos membros do cartel também aumentou. Executivos da petrolífera, alguns diretores de empreiteiras e políticos de diversos partidos confessaram, geralmente em troca de soltura e de promessa de condenação curta. Seus testemunhos, imediatamente vazados para os meios de comunicação, não são confiáveis e não envolvem Lula

⁷⁰ Tradução: “O Comitê de Direitos Humanos da ONU requereu que o Brasil tomasse as medidas necessárias para que Lula desfrute e exerça seus direitos políticos enquanto na prisão, como candidato para as eleições presidenciais de 2018.”

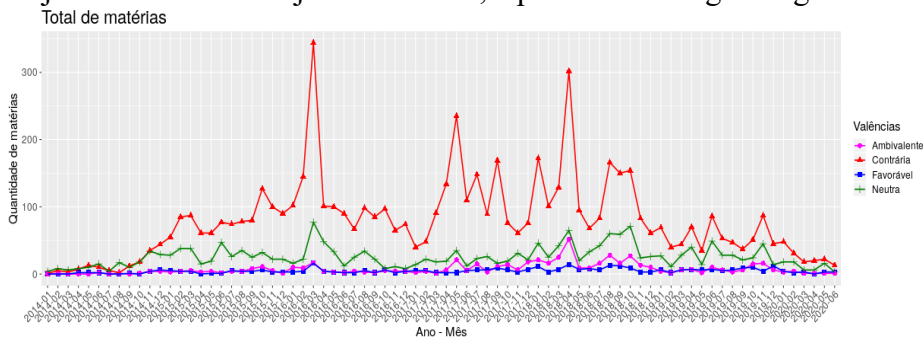
diretamente; contudo, oferecem provas contundentes de corrupção institucional na Petrobras durante seu governo. De acordo com a teoria do “domínio de fato” de Moro, isso é suficiente para submetê-lo a intensa investigação e inclusive a julgamento.

O que a polícia não conseguiu estabelecer em nenhum desses casos são os *quid pro quo*, ou seja, qualquer ligação entre os pagamentos recebidos por Lula anos após o fim de seu mandato, por palestras dadas, ou qualquer pré-acordo feito enquanto ele esteve à frente da presidência, para recompensá-lo por algum favor. Mesmo se Lula, de fato, fosse proprietário do apartamento ou do sítio no interior – o que a polícia não consegue provar –, há também falta de provas que relacionariam as reformas e o acordo para recebê-las em troca de favores, enquanto ele ainda era presidente. Como não existem provas que corroborem a acusação de corrupção, Moro e seus promotores têm de recorrer à teoria do “domínio de fato”: Lula estava no topo, então, presume-se que soubesse e que tenha aprovado.

Mesmo diante de tantas graves violações de direitos e garantias fundamentais individuais do ex-Presidente durante a tramitação das investigações e do processo, a grande mídia, ao invés de as denunciar e as expor, fez o oposto, como observado pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). O Instituto criou um portal chamado de “Manchetômetro”, para analisar as publicações de forma estatística dos principais veículos de informação do país, sendo estes: Estadão, Folha de São Paulo, Jornal Nacional, O Globo e Valor Econômico. Segundo o qual, a análise dos jornais impressos ou em sua versão online foi baseada nas capas (manchetes) e nas duas páginas de opinião das edições diárias. No que se refere ao telejornal, “Jornal Nacional”, a análise se fez acerca do conteúdo total transmitido e exposto diariamente. Quanto ao jornal digital, “Valor Econômico”,

veiculado entre segunda-feira e sexta-feira, a análise foi baseada nas três páginas de opinião que o jornal veicula.

Ao analisar os dados coletados pela pesquisa, a qual teve como objeto as notícias concernentes ao ex-Presidente “Lula” no lapso temporal de janeiro de 2014 até junho de 2020, é produzido o seguinte gráfico:



(LEMEP, 2020)

A primeira escalada de publicações de natureza contrária à imagem do ex-Presidente começou durante o início das investigações da “Lava-Jato”. Todavia, o principal pico de publicações, ultrapassando a marca de 300 matérias no mês, foi justamente no curso do processo de impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff.

O segundo pico de reportagens, que alcançou a marca de 300 matérias, se deu no período de abril de 2018, em um cenário de disputas para a presidência do país. Destaca-se, a prisão de “Lula” se dá no dia 7 de abril de 2018.

A estatística deixa clara a interferência da mídia e o impulsionar da construção do perfil de inimigo público para “Lula”. Em consonância com o estudo do poder de nomeação do direito apresentado outrora, percebe-se a eficácia das informações em alinhar a opinião pública a um determinado ideal político e social, neste caso, legitimar os atos político-jurídicos praticados em desfavor de Luis Inácio Lula da Silva, ao ponto de não serem questionadas as evidentes e incontroversas vulnerações de seus direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

O espetáculo criado sob o título de combate à corrupção, gerou grandes efeitos nos rumos da nação brasileira. A espetacularização do cenário político-jurídico, que tende a atrair a atenção das grandes massas e formar, direcionadamente, sua opinião, é o retrato da dominação e a afirmação cruel de que a liberdade, o Direito, as garantias fundamentais, estão sujeitos à distorção.

A partir dos estudos teóricos acerca da forma de manipulação midiática e seu correlato aspecto político-jurídico, pode-se, em conjectura com os casos analisados, demonstrar o quanto a circulação informativa e seus métodos de manipulação surtem efeitos incontrovertidos sobre as pessoas e sua imagem social e, de igual sorte, como servem de método político de produção de resultados, utilizando, inclusive, o direito para a consecução dos fins pretendidos.

Como Bourdieu ressalta, a mídia abre o véu para a face da sociedade que valoriza demasiadamente a aparência e a capacidade de se manter sedutor, produzindo uma sociedade que vive um grande espetáculo. Esta, ao adentrar nesse tão atraente espetáculo, ignora a própria realidade e escolhe viver o “narcisismo midiático”, contexto em que o direito se torna um excelente instrumento de dominação e de efeitos.

A Operação “Lava-Jato” se desenvolveu durante a última década de forma a receber notoriedade internacional, tendo em vista seu “gigantismo processual” e a relevância política dos acusados. Sua influência transformou rumos políticos, sociais e econômicos da nação brasileira através de sua repercussão de atos em sede jurisdicional e na esfera da opinião pública.

O espetáculo criado sob o mote do “combate à corrupção” gerou grandes implicações nos rumos da nação. A espetacularização dos cenários jurídicos, que tendem a conquistar a aderência massiva da população, é o retrato da dominação e da afirmação de que a liberdade, o direito, as garantias fundamentais, estão sujeitos a distorções graves e propositais para fins políticos.

Ao analisar a influência midiática nos direitos material e processual penais, pode-se inferir a modulação do pensamento político e seus reflexos cotidianos para uma sociedade cada vez mais polarizada e legiferante, conferindo-se relevância analítica dos meios de comunicação e sua influência na política através do direito e seus impactos para administração da justiça e para a democracia.

No Brasil, os direitos políticos e a própria liberdade de um ex-Presidente foram colocados em xeque, direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade violados e princípios estruturais da democracia foram atingidos e flexibilizados em suas cogências com a finalidade de modificar o panorama e o resultado eleitoral de 2018. Assim como, no plano internacional se vislumbra prática análoga e que serviram para cotejo e exemplificação da hipótese.

O artigo é decorrência parcial de pesquisa que se propõe a investigar e identificar atos de Lawfare político pela atuação dos meios de comunicação e relacionados à Operação “Lava-Jato”, os quais influenciaram a opinião pública para legitimar as práticas dissociadas das formas processuais de contenção de poder próprias democracia brasileira e estatuídas pela Constituição Republicana de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa, DIFEL, 1989.

_____. **Sobre a televisão**. Oeiras: Celta Editora, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jul. 2020.

_____. [Lei nº9.296/96] de 24 de julho de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm Acesso em: jul. 2020.

- COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Mídia e produção de modos de existência**. Psicologia: Teoria e pesquisa, v. 17, n. 1, p. 1-4, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v17n1/5399.pdf>>. Acesso em: mar. 2020.
- DE ALMEIDA SANTOS, João. **Media e poder: o poder mediático e a erosão da democracia representativa: (os casos português e italiano)**. Lisboa. Nova Vega. 2012.
- DE ÁVILA, Gustavo Noronha; ROQUE, Gabriel Antonio. **Operação “Lava Jato” e garantias processuais penais: percepções de acadêmicos do curso de direito de uma IES no norte do Paraná**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, v. 29, n. 1, 2019.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espectáculo**. 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **La demoracia a traves de los derechos**. Trotta. 2014.
- G1. **Manifestantes fazem maior protesto nacional contra o governo Dilma**. 2016. In: G1 Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/manifestacoes-contra-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html>>. Acesso em: abr. 2020.
- G1. **Pesquisa Datafolha: Lula, 39%; Bolsonaro, 19%; Marina, 8%; Alckmin, 6%; Ciro, 5%. 2018**. In: G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alkmin-6-ciro-5.ghtml>>. Acesso em: abr. 2020.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GONÇALVES, Rodrigo Machado; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A CRIAÇÃO DE “ZONAS DE INTERSEÇÃO NORMATIVA” PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UM**

INSTRUMENTO DE LAWFARE POLÍTICO PARA LEGITIMAR A SUA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DIRETA E A TRANSIGÊNCIA SOBRE PENA NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 92. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3604>>.

LEMEP (Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública). **Manchetometro.** 2020. Disponível em: <<http://www.manchetometro.com.br/>>. Acesso em: maio. 2020.

NETFLIX. Diretor não informado. **Condenados pela mídia.** 2020. Disponível em: <<https://www.netflix.com/title/80198329>>. Acesso em: maio. 2020.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **The spiral of silence: Public opinion, our social skin.** University of Chicago Press, 1993.

ONU. **Information notes on Human Right Committee.** 2018. In: United Nations Human Rights – Office of the High Commissioner. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464>>. Acesso em: mar. 2020.

PEARSON, Rick. In: **Chicago Tribune.** Disponível em: <<https://www.chicagotribune.com/news/chi-tribune-poll-blagojevichoct23-archive-story.html>. 2008>. Acesso em: abr. 2020.

VALIM, Rafael. **Estado de Excepcion. La Forma Juridica del Neoliberalismo. Derechos en Accion,** v. 7, p. 438, 2018.

_____. **O Princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo. Malheiros, 2010.

_____; COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. **O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito.** In: O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

- _____; ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira. **Lawfare: Uma introdução**. São Paulo: Contra corrente, 2019.
- _____. Lula participa do lançamento do livro “*Lawfare* uma introdução”. 2019 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=i8qyu1lq98k>>, ao tempo de 5:17. Acesso em: mar. 2020.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VILANOVA, Lourival. **Teoria jurídica da revolução (Anotações à Margem de Kelsen)**. In: Vilanova, Lourival. Escritos jurídicos e filosóficos, vol.1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **Controle epistêmico sobre a interceptação das comunicações telefônicas e de dados: uma subversão dos papéis dos atores do sistema penal**. Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1.: 2015: Barcelona, ES) I Encontro de Internacionalização do CONPEDI / organizadores: Nestor Eduardo Araruna Santiago, Érika Mendes de Carvalho. – Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. V. 15
- _____. MADURO, Flávio Mirza; MALAN, Diogo Rudge. **Novos Desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-Constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político**. Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 61-72.
- _____. Palestra: **Democracia, Sistemas Processuais Penais e Lawfare Político**. Ministrada na Semana Jurídica da UniLaSalle Rio de Janeiro em 18 de maio de 2020 às 18:30h.
- SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2010.

- ZAFARONNI, Eugenio. **El enemigo en el derecho penal**. Bogotá: Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, 2006.
- ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **O caso lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A PERSPECTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE *LAWFARE* POLÍTICO E *SOFT POWER* PARA VIABILIZAÇÃO DO *PLEA BARGAINING* NO DIREITO BRASILEIRO

Antonio Eduardo Ramires Santoro⁷¹
Rodrigo Machado Gonçalves⁷²
Lavínya de Souza Oliveira São Paio⁷³

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a recente alteração legislativa do artigo 28-A da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, por meio da qual criou o Acordo de Não Persecução Penal. Ocorre que tal previsão possui inspiração no direito norte-americano, que adota o sistema *commom law*. Com base nisso, busca-se discutir a (im)possibilidade de “importação” do *plea bargaining* para o ordenamento jurídico brasileiro, adotante do sistema *civil law*. Para tanto, necessário se fez explicitar o desenho constitucionalmente delineado pela Carta Política de 1988, assim como a opção pelo Estado Social e Democrático de Direito. Posteriormente, trabalham-se outros temas como o sistema acusatório e os modelos administrativos de justiça penal no texto constitucional. A partir da abordagem acerca da estrutura do acordo de não persecução penal, estabelece-se a necessidade de criação de *standards* balizadores da aplicabilidade do acordo de não persecução penal para que sua compatibilidade constitucional se torne possível. Após, demonstram-se as razões pelas quais a recente inserção do artigo 28-A no Código de Processo Penal vigente teve um viés eminentemente político como pano de fundo, sem deixar de analisar sua perspectiva reducionista de direitos e garantias.

⁷¹ Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina, antoniosantoro@antoniosantoro.com.br, <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>

⁷² Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD/FND da Universidade Federal Rio de Janeiro - RJ, prof.rodrigo.goncalves@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/6074988147923888>

⁷³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro-RJ, lavinya.paio@soulasalle.com.br, <http://lattes.cnpq.br/4658714738326033>

Palavras-chave: *Lawfare* político. *Soft power*. Sistema acusatório. *Plea bargaining*.

INTRODUÇÃO

Pela análise da teoria do garantismo penal, pode-se afirmar que o processo penal é um instrumento de tutela primeira e máxima dos direitos e garantias fundamentais individuais e tem, portanto, finalidade eminentemente libertária. Coaduna-se com tal teoria o extenso rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz em seu bojo uma série de previsões garantistas próprias de um Estado Social e Democrático de Direito.

Diante do exposto, o processo penal brasileiro tem sido marcado por mudanças radicais nos últimos tempos. Uma das mais recentes alterações legislativas advém da Lei 13.964/19, a qual possui como parte de sua conformação o chamado “Pacote Anticrime”, que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, criando o chamado acordo de não persecução penal, que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano. Ocorre que a procedimentalização dos acordos oferece margem para dúvidas quanto a sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro, já que podem ser considerados como possíveis mecanismos de *lawfare* político.

Sendo a sistemática constitucionalmente libertária um fator determinante para a consolidação democrática, o surgimento de novos processos jurídicos-políticos afeta frontalmente toda a sociedade. Assim, a necessidade de compreender os diferentes mecanismos de estratégias de poder a partir do uso do processo penal motivou a escolha do tema e o recorte titulado.

Não sem razão, a problemática que se pretende enfrentar é: diante da desconsideração dos valores, regras e princípios constitucionais, o sistema penal está sendo operado como mecanismo de condução política no Brasil? A suposição é que a normatividade constitucional, que impõe limites intransponíveis ao exercício de poder, tem se tornado cada vez mais indesejável diante do manejo do sistema penal como caminho

assecuratório de interesses políticos. Neste cenário, não há limites jurídicos, nem éticos, portanto, o que se busca é o exercício do poder isento de limitações, tornando os preceitos democráticos flexíveis e, por vezes, dispensável.

À vista disso, o presente artigo objetiva, de forma geral, compreender como o processo penal tem sido desviado de sua finalidade constitucional precípua, assecuratória de direitos e garantias fundamentais individuais, para ser um suposto instrumento de combate ao crime. Além disso, especificamente, analisar o instituto do acordo de não persecução penal como um possível mecanismo de “poder sutil”.

Por consequência, busca-se examinar também os aspectos negativos, a complexidade e os efeitos do uso do Direito, especialmente o processual penal, para fins políticos. Tendo tal ponto em vista, se faz mister compreender o *modus operandi* político que se mostra parecido com o das organizações criminosas que, supostamente, se pretende combater.

Neste sentido, tem-se como elemento de estudo a aparência do acordo de não persecução penal como instrumento de *lawfare* político e *soft power* para viabilização, transversa, do *plea bargaining* no direito brasileiro. Para tanto, a problemática será metodologicamente enfrentada através da pesquisa exploratória e bibliográfica cujo método é o fenomenológico.

Assim, importante entender o que diz Gil (2002), pois este define pesquisa exploratória como a busca pela aproximação do problema a fim de aprofundá-lo ou até mesmo estabelecer hipóteses. Dessa forma, o planejamento da pesquisa exploratória é bem flexível, tendo em vista as possibilidades de observação dos mais diversos aspectos sobre o fato analisado.

Em relação à pesquisa bibliográfica, o referido autor a define como sendo estudada a partir de materiais já elaborados, compreendendo principalmente livros e artigos científicos. Segundo o autor em comento, a pesquisa bibliográfica permite ao investigador um alcance mais extenso do que aquele que normalmente se tem quando a pesquisa é direta.

O trabalho em pauta tem como principais referenciais teóricos: Amilton Bueno de Carvalho, Antonio Eduardo Ramires Santoro, Dalmo de Abreu Dallari, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, José Afonso da Silva, Luigi Ferrajoli, Natália Lucero Frias Tavares, Paulo Bonavides, Rodrigo Machado Gonçalves, Rogério Lauria Tucci, Rubens R. R. Casara e Salo de Carvalho.

1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL PENAL

Do ponto de vista normativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Social e Democrático de Direito laico e secular, além de trazer em seu bojo um extenso rol de previsões de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Importante destacar que os fenômenos da secularização e laicização provocaram novas repercussões sociais e jurídicas, especialmente para o sistema penal, pois este assume uma nova feição sob a égide dos mecanismos de controle, como o sistema de freios e contrapesos, do processo penal como instrumento garantidor e da função social da pena.

Em linhas gerais, na obra “Direito e Razão”, Ferrajoli analisa as premissas constitutivas do Estado Democrático laico e secular, pois analisa a força e estrutura racional sistêmica de uma democracia laica. Dessa forma, a teoria do garantismo penal nos traz uma ideia de como deve ser a estrutura de um ordenamento jurídico democrático laico, desde suas feições teórico-gerais até as minuciosas análises da atividade jurisdicional.

Com base no que já exposto, a partir do pensamento ferrajoliano e da instituição do Estado Social e Democrático de Direito pela CRFB/88, percebe-se que o processo penal deve representar imediata, formal e materialmente um obstáculo ao *jus persequendi* e ao *jus puniendi*. É, portanto, no processo penal que o desenho constitucionalmente traçado se afeiçoa comopositor de uma instrumentalidade das formas processuais penais garantidoras.

A instrumentalidade das formas do processo penal brasileiro deve ser tutelatória, primeira e maximamente, dos direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo, é esteio da pesquisa a teoria do “Garantismo Penal”, decorrência lógica da obra de Ferrajoli mencionada.

Neste sentido, a construção de ferrajoliana nos faz compreender que a estrutura de uma democratização estatal perpassa necessariamente pelo sistema de freios e contrapesos. O processo penal não pode de forma alguma ter a mesma finalidade do direito penal. A norma jurídica incriminadora precisa encontrar uma normatividade controladora; um limite ao exercício de poder estatal.

De acordo com esse raciocínio, imperativo compreender-se a opção sistêmica da CRFB/88. A partir de uma interpretação do texto constitucional identifica-se a opção pelo sistema acusatório, nela consagrado, primeiramente, pelo princípio acusatório previsto no artigo 129, inciso I, por meio do qual se consagra, ordinariamente, a função persecutória penal do Ministério Público e a exigência da separação das funções de acusar, defender e julgar.

Para além da previsão do princípio acusatório, ao definir as regras do devido processo no artigo 5º, a CRFB/88 deixa novamente muito clara sua opção pelo modelo acusatório, a exemplo das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88), o devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB/88), a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/88) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88).

Essas regras consolidam a previsão constitucional do sistema acusatório e permitem identificar que o Código de Processo Penal brasileiro, ainda carregado de resquícios inquisitórios que permanecem vigentes, precisa ser reformado.

Ademais, quando o regime democrático foi consagrado na Carta Política de 1988, os elementos nela constituídos jamais poderiam deixar de atender aos preceitos acusatoriais porque seria um absoluto dissenso. O extenso rol de direitos e garantias individuais consolidado na CRFB/88 não nos deixa dúvidas de que a opção constitucional deve ser acusatorial.

A finalidade democrática determina a escolha de elementos igualmente democráticos. Por esse motivo não existe a possibilidade de construir um sistema através da escolha de elementos autoritários, o que certamente culminaria num sistema inquisitorial. Resta claro que o estado fascista se constituiu em Estado Social e Democrático de Direito.

Conseqüentemente, os elementares categóricos dos sistemas processuais penais devem corresponder obrigatoriamente a finalidade libertária. Considerando todo o exposto em relação ao desenho constitucionalmente traçado, afirma-se, portanto, que o sistema adotado no Brasil é o acusatório.

Após o panorama do sistema acusatório à luz do sistema constitucional vigente, imprescindível destacar que embora atualmente existam cinco classificações doutrinárias atribuídas ao sistema acusatório, esta pesquisa apoia-se na classificação adotada pelo autor e professor Geraldo Prado, que defende o sistema processual penal como acusatório puro.

Geraldo Prado se difere da maior parte da doutrina neste ponto porque sustenta que o *locus* analítico deve ser a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e não os resquícios inquisitórios ainda presentes no código de processo penal vigente. Isso em razão de que se dever tomar como base o modo como a sistemática brasileira se constitui na Carta Política de 88, jamais em seus eventuais elementos violadores. Por esse motivo o autor em comento defende que o sistema processual penal vigente é o acusatório puro e suas vulnerações precisam ter a vigência aniquilada, bem como não se podem admitir tergiversações sistêmicas, como a que se percebe no acordo não-persecutório e suas matrizes regulamentares em observação.

2. A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL: A NECESSÁRIA CRIAÇÃO DE STANDARDS ADEQUADOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

A procedimentalização do acordo de não persecução penal (ANPP), prevista na Lei nº 13.964/2019, revela a ausência da demarcação de balizas essenciais ao instituto à luz da instrumentalidade das formas processuais penais no sistema acusatório brasileiro. Inspirado no *plea bargaining* norte-americano, sem que tal instituto se afigure compatível com o contexto democrático brasileiro, o acordo de não persecução penal poderá, a partir da forma que se estabeleça por regulamentação normativa ou legal, servir de mecanismo transversal de aplicação de uma negociação desobediente aos limites da Carta Política de 1988.

A compatibilidade constitucional da procedimentalização estabelecida para o acordo de não persecução penal é extremamente questionável diante da nítida e fatal mitigação de direitos fundamentais à luz de um Estado Social e Democrático de Direito, como será demonstrado a seguir. Ante a falta de regulamentação adequada, urge a necessidade da criação de *standards* compatíveis com o sistema acusatório brasileiro eleito pela Carta Magna de 1988.

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico processual penal, por meio do qual o Ministério Público poderá, segundo a lei substantiva e regulamentações em perspectiva, deixar de promover a ação penal para celebrar um acordo com o suposto autor do fato diante da presença de determinados requisitos subjetivos e objetivos previstos na Lei 13.964/2019.

Diante disso, temos que a proposta de implantação do acordo de não persecução no ordenamento jurídico brasileiro, inspirada nos moldes do *plea bargaining*, em linhas gerais, permite que o órgão acusador possa propor penas alternativas ao acusado de forma extrajudicial, com o suposto objetivo de evitabilidade da propulsão de um processo judicial.

Em razão do supracitado, necessária rápida análise acerca da natureza jurídica do acordo de não persecução penal, o modelo administrativo de justiça penal em que figura e o princípio regente da ação penal sobre o momento instaurativo do processo a ele pertinente.

O acordo de não persecução penal é um instituto de natureza dialógico-negocial, logo, próprio do modelo administrativo de justiça penal

consensual e inserido no modelo administrativo de justiça penal punitivo-condenatório.

No entanto, ao ser trazido para a perspectiva punitivo-condenatória, o ANPP provoca alteração paradigmático-estrutural substancial na regência principiológica do modelo em comento, haja vista que o princípio da obrigatoriedade não admite compatibilidade negocial com sua cogência sobre a manifestação de *opinio delicti* positiva.

Por força da regra contida no artigo 129, inciso I, da CRFB/88, se o Ministério Público estiver diante de indícios suficientes de autoria e de ocorrência de um fato delituoso (nominado de materialidade apenas no caso das infrações penais que deixam vestígios), com a consecutória formação de *opinio delicti* positiva, não poderá deixar de exercer direito de ação penal e instaurar, conseqüentemente, o processo (deverá denunciar quem tenha, supostamente, praticado a infração penal). O modelo punitivo-condenatório não tem na CRFB/88 e nem na legislação infraconstitucional qualquer hipótese que flexibilize tal proceder. Pelo mesmo motivo, também não é possível afirmar a possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Na continuidade do raciocínio, percebe-se que o modelo administrativo de justiça penal em que o Ministério Público está sob a perspectiva legitimada pela CRFB/88 para transigir com o suposto autor do fato e conseqüentemente sobre a ação penal é o consensual, eis que nele, em face da primazia do consenso, o princípio mandamental ministerial relativo à manifestação de *opinio delicti* positiva é o da discricionariedade regrada. Assim, a obrigatoriedade não pertence ao modelo consensual.

Diante do exposto, a previsão do artigo 28-A do CPP, dada pela Lei 13.964/2019, estatui o princípio da discricionariedade regrada no modelo administrativo de justiça penal punitivo-condenatório e, naturalmente, provoca a imperativa modificação dos parâmetros cogentes da atividade ministerial, justamente porque, diante das balizas legais que admitem o diálogo (regramento), o Ministério Público “poderá” propor o acordo de não persecução penal (discricionariedade). Neste sentido, pela letra da lei, o *parquet* oportuna e convenientemente proporá ou não do

acordo com alicerce nos requisitos estatuídos para a propositura. Cabe ressaltar, diante da manifestação pelo não cabimento, presentes os requisitos de cabimento do acordo e em respeito ao artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88, a não-dialogabilidade deverá ser fundamentada.

Importante frisar, não se pretende na presente construção dogmático-epistemológica sustentar a impossibilidade do dialogal no modelo punitivo-condenatório, mas de discutir as naturezas jurídicas adequadas, os modelos administrativos de justiça existentes constitucionalmente e seus limites e estandartes acusatoriais (pela análise regrativo-legal e pelas prospecções de regulamentação do poder ministerial).

Ante o exposto, a lei já nos traz, imediatamente, uma grave previsão formal-requisicional: a exigência da confissão formal, completa e circunstanciada como um dos requisitos objetivos para a proposta do acordo, sem a devida regulamentação.

Primeiramente, a confissão não é um requisito do regramento modelar consensual para fins de acordo, haja vista a sua inexigibilidade na Lei 9.099/95 para a realização da transação penal e da suspensão condicional do processo (*sursis* processual). Vale demarcar que a transação penal é um instituto despenalizador concernente à evitabilidade instaurativa do processo, segundo o qual o Ministério Público propõe às pessoas, supostas autoras de fatos delituosos para as quais existam os indícios suficientes para a ação penal, a aplicação de uma sanção administrativa processual judicial, pecuniária e/ou de prestação de serviço comunitário, que cumprida gera a extinção da punibilidade. A suspensão condicional do processo, por sua vez, visa evitar o prosseguimento processual pela celebração, também, de um acordo com o *parquet*, na forma do artigo 89 da epigrafada legislação, e aplicável no modelo punitivo-condenatório.

O efeito da sanção administrativa aplicada na transação penal não é de pena-culpa, portanto, não pode gerar em nenhum momento um efeito lesivo para o indivíduo no sentido de considerar que ele assumiu a responsabilidade pela prática do delito. A nível de conjectura, a transação penal, face à possibilidade dialogal mediante indícios suficientes para

legitimar a ação penal, se afeiçoa como o principal instituto caracterizador do modelo consensualístico, justamente porque não prevê tal possibilidade no modelo punitivo-condenatório, tanto que, como dito outrora, o princípio da obrigatoriedade impede. Tal assertiva concerne ao fato de que o modelo punitivo-condenatório não objetiva evitabilidade processual.

Realizada a pequena e perfunctória digressão aos institutos acima, imperiosa pela diferenciação modelar imediata e pela previsão de requisito proibitivo do ANPP em face da feitura dos acordos (a ser discutida nas abordagens seguintes), urge salientar que a previsão da confissão como requisito essencial do “negócio” jurídico não poderia prescindir de regulamentação precisa do legislador na própria reforma legislativa. Isto porque, não o fazendo, abriu margem para manipulações procedimentalizadoras absolutamente lesivas ao sistema constitucional de garantias. Explicar-se-ão, adiante, os porquês!

Ab initio, se a *mens legis* reformadora era a de viabilizar o acordo processual sob o prisma constitucional dos direitos e garantias fundamentais individuais e, via de consequência, evitar a instauração processual ainda que sob os matizes punitivo-condenatórios acusatoriais, em exceção modelar positiva para fins de *favor rei*, a lei não poderia ignorar a demarcação de momento e de integral forma relativos ao ato confessional. Ou seja, a confissão deveria ser verificada nos procedimentos investigativos e nunca possível como proposta de acordo, em momento de manifestação de *opinio delicti*, sob pena de, por receio subjetivo-objetivo do resultado processual, a pessoa investigada aceitar as sanções decorrentes do ANPP, configurando-se nítida mácula sobre a voluntariedade/espontaneidade do ato.

Mais grave do que o aludido, a falta da regulamentação formal do momento de ocorrência da confissão, diante do iter conceitual de persecução penal, pode gerar, em prospecção procedimentalizadora, defesa de que poderia se dar com o processo já instaurado e como barganha para aplicação de pena sem processo, nos moldes da *plea bargaining* norte-americana, diga-se por oportuno, uma das mais

evidentes formas de ampliação do poder persecutório e totalmente dissonante da sistemática processual penal brasileira.

É imprescindível que tais limites do ANPP sejam imediatamente regulamentados, seja por legislação complementar (o mais adequado e seguro meio de procedimentalização) ou por normatização jurisprudencial (meio que permite maior celeridade de contenção de prejuízos pelas práticas orgânicas cotidianas de aplicação da lei e seus institutos), sobretudo porque a ausência dos limites abre espaço pragmático-empírico para o uso do instrumento dialogal jurídico para fins políticos, ainda mais quando estabelecido como direito potestativo do *parquet* e sujeito à homologação judicial e não como direito subjetivo das pessoas indiciadas e que preencham todos os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo, assunto a ser tratado no curso do trabalho.

Além disso, o instituto do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A da Lei 13.964/2019, incontestavelmente inverte a lógica do ônus probatório obrigatória no processo penal. A inversão se configura quando o *parquet* se exime e aos persecutores de uma maneira geral da obrigação de constituição investigativa de indícios suficientes de autoria e ocorrência do fato delituoso e pela tomada da confissão como axioma legítimo para, individualmente, legitimar a formação de *opinio delicti* positiva.

Trata-se de verdadeira violação à defesa pessoal negativa (*nemo tenetur se detegere*), por meio da qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo garantido o direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88), sem que dessa inércia resulte em prejuízo jurídico para a pessoa, em qualquer fase (preliminar ou processual). Justo porque, o acordo de não persecução penal pressupõe a obrigação de produção de informação/prova contra si mesmo para fins de não-persecução, ou seja, da opção pelo silêncio resultará prejuízo jurídico para o acusado, qual seja a impossibilidade de oferecimento do ANPP, quando o pressuposto das alterações legislativas não deveria ser o de satisfação transversa da saga persecutório-punitivista, mas a de evitabilidade do processo e manutenção da liberdade como regra, diante de determinadas limitações coerentes com a *mens* constitucional,

mormente porque o próprio código de processo deixa clara a impossibilidade valorativo-absoluta da confissão para fins de persecução (em desincumbir informativo-probatório) e punibilidade, posta a necessidade de conjecturação cognitiva jurisdicional com outros elementos informativo-probatórios processuais, atribuindo vigência ao microsistema de relativização das informações e provas (característica própria do sistema acusatório).

Em adição ao que já mencionado no que se refere à inversão do ônus probatório nos acordos de não persecução penal, há outros pontos que quando suscitados se apresentam como verdadeiros óbices à instrumentalidade garantista das formas processuais penais, tal como Ferrajoli estruturou em sua obra “Direito e Razão”.

Analisar-se-ão dois desses pontos e seus impactos no processo penal como garantidor de direitos e garantias fundamentais individuais: a ausência de regulamentação para a oferta do acordo de não persecução penal no que se refere à voluntariedade da confissão como preceito e a ausência de limites preestabelecidos do momento em que o ANPP deva ser oferecido se apresentam como verdadeiros óbices à instrumentalidade garantista das formas processuais penais, tal como Ferrajoli estruturou em sua obra “Direito e Razão”.

Aceitar a confissão como requisito para a propositura do acordo de não persecução penal, sem qualquer normatização que contemple e respeite os direitos e garantias fundamentais ao ato, não guarda qualquer compatibilidade constitucional à luz do sistema processual penal acusatório.

O principal problema da inexistência de regulamentação da confissão como um ato voluntário para somente depois caracterizar a possibilidade de oferecimento da proposta de ANPP é que, pragmático-empiricamente, a pessoa investigada fica “entre a cruz e a espada” dialogal, já que precisa decidir entre a aceitação da negociação com o Ministério Público mediante confissão para não se ver processualmente acusada e o aceite para o enfrentamento das agruras do processo penal sem ter ideia de qual será o resultado final.

O que acontece, acaso não se regulamente para evitar a oferta do acordo a qualquer tempo, é uma “negociação” sem paridade de armas e com a inversão axiomático-garantidora, principalmente quando o investigado é inocente e se vê diante de dois caminhos igualmente nocivos: confessar para garantir a não-persecução e o fim das agruras físico-psíquicas impostas pelo poder de perseguir ou não-confessar e arriscar uma condenação injusta. O acordo de não persecução penal oferecido sem a espontaneidade de confissão em momento preciso da investigação e diante da garantia de direitos, como o do contraditório e ampla defesa, trata-se de uma imposição ministerial através de uma pressão psicológica imensurável, o que nem de longe pode ser considerado em favor das pessoas.

A exigência de confissão no acordo de não persecução penal nada mais é do que um instrumento que visa a legitimação da inexistência da persecução penal, quando, pelas previsões constitucionais pétreas, o processo é, imediatamente, um instrumento de freios e contrapesos dos poderes de perseguir e punir. O que pode ocorrer pela aformia, e ousa-se afirmar que será recorrente, é a assunção da culpa para receber a benesse processual como resultado de um juízo de valor sobre risco e que, por sua vez, será considerada como uma antecipação do conhecimento da culpabilidade pelos órgãos persecutor e judicial (em face da atribuição homologatória).

Inevitavelmente, os efeitos da evitabilidade processual provocados pelo instituto do ANPP, incluso o “desafogamento” judiciário, convolar-se-ão em: confissões falsas e, a depender da procedimentalização que se construa, em pena sem processo, vulneração gravíssima aos axiomas garantidores democráticos, entre eles o do *nulla poena sine iudicio et sine processum*.

Os riscos da inspiração no *plea bargaining* (e de sua aplicação transversal-procedimentalizadora) são clarividenciados, precipuamente: pela atribuição de responsabilidade penal a partir de um acordo que prescinde da garantia de contraditório e ampla defesa e impõe a formalização da confissão como requisito sem as devidas limitações balizares compatíveis com a Constituição e seu sistema processual penal.

Afeiçoa-se mais uma lamentável marca autoritária no processo penal pátrio.

Considerando todo o exposto, a lacuna regravativo-normativa para o acordo de não persecução penal tem se apresentado como verdadeiro imbróglio. Há, atualmente, o surgimento de posicionamentos dissonoros quanto ao momento de oferecimento do ANPP, tanto por parte dos membros do Ministério Público quanto da Magistratura, ratificando-se as alusões prospectivas de outrora e alhures. Posta a adoção de procedimentalizações não previstas em lei e em desacordo com o sistema processual penal acusatório.

Assevera-se, mais uma vez, o legislador reformista não poderia ter deixado a cargo das instituições públicas a tomada de decisão quanto à procedimentalização dos acordos de não persecução penais, tendo em vista o caracterizar concessivo de poder exacerbado (e perigoso) que não se compatibiliza com a instrumentalidade das formas processuais penais estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O impacto situacional é, direta e irretorquivelmente, a derrocada do regime democrático consagrado constitucionalmente. Diante de um instituto (ANPP) que pretende tornar o processo desnecessário há a completa desconfiguração do processo penal como instrumento imediato de controle de poder e de proteção de direitos e garantias fundamentais individuais.

À vista disso, destaca-se que não há outra possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal, conforme as premissas constitucionalmente delineadas, senão o estabelecimento de *standards* adequados ao sistema acusatório brasileiro. A defesa de construção desses estandartes é o propósito final da pesquisa da qual o artigo é fruto e, conseqüentemente, não o esgota, mas os delinea com o desiderato de já incitar e iniciar o projeto dialético do qual o conhecimento exsurge.

O primeiro *standard* de aplicação do ANPP que se propõe, doravante, deve ser o da espontaneidade/voluntariedade da confissão do investigado estabelecida através de regulamentação especificada a seguir e dada sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A

principal disfunção da confissão no ANPP – sem dispensar as demais críticas já realizadas – está justamente no fato de que exija a confissão ao invés de partir dela.

A confissão precisa ser espontânea, consciente, voluntária, autodeterminada, sob contraditório e ampla defesa, pré-processual e ocorrida em face da autoridade policial ou da ministerial, sendo essa última hipótese admitida apenas por iniciativa da pessoa investigada e fato gerador do afastamento da legitimidade para o exercício da ação penal (critério negativo da atribuição natural para a causa). Sustenta-se, por conseguinte, que este deva ser o ponto de partida para o oferecimento do acordo não-persecutório, caso contrário, apresentar-se-á como incontestável desnaturação constitucional democrático-assecuratória.

A partir disso, defende-se o estabelecimento de outros dois *standards* para o controle de aplicação do ANPP. Sendo assim, nos termos acima propostos, o segundo *standard* será aquele no qual o investigado, logo, em sede pré-processual, circunstanciadamente, a contar da confissão, o Ministério Público, pela Promotoria Natural para a Causa, deverá averiguar as circunstâncias da confissão, na forma supra construída. Somente, a partir de então, a procedimentalização referente à “negociação” e sua homologação poderá ocorrer.

Importante ressaltar que em ambos os casos, ou seja, tanto em sede de delegacia de polícia, quanto em sede ministerial, a confissão formal e circunstanciada, assim como as tratativas do acordo devem ser devidamente registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, tal qual previa a redação do art. 18, IV, §3º da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Não obstante a inquestionável inconstitucionalidade dessa resolução, é muito interessante notar que, embora o art. 28-A do CPP reproduza quase que integralmente o seu artigo 18, a Lei 13.964/19 deixou de prever o conteúdo do §3º do mencionado dispositivo para conceder autorização irrestrita ao Ministério Público no que se refere à averiguação dos requisitos para o oferecimento da proposta de ANPP. A formalidade se resume à realização da confissão perante o órgão ministerial, sendo o acusado acompanhado de seu defensor.

O terceiro *standard*, lembrando-se que não foram abordados e construídas balizas relativas à procedimentalização “negocial” e homologatória em si consideradas, se refere à fase processual, especificamente vinculado ao interrogatório judicial. Se o investigado não confessou em sede de investigação preliminar e o processo tenha sido instaurado e estabilizado (mediante juízo de admissibilidade positivo e ato citatório válido e eficaz), pós-interrogatório judicial democraticamente regular, caso o sujeito tenha confessado de forma espontânea, consciente, voluntária e autodeterminada, deverá ser aberta a oportunidade de manifestação da pessoa acusada para que se manifeste sobre o interesse em acordo não-persecutório e, ouvido o Ministério Público, viabilize-se a sua realização.

Nesse caso, a partir da confissão deverá ocorrer a suspensão da eficácia dos atos processuais até então praticados para que se oportunize e aplique a primazia do consenso e se evite juízo de culpabilidade. Essa procedimentalização *in favor rei* revelar-se-ia instrumento de proteção de direitos e garantias fundamentais individuais e de materialização da finalidade libertária da Carta Política de 1988 e não se revela inovadora, porquanto seja o que acontece em termos epistêmico-dogmático-sistêmicos no modelo consensual de administração da justiça penal (Juizados Especiais Criminais – rito sumaríssimo), tanto que a transação penal pode ser realizada a qualquer tempo e antes de se proferir sentença (conforme o ENUNCIADO 114 do FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais Criminais: “A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual (XXVIII Encontro – Salvador/BA)”). Dessa forma haverá o estabelecimento de verdadeira possibilidade de barganha processual pertinente ao modelo constitucional democrático.

O contrário disso é a desnaturação completa das bases processuais penais à luz do regime democrático e consequente modelo processual penal acusatório e que cria uma possibilidade de “pena sem processo”.

Isto posto, a aplicação do acordo de não persecução penal precisa de estandartes severos para que não se revelem características antidemocráticas e consequentemente os traços de um arcaico e perverso sistema inquisitório que permanece vigente pela existência e aplicação

democraticamente disforme de um instituto, aparentemente, inovador (ANPP), a partir dos argumentos sedutores da celeridade e economia processuais e da autonomia da vontade das partes no âmbito negocial (segundo qualquer forma).

O acordo de não persecução penal não pode se traduzir como instrumento de coerção psicológica e legitimação de poder. A desconsideração de regramentos balizadores atinge direta e negativamente as garantias constitucionais da presunção de inocência, do princípio *nemo tenetur se detegere* e do princípio do *favor rei*. Aguçar o regozijo completo do órgão persecutor em extrair confissão como requisito para fins de não persecução sem a presença de regramentos limitadores que visem o controle de poder é negar a democracia e resgatar maligno autoritarismo, nos moldes da exposição de motivos do CPP vigente, inspirado no regime fascista italiano do ditador Benito Mussolini, consignação feita pelo próprio subscritor da exposição de motivos (Francisco Campos).

Para esclarecer as limitações analítico-permissivas do acordo e sobrepujar as assistematizações e as ampliações axiomático-democráticas que poderiam ter sido, respectivamente, resolvidas e realizadas pela lei 13.964/19, aduz-se que a reforma deveria ter provocado a extensão da consensualidade como aspecto processualístico aplicável às infrações penais cuja pena mínima que não geram, em perspectiva do trânsito em julgado, pena privativa de liberdade. O artigo 28-A do CPP limitou o acordo de não persecução às infrações penais cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, quando hipóteses apenatórias mais gravosas não geram privação de liberdade ou início de cumprimento da penal em regime fechado, como já consolidado pelas legislação e jurisprudência, tal fato, por clarividente, se associa às políticas criminais pautadas no recrudescimento do sistema penal como método de combate aos delitos e à impunidade e não se tornam surpreendentes quando se dá a um projeto de lei a alcunha de “anticrime”.

A presente discussão traz à baila uma reflexão importante a nível de reserva de código democrático-assecuratória, qual seja: em sistematização racional-democrática conglobante da última *ratio*, a

dialogabilidade deveria ter se espreado para as infrações penais cuja pena mínima, em abstrato, fosse superior a 4 anos e menor de 8 anos, porquanto em tais hipóteses cominativas não se teria o regime inicial de cumprimento de pena segregador da liberdade ambulatorial. Para além disso, como consectário lógico, a Lei 13.964/2019 deveria ter descriminalizado as contravenções penais (revogando a lei 3.688/1941), alterado os incisos I e II do §1º do artigo 394 do CPP e o artigo 61 da Lei 9.099/95, do qual resultaria ampliação do conceito de menor potencial ofensivo para serem previstos os crimes, sem violência ou grave ameaça, a que a lei comine pena igual ou inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, cumulada ou não com a pena de multa.

As alterações legislativas em comento fariam com que o modelo consensual fosse ampliado e com isso o preceito democrático-garantidor do direito penal como última razão para intervenção estatal fosse materializado (ao menos com essa prospecção).

Conclui-se, portanto, que o legislador reformador fez um encaixe do ANPP sem que saísse efetivamente da perspectiva punitivo-condenatória de administração da justiça penal. Consequentemente, entende-se que as modificações processuais penais tendem à permanente negação dos paradigmas constitucionais democráticos, os quais impõem a consensualística penal como modelagem a se tornar regrativa, e, lamentável e assustadoramente, que signifiquem o desiderato de instrumentalização do direito para fins políticos (*lawfare* político) e de suavização das ações de poder (*soft power*) para que a barganha brasileira possa aplicar pena sem processo, tal qual a norte-americana (*plea bargaining*).

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE *LAWFARE* POLÍTICO E *SOFT POWER* PARA VIABILIZAÇÃO DO *PLEA BARGAINING* NO DIREITO BRASILEIRO

Tendo sido apresentado sob a perspectiva de um modelo de justiça negocial e solução para a economia processual mediante o preenchimento dos requisitos previstos pela Lei 13.964/2019, o acordo de não persecução penal sea afeição, sob olhar não perfunctório, como uma perigosa alternativa, porquanto, pelas observações pragmático-empíricas das atuações orgânicas dele participantes e procedimentalizadoras em suprimimento da ausência regulamentar precisa e adequada, acabe por realizar a aplicação de pena sem o devido processo penal acusatorial.

Nesse contexto, legitimamente, questiona-se o que motivou a previsão do artigo 28-A da Lei 13.964/2019 e quais consequências podem advir da procedimentalização precária e incompatível com o sistema de garantias constitucional. Para que tais questionamentos possam ser respondidos, necessária se torna a célere abordagem sobre os conceitos de *lawfare* político, *soft power* e *plea bargaining*.⁷⁴

O termo *lawfare* decorre da junção das palavras ingleses “law” e “warfare”. Ao pé da letra poderia ser traduzido como “guerra jurídica”. Termo consagrado pela primeira vez por Charles Dunlap em 2001, o *lawfare* foi definido por Dunlap como “a estratégia de uso – ou não uso – do Direito como um substitutivo dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate de guerra” (DUNLAP, 2001, apud SANTORO; TAVARES, 2021).

Já nas palavras de Orde Kittrie, o “Direito vem se tornando uma arma cada vez mais poderosa e prevalente de guerra” (KITTRIE, 2016, apud SANTORO; TAVARES, 2021).

No mesmo sentido, entende-se que atualmente no cenário jurídico brasileiro o *lawfare* político tem se traduzido através de manobras jurídico-legais que visam o aumento de poder político dos órgãos de persecução criminal através do afastamento do modelo acusatório consagrado constitucionalmente e do completo desdém pelos direitos e garantias fundamentais individuais, sobretudo no âmbito penal e processual penal. Há a manipulação do sistema jurídico para que dele

⁷⁴ Ressalta-se que não é objetivo desta pesquisa a abordagem profunda de tais conceitos, pois foram tratados com a única finalidade de facilitar a compreensão do desfecho do tema.

surja uma aparência de legalidade, o que na verdade traduz o nítido reflexo da judicialização da política.

Nesse cenário a legislação, mais do que uma arma, é utilizada principalmente como um instrumento capaz de realizar uma conexão entre os meios e finalidades políticas. Na obra “Lawfare brasileiro” (2021, p. 39-40), Antonio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares enumeram os principais instrumentos de *lawfare* político, dentro os quais estão elencados: a) iniciativa de criação de novas leis que possibilitam a redução de garantias no âmbito das persecuções penais; b) iniciativa de criação de novas leis com a tipificação aberta que permita a adequação de condutas com finalidade de coibição de ações políticas tidas como criminosas ou que invertam o ônus probatório.

Acredita-se que a previsão do art. 28-A da Lei 13.964/2019 se encaixe em tais conceitualizações teóricas e aportes pragmáticos, tendo em vista o ANPP não ter sido devidamente regulamentado com observância aos preceitos constitucionais e ao próprio sistema acusatório brasileiro. Justamente porque, a redução ou até mesmo a supressão de garantias fundamentais individuais advinda da inversão do ônus probatório, da flexibilização das atribuições de poder orgânico e da possibilidade de “pena sem processo”, conforme abordado anteriormente, não podem ser admitidas como resultado de ignorância e/ou de desídia legislativo-jurídica, o que configuraria ingenuidade inconcebível na contemporaneidade ou a ignorância das discussões e observações globais sobre os institutos de instrumentalização de poder abordados em cotejo consecutório-lógico.

O *soft power* é um termo cunhado pelo pensador Joseph Nye que pode ser traduzido como “poder brando” ou “poder suave”. Nye (2004), ao comentar sobre o poder nas relações internacionais, o define como a capacidade de se alcançar os resultados pretendidos. O autor aduz ainda que é possível obrigar as pessoas através de ameaças ou até mesmo persuadir com dinheiro, mas é possível também a opção de atrair as pessoas de determinado modo que façam o que você quer.

Em oposição ao *hard power* – que utiliza instrumentos bélicos –, o *soft power* geralmente é muito utilizado nos regimes democráticos na

medida em que quando aspectos intangíveis pela maior parte da sociedade, como valores políticos e instituições públicas, se transformam em algo aparentemente atraente e positivo, os objetivos são mais fáceis de serem atingidos.

Acredita-se que ao defender o acordo de não persecução penal como forma de ampliação da justiça negocial na esfera processual penal, os órgãos de persecução criminal atuaram no convencimento social através do *soft power*, pois a reforma legislativa da Lei 13.964/2019 foi apresentada como um mecanismo legal capaz de “combater” a criminalidade no Brasil conforme a promessa do ex-juiz e ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, que se referiu ao “Pacote Anticrime” como “uma espécie de Plano Real contra a criminalidade”.⁷⁵

Dessa forma, temos que o *soft power* pode se revelar como uma forma de manipulação do corpo social através de mecanismos de poder tão sutis que são praticamente imperceptíveis, principalmente se relacionados a temas que não são de ampla compreensão na sociedade e que tendem à aceitação pelo uso da técnica discursiva populista penal, em específico, a de suscitar que o projeto é contra o crime. Quem, portanto, seria a favor dele?!

Com habilidade de atração e certo nível de confiabilidade social, geralmente, alcança-se maior anuência à falação e, por consequência, há a diminuição das possibilidades de ataques, ou seja, de críticas dos indivíduos ou coletividade alvo das táticas políticas revestidas de *soft power*. A sociedade passa a crer na fala e a defendê-la acriticamente.

O instituto do *plea bargaining* é de origem da *common law* e consiste na possibilidade de negociação entre o representante do Ministério Público e o acusado, junto ao seu defensor. O *plea bargaining* acontece antes do julgamento numa audiência preliminar ao júri denominada *arraignment on indictment*.

⁷⁵ POVO, GAZETA DO. **Moro planeja choque na criminalidade tal qual o Plano Real fez com a inflação**. Estadão Conteúdo, 23 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/moro-planeja-choque-na-criminalidade-tal-qual-o-plano-real-fez-com-a-inflacao-9psfbu5u09j9p1r2skbd0ztmr/>> Acesso em: 3 jun. 2021.

Durante essa audiência preliminar, o acusado, assistido por seu defensor e na presença do juiz, possui três opções: 1) confessar a culpa (*guilty plea*); 2) negar a culpa (*not guilty*) ou 3) não se defender (*nolo contendere*). Diante da confissão ou se o acusado optar por abrir mão de sua defesa, o Ministério Público e o acusado junto à defesa poderão negociar os termos da acusação e pena, portanto, inicia-se a fase da barganha.

Sendo assim, o modelo de barganha norte-americano oferece grande margem para a negociação entre as partes, motivo pelo qual podem inclusive pactuar qual será a tipificação penal, ou seja, qual acusação será proposta pela promotoria. Ademais, podem ainda negociar os termos da peça acusatória que imputará os fatos supostamente cometidos. Por esse motivo, afirmava-se que devido ao alto grau de autonomia das partes haja paridade de armas entre acusação e defesa.

Atualmente, estima-se que 97% dos casos criminais são resolvidos por acordo de não persecução nos Estados Unidos da América.⁷⁶ No entanto, um estudo conduzido pelo *Innocence Project* americano revelou que mais da metade dos participantes admitiram falsamente um crime para obter algum benefício. O motivo considerado, mais provável, seria o psicológico ao invés do jurídico. Nesse sentido, constatou-se que o *plea bargaining* estimula que inocentes confessem crimes que não cometeram.⁷⁷

A partir desse dado é possível ter uma noção do quão nociva pode ser a tentativa de viabilização do *plea bargaining* no direito brasileiro sem a devida adequação constitucional, tendo em vista que o sistema jurídico é distinto e que a sua prática inverte o ônus probatório, tendo como

⁷⁶ RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 01.07.2021.

⁷⁷ Lucian E. Dervan and Vanessa A. Edkins Ph.D. **The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem**, 103 J. Crim. L. & Criminology 1 (2013). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol103/iss1/1>. Acesso em: 30 abr. 2021.

consequência a violação dos postulados da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* e do *favor rei*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma de previsão, disforme e lacônica, do acordo de não persecução penal se revela como um possível instrumento de *lawfare* político e *soft power*. Essa perspectiva parece ter sido, pretensiosamente, muito bem manejada para a viabilização do *plea bargaining* no direito brasileiro.

Um dos pontos que causa estranheza é o de que, acaso se configure a aplicação tal qual o *plea bargaining*, um instituto de origem da *Common Law*, ter-se-á flagrante violação sistemática da *Civil Law*. Isso porque, enquanto o sistema acusatório brasileiro prestigia a concepção de asseguramento de direitos e garantias fundamentais individuais, o sistema do direito anglo-saxônico (Estados Unidos) compreende as garantias como objetos disponíveis e negociáveis em troca de privilégios processuais. Não se pode deixar de destacar que o *plea bargaining* nos Estados Unidos, inspiração do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A da Lei 13.964/2019, se transformou em fábrica de extração de confissões de inocentes e de aplicação de pena sem processo.

Dessa maneira, a justiça negociada no direito processual penal brasileiro inspirada no *plea bargaining* viola preceitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa de 1988 ao investigado / acusado, principalmente no que se refere ao incentivo da aplicação de pena sem o devido processo penal e o consequente desrespeito ao princípio da presunção de inocência e seus consectários – *in dubio pro reo* e *favor rei*.

Para além disso, não se pode deixar de enfatizar que sempre houve um movimento institucional ministerial muito grande para a tentativa de aplicação de acordos na forma do *plea bargaining* norte-americano no direito brasileiro, do que derivaria ampliação de poder inquestionável para o órgão e em completo dissenso constitucional. Fato comprovado pela inteligibilidade da Resolução 181/2017 do CNMP, que após ser objeto de

muitos questionamentos quanto a sua inconstitucionalidade, foi alterada pela Resolução 183/2018 do CNMP, igualmente eivada de inconstitucionalidade material e formal e de ineficácia instrumental explicativo-complementar, respectivamente: pela violação ao sistema acusatório (artigo 129, inciso I, da CRFB/88), pela violação do devido procedimento legislativo constitucional (artigo 22, inciso I, da CRFB/88) e posta a pífia previsão da forma do ato confessional.

Observe-se, ambas as mencionadas resoluções do CNMP já previam a possibilidade de propor acordo de não-persecução penal, bem como suas hipóteses e, irrestritas, procedimentalizações. À época, tais atos jurídicos foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da OAB e consideradas inconstitucionais.

Essa situação traduz o interesse do Ministério Público para a implementação do *plea bargaining* no Brasil com o objetivo de obtenção de carga de poder elevada e com o mínimo de limitadores possíveis a sua atuação.

Importante ressaltar que o movimento de produção legislativa não era somente sobre ampliação de poder ministerial, mas sobretudo do Poder Judiciário também. A homologação do acordo passa por um controle difuso de constitucionalidade dos próprios magistrados.

Parece, portanto, que Judiciário e Ministério Público, instituições poderosas, atuaram no convencimento público-social de uma forma geral e irrestrita afirmando que o ANPP seria um bom instituto correspondente a sistemática acusatorial brasileira, quando na verdade a perspectiva do acordo de não persecução, segundo o pretendido, mais se afeiçoa ao sistema inquisitorial, que em nada se coaduna à Carta Magna de 1988. Tal fato caracteriza a perspectiva da utilização do chamado *soft power*.

É possível, por conseguinte, tornar real a compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal, porém imprescindível garantir sua congruência com o sistema acusatório brasileiro à luz do regime democrático eleito pela Constituição da República Federativa de 1988, desde que sejam estabelecidos, legal e normativamente, *standards*

pré-processuais e processuais pertinentes ao feixe democrático de garantias.

Não se pode simplesmente inverter a lógica do processo penal em nome de uma redução de custos e desafogamento da justiça criminal. A instrumentalidade das formas processuais penais deve buscar não só a ampla defesa e o contraditório, mas também a proteção de direitos e garantias fundamentais individuais em todos os seus níveis de contenção de poder estatal. A democracia não permite a construção e aplicação de institutos que reduzem direitos e garantias fundamentais e nem a flexibilização daqueles que os consubstanciam. Essas possibilidades fragilizam toda a estrutura principiológica que sustenta o modelo acusatório brasileiro, bem como desvirtuam completamente as bases da dogmática processual penal.

Por todo o exposto, a problemática e a suposição do trabalho parecem se confirmar pela conjectura político-jurídica analisada. De fato, o sistema penal parece estar sendo operado como mecanismo de condução política no Brasil. Da mesma forma, a normatividade constitucional se torna cada vez mais indesejada diante do manejo do sistema penal como caminho assecuratório de interesses políticos, sem que a coletividade perceba tal intuito.

Com base nos pensamentos e premissas constituídas, acredita-se que, para além da normatividade, o processo penal, por vezes, tem sido instrumentalizado com finalidades estranhas ao seu objetivo primeiro, para a aplicação de mecanismos capazes de responder à dinamicidade das relações e a multiplicidade de interesses, a condução do direito processual penal se mostra como discreta forma de poder, comumente alinhada a finalidades políticas – o *soft power*.

O Estado Social e Democrático de Direito deve ser obrigatoriamente marcado pelas premissas estabelecidas na teoria do Garantismo Penal: direito penal mínimo e tutela primeira e máxima dos direitos e garantias fundamentais individuais. Não existe outra possibilidade diante de um regime democrático sob pena de retornarmos à filosofia autoritária, de origem sabidamente fascista, na qual foi concebido o Código de Processo Penal brasileiro ainda vigente.

Assim, aparentemente, as paixões humanas pelo poder e pela subjugação de coisas e pessoas se amoldam acima dos valores constitucionalmente traçados, precipuamente pelo não admissibilidade de que a democracia frustra poder e impede subjugações. Por conseguinte, o Direito tem se transformado num espaço direcionado à correspondência de expectativas meramente políticas, o que evidencia grande ameaça ao regime democrático. Não à toa, direitos e garantias fundamentais, como a própria liberdade, tornam-se passíveis de “negociação”, moedas de troca com o poder.

Espera-se que a presente produção possa fomentar a reflexão e a transformação de tais *ethos* tão preocupantes e destrutivos da democracia!

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- _____. **Código de processo penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941.
- _____. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Brasília, 1992.
- _____. **Lei 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 248-A, 24 dez. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 74.464/PR**, Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgamento 02.02.2017, DJe 09.02.2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 35**. Tese de Repercussão Geral definida no Tema 238, aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 9-12-2015.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático – Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro:

- Civilização Brasileira, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 183, de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução nº 181, de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <goo.gl/8YDwpn>. Acesso em: 4 jun. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2021.
- _____. **Resolução nº 329, de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal no 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original133456202008265f4665002a5ee.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2021.
- _____. **Resolução nº 357, de 2020**. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2021.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- DE CARVALHO, Amilton Bueno; DE CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª edição, ampliada. Lumen Juris, 2002.
- DERVAN, Lucian E. and EDKINS, Vanessa A. Ph.D., **The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem**, 103 J. Crim. L. &

- Criminology 1 (2013). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol103/iss1/1>>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.
- NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NYE JR, Joseph S. **Soft Power: The Means to Success in World Politics**. PublicAffairs, New York. 2004. [p. 1-2, 5, 6]
- POVO, GAZETA DO. **Moro planeja choque na criminalidade tal qual o Plano Real fez com a inflação**. Estadão Conteúdo, 23 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/moro-planeja-choque-na-criminalidade-tal-qual-o-plano-real-fez-com-a-inflacao-9psfbu5u09j9p1r2skbd0ztmr/>> Acesso em: 3 jun. 2021.
- PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Rodolfo Macedo do. **Sobre Plea Bargain, Pacote Anticrime, Crasso e a moderna Batalha de Carras**. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargain-crasso-moro/>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- PRADO. Rodolfo Macedo do. **A chegada do plea bargaining ao Brasil**.

- Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#_ftn8>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.
- RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books, nov/14. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em: 01.07.2021.
- SANTORO, A. E. R.; MADURO, F. M.; MALAN, D. R. **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- SANTORO, A. E. R.; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- SANTORO, A.E.R.; GONÇALVES, Rodrigo Machado. **A Criação de “Zonas de Interseção Normativa” pelo Ministério Público: um Instrumento de Lawfare Político para Legitimar a Sua Investigação Preliminar Direta e a Transigência sobre Pena nos Acordos de Colaboração Premiada**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3604>>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal**. Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 318 maio/2019. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal>. Acesso em: 03 maio. 2021.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes**

corolários. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. 1.], v. 88, p. 463-484, 1993. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67232>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA: DE MÁRIO DE ANDRADE A CIDINHO E DOCA, O NÃO RECONHECIMENTO DAS REALIDADES BRASILEIRAS COMO MOTOR DA LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL-PENAL

Antonio Eduardo Ramires Santoro⁷⁸

Rodrigo Machado Gonçalves⁷⁹

Marianna da Silveira Figueiredo Carvalho e Carvalho de Araujo⁸⁰

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo traçar a relação entre a criminalização da pobreza e o não reconhecimento da consciência de classe e, por meio desta constatação, demonstrar como tal relação representa um instrumento para a legitimação da violência Estatal-Penal contra as minorias, sobretudo dentro das favelas. Para tanto, é estabelecido um diálogo entre o Direito e produções artísticas do cânone e do popular, valendo-se da interseção entre as perspectivas sociais do poema “Descobrimento” (Mário de Andrade) e do “Rap da Felicidade” (Cidinho e Docca), para comprovar como o silenciamento e a imagem produzida em relação aos grupos marginalizados possui direta relação com os preconceitos enraizados na sociedade brasileira, estigmatizando os pobres e demais minorias, colocando-os na posição de “inimigos” da sociedade, fomentando, assim, uma justificativa para o cerceamento dos direitos e garantias fundamentais a esses indivíduos.

Palavras-chave: Criminalização da pobreza. Desigualdade. Consciência de classe. Direito Penal do Inimigo. Produção artística e literária.

⁷⁸ Pós Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidad Nacional de La Matanza, Argentina – e-mail: antoniosantoro@antoniosantoro.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>

⁷⁹ Doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD da FND/UFRJ – e-mail: prof.rodrigo.goncalves@soulasalle.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6074988147923888>

⁸⁰ Graduanda em Direito no Centro Universitário La Salle/ RJ – Graduanda em Letras na Universidade Federal Fluminense – e-mail: marianna.araujo@soulasalle.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9187295675309560>

INTRODUÇÃO

Por meio das reflexões de Mário de Andrade, em especial através do seu poema “Descobrimento”, o qual abarca as diversidades social, econômica e cultural do Brasil, pretende-se expor a ausência de voz ativa das classes populares, revelando um cenário de exclusão desses indivíduos, que sequer são considerados como “iguais” pelo senso comum. Tal problemática é constatada na realidade das favelas e agravada perante a figura estigmatizada e estereotipada do pobre, e ilustrada no artigo pela correlação entre o poema supracitado e o *funk* “Rap da Felicidade”, de Cidinho e Doca. Possibilita-se, com isso, uma análise comparativo-jurídico-literária através do diálogo entre o cânone e a produção oriunda do popular, refletindo-se como a ausência da consciência de classes se transforma em um verdadeiro combustível para a constante “Criminalização da Pobreza”, bem como a aplicação do “Direito Penal do Inimigo” ao comportamento Estatal-Penal para com as pessoas marginalizadas.

Em virtude do centenário da Semana de Arte Moderna de 1922, o trabalho visou demonstrar, partindo de algumas breves reflexões sobre esse marco, sobretudo a proposta de superação dos padrões eurocêntricos e a valorização da cultura nacional, que houve e há permanências quanto à exclusão de alguns setores da sociedade dentro dos próprios eventos identificados como marcos progressistas, porquanto, ainda que as ideias estivessem retratadas nas produções artísticas, não tiveram espaço para participar e expor suas artes – não tiveram voz ativa. Torna-se possível destacar a persistência no “apagamento” social desses indivíduos por aqueles e aquelas que se encontram nas capitais e integram as chamadas elites intelectuais e econômicas do país, motivo pelo qual essas vozes foram e continuam caladas e, do mesmo modo, suas manifestações artísticas e culturais são igualmente rejeitadas, perdem protagonismo ou são criminalizadas.

O desenvolvimento textual visa desnudar, ainda que perfunctoriamente, tais contradições, valendo-se de breves observações

sobre como o próprio Mário de Andrade declarava a urgência de se retratar todas as expressões do povo enquanto partes igualmente importantes para a construção da identidade brasileira. Reconhecido o caráter “aristocrático” da Semana de 22 e a necessidade em não se apegar exclusivamente ao erudito para observar a sociedade, enxerga-se como o povo verdadeiramente é e a premência da inclusão dessas realidades nas produções artísticas. Principalmente, visou-se chamar atenção para como os mitos em torno da chamada “democracia racial” são as principais “vendas” utilizadas para que a sociedade continue a reproduzir os mesmos preconceitos e estigmas desde o início da formação do Brasil e não reconhecer como o racismo estrutural e a exclusão do pobre pautam as dinâmicas sociais, voltadas sempre para a dominação e opressão desses grupos.

Tais alusões pretendem introduzir e facilitar as exposições quanto à criminalização da pobreza e demonização do modo de vida, da cultura e do próprio espaço das favelas enquanto resultados de processos sócio-históricos, objetivando a compreensão de que a intensa marginalização desses sujeitos – e suas respectivas manifestações artísticas – não está relacionada meramente com uma questão de opinião “pura e simples”.

Por meio da letra da canção de Cidinho & Doca, além de trazer às claras a realidade desse povo, propõe-se que seja ouvida a face marginalizada residente das periferias, representando o desejo de se viver em paz dentro da sua própria “casa”, da sua “comunidade”. Por outro lado, expõe-se como tais preconceitos geram a internalização de que o “pobre tem o seu lugar”, numa grave constatação do fenômeno da autoestigmatização, do admitir do marginal como lugar de origem e permanência.

Com o auxílio dos aportes dogmáticos é possível explicar como o não reconhecimento de classes e a não identificação da sociedade – especialmente quando se trata da classe média – com a parcela marginalizada, aborda-se como o olhar de aversão e repulsa sobre determinados grupos e produções artísticas foi construído através desses preconceitos sociais e étnicos comuns à sociedade, resultando na exclusão desses indivíduos, alvos de diversos maus-tratos e discriminações, não

sendo reconhecidos como cidadãos detentores dos mesmos direitos e garantias.

Por fim, objetivou-se demonstrar como a ideia de segregação e não reconhecimento dessas pessoas, agravada pelo atual contexto do crescente de discursos de “Lei e Ordem”, resulta na perversão do Estado Democrático, sendo o Sistema Penal usado como instrumento de controle e expurgo de tais setores, fato comprovado por dados coletados através da pesquisa “VIDAS ADOLESCENTES INTERROMPIDAS: Um estudo sobre mortes violentas no Rio de Janeiro”, realizada pela ISER e pelo Observatório das Favelas, com parceria da Unicef e apoio do Ministério Público do Rio de Janeiro. Tal pesquisa demonstra como a violência policial e o encarceramento auxiliam na composição desse cenário no qual a pobreza é igualmente criminalizada e vitimizada, sendo indubitável a utilização da força do Estado como instrumento de gestão desses “indesejáveis”⁸¹.

O presente estudo propõe-se a gerar algumas reflexões acerca da urgência em se reconhecer as múltiplas realidades do Brasil e sobre como essa não legitimação humana a direitos e garantias, fundamentada em diversos preconceitos solidificados ao longo de toda a construção histórica-social do país, fomenta o comportamento Estatal-Penal abusivo e violento para com os(as) marginalizados(as). Dessa forma, não se pretende, pela crítica, desmerecer as significativas contribuições trazidas pelos “Modernistas” em 22, mas contribuir, simploriamente, cem anos depois, não somente com a demonstração da perpetuação desse (nefasto) legado como também da sua expansão, para que sejam contempladas e reconhecidas as manifestações advindas de todos os setores da sociedade como parte importante e indissociável da identidade brasileira e, de igual modo, sejam efetivados os seus direitos e garantias fundamentais.

1. O “DESCOBRIMENTO” DAS DIVERSAS REALIDADES BRASILEIRAS E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL

⁸¹ Sob a perspectiva teórica baumaniana, o conceito de indesejados e indignos se refere àqueles que se comportem ou tendem a se comportar de modo considerado inadequado.

O início do século XX distingue-se pelos avanços e rompimentos nas mais diversas áreas, no contexto internacional, pela Primeira Guerra Mundial e pelo (re)surgimento do sentimento de patriotismo e nacionalismo e, no âmbito nacional, período da República Velha, pelo desgaste do “modelo agroexportador” e pelo acelerado processo de industrialização, principalmente em São Paulo (CAMARGOS, 2022, p. 25/26). No Brasil, dentro do campo das artes, esses processos se refletem em mudanças significativas na forma de se pensar e produzir a arte nacional, a qual, recebendo influência das vanguardas europeias, teve como grande marco a Semana de Arte Moderna de 22 e o início do Modernismo, cujo objetivo era a busca pela produção de uma arte legitimamente brasileira.

O evento, realizado na capital paulista, em meio às comemorações do centenário da Independência do Brasil, representou essenciais rupturas com esses padrões advindos da colônia em prol da produção de cultura nacional que realmente representasse o país, em sua língua falada, suas diversas manifestações artísticas, literárias, sociais, entre outras, absorvendo as influências artísticas exteriores, mas retirando do caminho os componentes opressores (colonizadores) para dar lugar às características brasileiras. Por essa ousadia, o movimento foi considerado como um “divisor de águas”⁸² e sua repercussão e seu reconhecimento, construídos durante todo o século, a conferiram o título de “fase heroica” do Modernismo, sendo um dos seus principais expoentes o poeta, romancista e musicólogo Mário de Andrade.

Não somente em 1922 como também em toda sua carreira, o autor elencado acima viajou por todo o território nacional, realizando um intenso trabalho de pesquisa no qual registrou as mais variadas manifestações da sua gente, preocupando-se em valorizar e retratar a diversidade das expressões culturais, hábitos, costumes, variações

⁸² Não devendo ser considerado como o “marco zero” da arte e literatura no Brasil. Escreve Márcia Camargos (2022, p.26) sobre a Semana de 22: “Resultado de um processo instaurado na dinâmica social, que acarretaria mudanças na percepção ao longo do percurso, o modernismo encadeira subjetividade unidas por um único fio condutor”.

linguísticas, conflitos, questões sociais entre outras particularidades de cada uma dessas faces do povo brasileiro. O professor Antônio Cândido atribui ao poeta a “qualidade mestra” de “descobridor”, em diferentes formas, temas e aspectos. Pode-se destacar, enquanto “poeta folclórico”, o nutrir de sua poesia com lendas, casos e assuntos do nosso povo e como “poeta do cotidiano”, um transformador dos fatos cotidianos em poesia, tendo como tema o “Brasil” (CÂNDIDO, 1994, p. 136/137).

Nesse sentido, através do seu poema “Descobrimento”, buscou evidenciar as diversidades que compõem a identidade do povo brasileiro, não somente em relação aos aspectos culturais, mas também quanto às questões sociais. Em meio às disparidades, o autor refletiu sobre aquele trabalhador, um seringueiro, morador da região norte do país, o qual é tão brasileiro quanto o intelectual que estuda sobre sua mesa na Rua Lopes Chaves, na cidade de São Paulo (SP), ainda que esteja tão distante, geográfica, econômica e socialmente, revelando uma crítica acerca do esquecimento/ apagamento desses sujeitos enquanto iguais aos que residem nas grandes capitais. Em suas palavras:

Abancado à escrivantina em São Paulo/
Na minha casa da rua Lopes Chaves/
De supetão senti um friúme por dentro. /
Fiquei trêmulo, muito comovido/
Com o livro palerma olhando pra mim./
Não vê que me lembrei que lá no norte, meu Deus! /
muito longe de mim./
Na escuridão ativa da noite que caiu./
Um homem pálido, magro, de cabelo escorrendo nos olhos./
Depois de fazer uma pele com a borracha do dia./
Faz pouco se deitou, está dormindo./
Esse homem é brasileiro que nem eu... (ANDRADE *apud* LOPEZ, FIQUEIREDO, 2013 – grifo nosso).

A poesia em destaque, através da angústia, resultado da conclusão em que o eu-lírico chega, indica a dificuldade de se perceber essas diferenças e, apesar delas, reconhecer a existência de setores marginalizados da sociedade, os quais, imersos no esquecimento por parte dos residentes do Centro-Sul do país, têm suas lutas e expressões

silenciadas. O poeta sempre valorizou as expressões desses indivíduos esquecidos, tornados invisíveis, como parte fundamental do Brasil, mas tratada como “baixa” e “ignorante” pela parcela culta e intelectual, deixando clara a importância de não se somente fixar no erudito e buscar visitar outros espaços, ter outras experiências, ouvir as pessoas “simples”, como também recomendou ao então jovem escritor Carlos Drummond de Andrade⁸³. Acreditando nisso, defendeu que somente através do reconhecimento da diversidade, da “mistura” de etnias, culturas, poderia ser construída a verdadeira identidade nacional, e, como os outros idealizadores da Semana de Arte Moderna de 22, pregou a importância de não restringir a arte ao “academicismo”, propondo uma liberdade nas criações artísticas e literárias, em todos os sentidos, inclusive estética e politicamente.

Todavia, Mário de Andrade também reconheceu que “o movimento modernista era nitidamente aristocrático” (ANDRADE, *apud* JÚNIOR, 2012, p. 51). É importante ressaltar que o evento foi produzido e patrocinado pelas elites paulista e carioca, não houve participação de artistas oriundos dos demais setores da sociedade, de etnias diversas e de outras regiões do país – além da escassa presença feminina. Dessa forma, embora pregasse a valorização da identidade nacional e o rompimento com os padrões eurocêntricos, essa diversidade não foi efetivada. Márcia Camargos apontou o poeta aqui em destaque, uma das poucas exceções participativas – tal como as mulheres artistas Zina Alta e Anita Malfatti, a pianista Guiomar Novais e a dançarina Yvonne Daumerie. Em suas palavras:

Tanto no palco quanto na mostra no saguão do Theatro Municipal, faltaram diversos artistas e escritores que a teriam enriquecido, inclusive, com olhares de fora do eixo São Paulo-Rio de Janeiro. Tratou-se, na verdade, de um encontro feito por homens brancos, héteros, da

⁸³ Por correspondência, Mário de Andrade escreveu a Carlos D. de Andrade, em 1924 (2015, p. 20/21): “E então parar e puxar conversa com gente chamada baixa e ignorante! Como é gostoso! Fique sabendo duma coisa, se não sabe ainda: é com essa gente que se aprende a sentir e não com a inteligência e a erudição livresca”.

classe alta, do eixo Rio-São Paulo. Dentre seus protagonistas, apenas Mário de Andrade, um professor de parques recursos, trazia sangue negro nas veias, bem como uma homossexualidade não assumida publicamente. O desequilíbrio feminino-masculino provou que a vanguarda não conseguiu avançar nas questões de gênero, refletindo a sociedade patriarcal e misógina (CAMARGOS, 2022, p. 17/18).

A aludida autora também explica que, além da ausência de artistas que representassem a pluralidade nacional, a própria arte oferecida durante o evento também constituiu resquícios dos padrões eruditos, coloniais, não incluindo elementos oriundos do popular e das tradições negras, indígenas, etc., como o exemplo de Villa-Lobos que se apresentou com um piano de cauda e não com violão, “que alegrava as rodas da gente humilde”, bem como a ausência dos Oito Batutas⁸⁴ (CAMARGOS, 2022, p. 18). Vale também ressaltar que naquele momento, conforme observa Darcy Ribeiro, São Paulo já se encontrava “avassalado” de estrangeiros, mormente italianos, o que contribuiu para a construção de uma mentalidade que seguia os hábitos do “velho mundo”, sendo a Semana de Arte Moderna foi “uma reação a esse avassalamento, foi também por seu estilo a forma mais expressiva desse eurocentrismo” (RIBEIRO, 1995, p. 407).

Embora seja necessário reconhecer a importância da Semana de 22 dentro das artes e da literatura brasileira, é importante frisar que o evento, apesar da sua proposta e se fazer valer a cultura e a verdadeira identidade nacional, seguiu em sua execução alguns padrões e costumes patriarcais e eurocêntricos – ainda que criticasse tais práticas. Mesmo retratadas nas obras, respeitadas e consideradas hoje como parte do cânone, a ausência de participação das camadas populares e marginalizadas representa um traço de colonialismo e opressão que segue presente cem anos depois.

⁸⁴ Márcia Camargos (2022, p.18) lembra “o famoso conjunto musical puxado pela flauta de Pixinguinha com cavaquinho, bandolim e ganzá, tocando choro, maxixe, batuques e cateretê”.

Por consequente, ainda que muitos artistas tenham se sensibilizado e retratado esses indivíduos, contribuindo significativamente para expor diversas “feridas” da sociedade brasileira e, mesmo que, de 1922 a 2022, observe-se certo aumento da participação e do reconhecimento de artistas que representam esses setores marginalizados na produção artística nacional, a voz das pessoas que sofrem “na pele” essas questões ainda não foi ouvida e creditada na mesma proporção. A desigualdade persiste e continua presente, seja na dinâmica da vida cotidiana ou nas manifestações artísticas: salvo algumas exceções, as expressões oriundas do povo são objeto de desprezo e repulsa, vejam-se como exemplos as histórias do samba e da capoeira no Brasil, bem como os ritmos do *funk*, do *rap* e suas respectivas variações de estilo musical e letras próprias.

Esse fato também acompanha uma grave contradição no que tange à apropriação das mesmas expressões marginalizadas pelo senso comum: ainda sendo considerados como “exóticos” e “toscos”, quando algum elemento comum a essas manifestações é apropriado e utilizado nas produções das classes sociais abastadas, torna-se objeto de aplauso e de deferência pelos artistas pertencentes à elite de um modo geral. Ademais, é bastante comum que os ritmos musicais próprios dos setores populares, constantemente estigmatizados, façam parte das festas de quase todas as camadas sociais, até mesmo das mais abastadas.

As aceitações seletivas, oportunas e convenientes, resultam numa falsa percepção de entronização social e servem como discurso de inexistência de preconceito. Como se o citar o nome de alguns músicos, compositores e cantores oriundos da pobreza, cuja arte expressa esses ritmos⁸⁵, tornassem-nos aceitos socialmente, ainda que respeitados e admirados nacional e internacionalmente.

Entre outros fatores, tendo em vista a construção colonial-escravocrata do Brasil e o consenso no que tange à forte presença de diversas matrizes culturais na construção da identidade nacional, o que

⁸⁵ Adriana Facina (2009, p. 4) escreve: “Ao mesmo tempo em que eram perseguidos e criminalizados, os artistas e profissionais do funk começam a ocupar um espaço maior na mídia e a despertar o interesse da indústria fonográfica, principalmente na segunda metade da década de 1990”.

mais explica esse fenômeno é o “mito da democracia racial”, o qual “consiste em afirmar a miscigenação como uma das características básicas da identidade nacional, como algo moralmente aceito em todos os níveis da sociedade, inclusive pela classe dominante” (ALMEIDA, 2019, 109).

Dessa forma, compreender-se-ia que, dada a “mistura” das etnias no processo de formação social brasileira, não haveria racismo no Brasil. No entanto, o racismo é estrutural e, em diversas situações do cotidiano, mostra-se incontestemente pelas inúmeras relações de força da sociedade. A posição de privilégios e dominação dos brancos sobre os negros é inegável, todavia, muitas vezes é ignorada ou não reconhecida pelo “complexo cultural” que absorve essas discriminações raciais, desigualdades e violências. Nas palavras de Silvio de Almeida:

O fato de parte expressiva da sociedade considerar ofensas raciais como “piadas”, como parte de um suposto espírito irreverente que grassa na cultura popular em virtude da democracia racial, é o tipo de argumento necessário para que o judiciário e o sistema de justiça em geral resista em reconhecer casos de racismo, e que se considerem racialmente neutros (ALMEIDA, 2009, p. 48).

Portanto, a suposta “democracia racial” serve como instrumento de manipulação e silenciamento dessa parcela vulnerável, tornando difícil até mesmo o reconhecimento por parte dela e da sociedade em si, sobre o quanto diversas práticas do cotidiano revelam as marcas de um passado e um presente de escravidão e opressão – como o exemplo das ofensas que são classificadas como piadas, elencado no trecho acima, e do preconceito com determinadas produções artísticas, objeto de discussão do presente trabalho, criando em uma “conformação ideológica dos indivíduos à desigualdade racial” (ALMEIDA, 2019, p. 52).

Essa conformação resulta numa dificuldade em se falar sobre o racismo e combatê-lo até mesmo dentro de movimentos sociais, conforme aponta Lélia Gonzalez ao aduzir configurar-se como um “racismo por

omissão”, pautado sob uma perspectiva “eurocêntrica e neocolonialista da realidade”, pondo os sujeitos negros na categoria de infante⁸⁶, não sendo donos dos seus discursos e sendo constantemente “falado” pelos outros, ao passo em que se realiza a manutenção da categoria sujeito-suposto-saber⁸⁷, colocando-se sempre como inferior perante o seu opressor, o “colonizador” (GONZALEZ, 2011, p. 13-14).

Dessa forma, o mesmo processo de rejeição, da classe marginalizada e de tudo que lhe diga respeito (como seus costumes e valores), é de modo tão enraizado na sociedade e na vida comum que não se reconhece como tal e, destarte, é constantemente legitimado, reproduzido. Do ponto de vista artístico, essa opressão se torna instrumento de controle social, de silenciamento da parcela vulnerável sobre sua expressão, o seu direito a contar sua história – que faz parte da história da nação brasileira.

Essas realidades não são reconhecidas pela massa como “tão brasileiras” quanto as dos centros urbanos, tanto que não seria necessário sequer atravessar o país, saindo da região sudeste – da Rua Lopes Chaves – até o Norte do país para encontrar exemplos dessas vidas esquecidas, conforme aduz Mário de Andrade. Não por coincidência, as periferias do eixo Rio-São Paulo e as favelas localizadas na cidade do Rio de Janeiro, as quais são, majoritariamente, estigmatizadas como lugar de violência e de promiscuidade, têm seus moradores constantemente criminalizados e considerados “inimigos” da sociedade, por meio desses discursos preconceituosos difundidos através de uma lógica neoliberal que perpetua o padrão eurocêntrico e colonial e que se estende às manifestações culturais, a exemplo do *funk* carioca, que, por sua vez, a partir das suas letras e “batida”, apresenta dados extremamente importantes para a

⁸⁶ Lélia Gonzalez (1988, p. 13/14) sobre o conceito de infante: “O conceito de infante se constitui a partir de uma análise da formação psíquica da criança que, ao ser falado pelos adultos na terceira pessoa, é, conseqüentemente, excluída, ignorada, colocada como ausente apesar da sua presença; reproduz então esse discurso e fala em si em terceira pessoa (até o momento em que aprende a trocar os pronomes pessoais) ”.

⁸⁷ Lélia Gonzalez (1988, p. 14) sobre a categoria de sujeito-suposto-saber: “refere-se as identificações imaginárias com determinadas figuras, para as quais se atribui um saber que elas não possuem (mãe, pai, psicanalista, professor, etc.) ”.

compreensão da realidade de quem mora nas comunidades, conforme se demonstrará a seguir.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E DA MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA NAS FAVELAS

As propostas que envolvem o deslocamento dos intelectuais, assim como a sociedade em geral, de se sair dos escritórios, das salas de estudos, das suas próprias “bolhas”, para confrontar as diversas realidades do mundo contemporâneo são atropeladas pelo ápice de uma lógica de mercado e consumo que limita e impõe a condição de medo na população.

Dito isso, é possível compreender o porquê o Brasil, como a maioria dos países colonizados, permaneça com um comportamento “servil” às classes dominantes conterrâneas e às potências mundiais, trabalhando e existindo para satisfazer vontades e necessidades do mercado externo, vivendo à mercê de países detentores de maior potencial de consumo e poder de compra, fato que, de acordo com Leonidas Donskis, afeiçoa um dos critérios importantes para se atribuir o “grau de adequação de um país ao clube do poder” (BAUMAN, DONSKIS, 2014, p. 58). A partir desse entendimento, o autor afirma que a preocupação com a democracia somente entra em pauta quando se trata de alguém que não possui poder e é controlado, oprimido. Ou seja, indivíduos e governos ricos, com alta capacidade de consumo e investimentos estariam, a partir disso, perdoados do “fracasso em respeitar as modernas sensibilidades políticas e morais, ou em permanecer comprometido com as liberdades civis e os direitos humanos” (BAUMAN, DONSKIS, 2014, p. 58).

Nesse mesmo sentido, entendendo as enormes disparidades sociais enfrentadas dentro do Brasil e seu posicionamento em relação ao mundo, Darcy Ribeiro, ao tratar sobre a construção da identidade nacional, introduz e reforça a noção de que esta se deu por meio de diferentes matrizes étnicas e culturais, as quais “se enfrentam e se fundem para dar lugar a um povo novo” (RIBEIRO, 1995, p. 19), formando uma nova etnia nacional. Segundo o autor, é diversa culturalmente daquelas que a formaram, juntas e pelo choque produzido entre elas, apresentando

um novo modelo socioeconômico de organização baseado em um “tipo renovado de escravidão e numa servidão continuada ao mercado mundial” (RIBEIRO, 1995, p. 19) e que, apesar de todos os sofrimentos, carrega em si a vontade de ser feliz. No entanto, esse mesmo “povo novo” também é “velho”, servindo ao mercado externo. Em suas palavras:

Velho, porém, porque se viabiliza como um proletariado externo. Quer dizer, como um implante ultramarino da expansão européia que não existe para si mesmo, mas para gerar lucros exportáveis pelo exercício da função de provedor colonial de bens para o mercado mundial, através do desgaste da população que recruta no país ou importa (RIBEIRO, 1995, p. 20).

De acordo com o exposto, a lógica de mercado subjuga algumas nações à situação de submissão perante outras, consideradas mais “fortes” – de acordo com os critérios elencados por Leonidas Donskis – e influencia na opressão e exclusão daquelas pessoas consideradas indesejáveis, repetindo e reinventando as mesmas condutas, desde o processo de colonização e mesmo após a abolição. Segundo tal observação, os indivíduos que não se inserem no padrão eurocêntrico, patriarcal e neoliberais de consumo são humilhados, não tendo acesso ao mínimo para sua sobrevivência, sofrendo constantes discriminações.

Sob a ótica do contexto no qual o Brasil se insere, a figura do pobre também está ligada à imagem do negro e do morador das periferias. É indiscutível que a violência, a falta de espaço e oportunidades aos pobres são constantes em todo processo de formação histórica nacional. A colonização, a escravidão e a marginalização dos recém libertos e abandono estatal de ações de combate às desigualdades são fatores inegáveis da formação das periferias, das comunidades ou favelas. Ante à ausência de recursos para ter acesso à moradia, as pessoas foram forçadas a se instalarem em cortiços e depois nos morros, principalmente após as reformas da cidade, realizando um processo de gentrificação, junto a um

grupo de migrantes que, fugindo da fome e da guerra em seus países, chegaram ao Brasil para trabalhar no lugar dos negros após a abolição da escravidão⁸⁸. Sobre esse processo de favelização, dispõe Luciano Góes:

Inicia-se, assim, entre cortiços e zungus, o processo de favelização das grandes cidades, a modernização das senzalas agora a céu aberto, espaços ignorados pelos brancos, tornando-se o “lugar do negro”, transformando os morros em quilombos urbanos **mantidos longe dos olhos civilizados por um racismo institucionalizado**, mas controlados, já que o negro deveria se manter ali pois se penetrasse no lugar do branco, ao mesmo tempo em que as ruas demandavam a violência senhorial para controlar a desordem provocada pela invasão negra (GÓES, 2015, p. 149-150 - grifo nosso).

O autor em epígrafe elucida que o negro era visto como suspeito nos locais públicos, mas tinha acesso à “liberdade” no morro, o que resultou em um processo de (re)construção da sua identidade, fazendo-se consolidar o samba, a capoeira e as religiões de matriz africana, por exemplo (GÓES, 2012, p. 150). Essas expressões identitárias são originadas da “mistura” não só com as demais etnias como branca e indígena, mas do tratar genérico e homogêneo da colônia para com as diversidades culturais entre os próprios povos da África, representando a resistência dessas heranças e pessoas, mesmo com a insistência em apagá-las, como no exemplo do sincretismo religioso – processo pelo qual os africanos e seus descendentes necessitaram se valer de símbolos da então religião oficial, o catolicismo, para “disfarçar” suas crenças e, assim, fazê-las “sobreviverem” – e a capoeira – uma luta que parece dança, utilizada como expressão artística e mecanismo de defesa contra as violências e demais abusos, durante e pós-escravidão. Essas manifestações, contam a história dessas pessoas e revelam o passado de opressão e dominação que

⁸⁸ Vale ressaltar o interesse em facilitar a vinda de estrangeiros para o Brasil, implementando uma política de “embranquecimento” da população.

persistem até hoje.

Essas manifestações, que chegaram a ser proibidas em momentos anteriores, ainda sofrem os mesmos preconceitos sofridos por seus precursores no Brasil. Diante das inseguranças, sobretudo no campo político, observa-se cada vez mais a propagação de discursos dirigidos à supressão dos direitos fundamentais, partindo-se da ideia de que determinados grupos da sociedade, especialmente negros e pobres, seriam os verdadeiros responsáveis pelos altos índices de violência.

Nesse sentido, a criminalização da pobreza emerge como uma forma de se promover condutas arbitrárias contra esses indivíduos, sob a justificativa de que estariam mais propensos a cometer delitos devido à sua origem social, econômica, étnica, entre outros supostos fatores. Todavia, para que se convença a população do “perigo” que os pobres e “favelados” oferecem aos “cidadãos-de-bem”, é necessário criminalizar também as suas tradições e expressões culturais. O imaginário associativo entre pobres e criminosos é perpetuado, legitimando as práticas de opressão e controle social, relacionando tudo o que advém das camadas mais populares como algo que deve ser combatido. Dessa forma, realiza-se a manutenção do “medo branco”, o qual “impõe a criminalização de toda e qualquer manifestação ou ato que permitisse a reunião dos negros, como o samba, a capoeira, as religiões de matrizes africanas” (GÓES, 2015, p. 24).

No caso do *funk*, além de ser um exemplo de rompimento do padrão de estética que na contemporaneidade, representa o canal para se fazer ouvir a voz das favelas (um verdadeiro testemunho sobre o cotidiano opressor no qual essa comunidade está inserida e confinada pelas relações estatais de força). Conforme explica Adriana Facina, ao mesmo tempo em que o *funk* tomava espaço, conquistando o gosto e os ouvidos da classe média e maior visibilidade em programas de televisão e rádio, “leis e regulamentações buscavam criar regras para silenciar ou ao menos controlar o grito potente da favela”, objetivando que o ritmo continuasse estrito aos “guetos destinados aos pobres” ligando suas músicas a apologia ao crime, à violência e promiscuidade, e, principalmente, ao tráfico de drogas, resultando em proibições de bailes, considerados como

meios de perturbação da ordem e veículos de financiamento ao tráfico, no fim da década de 1990 (FACINA, 2009, p. 5).

Acerca do argumento de combate às drogas, este se torna indispensável na construção do imaginário do negro e do pobre enquanto indivíduos que oferecem risco à sociedade, como dispõe Silvio de Almeida:

Da mesma forma, o imaginário em torno do negro criminoso representado nas novelas e nos meios de comunicação não poderia se sustentar sem um sistema de justiça seletivo, sem a criminalização da pobreza e sem a chamada “guerra às drogas”, que, na realidade, é uma guerra contra os pobres e, particularmente, contra as populações negras. Não seria exagero dizer que o sistema de justiça é um dos mecanismos mais eficientes na criação e reprodução da raça e de seus múltiplos significados (ALMEIDA, 2019, p.42).

Todavia, o “grito” desses marginalizados, apesar de todas as barreiras, ecoou para fora dos morros e chegou ao “asfalto”. Apesar das polêmicas que o associam ao delito e da forte reação contrária, é notável como o gênero musical ocupou espaço significativo na sociedade de um modo geral. Mesmo ainda enfrentando diversos preconceitos, a história dos conflitos enfrentados por essas pessoas é narrada através das canções, a exemplo são cantadas sobre: o medo de se viver nas periferias, a discriminação e a violência policial enfrentada pelos moradores, e o seu constante desejo de se viver em paz, como retratado pelo “Rap da Felicidade”, de autoria e interpretação de um dos principais nomes do *funk* carioca nos anos 90, a dupla formada por Cidinho & Doca, originados na favela da Cidade de Deus (Rio de Janeiro).

A música citada proporciona uma revisitação aos casos que envolvem proibição dos *bailes funk*, bem como a violência do Estado para com os moradores da periferia, nomeadamente com as operações policiais, por meio do seguinte trecho: “Diversão hoje em dia, não

podemos nem pensar/ Pois até lá nos bailes eles vem nos humilhar/ Fica lá na praça que era tudo tão normal/ Agora virou moda a violência no local” (CIDINHO, DOCA, 1995).

Essa opressão também se materializa na exclusão da favela como espaço “feio”, “insalubre” e indigno da presença dos considerados “civilizados”, representando, portanto, uma parte excluída como integrante da “Cidade Maravilhosa”, tanto que não se encontram presentes nos “cartões-postais”. Como exemplo das constantes tentativas de apagar essa realidade da identidade brasileira e, em especial, da identidade carioca, citam-se as polêmicas que permearam a visita do cantor Michael Jackson ao Brasil, cuja gravação do clipe da música *They don't care about us* se deu no morro Dona Marta. Como retratado no livro-reportagem “Abusado: O dono do morro Dona Marta”, escrito por Caco Barcellos, o evento correu o risco de não acontecer devido às resistências por parte do próprio Governo, através de uma campanha promovida pelo Secretário Estadual de Comércio e Turismo do Rio de Janeiro, da época, junto ao então Ministro dos Esportes, alegando que “a exposição da pobreza dos morros brasileiros era negativa para a imagem do país no exterior” (BARCELLOS, 2003, p. 327).

A gravação da versão brasileira do clipe de um cantor de fama internacional, cujo cenário foi disputado pelo morro Dona Marta (onde efetivamente ocorreu a filmagem) e pela Rocinha, foi motivo de orgulho e intensa movimentação por toda a comunidade. Vale ressaltar, a atual (e pseudo) valorização desses locais se estipula por tratamento que remete ao olhar eurocêntrico sobre as demais culturas e que se constitui pelo “exótico”, pelo “diferente”, e, dessa forma, pela permanência da desigualdade entre a “favela” e “asfalto”. Portanto, como diz o *funk*, o “gringo” não conhece a realidade!

Através da resiliência dessas pessoas e de uma riqueza cultural que extrapola os limites do “clássico” se reconhece a luta pela compreensão da realidade e pela necessidade de tratamento digno à comunidade, de modo a integrar o morro à cidade em todas as suas dimensões. Ao retratar a essência das lutas dos excluídos, faz-se pertinente retomar um dos traços que caracterizam o povo brasileiro como “novo”, segundo Darcy Ribeiro,

atribuindo-lhe distinção “pela inverossímil alegria e espantosa vontade de felicidade, num povo tão sacrificado, que alenta e comove a todos os brasileiros” (RIBEIRO, 1995, p. 19). Este povo é notado, na música em destaque, pela busca da “felicidade”, traduzida na esperança de, algum dia, poder “andar tranquilamente” na favela onde se nasce e através da esperança de que uma mudança de Governo renove e reforce as lideranças e promova o “fim da tempestade” e a chegada da “bonança”.

Escrito há quase trinta anos, o *Rap da Felicidade* continua, realística e dogmático-criminologicamente, atual, porquanto, segundo a percepção de seus próprios intérpretes, reflita o contínuo desejo de se viver em paz, de “ser feliz”, de “andar tranquilamente” na sua própria “casa”, na sua “comunidade”, e desvele a internalização de que o “pobre tem o seu lugar”, grave constatação do fenômeno da autoestigmatização, do admitir do marginal como lugar de origem e permanência, resultado nefasto da ausência de políticas públicas de inclusão.

Tristemente, a inexistência de uma ruptura severa, estrutural e conjuntural, com as perspectivas exclusivas protraí a estigmatização e a autoestigmatização, e estereotipa a pessoa pobre como: marginal, criminosa, sanguinária, transfigurando-a em símbolo de perigo e de inimidade e desordem sociais, de desobediência legal. O resultado do reconhecimento social da inimidade e do risco acaba por legitimar e institucionalizar as violências empregadas contra os pobres. De tal sorte, sob uma lógica de não-pertencimento e combate, que se legitima o discurso de extermínio físico daqueles que são considerados indesejáveis, em absoluta subversão (e perversão) dos ditames democráticos.

4. A (NÃO)CONSCIÊNCIA DE CLASSES E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO INSTRUMENTOS PARA A LEGITIMAÇÃO DA BARBÁRIE

A consciência da existência de uma estrutura classista é o primeiro passo para que se possa combater seus postulados e sua perpetuação. Tal assertiva impõe as conscientizações social e, especialmente, política como forma de despertar do interesse em se modificar o *status quo ante*. Logo, não se constrói promissor futuro ao se adotar uma postura “neutra”. Até porque, o resultado das políticas de exclusão outrora discutidas está, em determinado espectro, associado à legitimação da morte física dos excluídos.

Thula Pires, nesse sentido, observa que uma atividade legislativa que proponha uma suposta “neutralidade” não promove uma sociedade igualitária e justa, mas serve para legitimar “uma realidade desigual e racialmente seletiva”, uma vez que, no mesmo momento em que se emanou a ideia de “universalidade e neutralidade” para os direitos humanos, também estavam em desenvolvimento modelos de sociedade estruturadas na “desigualdade e no distanciamento das condições do bem viver para a zona do não ser” (PIRES, 2018, p. 67).

Dessa forma, a ideia de que o “neutro” seria sinônimo de “igualdade” representa uma contramão igualitário-libertária, diante de problemáticas sociais como o racismo estrutural e a criminalização da pobreza, tendo em vista que a segregação e criminalização da pobreza – bem como das suas manifestações culturais – se viabiliza através do mito da “meritocracia”, fundamentados na ideologia da “democracia racial” e da negação do racismo, utilizada “para ocultar os aspectos menos fascinantes da competição no livre mercado, sua inclinação inalienável e incurável para aumentar a desigualdade social” (BAUMAN, DONSKIS, 2014, p. 164).

Os discursos pautados na lógica meritocrática, portanto, somente servem como instrumento da manutenção do atual estado da maioria, tendo em vista que, a partir dele, propaga-se a ideia de que, se os marginalizados, sobretudo os negros e pobres, encontram-se em situação de miséria, desemprego e etc., seria por “culpa” própria, pois não teriam feito “tudo que estava a seu alcance” (ALMEIDA, 2019, p. 51).

Ao contrário, as políticas públicas que visam proporcionar o acesso à educação, emprego, moradia e saúde, entre outros direitos e

garantias a essas minorias, não podem, do ponto de vista democrático, serem consideradas como “injustiças” contra o resto da população. No entanto, em momentos de crise, de inflação, de desemprego e de redução salarial, é comum a propagação de discursos que culpem os indivíduos pertencentes às minorias étnicas e sexuais, apontando-os como responsáveis pelos problemas econômicos e pela própria crise “por aceitarem receber salários mais baixos, quando não pela “degradação moral” (ALMEIDA, 2019, p. 114-115).

Esses equívocos dificultam a efetivação de tais medidas inclusivas, bem como a implementação de diálogos que viabilizem o esclarecimento quanto à dificuldade enfrentada pelas mais diversas minorias, desmitificando esse olhar que nega a existência do racismo, a demonização da cultura negra, além de possibilitar a desconstrução dos discursos que pregam a existência de uma “justiça” pautada em “meritocracia”.

Tal situação se explica a partir da não identificação da existência de uma consciência de classes, segundo a qual se pode perceber que própria classe média não se identifica com a pobreza por ter capacidade financeira que fuja, muitas vezes, apenas da situação de extrema escassez e miséria, possuindo acesso ao mínimo para sua subsistência: educação básica e superior de qualidade, saúde, lazer, etc. Por isso, acabam não se reconhecendo enquanto semelhantes aos marginalizados, mas, equivocadamente, se identificam como mais próximos das “elites”. Dessa maneira, por meio da manutenção da não conscientização, a classe média perpetua os discursos que somente atendem aos interesses daqueles que, efetivamente, integram as classes dominantes, e, por consequência, tendem a desvalorizar as pautas reivindicadas pelos setores populares. As classes dominantes, por sua vez, influenciam na permanência da não conscientização classista, justamente porque se locupletam dos mecanismos de manutenção de suas riquezas nababescas.

Ressalta-se que essa fragmentação remonta os elementos das ocupações coloniais dentro dos ambientes colonizados, os quais, além da imposição de fronteiras e regimes, também produziram imaginários culturais, resultando na garantia de “direitos diferentes, para diferentes

categorias de pessoas” sobre as quais são atribuídos papéis distintos no “interior de um mesmo espaço” (MBEMBE, 2018, p. 37). Tal manifestação de soberania se materializa, portanto, na compartimentalização do espaço dominando, e está presente não somente na figura dos “quartéis e delegacias de polícia” e da “linguagem da força pura” constantemente utilizada, mas também na fome, na miséria em que seu povo se encontra (FENON, *apud* MBEMBE, 2018, p. 40/41), submetendo-se a população ao poder necropolítico, selecionando os sujeitos e setores que irão viver ou morrer.

Valendo-se da ausência de identificação com as questões do pobre, do negro e das pessoas que moram nas comunidades (“favelas”) - a exemplo de outros episódios conhecidos da história, como no caso do holocausto, o *Apartheid* e da própria escravidão nos tempos coloniais - as classes que não se identificam com determinada população são levadas a crer que essas pessoas são o motivo pelo qual existam os mais graves problemas sociais. Facilita-se um processo no qual se colocam setores da sociedade uns contra os outros, enquanto a classe dominante segue impondo seus interesses, impossibilitando a organização dos mais diversos setores da sociedade para a reivindicação dos seus direitos. A esperança está a descoberta que o Rap aduz: “o povo tem a força, precisa descobrir” (CIDINHO, DOCA, 1995).

Vera Malaguti Batista nos adverte acerca dos interesses da dominância ao afirmar: “O importante é que a população não se identifique e não se compadeça da face mestiça e pobre da questão criminal no Brasil contemporâneo” (BATISTA, 2007, p. 10). A assertiva criminológica demonstra que se dificultando, portanto, o despertar da consciência de classes e o reconhecimento das desigualdades sociais, legitimam-se práticas de violência contra os moradores das comunidades, condenações injustas e até mesmo o extermínio dessas pessoas. A gravidade da situação é tão grande que, embora comprovada a inexistência denexo causal entre as opressões e a melhora nos índices da violência, tais atitudes se perpetuam como política pública, a qual tem no sistema penal um de seus importantes mecanismos de efetivação, uma verdadeira fórmula de incentivo “subjetivo” e legitimação da barbárie

(BATISTA, 2007, p.10).

Achile Mbembe, em complementação de sentido analítico, relaciona a noção de biopoder de Foucault⁸⁹ ao estado de exceção e o estado de sítio, destacando como a vinculação entre esses conceitos e os imaginários acerca das noções de “emergência” e “inimigo” propiciaram (e propiciam) a “base normativa do direito de matar”. Sobre o fenômeno, observa-se que esse controle se dá por meio de lógicas deterministas, subdividindo a sociedade em grupos e estabelecendo “uma censura biológica entre uns e outros” (MBEMBE, 2018, p. 17). Em conformidade com o exposto pelo autor, reforça-se que o próprio racismo – e também a criminalização da pobreza –, aliado ao pensamento de classe, representa um mecanismo responsável por legitimar a “função assassina” do Estado, viabilizando “este velho direito soberano de matar” (FOUCAULT, *apud* MBEMBE, 2018), e produzindo (e reproduzindo) um sistema de extermínio dos marginalizados, interpretado pela massa enquanto um instrumento eficaz na retirada dos “vagabundos” e “criminosos” da sociedade.

O vínculo entre a pobreza e as infrações penais, produto da perversa oposição entre o que seria classificado como bom e mau cidadãos (“cidadão-de-bem” e “cidadão-do-mal”), acaba por servir de argumento para convencimento social de que as políticas de exclusão e aniquilamento são formas de garantia da segurança pública, as pessoas residentes nas áreas marginalizadas se configuram como verdadeiros inimigos e passíveis de extermínio.

Vera Malagutti Batista, precisamente, adverte que:

O capital precisa cada vez mais da prisão, conjugada às estratégias de criminalização de condutas cotidianas (juizados especiais, penas alternativas, justiça terapêutica etc...) e mais a transformação das favelas e periferias do mundo em “campos de concentração”. O

⁸⁹ Mbembe (2018) observa que, sob a ótica de M. Foucault, o biopoder, configurando-se enquanto “aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu o controle” (p.6), funciona a partir da “divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer” (p.17).

criminal e o bélico se amalgamam no que Raúl Zaffaroni analisa como direito penal do inimigo. Os territórios não controlados são classificados como Eixo do Mal, territórios a serem ocupados a partir da legitimação produzida por duas categorias fantasmáticas: o traficante e o terrorista (BATISTA, 2009, p. 28).

A partir do trecho em destaque, torna-se necessário aclarar que o “Direito Penal do Inimigo”, mencionado por Zaffaroni (parafrazeado por Vera Malagutti), é aplicado nas favelas sob a argumentação falaciosa e perversa de que nelas reinam o “tráfico” e o “terrorismo”, legitimando-se a aplicação de um direito penal de exceção. As adjetivações dadas são consubstanciadas pelo fato de que tudo relacionado ao “estado de exceção” deve ser utilizado somente em situações emergenciais, temporárias, e sempre observando as previsões constitucionais a respeito (SANTORO, 2013, p.418) e não a criações genéricas inerentes à violência urbana comum (ainda que grave).

Todavia, como forma de se estabelecer uma gestão das pessoas considerados indignas e indesejadas pela violência desmedida, é possível observar a aplicação de tal comportamento Estatal-Penal em países que adotam a democracia, inclusive no Brasil (SANTORO, 2013, p. 415). Valendo-se da (falsa) premissa que relaciona automaticamente quem mora nas “favelas” como “inimigos” e pela consequente negativa da condição de cidadania, são implementadas ações de superencarceramento⁹⁰ e, também, de morte dos seus residentes, sem que representem motivo de comoção e de indignação por parte expressiva da sociedade. Dessa forma, a negação do olhar para tais pessoas como iguais e detentoras de direitos e garantias produz aumento significativo na proporção de violência intencional por parte de agentes do Estado, como demonstra pesquisa feita pelo ISER junto ao Observatório das Favelas: 39,6% em 2019, enquanto, em 2013, o índice era de 12,6%, sendo que

⁹⁰ Câmara dos Deputados (2018): Em 2016, de acordo com o INFOPEN, dentre os presos, 61,7% são pretos ou pardos, além disso, segundo o Depen, “75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda”.

79% das vítimas são negras e 76% eram adolescentes de 16 e 17 anos (ISER, 2021).

O estudo supracitado, o qual trabalhou com a realidade de 25 adolescentes mortos pelas ações dos agentes do Estado, todos advindos da Zona Norte do Rio de Janeiro e três complexos de favelas (Acari, Chapadão e Pedreira), em locais que compreendem “uma taxa de mortes violentas intencionais de adolescentes seis vezes superior à média geral em 2017” (ISER, 2021). Através da coleta de dados se expõe, de igual sorte, o descaso para com as suas investigações. Revela-se uma indiferença com esses corpos pobres e negros, refletida na falta da perícia do local do crime em 17 desses casos – “só em oito ocorrências um perito foi à cena do homicídio, uma etapa essencial do trabalho investigativo” (RODRIGUES, WILLADINO, 2021, p. 24). Nota-se, além disso, frequente ausência do exame radiológico, “fundamental para a localização dos projéteis”, e, além disso, observa-se condutas que reforçam a criminalização da pobreza através da solicitação de exame toxicológico em três dessas vítimas (RODRIGUES, WILLADINO, 2021, p. 23).

Do mesmo modo, existe como uma tentativa de se “esconder” a realidade da práxis desumanizadora e horror das ações de Estado para com as pessoas não envolvidas com delitos, é o que denota a classificação da morte de Maria Eduarda Alves da Conceição, de 13 anos de idade, como “homicídio provocado por arma de fogo” sem a devida conjecturação realística, haja vista que a morte decorreu de incursão policial e seu atingimento dentro da escola na qual estudava, fato evidenciado pela prisão em flagrante dos “policiais envolvidos na ação que resultou em sua morte” (ISER, 2021), mesmo que sem a intenção direta de matar a criança.

Além de expor a tragédia materializada pela morte dessas pessoas pelos agentes de segurança estatais, os quais, em todas as dimensões de suas atividades profissionais, deveriam zelar pela vida e integridade de todos os cidadãos e cidadãs, pode ser observado um constante processo de naturalização da violência pelo qual essas mortes são tratadas como se fossem inevitável consequência de uma (pseudo) “guerra”. Sob o pretexto de “combate à criminalidade”, principalmente ao tráfico de drogas, as mortes dos moradores das periferias se avolumam e não geram revolta

social. Essa situação é refletida, perfeitamente, na música de Cidinho e Doca: “Agora virou moda a violência no local/ Pessoas inocentes que não tem nada a ver/ Estão perdendo hoje o seu direito de viver” (CIDINHO, DOCA, 1995) e precisa parar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as discussões articuladas, pode-se perceber que a criminalização da pobreza e o não reconhecimento das realidades brasileiras servem de mola propulsora para legitimação da violência estatal-penal e que através das artes somos capazes de compreender as nuances da malha social e os intuitos e as consequências das permanências opressivas das pessoas pobres.

Segundo o estudo, as análises teórico-culturais brasileiras desvelam a perpetuação da introjeção conscienciosa e do tratamento das comunidades pobres, chamadas de “favelas” no Rio de Janeiro, como locais de moradia de “marginais” e “criminosos”. Seus habitantes são erigidos a “inimigos” sociais e, por via de consequência, perdem materialmente a condição de cidadania, logo, devem ser “controlados” e, até mesmo, “abatidos” para a proteção da sociedade e dos “cidadãos-de-bem”, categoria diretamente vinculada ao pertencimento econômico.

A ascensão e explicitação de preconceitos é traduzida através da indiferença diante dos casos de opressão e desumanização, sob uma lógica individualista e neoliberal, que “venda” os olhos da população em geral para as violências e injustiças sociais empregadas contra os residentes das “favelas”. A falta de oportunidades e políticas públicas que promovam a inclusão, uma vez que a desigualdade se faz presente em alta escala, fazem parte da rotina das pessoas e seus direitos são suprimidos não só pelo discurso estigmatizador, como pelas ações estatais, precipuamente as realizadas pelos órgãos de segurança pública, as quais se legitimam pela negativa da igualdade de direitos humanos entre as classes sociais, inegavelmente existentes no país, o que permite a visualização da aplicação de um “direito penal do inimigo” e resulta numa perversão de

importantes axiomas democráticos e numa escalada preocupantíssima de necropolíticas.

Inegável, destarte, que o processo de criminalização da pobreza se faz presente ao longo de toda a formação sócio-histórica do Brasil, tendo início na própria abolição da escravidão e, a partir dela, da exclusão e marginalização dos ex-escravizados, os quais formaram as primeiras “favelas”. Dessa forma, o mito da “democracia racial”, bem como o da “meritocracia”, apoiando-se em discursos falaciosos em torno do também mito da mestiçagem brasileira, representa um dos grandes obstáculos para o reconhecimento das realidades e desigualdades brasileiras e para aniquilar práticas perpetuadas pelo racismo estrutural.

O ignorar desses fatos indica quanto o Brasil ainda se encontra sociopoliticamente organizado sob a ótica eurocêntrico-colonizadora, a qual direciona as tomadas de posição dos países colonizados a permanecerem em situação “servil” diante dos países mais ricos, segundo a premissa do consumo. Mesmo após cem anos da Semana de 22, não houve uma libertação dos grilhões que ainda nos mantém cativos dos países “colonizadores”, de seus paradigmas de dominação e estruturalização internos e externos, inclusive com a invisibilização dos traços não-europeus que compõem a identidade nacional e que deveriam significar orgulho.

Do mesmo modo, a Semana de 22, embora tenha simbolizado avanços importantes sob o ponto de vista artístico-literário-filosófico, também perpetuou o eurocentrismo e essas exclusões sociais, levando em conta o fato de que o evento não contou com a participação das camadas populares. No entanto, não deve ser descartada, tampouco ignorada, sobretudo porque, aproveitando o momento em que se comemora o seu centenário, se torna oportuno tecer o “balanço” entre as rupturas e permanências decorrentes desse marco para identificar as problemáticas ainda presentes para buscar os motivos pelos quais se torna tão difícil superar esse olhar excludente sobre os setores mais pobres e de diversas etnias, sobretudo a negra, dado o contexto colonial-escravocrata no qual o Brasil se inseriu – e se insere até hoje através das suas graves consequências.

A partir do “descobrimento” dessa dura realidade, a qual subjuga os cidadãos residentes das periferias ao estado de indignidade, o presente estudo busca identificar tais pessoas como “tão brasileiras” quanto as demais e identificar o valor histórico e cotidiano de suas produções, mostrar que Cidinho e Doca são tão musicólogos quanto Mário de Andrade, que seu Rap, sob a forma de resistência musical, elucida meandros sócio-políticos vivenciados pelos excluídos e brada por igualdade humana, por justiça social. Mais que isso, visa promover severa reflexão sobre o sofrimento injustificável imposto a elas, para fazer com que a violência não seja mais naturalizada, suas culturas e vozes sejam ouvidas e não mais demonizadas, reconhecendo a importância de todas e todos para a construção da identidade nacional, de modo a assegurar-lhes que a violência não seja “moda” no lugar onde residem e o direito de “ser(em) feliz(es) e andar(em) tranquilamente” onde quiserem.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural** (Feminismos Plurais) [Recurso Eletrônico], São Paulo: Editora Jandaíra, 2019.
- ANDRADE, Mário de. “Descobrimento”. In: LOPEZ, Telê Ancona. FIGUEIREDO, Tatiana Longo (org.). **Poesias Completas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.
- _____. **A lição do amigo : cartas de Mário de Andrade a Carlos Drummond de Andrade anotadas pelo destinatário, posfácio André Botelho**. São Paulo: 1ª ed., Companhia das Letras, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: 11ª Ed, Editora Revan, 2010.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Criminologia e Política Criminal**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro: vol. 1. no.2, julho/dezembro, 2009.
- _____. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- _____. “O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo”, In.: MELLO, Marcelo et al. **Sociologia e Direito: Explorando Interseções**. Niterói: PPGSD/UFF, 2007
- BARCELOS, Caco. **Abusado: O dono do morro Dona Marta**. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt & DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: A perda de sensibilidade na modernidade líquida**[Recurso Eletrônico]. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- _____. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BRUNO, André Simões Chacon. **A biopolítica em Michel Foucault e Giorgio Agamben: modernidade, soberania e exclusão**. In: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 114, p. 605-632, 2019. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v114p605-632. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176604>>. Acesso em: 15/06/2022.
- CALVI, Pedro. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **“Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão”**. Câmara dos Deputados. 06 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>, acesso em: 28. fev. 2022
- CAMARGOS, Márcia. **Semana de 22 [recurso eletrônico]: Entre Vaias e Aplausos**. São Paulo: Boitempo, 2022. Disponível em: <https://www.google.com.br/books/edition/Semana_de_22/O4BfEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0>, acesso em 20/02/2022.
- CÂNDIDO, Antônio. **MÁRIO DE ANDRADE – Poesias**. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, São Paulo: v. 36, 1994.
- CIDINHO, DOCA. **Rap da Felicidade**. Single, Columbia Records, 1994.
- FACINA, Adriana. **“Não me bate Doutor”**: Funk e criminalização da

- pobreza. In: V
ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura.
Salvador: Faculdade de Comunicação/ UFBA, 27 a 29 de maio de
2009.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins
Fontes, 2008.
- _____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de
Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes,
2014b. Revista 2019.indb 63126/10/2020 10:55:35
- GÓES, Luciano. **A “Tradução” do Paradigma Etiológico de
Criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e
Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem**. Universidade
Federal de Santa Catarina, Programa de Mestrado,
Florianópolis:2015.
- _____. **Tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues -
O racismo como base estruturante da criminologia brasileira**. Rio
de Janeiro: Editora Revan, 2016.
- _____. **O REALISMO MARGINAL RACIAL
BRASILEIRO**. Nuestrapaxis. Revista de Investigación
Interdisciplinaria y Crítica Jurídica, año 1 / no. 2 , Ene-Jun 2018,
pp. 38-55. ISSN 2594-2727.
- GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo Afro-latino-americano**. In.:
Círculo Palmarino (Org.). Caderno de Formação Política do
Círculo Palmarino, nº1. Brasil: 2011.
- ISER. **“Pesquisa realizada pelo ISER e Observatório de favelas
apresenta dados sobre violência contra jovens”**, , 09/07/2021.
Disponível em: < [https://www.iser.org.br/noticia/iser-
divulga/pesquisa-realizada-pelo-iser-e-observatorio-de-favelas-
apresenta-dados-sobre-violencia-contra-jovens/](https://www.iser.org.br/noticia/iser-divulga/pesquisa-realizada-pelo-iser-e-observatorio-de-favelas-apresenta-dados-sobre-violencia-contra-jovens/) > , acesso em 18.
nov. 2021.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo:
noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,
2018.
- JÚNIOR, José de Paula Ramos. **Mário de Andrade e a lição do**

- modernismo**. Revista USP. São Paulo, n. 94, junho/julho/agosto 2012, p. 49-58.
- LICHOTE, Eduardo. **“25 anos depois, 'Rap da felicidade' segue atual, defendem Cidinho e Doca”**. O Globo. 12 de agosto de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/musica/25-anos-depois-rap-da-felicidade-segue-atual-defendem-cidinho-doca-23872253> . acesso em: 17. nov. 2021.
- LIMA, Roberto Kant de. **SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL: DILEMAS E PARADOXOS**. Niterói: UFF, 2000.
- MACHADO, M. R. J. **Considerações sobre a formação do Modernismo brasileiro**. Remate de Males, Campinas, SP, v. 33, n. 1-2, p. 31–50, 2015. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/remate/article/view/8636445> Acesso em: 27. fev. 2022.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte**. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MENEGAT, Marildo. **Depois do fim do mundo: a crise da crise da modernidade e a barbárie**. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará/FAPERJ, 2003. v. 1. 253
- PIRES, Thula Oliveira. **Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização no Brasil**. Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018.
- PRADO, Geraldo, et al. **Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 112, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RODRIGUES, André. WILLADINO, Raquel. **Vidas adolescentes interrompidas [livro eletrônico]: um estudo sobre mortes violentas no Rio de Janeiro/ ilustração Caíque Nonato**. Rio de Janeiro : UNICEF, 2021, disponível em: <https://www.iser.org.br/wp-content/uploads/2021/07/vidas-adolescentes-interrompidas.pdf> >, acesso em 18/11/2021.
- SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. “Breve Análise Histórica dos

Empecilhos Políticos para a Efetivação dos Direitos Humanos no Continente Americano.” **História, poder e liberdade** [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara, coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Robison Tramontina, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. “Desenhos não democráticos de processo penal: controle social punitivo da pobreza pelo processo penal tradicional.” *In*: ASENSI, Felipe. (org.) **Leituras de Direito Público**. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2019.

_____. **Uso do Sistema penal do Inimigo para Controle das Manifestações de 2013: uma estratégia inconstitucional**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 2: 385-418, jul./dez. 2013.

**SEÇÃO V - DIREITOS FUNDAMENTAIS E
MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

PROGNOSE LEGISLATIVA E CONTROLE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jacqueline V. Billio⁹¹

RESUMO

O presente artigo visa a demonstração da necessidade de expansão dos instrumentos de Controle Concentrado de Constitucionalidade para atuação direta da sociedade civil, objetivando a efetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual a pesquisa será qualitativa com metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e conclusiva, parcialmente exploratória.

Palavras-Chave: Controle. Constitucionalidade. Legitimidade. Instrumentos. Sociedade Civil.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de criação de um instrumento eficaz de controle de constitucionalidade em relação a prognose legislativa, para atuação da sociedade de forma direta.

Verifica-se atualmente que tanto no processo legislativo quanto no controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, a legitimidade para arguição de eventual inconstitucionalidade de lei, se restringe à pessoas determinadas na Constituição, as quais, por características próprias, não personificam o cidadão em si.

Dessa forma, a sociedade não possui um instrumento próprio para manifestar seu posicionamento diante da insatisfação em face da elaboração de leis que não representem os seus anseios.

A discussão é muito vasta, pois poder-se-ia argumentar que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional assumiriam este papel ou mesmo confederação sindical ou entidade de classe de

⁹¹ Mestranda na UNESA em Direito Público – Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.. <http://lattes.cnpq.br/9454558241324459> .

âmbito nacional, mas note-se, em ambas as hipóteses, a vontade do cidadão está atrelada a preenchimento de requisitos que nem sempre lhe são possíveis cumprir.

Por outro lado, considerar-se-ia a atuação do Supremo Tribunal Federal através dos instrumentos da hermenêutica ou mesmo daqueles disponíveis na Lei 9868/99, todavia, ainda assim, para sua atuação depende o cidadão da provocação dos legitimados, repetindo-se a carência de legitimidade do cidadão, nesse mesmo diapasão.

Necessário se faz um estudo mais aprofundado da Teoria da Separação dos Poderes, do Princípio dos Freios e Contrapesos e a da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais.

Um ponto importante de abordagem é no direito comparado, de modelos existentes em alguns países em que a participação direta do cidadão já é uma realidade. Como exemplos tem-se a Constituição Alemã, Colombiana e Costarriquenha, que permite ao cidadão, desde que violado diretamente um direito fundamental seu, de dirigir-se à Corte Constitucional e arguir a inconstitucionalidade de uma lei.

Reforça-se assim a possibilidade, resguardando-se as peculiaridades de cada Estado, de criação de um instrumento capaz de levar o cidadão mais próximo ao controle concentrado de inconstitucionalidade de lei.

Importante ainda destacar que referido instrumento, além de possibilitar uma atuação mais contundente do cidadão em relação ao poder legislativo, cuja representatividade “deveria” ser em prol do cidadão, também desafeta o papel do judiciário de “substituto legislativo” a fim de garantir direitos fundamentais.

O exercício da cidadania, através desta participação efetiva da sociedade na elaboração das leis, é de fundamental relevância para a construção de uma nação mais justa e protetiva dos direitos do cidadão.

O momento político tem proporcionado posicionamentos duvidosos, intenções inescrupulosas e decisões afetadas pela preocupação de não levar o país ao caos, comprometendo-se assim a legitimidade da finalidade da representatividade coletiva. Por esta razão, é fundamental a reflexão sobre o assunto.

1.O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1. Breve Histórico

A separação dos Poderes vem de longa data, cuja manifestação primária dá-se desde os primórdios da Grécia antiga, observando-se a evolução dos conceitos ali expostos. Vários pensadores tais como Políbio, Platão, Aristóteles, Maquiavel já àquela época, conjecturavam, a respeito da existência do Estado e conseqüentemente de seus poderes e suas competências, delineando seus limites de atuação.

Nasce com Aristóteles a ideia de divisão do Poder em funções, acreditando que a concentração do poder na mão de um só detentor não seria possível abranger todas as necessidades da sociedade, além de ser uma ameaça à virtude.

Maquiavel por sua vez, compartilhando da mesma visão de Aristóteles, vai além, admitindo que o poder na mão de um só detentor é uma ameaça para o povo, criando sua Teoria de divisão do Estado em Poderes, e não mais o poder em funções: O Parlamento, exercendo a função de legislativo; O Rei, exercendo a função executiva e o Poder judiciário, sendo exercido de forma independente e autônoma.

Replica-se aqui o entendimento de Dalari⁹² (2012):

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

⁹² DALLARI apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes> . Acesso em: 08 jan 2022

Avançando na história, já no século XVIII, deparamo-nos com a Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu⁹³ (1998), o qual divide o Estado em três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. A ideia da autonomia dos poderes fundamenta a existência de um Estado democrático.

A Teoria de Separação dos Poderes de Montesquieu pressupõe poderes autônomos que se complementam, tendo cada um suas atribuições típicas, atuando dentro de seus limites em sistema de colaboração uns com os outros, mantendo-se, portanto, a unicidade do Estado.

O objetivo de Montesquieu era de não manter o poder concentrado em uma só mão, de modo que a divisão deste poder em funções, com atribuições específicas e limitações de competências, resultaria em um equilíbrio do Poder do Estado.

1.2. Do Sistema de Freios e Contrapesos

1.3.

Em seu livro “o espírito das Leis”, Montesquieu estabelece o sistema tripartite do Estado, separando-o em funções, as quais até hoje é utilizado pelas maiorias das Constituições.

Em consequência à divisão acima descrita, Montesquieu prevê o sistema de freios e contrapesos, estabelecendo o limite do exercício de cada poder, haja vista a autonomia de cada um. Desta forma, além de o poder do Estado não estar nas mãos de um só detentor, o sistema de freios e contrapesos estabelece limites aos poderes instituídos, evitando a concentração de poder em uma só função.

Importante ressaltar que para Montesquieu, o poder Judiciário exercia tão-somente a função de julgar, aplicando as leis em caso de conflitos; o Parlamento era o mais importante dos poderes, uma vez que detinha a função de legislar.

⁹³ Montesquieu apud Ana Carolina. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes> . A autora faz um apanhado histórico da Teoria da Separação dos Poderes . Acesso em 25 jan 2022

Os mecanismos⁹⁴ utilizados para o controle aqui mencionado são, entre outros, no poder legislativo, ter o poder executivo iniciativa para propositura de leis, veto ou sanção de leis; no poder executivo, poder o legislativo emendar ou rejeitar propostas do executivo; e nos dois poderes, poder o judiciário reconhecer sua inconstitucionalidade e não aplicar determinadas leis. Assim, de forma harmoniosa e balanceada, coexistem os três poderes em prol do Estado democrático.

Num primeiro momento, dar-se-á ênfase ao papel do Poder judiciário no controle dos direitos fundamentais, razão pela qual, passa-se a discorrer sobre o modo de intervenção da sociedade civil no processo de controle concentrado de constitucionalidade de leis.

2. INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Falou-se acima do sistema de freios e contrapesos que os poderes têm de controlar as atribuições de cada um entre si.

Agora, falar-se-á sobre os instrumentos que a sociedade civil tem de controlar, ainda que de forma indireta, a incidência de leis que julgam inconstitucionais, sejam de origem do legislativo ou do executivo.

A base para este controle está na própria Constituição em seu artigo 103, onde especifica os legitimados universais e os legitimados especiais. No caso dos legitimados especiais, estes devem guardar uma relação de pertinência temática entre seus fins e o objeto do controle.

Todavia, algumas outras formas de intervenção nas ações de controle concentrado de constitucionalidade são admitidos, tais como audiências públicas, *amicus curiae*, peritos ou comissão de peritos, as quais já são conhecidos no campo jurídico.

Portanto, o enfoque será especificamente sobre as audiências públicas e o *amicus curiae*, cuja abrangência se coaduna com o escopo do presente trabalho.

⁹⁴ MOREIRA, Marcelo Silva. Disponível em https://www.conjur.com.br/1999-jul-02/teoria_separacao_poderes_perspectivas?pagina=2 . Acessado em 25 jan 2022.

As audiências públicas⁹⁵ servem para ouvir a sociedade sobre determinado assunto, esclarecendo fatos, circunstâncias, ofertando dados técnicos, dentre outras finalidades. No Brasil, o STF valeu-se da primeira audiência pública no caso da Lei de Biossegurança⁹⁶ (lei 11105/2005) em 20 de abril de 2007.

No dizer do Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública ⁹⁷

consiste na convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria levada a conhecimento da corte. O objetivo de sua utilização é tanto esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, como promover uma jurisdição constitucional mais democrática.

Esta forma de participação da sociedade é de muita relevância, pois permite uma participação direta e ativa do cidadão, influenciando na tomada de decisão do órgão que a propõe, ainda que não tenha força vinculante.

Cabe ressaltar que tanto o legislativo quanto o judiciário se utilizam desta modalidade de participação da sociedade na tomada de decisão, observando-se as peculiaridades de seu exercício, dentro de cada poder.

Já no caso do *amicus curiae*⁹⁸, sua existência restou estabelecida desde a Lei 6385/76, em que previa no artigo 31 a intervenção da CVM

⁹⁵ STF: PRIMEIRA AUDIÊNCIA PÚBLICA DISCUTE BIOSSEGURANÇA. Congresso em Foco. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/stf-primeira-audiencia-publica-discute-biosseguranca/> Acessado 25 jan 2022.

⁹⁶ ADI n° 3510/DF. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df> .Acessado em 25 jan 2022

⁹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre e FREIRE, Alonso . disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular> . Acessado em 25 jan 2022.

⁹⁸ *Amicus curiae* é termo de origem latina que significa "amigo da corte". Diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada

em todo e qualquer processo que versasse sobre matéria de sua competência.

O instituto do *amicus curiae*⁹⁹ figura como instrumento legitimado no controle de constitucionalidade concentrado, estando previsto no artigo 7º, §2º da Lei 9868/99¹⁰⁰.

Interessante salientar que até então, sua previsão era apenas em determinadas leis, e sua natureza objeto de muita discussão doutrinária e jurisprudencial.

Entretanto, somente a partir da elaboração do novo Código de processo Civil, o instituto do *amicus curiae* passa a ter natureza de intervenção de terceiros¹⁰¹, admitindo portanto, uma certa parcialidade na defesa de determinados interesses, o que contraria sua natureza na Lei 9868/99, uma vez que referida lei não admite intervenção de terceiros, tornando-se apenas uma forma excepcional de pluralizar o debate constitucional, gozando de imparcialidade por apenas instruir o STF¹⁰² com dados técnicos, desprovidos de qualquer interesse entre as partes.

à discussão junto ao Poder Judiciário . SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae> . Acessado em 25 jan 2022.

⁹⁹ ADI 4815 / DF. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/ADI-4815-Ementa-relatorio-e-acordao.pdf> . Acesso em 25 jan 2022.

¹⁰⁰ Artigo 7º, §2º da lei 9868/99: O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹⁰¹ No dizer do professor Alexandre Câmara o *amicus curiae* não é um “terceiro imparcial”, como é o Ministério Público que intervém como fiscal da ordem jurídica. O *amicus curiae* é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado. Dito de outro modo, ao *amicus curiae* interessa que uma das partes saia vencedora na causa, e fornecerá ao órgão jurisdicional elementos que evidentemente se destinam a ver essa parte obter resultado favorável. O que o distingue do assistente (que também intervém por ter interesse em que uma das partes obtenha sentença favorável) é a natureza do interesse que legitima a intervenção. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/> . Acessado em 25 jan 2022

¹⁰² o *amicus curie* permite que entidades representativas possam levar novos argumentos para o debate a ser travado na corte. Mesmo não consistindo sua participação, em princípio, em assunção de posição a favor ou contra a tese levantada pelo legitimado que

3. A LEGITIMIDADE PROCESSUAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O capítulo não parece tão relevante na medida em que, como já foi mencionado, os legitimados encontram-se previstos no artigo 103 da Constituição Federal.

No entanto, este tópico é de crucial importância para o objetivo deste artigo, pois estrutura toda a tese aqui defendida de uma maior participação social no processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Para Häberle¹⁰³ (1997) uma interpretação da Constituição tem que ter a participação do cidadão para uma verdadeira democracia:

[...] Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (interpretatorische Produktivkräfte); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreten). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-

provoca a jurisdição constitucional, é inegável que o instituto pode exercer a importante função de auxiliar a corte, seja evitando uma decisão equivocada, seja aprimorando uma posição sustentada por ela. CÂMARA, Alexandre Freitas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>. Acessado em 25 jan 2022.

¹⁰³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.14. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

Como é sabido, o Brasil dispõe de dois sistemas de controle de constitucionalidade: o controle concentrado, exercido pelo STF , cujos legitimados estão dispostos no artigo 103 da Constituição, e o controle difuso, exercido por qualquer juiz , tendo como legitimado qualquer cidadão.

Ainda, os efeitos das respectivas decisões diferem entre si, eis que no controle concentrado a decisão tem eficácia *erga omnes*, enquanto no controle difuso, eficácia *inter partes*.

Está-se portanto, diante do cerne da questão: se a Constituição determina os legitimados para a iniciativa da ação de controle concentrado de constitucionalidade , e dentre as hipóteses, não existe nenhuma capaz de legitimar o cidadão que se vê violado em seu direito fundamental, como podemos afirmar que os direitos fundamentais se concretizam num Estado Democrático?

Por outro giro, podemos afirmar que o cidadão tem a possibilidade de exercer sua cidadania através do controle difuso, levando ao judiciário a violação de um direito fundamental. Contudo, o efeito da decisão que reconhece referida inconstitucionalidade somente tem eficácia entre as partes, obrigando aos demais cidadãos buscarem solução no judiciário pelo mesmo direito já reconhecido em ação anterior. Percebe-se que além de aumentar a demanda no judiciário, referida lei que viola a constituição, permanece produzindo seus efeitos sobre os demais cidadãos, e o direito fundamental continua sendo violado.

Esta falência de objetividade no resguardo dos direitos fundamentais, vem ocasionando a massificação de violações, fato que vem ensejando o reconhecimento da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Referida teoria surgiu na Corte Constitucional Colombiana em 1997, em decorrência de ação (sentencia de unificacion - SU 559/97[2])¹⁰⁴ a qual analisou a perda maciça de direitos fundamentais de uma determinada classe profissional.

No Brasil, o STF já se utilizou desta teoria, ainda que de forma tímida, quando apreciou a ADPF nº 247/DF, a qual versava sobre a crise no sistema carcerário.

Recentemente, o Ministro Marco Aurélio reconheceu o estado de coisas inconstitucional na ADPF 822/DF¹⁰⁵, com relação ao descaso governamental no que tange à saúde frente a pandemia da Covid 19.

Não é necessário muito esforço para perceber que referida Teoria poderia ser aplicada não só a situação da saúde no Brasil, mas também à educação, à habitação, e muitas outras necessidades básicas do povo brasileiro.

O fato é que referida teoria tem como premissa a total decadência das políticas públicas, cuja extensão caracterize a total falta de controle do governo para gerir referidas políticas. Então precisa-se definir, qual o limite deste desgoverno, a fim de que se possa caracterizar este estado de coisas inconstitucionais ?

Já não se teria ultrapassado o limite da razoabilidade da (in)dignidade da pessoa humana?

Exemplos no direito comparado trazem esperança para uma mudança de paradigma em nosso sistema processual. Países como Alemanha, Colômbia e Costa Rica são exemplos de uma nova perspectiva em defesa dos direitos fundamentais, conforme veremos a seguir.

¹⁰⁴ VIEIRA, Samuel de Jesus. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/63687/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-seus-reflexos-na-administracao-publica#:~:text=A%20teoria%20do%20Estado%20de,no%20texto%20constitucional%20daquele%20pa%C3%ADs>. Acessado em 26 jan 2022.

¹⁰⁵ Cebes – centro Brasileiro de Estudos de Saúde. Disponível em <https://cebes.org.br/pandemia-adpf-n822-e-o-descaso-que-gera-um-estado-de-coisas-inconstitucional/25469/>. Acessado em 26 jan 2022.

3.1. A Legitimidade Processual no Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado

O direito à legitimidade para defesa da constitucionalidade de uma lei que crie uma lesão direta ao cidadão, não é uma proposição recente ou inovadora.

No direito alemão por exemplo, o cidadão possui a “reclamação constitucional”,¹⁰⁶ onde excepcionalmente o cidadão pode atacar diretamente uma lei se esta violar pessoal e diretamente um direito fundamental seu, não sendo o caso de haver um recurso específico ou se for iminente o perigo da violação ao direito fundamental.

Na América Latina, podemos citar a Colômbia e a Costa Rica, que possuem constituições que possibilitam a qualquer cidadão o ajuizamento de ações de inconstitucionalidade.

Vejamos por exemplo, em breve síntese, a Colômbia, cuja previsão constitucional data de 1910, momento no qual foi instituída a ação pública de inconstitucionalidade. Em que pese a previsão do amplo acesso à jurisdição constitucional existir desde o século passado, sua implementação de forma eficaz somente se deu com a reforma constitucional, decorrente da Convocação de uma Assembleia Constituinte em 1990.

Assim, a partir da Constituição de 1991, a Constituição passou a prever uma atuação de forma ampliativa da Corte Constitucional nas diversas formas de controle, além de uma abertura significativa na participação popular na jurisdição constitucional.

Importante destacar que a atuação da Corte Colombiana no que tange ao controle de constitucionalidade não se limita apenas ao controle abstrato de atos normativos, mas também projetos de lei e demais normas nacionais e tratados internacionais. É interessante observar que na

¹⁰⁶ Está prevista no artigo 93 sec. 1 n° 4ª GG e estruturada processualmente no §§90 sub sequens da BVerfGG. ; Jarass/Pieroth. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:GG. Disponível em https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FJarassPierothKoGG_16%2FGG%2Fcont%2FJarassPierothKoGG%2EGG%2Ea93%2Ehtm . Acessado em 26 jan 2022

Colômbia, o controle de projetos de lei, diferentemente do Brasil, não se confunde com a separação de poderes, eis que, o que se leva em conta é a preservação da Constituição e a defesa dos direitos fundamentais. Esta premissa se sobrepõe a qualquer poder.

Além desta amplitude no objeto de atuação da Corte Colombiana, a Constituição Colombiana prevê a atuação direta do cidadão através da ação de tutela, instrumento mais célere e de eficácia contundente, tornando-se, portanto, um dos instrumentos mais utilizados naquele país. Deve-se ressaltar que sua utilização somente se concretiza de forma subsidiária, ou seja, se não houver qualquer outro meio judicial capaz de resguardar o direito fundamental violado. Todavia, pode ser utilizada diretamente, nos casos de iminente prejuízo ao direito fundamental¹⁰⁷.

Saliente-se ainda, que a legitimidade dada ao cidadão se estende aos nacionais, estrangeiros, menores de idade e pessoas jurídicas, sem necessidade de atuação de advogado, e em casos de impossibilidade ou impedimento, o Defensor del Pueblo poderá ajuizar por ele.¹⁰⁸

Por fim, destaca-se que as referidas ações de tutela ajuizadas em primeira instância, podem ser objeto de revisão pelo Órgão Judicial Superior, conforme disposição do Código de Organização judiciária; e aquelas decididas em órgão judicial de segunda Instância, devem ser encaminhadas à Corte Superior (como se fosse a remessa necessária, do Brasil) para eventual revisão, a qual se submete a determinados requisitos¹⁰⁹, podendo ser alteradas ou não.

No que tange a Constituição da Costa Rica, esta também assegura a seu cidadão o direito de defesa de seus direitos fundamentais.

¹⁰⁷ SOLER, Manuel Barreto; ANZOLA, Libardo Sarmiento apud FREIRE, Alonso Jurisdição Constitucional e Política: Coordenação de Daniel Sarmiento . DESBLOQUEANDO OS CANAIS DE ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF: POR QUE NÃO TAMBÉM AQUI UMA REVOLUÇÃO DE DIREITOS? Editora Forense. 2015, p.610

¹⁰⁸Ibid.,p. 610

¹⁰⁹ Ibid., p..611.

A constituição da Costa Rica¹¹⁰, já em 1949, previa diversos direitos fundamentais e dispunha que qualquer disposição dos Poderes Legislativo e Executivo seriam nulos, concedendo ao Poder Judiciário a competência de declarar referida inconstitucionalidade:

ARTICULO 10.- Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los artículos 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional. (Así reformado por ley No. 5701 de 5 de junio de 1975).

Corresponde a la corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo. La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo.

No entanto, a Corte adotava uma atuação bastante defensiva e atuação dos juízes não correspondia às expectativas de seus cidadãos, estando ainda o judiciário muito comprometido com os demais poderes, além de instituir um excesso de formalismo, o qual impossibilitava o acesso à jurisdição constitucional.

Desta forma, somente em 1989, quando da criação da Sala IV, também chamada de Sala Constitucional, o judiciário alavancou a atuação

¹¹⁰ Siteal – Sistema de Informação de Tendências Educacionais da América Latina. Disponível em <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/242/constitucion-politica-republica-costa-rica>. Acessado em 11 jan 2022.

do judiciário, tornando-se uma das Cortes mais atuantes da América Latina, no que tange à defesa dos direitos fundamentais.

Graças a uma iniciativa do Presidente Óscar Arias Sánchez, uma comissão composta por dois magistrados da Corte Suprema, dois deputados, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Procurador Geral, o Presidente do Colégio de Advogados, o decano da Faculdade de Direito da Universidade da Costa Rica, um advogado especializado em Direito Constitucional e o Ministro da Justiça¹¹¹.

A competência da Sala Constitucional ¹¹² é declarar a inconstitucionalidade de normas de qualquer natureza que violem os direitos fundamentais previstos na Constituição, conforme o artigo 10 que acima se fez referência.

Os instrumentos utilizados pela Sala Constitucional estão previstos na LOPJ, a saber: o habeas corpus, o amparo, a acción de inconstitucionalidade, a consulta legislativa, a consulta judicial e o conflito de competência.

Importante destacar que a Corte Suprema da Costa Rica, igualmente como a da Colômbia, possui legitimidade para declarar a inconstitucionalidade de projetos de lei, não caracterizando violação ao Princípio da Separação de Poderes.

Interessante esta posição das Cortes Costarriquenha e Colombiana, sendo diametralmente oposta aos argumentos acolhidos, em sua maioria, por nossa Corte Superior, conforme adiante se tratará.

Mas, o foco deste trabalho é apresentar os instrumentos existentes com relação a legitimidade do cidadão, na defesa direta de violação de direitos fundamentais, o que no caso da Costa Rica, se dá através do habeas corpus, a acción de inconstitucionalidade e o recurso de amparo.

Essas três modalidades de provocação do judiciário são acessíveis a qualquer cidadão, e nos dizeres de Freire¹¹³ (2015),

¹¹¹ Ibid, p.6177

¹¹² Ley 7.333 de 1º de julho de 1993 (LOPJ). Disponível em <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicapoderjudicial.pdf> . Acessado em 11 jan 2022.

¹¹³ FREIRE, Alonso, op.cit., p.619

Essas três ações constitucionais podem ser ajuizadas por toda e qualquer pessoa, não importando a idade ou nacionalidade, diretamente na Sala Constitucional, vinte e quatro horas por dia e, em qualquer dia do ano e da semana, sem custas e, na maioria dos casos, sem necessidade de advogados

Cabe ressaltar que a Corte Costarriquenha, não se limita apenas à defesa de normas constitucionais, mas também aos seus princípios, o que amplia o objeto das ações que buscam a defesa dos direitos fundamentais, as quais podem ser propostas diretamente por qualquer cidadão.

Esta amplitude do objeto constitucional traduz a posição de vanguarda que encontra-se a Corte de Costa Rica no acolhimento aos direitos fundamentais e à sua defesa, possibilitando ao cidadão uma efetiva tutela de suas necessidades e, muito mais que isto, a efetividade de sua aplicabilidade para toda a sociedade, seja pelo cidadão, seja por ela própria.

Conclui-se portanto, que há um movimento crescente em prol da ampliação da legitimidade do cidadão com objetivo de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, e referida experiência já é uma realidade em vários países, dentre os quais, com maestria, a Colômbia e a Costa Rica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito se fundamenta, dentre outros, no princípio da dignidade humana e na cidadania, e a República Federativa do Brasil tem, como um dos objetivos fundamentais, construir uma sociedade livre, justa e solidária, atuando na esfera internacional pela prevalência dos direitos humanos.

Assim, os direitos fundamentais, que são por sua natureza direitos da pessoa humana, devem ter por escopo o bem geral, a coletividade, a atuação do Estado em consonância com os anseios de seu povo, legitimando portanto, uma mudança de paradigma, em que, o

representante do povo, eleito por ele, resguarde o interesse do cidadão na medida em que elabore leis protetoras ao seu direito fundamental, podendo este para tanto, se valer de instrumentos de controle de constitucionalidade no que tange a elaboração destas leis.

A primeira premissa que deve ser salientada, nos moldes atuais de controle concentrado de constitucionalidade, é que o controle da prognose em sua origem, não caracteriza violação ao Princípio da Separação de Poderes, ao contrário, corrobora a primazia da Constituição, haja vista que esta é e sempre será, o fundamento de validade de toda e qualquer lei.

A Suprema Corte tem o dever de coibir violações à Constituição, cumprindo seu principal papel de guardião da Carta Magna, e para tanto, evitar violações a seus preceitos não se caracteriza invasão de competências.

O sistema de Freios e Contrapesos fundamenta este dever da Corte Suprema, validando sua vigilância ao respeito à Constituição: este é o paradigma.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade incide sobre as leis em vigor, restando intocáveis os projetos de lei. Isso se dá porque o STF tem o entendimento de que o controle preventivo de leis não cabe ao Poder Judiciário, de modo que estaria invadindo competências e violando a Teoria da Separação dos Poderes, caso assim o fizesse.

No entendimento do saudoso Ministro Teori Zavascki¹¹⁴ “A mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo”, admitindo apenas a interferência do Supremo com referência as PEC’s que violem cláusulas pétreas ou cláusula que viole o processo legislativo, cabendo ao congressista se valer de Mandado de Segurança.

Comungam desse entendimento os Ministros Lewandowski, Rosa Weber e Luiz Fux. Todavia, esta visão tradicionalista não é uma unanimidade em nossa Corte Suprema, eis que o Ministro Gilmar

¹¹⁴ HAIDAR, Rodrigo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/supremo-nao-controle-previo-projetos-lei> . Acessado em 27 jan 2022.

Mendes¹¹⁵ entende que “Até no jardim de infância de Direito Constitucional se sabe que a autonomia do legislador no caso de direitos fundamentais está longe de ser absoluta. É limitada e relativizada”. Ainda, entende que se o Supremo pode exercer controle prévio de constitucionalidade em relação às emendas com tendência a abolir direitos fundamentais que dirá projetos de lei, cuja aprovação é bem menos criteriosa que emendas constitucionais.

Um ponto bem interessante de se abordar, cuja reflexão se faz extremamente necessária, é que, no modelo atual de controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos erga omnes da decisão da Corte tem efeito vinculante, exceto para o legislativo, sob o mesmo argumento da Teoria da Separação dos Poderes, a qual não submete um poder ao outro.

Significa dizer que uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser objeto de novo projeto de lei, o qual provavelmente será objeto de nova declaração de inconstitucionalidade. Ora veja, também não poder-se-ia entender uma invasão de competência, já que o poder judiciário já se manifestou sobre referida inconstitucionalidade?

O que se pretende demonstrar é que quando o Poder Judiciário declara uma inconstitucionalidade, não está invadindo competências, mas tão-somente, zelando pelos princípios e regras contidos na Constituição. Este é o seu papel, pouco importando se este controle se fará prévia ou posteriormente ao surgimento da lei. No dizer do Ministro Gilmar Mendes “ antes de esse controle significar ingerência indevida no processo legislativo, ele representa, sim, a manutenção da regularidade do processo democrático.”

Por outro giro, não se pode olvidar que o legislativo é composto pelos representantes do povo, eleitos pelo voto direto. Mas, quando esta representação se contrapõe aos interesses de seus mandatários, há de existir uma modalidade de controle desta representatividade viciada.

O voto não é um cheque em branco, onde os representantes após eleitos, podem legislar ao encontro de seus próprios interesses,

¹¹⁵ HAIDAR, Rodrigo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-12/stf-controle-preventivo-projetos-defende-gilmar-mendes> . Acessado em 27 jan 2022.

contradizendo seus compromissos eleitorais ou barganhando interesses públicos.

O povo ao votar em um candidato, vota em plataformas políticas, compromissos assumidos diante da comunidade que os elege, os quais simbolizam a crença na criação de um sistema de políticas públicas que melhore sua qualidade de vida e de toda a sociedade.

O voto é a procuração de uma coletividade para o desenvolvimento do bem comum, e não para o bem de poucos.

O que se vê é uma política desprovida de ética, grupos articulados que se elegem com o fim precípua de estabelecerem o crime organizado e a corrupção, almejando seus próprios interesses e deslocando os direitos fundamentais aos grupos por eles estabelecidos.

Desta forma, a possibilidade de o cidadão se valer de um instrumento próprio que torne o controle da prognose verdadeiramente eficaz em prol da própria coletividade, é fundamental para uma mudança de paradigma no controle concentrado de constitucionalidade, seja pela inclusão de uma legitimidade específica ou pela criação de um instrumento independente, que possibilite este controle de constitucionalidade pelo cidadão.

A globalização do direito e de suas ferramentas, propicia a implementação da atuação da sociedade civil neste processo, a fim de evitar distorções legislativas, injustiças sociais e vilipêndio de direitos fundamentais.

É cristalino que a questão não é tão simples de ser resolvida, levando-se em conta as dimensões de nosso país, com sua diversificação cultural, política, econômica e geográficas.

É notório que as decisões judiciais vão além de decisões jurídicas, muitas das vezes (e quase em sua maioria), buscam soluções políticas com a modulação de seus efeitos ou até mesmo com jurisprudências defensivas, dado a quantidade esmagadora de recursos extraordinários e/ou ações constitucionais em busca de respostas que o legislativo não oferece.

Entretanto, há de se observar que muitas são as possibilidades desta guinada na jurisdição constitucional: ampliação dos legitimados do

artigo 103 da Constituição, para incluir o cidadão ou a Defensoria Pública, sem requisitos impossíveis de serem alcançados¹¹⁶; O STF promover o controle preventivo da prognose legislativa; os efeitos erga omnes das declarações de controle concentrado de constitucionalidade vincularem o legislativo; dar efeito erga omnes às decisões de inconstitucionalidade declaradas pelo plenário em controle difuso, devendo para tanto referidas decisões subirem ao STF para referendo, dentre outras. Enfim, poder-se-ia imaginar muitas alternativas, mas todas elas devem ser objeto de estudo aprofundado ainda.

O presente trabalho não visa a esgotar o assunto, muito pelo contrário, busca iniciar uma reflexão, cujos desdobramentos extrapolam as poucas linhas aqui escritas, merecendo serem abordados com maior aprofundamento.

No entanto, a semente está sendo lançada no sentido de que é urgente uma nova jurisdição constitucional no que tange a defesa dos direitos fundamentais, não apenas pelos órgãos já legitimados, mas principalmente pelo cidadão – sujeito e detentor do poder de representação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ADI 4815 / DF. In: **www.sbdp.com.br**. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/ADI-4815-Ementa-relatorio-e-acordao.pdf> . Acesso em 25/01/22
- ADI nº 3510/DF. In: **Jusbrasil.com.br**. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df> . Acesso em 25/01/22

¹¹⁶ Deve-se observar a existência da jurisprudência defensiva do STF (ADIn 4.384 AgR - Rel. Min. Luiz Fux, j. 2019), reduzindo o acesso à Corte, fato que infelizmente contribuiu bastante para uma democracia menos participativa pela sociedade. URTADO, Daniela. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/342049/legitimidade-ativa-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade> . Acessado em 27 jan 22.

- BILLIO, Jacqueline Vasconcellos. O Controle da Prognose Legislativa: Interconexões entre controle abstrato e fatos concretos. Novo critério hermenêutico ou protagonismo judicial? Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A intervenção do amicus curiae no Novo CPC. *In* **Genjurídico.com.br**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/> . Acesso em 25/01/22.
- CEBES – centro Brasileiro de Estudos de Saúde. *In*: **cebes.org.br**. Disponível em <https://cebes.org.br/pandemia-adpf-n822-e-o-descaso-que-gera-um-estado-de-coisas-inconstitucional/25469/> . Acesso em 26/01/22.
- FERREIRA, Marcus Vinicius Vita e COSTA, Leonardo P. Santos. O estado de coisas inconstitucional na jurisprudência do STF. *In*: **www.conjur.com.br** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-23/opinio-estado-coisas-inconstitucional-jurisprudencia-stf> . Acesso em 18 nov 2021.
- FREIRE, Alonso . DESBLOQUEANDO OS CANAIS DE ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF: POR QUE NÃO TAMBÉM AQUI UMA REVOLUÇÃO DE DIREITOS? *In*: SARMENTO, Sarmiento(org.). **Jurisdição Constitucional e Política** . Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.
- FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

- Haidar, Rodrigo. In: **www.conjur.com.br** . Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/supremo-nao-controle-previo-projetos-lei> . Acesso em 27/01/22.
- Haidar, Rodrigo. Novos partidos STF não pode fazer controle prévio de projetos de lei. In : **www.conjur.com.br** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-12/stf-controle-preventivo-projetos-defende-gilmar-mendes> . Acesso em 27/01/22.
- LEY 7.333 de 1º de julho de 1993 (LOPJ). In: **www.tse.go.cr**. Disponível em <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leyorganicapoderjudicial.pdf> . Acesso em 11/01/22.
- MEDINA, José Miguel Garcia ; FREIRE, Alexandre e FREIRE, Alonso . Controle de constitucionalidade - Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade. In: **www.Conjur.com.br** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular> Acesso em: 25/01/22
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional . 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA, Marcelo Silva. A crise entre os Poderes da República e sua relação com a teoria da "s" . In: **www.Conjur.com.br** . Disponível em https://www.conjur.com.br/1999-jul-02/teoria_separacao_poderes_perspectivas?pagina=2 . Acesso em 25/01/22
- PIRES, Ana Carolina Fernandes. Conceito histórico da Separação dos Poderes. In **Jusbrasil.com.br**. Disponível em <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes> . Acesso em: 25/01/22
- SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus curiae - um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. In: **jus.com.br** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae> . Acesso em 25/01/22.

- Siteal – Sistema de Informação de Tendências Educacionais da América Latina. *In:* **siteal.iiep.unesco.org**. Disponível em <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/242/constitucion-politica-republica-costa-rica> . Acesso em 11/01/22.
- STF: PRIMEIRA AUDIÊNCIA PÚBLICA DISCUTE BIOSSEGURANÇA. *In:* **congressoemfoco.uol.com.br**. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/stf-primeira-audiencia-publica-discute-biosseguranca/> . Acesso em 25/01/22
- URTADO, Daniela. *In:* **www.migalhas.com.br**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/342049/legitimidade-ativa-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade> . Acesso em 27 jan 22.
- VIEIRA, Samuel de Jesus. O estado de coisas inconstitucional e seus reflexos na administração pública. *In:* **jus.com.br**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/63687/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-seus-reflexos-na-administracao-publica#:~:text=A%20teoria%20do%20Estado%20de,no%20texto%20constitucional%20daquele%20pa%C3%ADs> . Acesso em 26/01/22.

O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO PROCESSO

Lilia Nunes Silva¹¹⁷

Marcelo Pereira de Almeida¹¹⁸

RESUMO

A pesquisa objetiva compreender qual fundamentação tem aptidão para atender aos ditames de ordenamentos jurídicos típicos do Estado democrático de direito e realizar algumas inferências com os resultados encontrados na doutrina e legislação de Brasil e Espanha. Observou-se ser imprescindível o respeito às garantias processuais fundamentais pelos julgadores para o desenvolvimento conforme da atividade judicante, de modo a legitimar a tutela jurisdicional para efetivação de direitos da sociedade. O dever de motivação inclui tanto a necessidade de que as decisões contenham justificação de caráter jurídico, mas também que haja congruência dos argumentos conclusivos com a situação fática, com o debate realizado pelos sujeitos processuais e o acervo probatório produzido ao longo do procedimento, ou seja, desenvolver-se como consequência da dinâmica do amplo contraditório. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e a análise comparativa entre as legislações de Brasil e Espanha sobre o tema.

¹¹⁷ Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Graduada em Direito (DOCTUM/JF). Pesquisadora. Advogada. E-mail: lilianuness@hotmail.com – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>

¹¹⁸ Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF, Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Professor do PPGDIN (doutorado) da UFF. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro da Comissão de Garantismo Processual da OSAB/RJ. Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>

Palavras-chave: Decisão Judicial; motivação; garantia processual; dever jurídico.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, salienta-se que o presente ensaio é um recorte do relatório parcial da pesquisa de pós-doutorado desenvolvida na Universidade de Burgos, supervisionado pela Professora Nuria Beloso Martin, na qual são analisados temas contemporâneos relacionados à teoria da decisão.

Partindo do mapeamento da legislação civil dos ordenamentos de Brasil e Espanha sobre pronunciamentos judiciais, observou-se que, quanto ao pronunciamento judicial central do processo – as sentenças – nos elementos e forma de desenvolvimento, não existem diferenças relevantes em vista disciplinarem de maneira similar os aspectos do formato relatório, fundamentação e dispositivo e; a necessidade de fundamentação precisa, coerente e com observância das alegações/provas dos autos/legislação aplicável.

A diferença mais evidente repousa na técnica da decisão, diante da criação e o aprimoramento no ordenamento brasileiro de institutos visando a uniformização vertical e horizontal do entendimento dos juízes e tribunais nas duas últimas décadas, a exemplo da criação da Súmula Vinculante no Supremo Tribunal Federal¹¹⁹, da Sistemática de Repercussão Geral no STF e Julgamento de Casos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça¹²⁰, e, com a entrada em vigor do Código de

¹¹⁹ Art. 103-A, CF/88: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (artigo incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹²⁰ Respectivamente Lei nº 11.418 de 2006 e a Lei nº 11.672 de 2008.

Processo Civil em 2015, a consolidação de um modelo de provimentos vinculantes¹²¹, mais conhecidos como precedentes judiciais.

Desta forma, o norte conceitual do estudo consiste na compreensão da fundamentação das decisões judiciais, que inclui a motivação, como direito fundamental do cidadão previsto constitucionalmente e uma exigência própria do Estado democrático de direito. E, nestes termos, não se limita à mera indicação do fundamento legal e constitucional na decisão, mas também afigura essencial que contenha razões e argumentos de caráter jurídico que a justifiquem.

A necessidade de tal justificação decorre de um dos problemas centrais da Teoria do Direito, a conhecida impossibilidade de a norma positiva prever todas as situações com relevância jurídica que ocorrem no dinamismo da sociedade, atuando a fundamentação como um controle das decisões judiciais e que garante a sua legitimidade.

O objetivo da pesquisa, de acordo com as constatações acima, é buscar compreender qual fundamentação tem aptidão para atender às finalidades descritas com base na doutrina especializada e realizar algumas inferências com os resultados encontrados na legislação de Brasil e Espanha.

O estudo se justifica diante da imprescindibilidade da observância das garantias processuais fundamentais pelos julgadores para o desenvolvimento conforme da atividade judicante, ao fim de legitimar a tutela jurisdicional prestada visando a efetivação de direitos da sociedade.

A metodologia empregada na pesquisa, desenvolvida pelo método dedutivo, foi a revisão bibliográfica e a análise comparativa entre as legislações de Brasil e Espanha sobre o tema.

¹²¹ Art. 927, caput, CPC/15: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Na primeira parte, serão comentados alguns pontos da Teoria do Direito pertinentes à decisão judicial, especificamente a relação entre indeterminação do direito e o processo decisório, de modo a demonstrar a importância da fundamentação das decisões para auxiliar na neutralização do problema da atividade judicial de caráter discricionário.

Na segunda parte, serão delimitados alguns aspectos da fundamentação das decisões e realizada análise comparativa do que as legislações de Brasil e Espanha preveem acerca do tema, para ressaltar a importância da fundamentação das decisões e seu papel de garantia fundamental na existência e vigência do devido processo legal.

1) BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DO DIREITO

Um tema muito debatido em Teoria do Direito consiste na sua possível indeterminação, que se situa ordinariamente no plano dos casos difíceis, os conhecidos *hard cases*, nos quais as normas positivas não detêm uma resposta prévia satisfatória ou sequer as têm (antinomias e lacunas). É por esta razão que o intérprete e aplicador das normas necessita de critérios objetivos para o exercício legítimo das ditas funções.

De início, convém recordar o entendimento de Kelsen no sentido de que o Direito, como ciência autônoma, tem como objeto de estudo as normas jurídicas positivas, emanadas pela autoridade competente (1998, p. 50). O positivismo jurídico, de modo geral, considera o ato de interpretação das normas positivas pelo aplicador do Direito indubitavelmente um ato criativo e de vontade, pois, ainda que exista a norma para o caso concreto, não há somente uma escolha correta e, pela inexatidão decorrente, esse não seria um problema da Teoria do Direito (KELSEN, 1998, p. 249).

Em outro segmento do positivismo jurídico, Hart (1994, p. 91) faz uma distinção, reputada como necessária para se fazer justiça à complexidade do sistema jurídico, entre dois tipos de regras: as regras do tipo básico ou primários e as do tipo parasitas ou secundários.

As regras de tipo básico, indicariam o que os indivíduos deveriam fazer ou se abster de praticar, independentemente da vontade. As regras do tipo parasitas ou secundárias, em relação às primeiras, “asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação” (HART, 1994, p. 93). Para Hart, a compreensão desses dois tipos de regras associada à interação recíproca permitiria uma procura da definição mais clara do direito (1994, p. 93).

Já o pós-positivismo, corrente teórica advinda no período Pós-Guerra, avançou do estudo das normas e sua validade – o direito determinado, para agregar à ciência jurídica questões importantes relacionadas à interpretação e aplicação das normas.

A agenda pós-positivista, segundo Calsamiglia (1998, p. 209), tem como preocupações centrais problemas decorrentes da indeterminação do direito e as relações entre direito, moral e política. Neste ponto, Dworkin rechaça a concepção positivista que a solução de casos difíceis implica no exercício pelo juiz de “poder discricionário”, fazendo-o ao argumento de que ao juiz cabe descobrir o direito da parte, mas que este fato não se daria de forma mecânica ou livre (2002, p. 127). A atividade dos juízes guia-se por princípios, os quais argumentam com base na tradição jurídica, de forma coerente ao sistema e influenciada pelos precedentes ¹²².

Ao pensar que na ordem jurídica atual, de matriz constitucionalista, a atividade judicial assume papel importante na concretização dos direitos fundamentais e, o agir interpretativo que levará à resposta ao caso concreto, partindo do sistema em abstrato, de fato, ostenta algum poder criativo. Todavia, para situar essa atividade em consonância com o Estado de Direito em vigor, é necessário vinculá-la ao Direito, aqui entendida como o exercício desse poder observando as normas jurídicas (regras e princípios) sem abstrações desnecessárias, o

¹²² Importa salientar que o autor discorre e ilustra sua tese na tradição jurídica da *common law*, fulcrado no direito costumeiro e obediência aos precedentes.

que traz a lume a importância do convencimento motivado¹²³ como técnica de decisão que tem capacidade de atender a esses anseios.

O convencimento motivado resulta em fundamentação das decisões as quais ao juiz não é dada a opção de se convencer por qualquer motivo, devendo explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, a decisão se deu por um caminho ou outro. Sendo certo que, ainda que nenhuma decisão se dê no vácuo, mas em contexto histórico-institucional, na sua fundamentação, o juiz deve posicionar-se explicitamente em relação a esse contexto (STRECK, 2015, p. 49).

Para Klaus Günther (2000, p. 86) uma das consequências da atividade de julgar, se configuraria na hipótese de não se conseguir determinar critérios racionais para o julgamento, revelando duas reações segundo o autor: a primeira consistiria na tradição que remonta a Aristóteles, no sentido de que as características relevantes para a escolha prudente da ação, sem isenção, seriam aquelas adequadas à concepção de vida boa que o agente, em conjunto com outros, almeja alcançar, ensejando a fusão da fundamentação e aplicação de normas morais na faculdade de julgar. Nessa linha, o problema poderia ser solucionado pela aceitação da relatividade dos diferentes modos de vida ou pela atuação correta na situação. A segunda reação se identificaria, na tradição kantiana, em que as éticas universalistas possuiriam a desvantagem de não levar em conta a definição precisa da faculdade de julgar, na medida em que se confunde a faculdade pura de julgar com a faculdade prática. Isso faria com que uma norma passível de ser generalizada pudesse ser aplicada sem o exame e percepção adequados da situação, e facilmente sucumba diante do perigo de declarar um problema irrelevante. Por outro lado, essas éticas trariam as condições necessárias para fundamentar com correção as normas morais (GÜNTHER, 2000, p. 89).

Diante das mudanças contínuas de orientações de atuação e da impossibilidade de avaliar todos os aspectos relevantes do caso, o

¹²³ A supressão do termo livre não é por acaso, uma vez que o convencimento judicial não é livre, está limitado pelo sistema de garantias e direitos dos indivíduos em face do Poder Público.

intérprete poderia deparar-se com uma indefinição estrutural de situações de aplicação, restando a alternativa de empreender a tentativa de racionalizar o problema da aplicação, a partir da perspectiva de pessoas que agem de forma moral, ou de mudar de perspectiva, fora do âmbito do conceito de ação moral (GÜNTHER, 2000, p. 90).

Günther (2000, p. 90) inclui uma terceira resposta ao problema de determinar com maior precisão a faculdade de julgar, valendo-se da radicalização teórico-sistemática da contingência, que trata do exame da condição de estruturas sociais que seriam possíveis com base na contingência e na indefinição a partir da observação da formação e da reprodução de sistemas (GÜNTHER, 2000, p. 91).

As teorias sistêmicas fazem uma conexão com o conceito de prudência, que opera para alcançar certas metas, depurando-o de conotações de vida boa, de consecução do poder e de um esquema de fins e meios relacionado a ações intencionais. O conceito de faculdade de julgar é tido como um potencial que transcende a razão, porque a percepção estética consegue julgar com maior rapidez, individualizando a situação sob juízo, sem ter que justificar racionalmente a passagem do geral para o especial (GÜNTHER, 2000, p. 90). As teorias sistêmicas resistem à pressão da contingência de situações de aplicação, tornando supérflua a conexão do problema com uma atuação moral.

A exigência da observância ou aplicação geral de uma norma em todas as situações impõe a observância de todos os destinatários, configurando o interesse comum de todos, sem qualquer restrição, e a aplicação em todas as situações nas quais a norma é aplicável. Porém, existem situações que possuem sinais característicos diferentes, daí uma regra pode ser suscetível à aplicação em diferentes situações. Para aferir o direito à validade de uma norma, o autor aponta que a diversidade de possíveis hipóteses de aplicação envolve uma questão diferenciada que diz respeito aos outros sinais característicos da hipótese. Nesse caso, as consequências e os efeitos colaterais da observância de uma norma passam a ser observados e constituem pressupostos para aplicação em perspectivas universais (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Os perfis de fundamentação observados na perspectiva das diversas correntes de reflexão, eleitas nesta seção, permitem inferir que há um indicativo de convergência entre elas, apesar dos diversos pontos de afastamento e, consiste na dificuldade de se controlar, de modo racional, as opções do interprete ao aplicar a norma na construção dos fundamentos que irão compor a decisão. Este perfil de fundamentação acima descrito, amolda a sua compreensão também para se estruturar mecanismos de controle das decisões judiciais, no âmbito concreto e abstrato, garantindo a sua legitimidade, revelando-se como um dos maiores desafios no campo da preservação da coesão sistêmica dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

2) A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA NA DECISÃO

A motivação das decisões, considerada como direito do jurisdicionado e dever jurídico dos julgadores (MASS, 1987, p. 193), vai além de previsão constitucional literal ¹²⁴ porque resulta também da garantia do devido processo legal e, por essa lógica, considera-se que a exigência de motivação tem dupla função. A primeira, endoprocessual, ao permitir que as partes saibam as razões do convencimento do julgador e, pelos seus termos, possam controlá-la com recursos cabíveis; a segunda, exoprocessual, para que o controle da decisão *se opere pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada* (DIDIER JR. *et al*, 2016, p. 322).

De modo similar, Montero Aroca (2010, p. 348) aduz que a finalidade do dever de fundamentar, de acordo com o Tribunal Constitucional espanhol, se refere em diferentes aspectos, seja na relação

¹²⁴ Artigo 93, inciso IX, CF/BR: “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”.

Artigo 120, item 3, CF/ES: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

de vinculação do juiz à lei e ao sistema de fontes do direito que dimanam da Constituição; no direito constitucional do jurisdicionado em exigi-la, que, ademais, se relaciona ao direito de recurso e oposição a decisões arbitrárias; como no interesse geral da comunidade ao conhecimento das razões que determinam as decisões.

Sendo certo, portanto, como direito da sociedade e dever dos órgãos judicantes, é pertinente compreender qual fundamentação tem aptidão para atender às finalidades descritas.

No intento de apontar, de maneira objetiva, os elementos sem os quais não se observa uma sentença motivada, Taruffo define como conteúdo mínimo essencial da decisão a demonstração das escolhas pelo juiz (identificação normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do pedido e as consequências jurídicas advindas da mesma); o contexto de vínculos de implicação e coerência entre tais enunciados e; a qualificação dos enunciados particulares com base nos critérios de juízo que servem para valorar se as escolhas do juiz são racionalmente corretas (2006, p. 392).

O ato de motivar, de fundamentar a tomada de decisão, não envolve apenas a presença da justificação de caráter jurídico, pois implica na congruência dos argumentos conclusivos com a situação fática, com o debate realizado pelos sujeitos processuais e com o acervo probatório produzido ao longo do procedimento, ou seja, desenvolver-se como consequência da dinâmica do amplo contraditório. Nestes termos, a motivação se reveste como garantia processual do jurisdicionado, no âmbito concreto e, da sociedade, em âmbito abstrato.

Sob outro viés, ao analisar o debate inicial entre as convencionalmente chamadas de justiça procedimental e justiça substantiva, no qual ventilou-se, em síntese, que a justiça procedimental almejava somente a correção do procedimento observando as garantias processuais e a controvérsia tal como posta pelas partes, e, a justiça substantiva como a atuação do órgão jurisdicional visando efetivar direitos fundamentais (consequentemente colocando o processo como mecanismo de realização da justiça), a motivação permeou o discurso como legitimadora da conduta dos juizes em decidir fora da qualificação

jurídica delimitada pelas partes. Esta última no objetivo de produzir não somente decisões conforme as regras do jogo, mas também decisões justas (AMPUERO, 2012, p. 149-172).

Sobressai da proposição descrita que a observância das garantias processuais para correção do procedimento é inegociável, todavia, agregar à legitimação da atividade decisória definir-se fora do debate posto pelas partes exige observação em caráter estritamente racional e nos limites do Direito.

O argumento de suprir eventual ineficiência dos interessados/procuradores em indicar as normas aplicáveis ao caso e prezar pela realização da justiça substantiva (AMPUERO, 2012, p. 154), ainda que revestido de fundamentos atentos aos preceitos constitucionais contemporâneos, não corresponde à resposta imediata para o problema da concepção dos julgadores de aplicarem normas fora dos fundamentos jurídicos delimitados pelas partes para efetivar direitos fundamentais.

Iván Hunter Ampuero pondera acerca da necessidade de regra formal que permita ao juiz submeter à discussão no processo a solução jurídica que pretenda aplicar (2012, p. 157), em vista da proposta de nova legislação processual no Chile nos últimos anos que sugeriu como caminho a presença de motivação reforçada e, quanto aos aspectos que deve conter a motivação da decisão nestes casos (2012, p. 162), serem eles expressos por uma motivação explícita, suficiente, dialética e coerente (2012, p. 167-169).

Parte daí o questionamento de, se justificação mais robusta do juiz em decisão fora dos limites jurídicos da controvérsia instaurada pelas partes, seria suficiente para aplicação legítima do Direito.

Na legislação processual brasileira, observa-se que a fundamentação considerada adequada foi delimitada por exclusão e, assim, a carência de motivação pode ser dividida sob dois enfoques: em um falta à sentença a conexão do fundamento descrito com a situação concreta ou questão decidida, as conhecidas decisões genéricas¹²⁵ e; no

¹²⁵ “Artigo 489. São elementos essenciais da sentença:

(...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato

outro, falta à sentença o enfrentamento das teses jurídicas trazidas ao processo pelas partes¹²⁶.

O dispositivo que trata da sentença de mérito – artigo 489, CPC/15 –, dessa forma, sinaliza que a norma processual deu contornos mais precisos à atividade judicial no Brasil, ao menos em tese, uma vez que exige da atividade judicante o aprofundamento quanto aos elementos de fato e de direito trazidos pelas partes e a demonstração clara de quais normas são pertinentes para promover a solução do conflito (sejam elas regras, princípios e/ou jurisprudência), ambos requisitos essenciais para validar e legitimar suas decisões.

Sobre a existência de regra formal que permita ao julgador fundamentar com qualificação jurídica distinta da invocada pelo autor, o código processual brasileiro de 2015 positivou instrumento útil para tal eventualidade, chamado pela doutrina de Princípio da não surpresa, que prevê, dentre as normas fundamentais, ser vedado ao juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual não deu às partes oportunidade de se manifestar, mesmo em matérias que possa decidir de ofício¹²⁷. Isto é, mediante o exercício prévio do contraditório pelas partes sobre regra que pretenda a aplicação, abre-se a oportunidade de integrá-la validamente no processo.

No ordenamento espanhol, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 (LEC) delimitou o que entende como sentença motivada, já intitulado a

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;”.

¹²⁶ Artigo 489, §1º, incisos IV e VI: “IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

¹²⁷ Artigo 10, CPC/15: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

exaustividade e a coerência das decisões no *caput* do artigo dedicado ao assunto ¹²⁸. Para isso, prevê como requisitos a presença de clareza, precisão e congruência com a demanda e pretensão das partes que foram deduzidas oportunamente no pleito para acolher ou rejeitar o pedido autoral, devendo ainda decidir todos os pontos controvertidos que foram objeto do processo; além da exposição das razões fáticas e jurídicas de valoração das provas, aplicação e interpretação do direito, considerando os elementos de fato e de direito individual ou conjuntamente, tudo ajustado em regras de lógica e razão.

Apesar disso, de maneira peculiar dispôs sobre a possibilidade de aplicação das normas pelos julgadores fora dos fundamentos jurídicos delimitados pelas partes, permitindo ao juiz que, sem descuidar da causa de pedir, possa resolver a controvérsia conforme as normas aplicáveis ao caso, ainda que seja diferente dos fundamentos de fato e/ou de direito que as partes alegaram¹²⁹. A previsão parece ir de encontro ao esclarecimento do bloco VI da exposição de motivos da LEC ¹³⁰, que informa ser o sistema processual civil espanhol arrimado no Princípio Dispositivo.

Não é demais lembrar que o processo no qual as normas jurídicas aplicáveis, tanto de ordem material ou processual, são observadas, e as partes têm garantido o direito de participação e influência por todo o procedimento que culmina na decisão do julgador, ou seja, em contraditório participativo pleno, tem o condão de cumprir o dever de fundamentação.

¹²⁸ “**Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación.** 1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”.

¹²⁹ Artigo 218, item 1, segunda parte: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

¹³⁰ Também o artigo 216 neste sentido: “**Artículo 216. Principio de justicia rogada.** Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

A existência de mecanismos que proporcionem o debate prévio sobre os elementos presentes no processo, ou que pretenda agregar ao mesmo, é condição *sine qua non* para a realização válida da atividade decisória, posto que as garantias processuais são inegociáveis e não se curvam aos anseios da justiça substantiva, que pode parecer uma boa razão para flexibilização de garantias, mas, em verdade, é nocivo ao sistema processual.

De acordo com o previsto nas legislações observadas e, portanto, num quadro de desejada aderência das decisões ao Direito, encontram-se ainda reflexões sobre o direito à motivação adequada conter um direito ao acerto do juiz (MILIONE, 2015, p. 177), ou um direito à clareza nas decisões e acessibilidade de seus termos aos jurisdicionados (MILIONE, 2015, p. 182). Quanto à primeira indagação, revela-se incompatível conceber que a atividade judicante implique em direito do postulante ao provimento de suas razões, mas admite-se como decisões razoáveis as que demonstrem relação direta aos fatos, provas e normas aplicáveis à situação dos autos (MILIONE, 2015, p. 177-179). Na segunda, parece não haver preocupação efetiva com o tema (MILIONE, 2015, p. 184), em que pese a importância da acessibilidade da linguagem jurídica aos cidadãos (os interessados e atingidos por suas disposições).

É propício questionar também se a chamada fundamentação *per relationem*, que consiste na utilização da justificação de outra decisão, seja ela monocrática ou colegiada, como razão de julgamento, atende ao dever de motivação de acordo com os raciocínios desenvolvidos e regramentos positivos pesquisados.

A fundamentação *per relationem* se identifica em duas hipóteses principais, sendo a primeira quando o juiz recebe a justificação de uma sentença de primeiro grau e a confirma por seus termos e, a segunda, quando o juiz remete à justificação contida em sentença de juízo distinto ou genericamente à jurisprudência sobre a matéria (TARUFFO, 2006, p. 365).

À primeira vista, a exigência de a decisão correlacionar os fatos, provas e argumentos das partes às normas aplicáveis ao caso demonstra contradição com a técnica de decisão referencial ou sem justificação

autônoma *ad hoc* (TARUFFO, 2006, p. 365). Todavia, em exposição crítica recente, Streck analisou julgados dos tribunais superiores brasileiros caminhando em sentido distinto, alertando do risco de, ao aceitar fundamentação que apenas se reporte a outra decisão e a internalize como razão de decidir, transforme *o julgador em legislador intersticial com poderes de redefinir a própria Constituição* (2021), ferindo o dever de motivação garantido no texto maior.

O direito à fundamentação resulta no dever do juiz ou tribunal em analisar as razões dos sujeitos processuais, os debates produzidos na instrução e o acervo probatório dos autos, o que diverge do modelo de justificação *per relationem* e se afasta das previsões legislativas em vigor na atualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que o processo no qual as normas jurídicas aplicáveis, tanto de ordem material ou processual, são observadas no ato decisório, e as partes têm garantido o direito de participação e influência por todo o procedimento que culmina na decisão do julgador, ou seja, em contraditório participativo pleno, tem o condão de cumprir o dever de fundamentação.

A fundamentação das decisões judiciais – e que inclui a motivação, em qualquer grau ou instância, é medida imperativa para conhecimento e efetiva prestação jurisdicional pelos órgãos competentes, o que impõe aos julgadores, por conseguinte, ônus argumentativo e atenção ao caso em análise, restando imprescindível lançar mão das normas vigentes e elementos do processo para demonstrar e embasar as razões de convencimento, possibilitando o controle da decisão pelos interessados diretos e indiretos.

Mesmo que não exista um direito ao provimento do pedido ou de fácil acesso aos termos empregados na decisão, a atividade decisória do órgão jurisdicional não tem poder de livre convencimento, eis que a fundamentação das decisões deve explicitar as razões pelas quais se chegou a determinada conclusão, de forma intersubjetivamente

sustentável e posicionando em qual contexto histórico-institucional amparou suas razões. De igual modo, fazendo-o de maneira imparcial, sem divorciar-se dos elementos fáticos e jurídicos que permeiam a *lide* e garantida a participação dos sujeitos essenciais à controvérsia no debate processual.

Daí é possível inferir que a motivação se reveste como garantia processual do jurisdicionado, no âmbito concreto e, da sociedade, em âmbito abstrato, observando ainda que se trata de direito fundamental, porque o ato de analisar as pretensões conforme o Direito permite efetivamente o acesso à justiça e aos direitos.

REFERÊNCIAS

- AMPUERO, Iván Hunter. La aplicación judicial del Derecho y La motivación de la sentencia en el PCPC. **Cuadernos de Extensión Jurídica** (U. de Los Andes), n. 23, 2012, p. 149-172.
- AROCA, Juan Montero et al. **Derecho Jurisdiccional (Proceso Civil Parte II)**. 10^a. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2010.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15.nov.2021.
- CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. Trad. N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPAÑA. **Código de Legislación Procesal**. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=0

- 40_Codigo_de_Legislacion_Procesal&modo=2. Acesso em 12. Out. 2020.
- ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <<https://www.lamoncloa.gob.es/espana/leyfundamental/Documentos/29022016Constitucion.Consolidado.pdf>>. Acesso em: 15.nov.2021.
- GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã**, nº 6, p. 85-102, 2000.
- HART, Herbert L. A.. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MASS, Florencio Mixán. La motivación de las resoluciones judiciales. **Debate Penal**, n. 2, mayo – agosto 1987, Perú, p. 193 – 203.
- MENDES, G. F.; STRECK, L. L. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MILIONE, Ciro. El Derecho A La Motivación De Las Resoluciones Judiciales En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Y El Derecho A La Claridad: Reflexiones En Torno A Una Deseada Modernización Del Lenguaje Jurídico. **Estudios de Deusto**, Vol. 63/2, Julio-Diciembre 2015, p. 173-188.
- STRECK, L. L. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas – O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.
- STRECK. Lênio Luiz. "Fundamentação" per relationem — a "técnica" ilegal e inconstitucional. **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional>. Acesso em 17 Out 2021.
- TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

87
5

A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA A FORMAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Patrícia Filomena Fonseca Amaral¹³¹
Yeda Ferreira Pires¹³²

RESUMO

A proposta da pesquisa é investigar o emprego da mediação na recuperação judicial de empresas, que tem sido apontada com um instrumento para a formação do plano do devedor. A discussão se justifica em razão da entrada em vigor da lei 14.112/20 que, em diálogo com a lei 13.140/15 e a lei 13.105/15 (CPC), regulamentou a possibilidade de resolver os conflitos entre devedor empresário em crise econômica e financeira e seus credores lançando mão da mediação de conflitos. No trabalho ora proposto pretendemos abordar três questões: (1) a primeira consiste em identificar e compreender o contexto institucional e discursos justificadores em razão dos quais a mediação vem sendo proposta para resolver conflitos entre devedor empresário e seus credores; (2) A segunda é analisar se há compatibilidade da aplicação dos artigos 190 e 191 do CPC no processo de recuperação judicial com a nomeação do mediador pelo juiz, (3) Traçar uma análise de como a mediação vem ocorrendo no processo de recuperação judicial.

Palavras-chave: Mediação, Recuperação Judicial, Plano do devedor.

INTRODUÇÃO

¹³¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). E-mail: patricia.42140018@ucp.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1393294322603504>

¹³² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). E-mail: yeda.4240073@ucp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2607492385421685>

O presente artigo é um resultado parcial de pesquisa em andamento no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UCP, pesquisa esta que pretende focar a incorporação de métodos consensuais de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário², especialmente a mediação, na seara do Direito Empresarial – mais especificamente nos processos de recuperação judicial de empresas.

A mediação tem sido muito referenciada no cenário brasileiro, principalmente na área empresarial, não só por ajudar a construir soluções conjuntas favorecendo os fluxos de negociação entre os possíveis envolvidos em conflitos empresariais, tais como: devedor empresário e seus credores ou entre aquele e/ou fornecedores de produtos ou serviços, os sócios e sociedades empresárias contratantes. Além disso, por ser um procedimento mais rápido e menos oneroso, a mediação tem se mostrado uma forma de resolver os conflitos preservando os relacionamentos entre o devedor empresário em crise econômica e financeira e seus credores.

A partir da entrada em vigor da lei 14.112/20, que alterou a lei 11.101/05 (lei de Falências e Recuperação de empresas) de forma substancial, a mediação foi regulamentada como ferramenta nos processos de recuperação judicial, cuja finalidade é auxiliar o devedor empresário em crise e seus credores a chegarem num consenso a respeito das previsões que irão formar o plano de recuperação judicial. Por sua vez, entendemos que tais previsões nada mais são do que objeto de negócios jurídicos processuais, conforme se verá em capítulo reservado. A proposta deste trabalho, portanto, é permitir que o mediador (um terceiro imparcial), através do diálogo, estimule a negociação entre o devedor empresário insolvente e seus credores, para que resulte na formação de um plano de recuperação mais próximo e factível com a realidade e possibilidade dos envolvidos, permitindo que a sociedade empresária quite os seus débitos, se recupere e continue a desempenhar as suas atividades. E, uma vez recuperada, a empresa (atividade econômica) volta a exercer sua função social.

Com efeito, com a pesquisa realizada até o presente momento notamos que a pandemia do Covid-19 tem sido um divisor de águas no cenário brasileiro, pois ao mesmo tempo que acentuou a crise econômica

e financeira nas sociedades empresárias e como consequência vem favorecendo o aumento de processos tanto na falência, como na recuperação de empresas, por outro lado, tem estimulado o aumento da procura pela mediação, tanto judicial, como extrajudicial. Nesse cenário, tomamos conhecimento de que Varas (serventias judiciais) especializadas de São Paulo, onde ocorreu uma explosão de pedidos de recuperação judicial na esteira da pandemia, juízes passaram a nomear mediadores que, em conjunto com o administrador judicial, auxiliam na composição dos conflitos entre devedor empresário e seus credores.

Neste artigo, o que se propõe é entender de que forma a mediação de conflitos tem sido utilizada em uma recuperação judicial, com o objetivo de compreender e descrever a forma como esse método foi utilizado nesse caso. Assim, partimos de uma pesquisa meramente bibliográfica, lançando mão da doutrina, jurisprudência e artigos publicados sobre o tema.

1. O CAMINHO DA MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ATÉ SUA REGULAMENTAÇÃO PELA LEI 14.112/20

A consolidação da mediação na Recuperação Judicial demandou um longo caminho até sua regulamentação pela lei 14.112/20, fazendo parte de um movimento mais amplo de estímulo ao emprego da mediação no Brasil, entendida como um “meio adequado” de solução de conflitos. Essa expressão “meio adequado” foi absorvida na Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça que inaugurou, no Brasil, uma Política Judiciária Nacional para a Solução Adequada dos Conflitos de Interesse.

Com efeito, foi a partir do advento deste Resolução do CNJ, que tem sido difundida uma releitura do princípio do acesso à justiça nos e pelos Tribunais Superiores, inclusive o STJ, a enfatizar a necessidade de resolver os conflitos não só através do Poder Judiciário, mas também por meio da mediação e da conciliação – inclusive extrajudiciais – oferecendo aos cidadãos brasileiros meios possivelmente mais rápidos e baratos de resolução dos seus conflitos. Posteriormente, foi publicada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplina a mediação como meio de

solução de controvérsias entre particulares e dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, além do “Novo” Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que contempla o uso da mediação, conciliação e demais meios consensuais, inclusive no curso do processo. Em seguida, foi aprovado o enunciado nº 45, na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF em 2016, que já havia firmado o entendimento de que *a mediação é harmonizável com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência*. Em razão disso, o TJ/RJ tem decisões, antes mesmo da alteração feita na lei 11.101/05, permitindo a mediação em processos de insolvência, como ocorreu, por exemplo, no ano de 2016 com o processo de recuperação judicial do grupo Oi. No mesmo sentido, o STJ tem privilegiado o diálogo entre as classes de credores que habilitaram seus créditos na recuperação judicial e o devedor empresário em crise e almejam receber a quantia que lhes é devida. Para reforçar essa ideia, em 2019 o CNJ editou a recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019, atribuindo aos magistrados responsáveis pelos processos de recuperação judicial e falências o dever de promover, sempre que possível, o uso da mediação.

No ano de 2020, seguindo esta recomendação do CNJ, o presidente do TJ/RJ instituiu um Ato Normativo implementando o Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Empresarial e Falência (RER)⁵, visando disponibilizar a mediação nos processos judiciais e extrajudiciais nas disputas empresariais voltadas à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia do Covid-19. Passada quase uma década desde a Resolução 125⁴, o Judiciário alargou o alcance dessa política para incluir, de forma expressa, a possibilidade de empregar esses meios consensuais também na seara empresarial, mais especificamente nos processos de recuperação judicial.

Por fim, a lei 14.112/20, que entrou em vigor em janeiro de 2021, regulamentou a mediação como forma de resolução dos conflitos na recuperação judicial.

2. APONTAMENTOS ACERCA DA MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Desde o advento da lei 11.101/05, a Recuperação Judicial tem sido um “tratamento” que a lei concede ao devedor empresário cuja atividade econômica (a empresa) encontra-se “doente”, visando evitar o encerramento das suas atividades. Em outras palavras, a lei de Falências e Recuperação de empresas tem por finalidade primordial superar a crise econômica e financeira gerada na empresa (atividade economicamente organizada) exercida pelo devedor empresário, sendo a falência a *ultima ratio*.

O objetivo da recuperação judicial é, portanto, o de recuperar a empresa, como atividade economicamente organizada para produção e circulação de bens e serviços, e não de seu titular, o empresário (individual e sociedade empresária). Para Sérgio Campinho, “o instituto da recuperação judicial vem sendo concebido com o objetivo de promover a viabilização da superação deste estado de insolvência, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor.”³

Com efeito, a lei 11.101/05 prestigia o princípio da preservação da empresa (art. 47 da lei 11.101/05) segundo o qual se preserva a atividade econômica (empresa), como “centro de equilíbrio econômico-social e fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos (CAMPINHO, 2021, p.35)”, desde que apresente viabilidade econômica e social.

O exame dessa viabilidade, que é pressuposto lógico para o processamento da Recuperação judicial, é feito pelo Poder Judiciário, através de laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor empresário e apresentado, na forma do art. 53 da lei 11.101/05, por profissional habilitado ou empresa especializada na ocasião da apresentação do plano pelo devedor, sendo atestada em função não só das condições econômicas da empresa. Isso implica em averiguar se a atividade econômica tem potencial econômico para reerguer-se, além do exame da importância social, ou seja, da relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional.

Por outro lado, não sendo a empresa viável – seja porque não há interesse em investir naquela atividade, seja porque não existe comprovação da função social que a empresa exerce – só resta uma saída: a Falência que, de forma bem resumida, significa a formação de um processo concursal (porque há a formação de um concurso de credores) visando a arrecadação dos bens em poder do devedor empresário em crise com objetivo de liquidar em juízo tais bens e, com o produto da venda, pagar seus credores causando o menor prejuízo possível. Nesse sentido, de acordo com Coelho:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. As más empresas devem falir, para que as boas não se prejudiquem (2010, p. 165).

Sob a ótica processual, o pedido de recuperação judicial é formulado pelo devedor empresário visando à superação da sua crise, sem que, necessariamente exista prévio litígio. É, nas palavras de Campinho,

Um processo especialíssimo, em que não existe a figura do réu mas a pretensão formulada pelo devedor somente pode ser exercida até a decretação de sua falência. Todo procedimento vem orientado para a formação, aprovação e homologação de um plano de recuperação judicial, o qual poderá resultar em uma solução de consenso ou, subsidiariamente, diante de manifesta impossibilidade, da imposição dos credores, observadas, neste caso, certas condições por lei estabelecidas (CAMPINHO, 2021, p. 52).

No dizer de Teixeira (2012, p. 181), “a recuperação da empresa não se esgota na simples satisfação dos credores, como a falência. É uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico, enquanto uma atividade empresarial.”. Ainda segundo o mesmo autor

“Isso ocorre porque a recuperação tem por objetivo principal proteger a atividade empresarial”, o que ele denomina de “princípio da preservação da empresa”.

Por sua vez, a mediação, que vem sendo bastante usada no meio empresarial, principalmente na Recuperação Judicial, é o procedimento por meio do qual as partes constroem - com a ajuda de um terceiro, o mediador - um acordo consensual para a resolução do litígio, cuja “função é a de tentar estabelecer um ponto de equilíbrio na controvérsia, aproximando as partes e captando os interesses que ambas têm em comum, com a finalidade de objetivar uma solução que seja a mais justa possível (MIRANDA, 2019, p. 9)”. Sendo assim, embora ainda haja uma certa resistência dos advogados com relação à mediação já que segundo a maioria seria preciso judicializar para ganhar mais honorários ou até mesmo pela falta de incentivo ao consenso, é certo que o país atravessa um momento em que a mediação está sendo muito procurada, até porque a ideia de desjudicialização dos conflitos não só reduz o acervo milionário de processos, como também apresenta soluções que atendem melhor as partes. Sendo assim, a mediação possui como características a celeridade, a efetividade, a autonomia e o protagonismo das partes. Com efeito, a função do mediador consiste em facilitar a comunicação entre o devedor empresário insolvente e seus credores, formular perguntas de modo empático, construtivo e agregado, bem como buscar a clareza total no procedimento. Além disso, a mediação empresarial ajuda a construir soluções conjuntas e preserva os relacionamentos entre credores e devedor.

Segundo definição contida na própria Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), trata-se de um meio consensual e voluntário de resolução de conflitos de interesses, realizado entre pessoas físicas e/ou jurídicas que, com o apoio do mediador, buscam solucionar suas divergências e construir juntas um acordo possível para ambas. A mediação conta com a participação de terceiros que auxiliarão as partes no conhecimento das origens multifacetadas do litígio fazendo com que elas próprias, após esse conhecimento ampliado, proponham soluções para os seus litígios (TARTUCE, 2015, p. 82). De acordo com Neto,

A mediação de conflitos nada mais é do que um processo em que um terceiro imparcial e independente ajuda, em reuniões separadas ou conjuntas com pessoas envolvidas no conflito, sejam elas físicas ou jurídicas, a promover um diálogo diferente daquele decorrente da interação por força do conflito (2019, p.11).

Nesse contexto, vale destacar que os métodos de solução consensual de conflitos, podem coexistir com a jurisdição, não a substituindo nem excluindo, mas complementando-a, ampliando o quadro de possibilidades de gestão de controvérsias. Assim, estes métodos não se destinariam a substituir o Judiciário ou descongestioná-lo como muitos sustentam, mas objetivam oferecer outra possibilidade de resolver de forma eficaz determinada demanda. O chamado “Sistema Multiportas” traz consigo uma pluralidade de métodos, proporcionando às partes tratamento adequado a seus conflitos de interesses (BRANDÃO; BACAL; FIGUEIREDO, 2019, p. 32).

Acrescenta-se, outrossim, em razão da pertinência com o tema, a lição do professor João Pedroso (2001) no sentido de que o acesso à Justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do litígio e defesa dos seus direitos, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade.

Destacamos que a Lei que trata da matéria permite que a recuperação seja judicial ou extrajudicial. No caso deste artigo interessam as recuperações que acontecem de forma judicial, ou seja, aquelas que são processadas integralmente no âmbito do Poder Judiciário, por meio de uma ação judicial, com rito processual próprio, visando a solução para a crise econômica ou financeira da empresa.

3. O PAPEL DO MEDIADOR NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sob a ótica processual, o processo de recuperação judicial visa à formação, a aprovação e a homologação do plano de recuperação judicial. De acordo com Sérgio Campinho, todo processo vem orientado para a confecção do plano e sua posterior homologação pelo magistrado (CAMPINHO, 2021, p. 35). Seguindo essa linha de raciocínio, Coelho ensina que o plano de recuperação judicial é a peça mais importante do processo, pois “depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e a preservação da função social da empresa (2021, p. 194).

Neste contexto, é importante destacar a relevância da mediação para o processo de Recuperação Judicial, uma vez que sua função é restrita à negociação deste contrato de natureza plurilateral¹³³ mais relevante do processo: a formação do plano apresentado pelo devedor. O papel do mediador, uma vez nomeado pelo juiz, é o de auxiliar, através do diálogo, nas negociações entre o devedor empresário em crise e seus credores¹³⁴ para que possam chegar a um consenso a respeito do valor do crédito que se deseja negociar, desembocando na feitura deste plano que seja factível para ambas as partes, objetivando sua homologação pelo juiz.

Assim, atuando como um facilitador do diálogo entre as partes do processo de recuperação judicial é possível afirmar que o mediador, utilizando-se de sua imparcialidade, conduz o devedor empresário insolvente e seus credores a uma efetiva negociação, auxiliando na peça fundamental do processo de recuperação judicial: a formação do plano do devedor. Neste sentido, conforme entendimento de Miranda, se a Lei nº

¹³³ Embora a natureza jurídica do plano seja controvertida, nos posicionamos na mesma linha de entendimento proferida pelo STJ e por Sérgio Campinho, que sustentam ter o plano natureza contratual, pois ainda que se possam vislumbrar interesses opostos, estes são integrados, dirigidos, coordenados para a obtenção de um fim comum: a recuperação da empresa em crise.

¹³⁴ Essas negociações entre credores e o devedor empresário em crise são realizadas por classe de credores, seguindo a ordem do quadro geral de credores, formado durante o processo de recuperação judicial através de edital que o juiz manda expedir na forma do art. 52 da lei 11.101/05, com prazo de quinze dias para habilitações ou divergências dos credores.

11.101 de 2015 privilegia o reerguimento das empresas em crise ao invés de sua liquidação passando pela conciliação de interesses entre credores e devedores, não se pode negar que

O instrumento que materializa a superação da atividade empresarial em crise é o plano de recuperação, documento que segundo disposto no artigo 53 da respectiva lei, deverá necessariamente conter: a) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados para a recuperação da empresa; b) demonstração da viabilidade financeira; e c) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional ou empresa legalmente habilitados (2019, p. 15).

No mesmo sentido, é importante destacar o entendimento de Mamede, segundo o qual

O plano de recuperação judicial é o elemento mais importante da recuperação judicial de empresas: o projeto de recuperação da crise-econômica-financeira enfrentada pela organização, o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial (2012, p.152).

Não há dúvida, portanto, que o auxílio do mediador nos processos de recuperação judicial otimiza o trabalho do Poder Judiciário, trazendo mais celeridade na negociação desta estratégia que o devedor possui para o reerguimento de sua empresa.

De fato, para que ocorra a superação da crise econômica e financeira do devedor empresário, é necessária a formação de uma estratégia para que a empresa possa se recuperar, possuindo esse plano condições de pagamento para as classes de credores, cujas decisões tomadas no âmbito de cada classe implicarão ou não na aprovação do plano. Com efeito, o devedor dispõe do prazo de 60 (sessenta) dias da decisão que deferir o processamento da Recuperação judicial para apresentar o plano, sob pena de convolação em Falência, devendo apresentar o meio de recuperação, na forma do art. 50 da LRF, demonstrar

a viabilidade econômica da empresa, bem como o laudo econômico e financeiro subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (art. 53 da LRF).

Havendo objeção ao plano por parte de qualquer credor, será necessária a convocação da Assembleia Geral de Credores – que representa um ato processual facultativo da recuperação judicial - para que a proposta do devedor seja submetida a uma deliberação expressa dos credores. Uma vez aprovado o plano, segue para análise de sua legalidade, pois em se tratando de um contrato, o juiz não pode imiscuir-se da viabilidade econômica e financeira da empresa, ficando adstrito ao exame de sua legalidade¹³⁵. Para a aprovação do plano de Recuperação Judicial, basta a sua formação entre o devedor e uma maioria de credores, capaz de obrigar a minoria. Assim, ainda que o plano de recuperação judicial obtiver a discordância da maioria de uma das classes, poderá ser aprovado e homologado se apresentar voto favorável na maioria das demais classes, no que se denomina *craw down*, previsto no art. 58, parágrafo 1º, da lei 11.101/05. Portanto, em matéria de recuperação judicial é muito claro que o interesse de uma maioria de credores pode sobrepor-se ao da minoria.

De toda sorte, uma vez homologado o plano de recuperação, durante o período inicial de 2 (dois) anos, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano, sendo que o seu descumprimento acarretará a convalidação da recuperação judicial em falência. Outro efeito relevante da decisão homologatória do plano do devedor é a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, conforme dispõe o art. 59 da lei 11.101/05.

O problema ocorre quando essa minoria, uma vez insatisfeita, interpõe agravo de instrumento objetivando a anulação de alguma cláusula do plano ou mesmo a nulidade da decisão do juízo de primeiro grau que homologou o plano, não só atrasando o seu cumprimento pelos

¹³⁵ De acordo com o STJ, “O juiz está autorizado a realizar o controle da legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto de sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da Assembleia Geral de Credores (STJ. Resp 1660195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma)”.

credores e pelo próprio devedor empresário, mas também atrapalhando o andamento do processo e, por fim, retardando o seu fim primordial: a obtenção do reerguimento da empresa. Em sendo soberana a decisão dos credores para decidir sobre as cláusulas constantes no plano e o juiz estando adstrito ao aspecto da legalidade do plano, não faz sentido o credor, embora tenha direito, de recorrer da decisão do juiz que homologou o plano. Se o credor quisesse se opor ao plano, que fizesse durante a Assembleia dos credores e não em sede de recurso, a não ser que houvesse alguma ilegalidade neste contrato. Não foi diferente no processo de recuperação judicial do Grupo Enpavi.

4. DA VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Código de Processo Civil de 2015 privilegiou, assim como a lei 11.101/05, a autonomia privada, valorizando, desta forma, a conciliação e a mediação culminando em um modelo cooperativo do processo. Para reforçar essa ideia, os artigos 190¹³⁶ e 191¹³⁷ do Código de Processo Civil trouxeram para o ordenamento jurídico pátrio a figura do negócio jurídico processual, ou seja, aquela manifestação de vontade cujos efeitos decorrem da própria convenção das partes dentro do processo. Não obstante a lei 11.101/05 não tenha conseguido exaurir todas as situações processuais existentes em um processo de recuperação judicial, extrajudicial ou falência, a lei de recuperação de empresas e falência, em

¹³⁶ Art. 190 CPC: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajudá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte de encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

¹³⁷ Art. 191 do CPC: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

seu artigo 189¹³⁸ dispõe de forma clara sobre a aplicação subsidiária do CPC, abrindo espaço para sustentar a realização de negócio jurídico processual na recuperação judicial, extrajudicial e na falência. Trataremos aqui do negócio jurídico processual na Recuperação Judicial celebrados entre o devedor empresário em crise e seus credores.

Permite o art. 190 do CPC que se o processo versar sobre direitos que admitem autocomposição, as partes, desde que plenamente capazes, podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Na mesma linha de raciocínio a própria Lei de mediação (lei 13.140/2015), em seu art. 3º dispõe que somente poderá ser objeto de mediação os direitos que admitem autocomposição (direitos disponíveis) ou sobre direitos indisponíveis, que admitem transação. De fato, o art. 190 do CPC aliado do art. 3º¹³⁹ da lei 13.140/2015, bem como do art. 189 da lei 11.101/05 nada mais fizeram do que permitir que o mediador, uma vez nomeado pelo juiz no processo de recuperação judicial, através do diálogo, auxilie o devedor empresário insolvente e seus credores a realizarem negócios jurídicos processuais, até porque a lei 11.101/05, alterada pela lei 14.112/20 trouxe a mediação como ferramenta para a formação do plano de recuperação judicial que, conforme já mencionado, reveste a natureza jurídica de um contrato.

Nesta senda, sendo a recuperação judicial um processo que envolve uma grande negociação coletiva sobre direitos patrimoniais entre devedor e seus credores e, portanto, direitos passíveis de autocomposição, há uma abertura naquelas leis permitindo a realização de negócios jurídicos processuais, atuando o mediador como verdadeira peça fundamental para que o devedor empresário e seus credores

¹³⁸ Art. 189. "Aplica-se a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1.973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta lei".

¹³⁹ "Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação."

convencionem seus negócios jurídicos no bojo do processo e dentro do plano de recuperação judicial, desde que observados os requisitos do art. 104¹⁴⁰ do Código Civil.

Neste sentido, conforme o entendimento de Domingos, são “as previsões contidas no plano de cunho instrumental que poderão ser objeto de negócio jurídico processual (2019, p. 128)”, tais como: (1) o prazo de supervisão de 02 anos; (2) quórum mínimo para os credores recorrerem da decisão de concessão da recuperação judicial; (3) os credores podem renegociar o crédito livremente, em razão da natureza contratual da recuperação judicial e do plano do devedor; (4) a prorrogação do prazo de suspensão das ações por 180 dias no denominado *stay period*, de acordo com o entendimento do STJ¹⁴¹. Isso significa dizer que estas regras contidas na lei de recuperação de empresas e falências, dentre outras, podem ser alteradas por convenção das partes.

No processo de recuperação judicial da Enpavi, grupo econômico que atua no ramo de pavimentação em São Paulo, é possível citar a ocorrência de alguns negócios jurídicos processuais. O primeiro ocorreu quando o devedor empresário e seus credores convencionaram nova modalidade de comunicação dos atos processuais: a publicação de editais e a divergência dos credores foram enviadas no endereço eletrônico do administrador judicial. O segundo ficou claro com a convenção sobre as impugnações dos credores, que foram processadas extrajudicialmente pelo administrador judicial e protocoladas em juízo para decisão o que, claramente, poupou o cartório de repetidos atos de comunicação. Outro

¹⁴⁰ Art. 104 CC: “A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado e determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.”

¹⁴¹ De acordo com entendimento do STJ e do TJ/SP, a prorrogação do *stay period*, ainda que excepcional, deve ser admitida nos casos em que a demora no processamento da recuperação não puder ser imputada à empresa recuperanda, que tem se esforçado para cumprir as determinações judiciais e legais (STJ Resp 1717939/DF rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3a Turma, jul. 26/09/18 e TJ/SP AI 2097177-03.2018.8.26.0000 1a Câmara reservada de Direito Empresarial, jul. 31/10/18). Na mesma linha, foi editado o Enunciado 42 da 1a Jornada de Direito Empresarial, que possui a seguinte redação: “O prazo de suspensão previsto no art. 6o, par 4o da lei 11.101/05 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

exemplo que é possível citar ocorreu na recuperação judicial do Grupo Oi, em que o juiz autorizou a prorrogação do prazo de supervisão judicial, convencionalmente pelos credores em Assembleia Geral de Credores.

A conclusão que se chega é que o art. 189 da lei 11.101/05 abriu uma brecha para tornar plenamente aplicável ao processo de recuperação judicial os artigos 190 e 191 do CPC, permitindo a realização de negócios jurídicos processuais entre o devedor empresário em crise e seus credores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se com a pesquisa que os Tribunais brasileiros vêm estimulando o emprego da mediação de conflitos nas mais diferentes áreas do Direito, inclusive na seara empresarial, que é o foco do presente artigo. Percebe-se uma grande preocupação dos Magistrados em descentralizar a sua atuação no ato de decidir, abrindo espaço para o protagonismo de outros atores, no caso, os mediadores que são chamados para auxiliar as partes na construção de soluções consensuais, contribuindo para o bom andamento dos processos de recuperação. Ao mesmo tempo, as partes são convocadas para desenvolverem uma maior autonomia em juízo, no sentido de que não é necessário, sempre, aguardar uma decisão de um juiz quando as partes, por si próprias, são capazes de encontrar soluções satisfatórias, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis.

Em um cenário pós (?) pandêmico, a crise observada no setor empresarial parece ter acelerado o estímulo à utilização da mediação nos processos de recuperação, em busca de uma agilidade na solução dos processos que já era uma meta difícil de concretizar e que se torna ainda mais distante com o assoberbamento crescente das prateleiras das Varas Empresariais nos mais diferentes estados do país.

Observamos que a mediação na recuperação judicial tem por finalidade auxiliar o devedor e seus credores a formar o plano de recuperação e, sendo ele aprovado pela maioria dos credores e homologado pelo juiz em tempo razoável, comprova a eficácia da mediação na Recuperação Judicial. Ainda que haja credores insatisfeitos com o plano do devedor e haja a interposição de agravo de instrumento

em face da decisão que o homologou, se a mediação cumpriu o seu papel – a formação deste contrato - é possível afirmar que essa técnica atingiu sua finalidade, já que a interposição de eventuais recursos não tem o condão de retirar a efetividade da mediação. A despeito disso, conforme já mencionado, em sendo a decisão tomada na Assembleia de Credores soberana, a sua aprovação pela maioria dos credores limita o juiz a analisar a legalidade das cláusulas contidas no plano, o que acaba restringindo as matérias que os credores possam, eventualmente, discutir em sede de agravo de instrumento. Diante disso, é possível afirmar que homologação do plano pelo magistrado já demonstra que a mediação realizada dentro do processo corroborou para o soerguimento da empresa.

Igualmente, notamos que as previsões contidas no plano do devedor, que é a peça mais importante do processo de recuperação judicial, poderão ser objeto de negócio jurídico processual, nos termos do art. 190 do CPC, a significar que as partes dentro do processo podem convencionar a mudança de prazos, como, por exemplo, o prazo de 180 dias do denominado *stay period*, a forma da comunicação dos atos processuais, a forma de como os credores irão apresentar suas habilitações e divergências, dentre outros. Com efeito, parece que a proposta de introduzir a mediação no âmbito empresarial – especificamente na recuperação judicial - tem contribuído para um desfecho favorável nestes processos. Não obstante isso, há necessidade de levar adiante a pesquisa, a fim de seguir identificando potencialidades e limites. Estes, longe de servirem para alimentar uma crítica às opções institucionais de que trata este artigo, podem servir para o contínuo aperfeiçoamento desse instituto.

Também foi possível perceber que escritórios especializados passaram a oferecer, de forma crescente, serviços de mediação empresarial, assim como outras instituições, inclusive universidades, vêm ofertando cursos de formação para mediadores que desejam atuar no mercado das recuperações de empresas. Assim, na esteira da crise agravada pelos desdobramentos econômicos da pandemia, vê-se surgir e consolidar-se um novo nicho de atuação para esses profissionais, no que parece ser um mercado em franca expansão.

De toda sorte, o que se tem notado, principalmente com a realização dessa pesquisa, que ainda está se iniciando, é que a atuação do mediador na Recuperação Judicial mostra-se como a via ideal ao auxílio das partes envolvidas – devedor empresário em crise e seus credores – contribuindo para a formação do plano de Recuperação Judicial, tendo, portanto, potencial para privilegiar a celeridade e adequada solução dos conflitos que são próprios dos processos de recuperação.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; AMORIM, Maria Stella de. Quando direitos alternativos viram obrigatórios: burocracia e tutela na administração de conflitos. *Antropolítica Revista Contemporânea de Antropologia*, n. 37, 2014. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/11277/1/263-552-1-SM.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2020.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Nº 58 de 22/10/2019. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em 18 set. 2021.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em 18 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.101/2005** - Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm >. Acesso em: 18 mar. 2015.
- BRASIL. *Lei 14.112/2020* - Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto

- de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 18 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.105/2015- Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.
- CAMPINHO, Sérgio, *Plano de Recuperação Judicial – Formação, Aprovação e Revisão*, 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2020.
- DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *Negócio Jurídico Processual na Recuperação Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- FILPO, K. P. L. (). "*Os juízes não aderiram à mediação*". *Lex Humana* (ISSN 2175-0947), 6(2), 60-81. 2015. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/565>.
- MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 5a edição. São Paulo: Atlas, 2012, v.4.
- MIRANDA, Maria Bernadete. *O Instituto da Mediação nos processos de recuperação judicial de empresas*. Revista Virtual Direito Brasil. Volume 13. Número 1. 2019.
- NETO, Adolfo Braga. *Mediação: uma experiência brasileira*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: CLA editora, 2019.
- PEDROSO, João. *Percurso (s) da (s) reforma (s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial*.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TEIXEIRA, Tarcísio. *A Recuperação Judicial de Empresas*. Revista da Faculdade de Direito da USP. v. 106/107. p. 181. Jan/Dez.

2011/2012. Disponível em: <
file:///C:/Users/Klever/Downloads/67943-
Texto%20do%20artigo-89375-1-10-20131125.pdf>. Acesso em
18 set. 2021.

ULHOA, Fábio. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO

Liane Isoldi Linhares¹⁴²

RESUMO

A judicialização dos conflitos e a morosidade na entrega de uma prestação jurisdicional célere e efetiva frustram os anseios da sociedade diante de um sistema estatal precário e incapaz de absorver e solucionar tantos conflitos. A mediação como meio consensual de solução dos conflitos, se apresenta como um instrumento potencialmente capaz de intervir e alterar o paradigma do enfrentamento dos conflitos de uma sociedade predominantemente combativa. Como método autocompositivo de resolução de conflitos, a mediação, prestigia a participação dos envolvidos na construção da solução segundo seus interesses e estabelece um novo patamar de valorização da cidadania. O movimento pela adoção dos métodos consensuais de solução dos conflitos teve início judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010, com a Resolução 125; estabelecendo critérios orientadores para os Tribunais de Justiça, e determinando a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Contudo após uma década o ensino jurídico se mantém resistente, e a formação bacharel em Direito, permanece predominantemente combativa, sem considerar as peculiaridades do conflito ou buscar a melhor solução para os interesses dos envolvidos. O presente trabalho apresenta breves reflexões sobre a necessidade de atualização e adaptação do ensino jurídico na formação dos operadores do direito com a inserção dos meios consensuais de composição dos conflitos e suas práticas.

Palavras-chave: Mediação. Ensino jurídico. Pacificação.

INTRODUÇÃO

A mediação se consagra como meio consensual de tratamento das controvérsias com participação de um terceiro imparcial figurando como

¹⁴²Mestre PPGD-UNESA (2013), Especialista em Direito Processual Civil pela UNESA, Bacharel em Direito pela UFRJ (1985), Professora da Faculdade Internacional Signorelli, Professora convidada dos cursos de Pós Graduação da UCAM. <http://lattes.cnpq.br/0165495310326036>.

facilitador da comunicação entre os envolvidos permitindo-lhes experimentar uma perspectiva diferenciada da situação de conflito com possibilidade de construção de soluções que atendam as conveniências de cada um.

Destaca-se o referido meio de solução consensual dos conflitos pela possibilidade de se proceder a análise ampla das questões incluindo seus reflexos subjetivos, aspecto que em contraste com o procedimento seguido na via judicial, representa uma significativa vantagem.

A comunicação simplificada, a flexibilidade do procedimento e a garantia de sigilo na abordagem das questões permite aos envolvidos a oportunidade de apresentar questionamentos e obter respostas imediatas reduzindo o desgaste e produzindo resultados úteis e duradouros.

Impõe-se destacar que a importância do incentivo aos operadores do direito na adoção dos métodos de solução consensuais dos conflitos cria para a advocacia uma forma diferenciada de assistência, distinta do modelo combativo tradicional. Diante desse cenário é imperativo desenvolver nos estudantes, habilidades técnicas de comunicação e de negociação para que tenham melhores condições de orientar seus clientes, esclarecendo sobre as vantagens da adoção dos meios extraprocessuais de conflitos.

Este trabalho se propõe a apresentar breves considerações acerca da relevância do instituto da Mediação de Conflitos como instrumento de transformação da cultura do litígio em contraste com a realidade do ensino jurídico brasileiro orientado predominantemente por uma abordagem combativa contribuindo para formação de profissionais sem conhecimento técnico e prático dos meios extrajudiciais de enfrentamento dos conflitos.

Para a exposição do tema optou-se pelo método dedutivo com referências bibliográficas de pesquisas em legislação específica, livros, artigos científicos que abordem o instituto. Com o objetivo de abordar a relevância da divulgação e consolidação do ensino dos métodos consensuais de solução dos conflitos nos cursos jurídicos, para formação dos operadores do direito.

1. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO E ADAPTAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO

Ressaltando a importância da Mediação, Fernanda Tartuce aduz que “o resgate de meios consensuais, longe de consistir um retrocesso, representa um caminho para o encaminhamento proveitoso de muitas controvérsias.” Justificando a vantagem da opção pelas partes do meio extraprocessual na solução consensual de suas disputas em conflitos oriundos de relacionamentos, segundo Tartuce, “marcados por uma continuidade intrínseca”.

Alerta a autora que a judicialização desses conflitos tende a desenvolver outros problemas na medida em que pela natureza do procedimento se impõe uma necessária polarização dos envolvidos dificultando a comunicação, comprometendo o convencimento do magistrado e restando por vezes em uma prestação jurisdicional tardia e ineficaz.

Segundo Kazuo Watanabe, uma adoção mais expressiva dos meios alternativos resta por vezes prejudicada em razão do preconceito manifestado pelos próprios operadores na aplicação das técnicas de composição dos conflitos, atribuindo um peso maior as decisões judiciais em detrimento de acordos.

O desconhecimento ou desinteresse pelas práticas consensuais dos operadores se explica em grande parte pela sua formação acadêmica.

Sobre a questão aduz Tartuce que um dos aspectos que contribuirá para a mudança na mentalidade é a alteração na “formação jurídica do estudante de Direito”.

Observe-se que o ensino jurídico ministrado nas universidades segue mantendo os mesmos moldes por décadas, em descompasso com todas as mudanças impulsionadas desde 2010, com a edição da resolução 125, do CNJ.

O incentivo ao diálogo, a participação dos envolvidos na solução dos conflitos, a adoção de uma postura mais colaborativa por parte dos profissionais que as assistem, entram em confronto com a realidade dos operadores do direito que iniciam sua atuação apresentando uma postura

predominantemente combativa, onde a teoria e a prática prestigiam a litigância, e o objetivo é a busca pela vitória.

Percebe-se que existe um flagrante desencontro entre a realidade da academia, com sua metodologia tradicional voltada para o treinamento de operadores puramente técnicos e estímulo a litigância, e as exigências atuais que prestigiam a comunicação e a pacificação dos conflitos flexibilizando tempo e espaço aos envolvidos para a construção de uma solução que atenda seus interesses, destituindo do Estado da posição de detentor exclusivo da solução .

Impulsionado pelo movimento iniciado pelo CNJ com a resolução 125, o legislador inseriu no Código de Processo Civil, em vigor, as formas consensuais de solução dos conflitos estimulando sua adoção por todos aqueles que participam do processo impondo uma atuação cooperativa na busca de um resultado justo, efetivo e duradouro. Diante disso pode se afirmar que o enfrentamento dos conflitos sem o devido conhecimento das formas e técnicas adequadas dos meios consensuais de solução dos conflitos e operado por profissionais desconectados dessa realidade está na contra mão da solução pacífica de controvérsias proposta pelo legislador.

A sociedade frustrada com a morosidade, a ineficiência e a falta de efetividade da prestação jurisdicional, evoluiu e passou a interpretar o conceito de acesso à justiça de forma mais ampla que acesso oferecido pelo Estado, pugnando por mudanças no tratamento das situações de conflito.

A responsabilidade por essa quebra de paradigma também deve ser estendida as instituições de ensino jurídico, para que promovam substanciais alterações no processo de ensino-aprendizagem, com a inclusão dos meios consensuais de solução conflitos em seus projetos pedagógicos, a criação de disciplinas específicas e elaboração de conteúdo a ser inserido em todas as disciplinas teóricas e práticas.

Significa afirmar que a mudança deve ocorrer nas bases do ensino jurídico oportunizando aos futuros operadores uma tomada de consciência da importância do compromisso de exercer a profissão contribuindo para a transformação social e valorização da cidadania.

Nas lições de Águida Arruda Barbosa, "os passos para inserir a mediação num programa amplo de implantação devem ser enquadrados nos moldes acadêmicos, com obrigatoriedade da disciplina no curso de Direito".

A mudança de paradigma se impõe. A efetividade das mudanças legislativas será fortalecida pela inserção dos meios consensuais de solução dos conflitos nas matrizes curriculares de disciplinas teóricas e práticas e contribuirá para a transformação da sociedade permitindo melhores condições de convivência.

2. A NOVA CONCEPÇÃO DO ENSINO JURÍCO

Mesmo diante de tantas transformações em relação ao tratamento dos conflitos, constatamos que o ensino jurídico não apresentou consideráveis mudanças em suas matrizes curriculares oportunizando a seus alunos um estudo mais aprofundado dos meios adequados de solução de conflitos.

Desde a edição da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para a realização das sessões/audiências de conciliação e mediação, bem como auxílio, orientação e estímulo à autocomposição; muitos esforços vêm sendo empreendidos junto à sociedade para difundir e popularizar todas as possibilidades de composição dos litígios.

Consagrando o movimento de pacificação o novo diploma processual civil inovou também ao dispor sobre a adoção dos meios consensuais de solução dos conflitos em seu artigo 3º. O art. 3º, §3º, que: "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Repensar a estrutura do ensino jurídico conforme a perspectiva das políticas públicas implementadas desde 2010, pelo CNJ, é imperioso para

afastar a mentalidade combativa que tem predominado na formação dos profissionais há décadas. Nas palavras de Tartuce,

O primeiro ponto é trabalhar sobre a mudança de mentalidade, promovendo alterações na formação jurídica do estudante de Direito, na conduta do operador do Direito militante, na atuação do administrador da justiça e mesmo nas expectativas das partes, atribuindo-lhe consciência sobre as diversas possibilidades de tratamento de seus conflitos. (2016, p. 92)

No mesmo sentido, a afirmação de Gaio Júnior e Ribeiro,

A cultura da educação jurídica praticada pelos cursos de graduação em Direito se apresenta dissociada da realidade planejada como estratégia pelos Tribunais de Justiça que, motivados pelo Conselho Nacional de Justiça, têm dado cada vez mais espaço e importância aos meios não contenciosos de solução de conflitos. A educação jurídica precisa se adaptar a essa nova realidade, pois como principal atriz da formação dos futuros profissionais da área jurídica, precisa despertar os seus alunos para esse novo tempo. Sem conhecimento sobre a matéria, sem disciplinas relacionadas a meios não contenciosos de solução de conflitos estarão sendo levados ao mercado de trabalho profissionais despreparados e desconectados com o atual momento. (JUNIOR, 2010)

Verifica-se na prática que a atuação do operador do direito revela-se polarizada, com ênfase em técnicas notadamente contenciosas, disseminando a cultura de submissão dos conflitos à decisão Estatal. Permanecem com a visão de uma justiça centralizada na figura de poder do Estado juiz; estimulando a oposição entre as partes e a disputa a qualquer preço.

Reconhecidamente a postura do profissional é produto do ensino dogmático recebido durante anos e que reflete na prática estreitando as chances de condução de uma solução pacífica e duradoura e retira das partes em conflito a possibilidade de intervir na construção de uma solução que atenda de maneira legítima seus interesses.

Constata-se que o curso de direito tradicionalmente ostenta em seu currículo uma carga horária inexpressiva no que diz respeito ensino dos meios consensuais de resolução dos conflitos em todas as suas dimensões. Idêntica situação é verificada nas disciplinas práticas exigidas nos últimos períodos em que as atividades permanecem centradas no exercício da jurisdição estatal contenciosa, ou seja, na judicialização dos conflitos.

A previsão da Resolução 9/2004, do Ministério da Educação do Brasil (MEC) dispendo sobre o estágio supervisionado, estabelecia bases curriculares para o ensino jurídico:

Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização. § 1º. O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio da IES, para avaliação pertinente.

O estágio supervisionado, disciplina obrigatória, realizado nos Núcleos de Prática Jurídica, mantém a tradição, exigindo atividades predominantemente de natureza contenciosa, como a elaboração de petições, acompanhamento de processos, relatórios das audiências, ou seja, desenvolvendo nos estudantes/estagiários a tradicional postura combativa.

É essencial desenvolver a prática privilegiando uma formação mais humanística, contextualizada e ética, capacitando os futuros operadores ao manejo das formas consensuais de composição de conflitos, com vistas à atuação em diversas áreas: judiciais, extrajudiciais e administrativas.

Preparando o estudante /estagiário para o exercício de práticas pré-processuais, com domínio das técnicas de conciliação e mediação de conflito. Acrescente-se, que o sucesso da mudança depende da contribuição daqueles que detém o conhecimento técnico para avaliar a melhor e mais produtiva estratégia de enfrentamento dos conflitos.

Esse modelo de operador do direito humanizado, crítico, ético e com habilidades para intervir na realidade e transformá-la, somente será viável a partir da reestruturação do ensino jurídico em todas as instituições do país.

A resolução 9/2004, posteriormente revogada pela Resolução n.º 5, de 18 de dezembro de 2018 ,expedida pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, estabelece novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior, com ênfase nos meios consensuais de resolução de conflitos,

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado

a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

Parágrafo único. Os planos de ensino do curso devem demonstrar como contribuirão para a adequada formação do graduando em face do perfil almejado pelo curso.

No inciso IV do artigo 4º, ao descrever as competências exigidas,

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:

...

VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;

No inciso II do artigo 5º, ao dispor sobre os conteúdos e atividades dos eixos curriculares,

Art. 5º. O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas:

II - Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito,

Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Formas Consensuais de Solução de Conflitos; e

Ainda do §6º do artigo 6º, pertinente as disciplinas práticas,

Art. 6º A Prática Jurídica é componente curricular obrigatório, indispensável a consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

§ 6º A regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica incluirão práticas de resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como a prática do processo judicial eletrônico.

Reconhecidamente as instituições de ensino tem parcela significativa de responsabilidade no estabelecimento das práticas de solução consensual como meios de acesso a justiça ao lado das práticas contenciosas tradicionalmente constantes em todos os currículos.

Ressalte-se que objeto desse trabalho não se restringe defender a inserção de disciplinas específicas nas matrizes curriculares, mas a adoção dos meios adequados de solução dos conflitos nos conteúdos programáticos das disciplinas e nas atividades complementares, de extensão, projetos de pesquisa e trabalhos de conclusão.

Entendemos que a mera inclusão de uma disciplina em um determinado período tem chances reduzidas de despertar no estudante à conscientização da importância do tema como instrumento de transformação social e incentivá-lo a desenvolver por si próprio a pesquisa e o domínio das práticas.

Não se trata, portanto do atender a uma determinada orientação da referida resolução, com a inclusão de uma disciplina, mas de se difundir e promover desde as salas de aula a cultura do diálogo nas situações de conflito, de abordar o tema sob todas as formas nos conteúdos programáticos de diversas disciplinas.

Fomentando pesquisas e práticas que envolvam o estudante capacitando-o para compreender o significado social da sua profissão e da importância de sua atuação no cenário de transformações que enfrentará no mercado de trabalho.

No contexto do diálogo como relevante instrumento de pacificação de conflitos, surgem questionamentos acerca da linguagem jurídica. Criada para a comunicação entre os profissionais, vem sendo apontada como obstáculo a compreensão, operando com fator de exclusão do leigo que por não ser capaz de compreender os termos técnicos opta por dirigir suas demandas para o judiciário sentindo-se incapaz de intervir na solução do seu conflito.

No cenário dos meios adequados de solução dos conflitos, a comunicação tem enorme destaque tratando-se de um processo de mão dupla e a linguagem utilizada deve ser acessível e desprovida de expressões técnicas, eliminando qualquer dificuldade de compreensão para que se possa permitir ao cidadão atuar como protagonista da situação e ter condições de construir a solução mais adequada.

Não é por outra razão que a referida resolução faz constar no art. 4º, X a necessidade de aceitação da diversidade e o pluralismo cultural, e mais adiante também no mesmo artigo, o XIII, impõe ao operador do direito a competência de “desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar;”.

Não se pode olvidar que o aprendizado e o desenvolvimento prático dos meios adequados de solução dos conflitos, devem começar nas instituições de ensino jurídico, pois apesar de todos os esforços empreendidos pelo CNJ na disseminação das práticas e na exigência de criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania a

consolidação das práticas consensuais depende de uma adequada e consciente atuação dos operadores para alcançar a mudança de paradigma no enfrentamento dos conflitos almejada pela sociedade.

O desafio está lançado e incumbe às instituições a reestruturação do ensino jurídico para formar operadores do direito com capacidade de distinguir a via adequada para a resolução das situações apresentadas e aptidão de analisar e mediar às situações de conflitos; com uma postura humanizada diante da realidade enfrentada, com domínio das práticas consensuais e do diálogo considerando as peculiaridades dos envolvidos na situação de conflito.

Repetindo as palavras de Fernanda Tartuce, “o resgate de meios consensuais, longe de consistir em um retrocesso, representa um caminho para o encaminhamento proveitoso de muitas controvérsias”.

É imperiosa a mudança da atual cultura combativa para a cultura da pacificação, e para alcançar o resultado almejado é imprescindível a reestruturação do ensino em todas as instituições do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução construída com a participação dos envolvidos consagra os meios adequados de solução consensual dos conflitos como uma opção que atende aos interesses das partes em conflito. O tratamento diferenciado parte de uma visão positiva do conflito, desconstruindo a aparência de oposição, restabelecendo o diálogo e devolvendo aos envolvidos o poder de decisão.

As vantagens da adoção da Mediação como forma preferencial de solução dos conflitos, sempre que a natureza do direito controvertido permitir, não só resgata a dignidade como empodera o cidadão perante disputas futuras.

O princípio do acesso à justiça há tempos deixou de significar somente o “acesso ao Estado”, passando a expressar um legítimo reconhecimento de valores sociais e o acesso à ordem jurídica justa.

Muito além de representar soluções para o congestionamento do judiciário ou para a morosidade da entrega da prestação jurisdicional os

meios consensuais de solução dos conflitos se apresentam como instrumento de pacificação dos conflitos sem o desgaste da via judicial, com oportunidade de intervenção pelos interessados na construção de soluções que atendam os seus interesses. Acrescente-se que a solução alcançada pelas partes envolvidas satisfaz os interesses, resgata a confiança e garante o cumprimento do compromisso firmado. Trata-se de instrumento de exercício da cidadania.

A adoção pelo Estado da solução consensual de conflitos, consagrada a partir da publicação da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e mais recentemente com a inserção dos meios consensuais de solução dos conflitos no Código de Processo Civil, vigente estabelece uma nova mentalidade aos operadores do direito.

No entanto pelas breves reflexões expostas constata-se que apesar dos benefícios difundidos acerca dos meios adequados de solução dos conflitos, o ensino jurídico em nosso país mantém uma posição conservadora e continua preparando os futuros operadores do direito para as práticas contenciosas evidenciando uma visão desconectada da realidade.

Impõe-se a conscientização das instituições de ensino da importância de atualização e adaptação do ensino jurídico voltado à formação do operador do direito com competência para a prática do diálogo e o manejo das práticas consensuais.

Que apresente uma postura uma postura pacificadora e incentivadora da composição da controvérsia resgatando a confiança entre as pessoas.

Para alcançar esse nível de capacitação evidencia-se a necessidade da mudança substancial na cultura do ensino jurídico, com alteração de seus projetos pedagógicos, reestruturação de seus currículos, revisão dos conteúdos, redução das atividades e práticas predominantemente contenciosas; consolidando os métodos consensuais de resolução dos conflitos como ferramentas de ampliação do acesso à justiça, de valorização da cidadania, contribuição da transformação social e construção de uma sociedade mais justa e democrática.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar Interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60-61.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 18 nov.2021.
- BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 18 nov.2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 nov. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. Resolução CES/CNE n.º 9 de 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 18 nov.2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação Câmara de Educação Superior. Resolução n.º 5 de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-

- 2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 18 nov.2021.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Weslley Carlos. O ensino jurídico e os meios não contenciosos de solução de conflitos. <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/74> . Acesso em: 19 nov.2021.
- GOULART, Juliana Ribeiro. NUNES, Diego. As formas consensuais de solução de conflitos e as novas diretrizes curriculares para os cursos de graduação em Direito. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302686/as-formas-consensuais-de-solucao-de-conflitos-e-as-novas-diretrizes-curriculares-para-os-cursos-de-graduacao-em-direito>. Acesso em: 19 nov.2021.
- SILVA, Luciana Aboim Machado, Gonçalves da, Vitale, Carla Maria Franco Lameira. A solução consensual de conflitos e a atual visão do operador do direito: novos desafios do ensino jurídico com reflexos para uma sociedade mais justa. <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7017/3336>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.
- _____. Técnicas de Mediação. In: SILVA, Luciana Aboim Machado, Gonçalves da (Org). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42-57.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover [S.l: s.n.], 2005.

A APLICAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Luís Coelho da Silva Júnior¹⁴³

RESUMO

No Brasil, o direito à saúde tem previsão constitucional, caracterizando-se pela universalidade e igualdade na prestação dos serviços. O sistema de saúde nacional, quando submetido ao agravamento da pandemia de Covid-19, experimenta os maiores desafios na prestação de seus serviços, diante da real possibilidade real de colapso do sistema, com a falta de leitos, equipamentos e insumos. Nesse cenário, a via judicial tornou-se imprescindível para assegurar o acesso a bens e serviços de saúde, sejam pelas das desigualdades regionais, falta de infraestrutura ou baixo investimento, que já caracterizavam o SUS, sejam pelos efeitos da pandemia de Covid-19. Desse modo, faz-se necessário identificar formas alternativas ou mesmo mais adequadas de efetivar o direito à saúde e, neste trabalho busca-se analisar a adoção dos meios consensuais de resolução de conflitos como alternativa à lentidão e inefetividade da justiça estatal na efetivação do direito à saúde, em especial nas ações que envolvam os efeitos da pandemia de Covid-19.

Palavras-chave: Direito à saúde; judicialização; Covid-19; meios consensuais de resolução de conflitos;

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é previsto pelos arts. 6º e 196, da CRFB/1988. No entanto, apesar de assegurada sua disponibilização de forma universal e igualitária, constata-se que o Estado não é capaz de prestar

¹⁴³ Pós-graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pós-graduação CEI. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Lasalle do Rio de Janeiro - UNILASALLE-RJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Centro de Estudo Empírico Jurídico – CEEJ. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado na Autarquia Municipal de Serviços de Obras de Maricá – SOMAR. E-mail: luicsj@outlook.com.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1570193774535906>.

adequadamente os serviços de saúde, seja pelas desigualdades regionais, falta de infraestrutura ou baixo investimento.

As desigualdades regionais ficam evidenciadas quando comparadas a “distribuição/alocação de leitos de UTI (SUS e não SUS) no Brasil. A Região Sudeste concentra (51,9%) dos leitos de UTI nacional, enquanto as regiões Norte (5,2%) e Centro-Oeste (8,5%) não alcançam 10 % dos leitos totais” (CONTRIM, CABRAL, 2021).

Nota-se que a concentração de serviços de saúde em determinadas regiões do país, em detrimento de outras, releva uma maior facilidade de acesso, visto que a existência de leitos se vincula à disponibilização de outros serviços e/ou materiais, tais como médicos, enfermeiros, medicamentos e insumos em geral.

Além disso, os números revelam a existência de vazios assistenciais, em razão da ausência da oferta de serviços de saúde em determinado espaço geográfico onde, em princípio, deveriam estar sendo prestados à população (VIERA, 2020, p. 19).

Quando se analisam os efeitos nefastos da Covid-19, em especial aqueles decorrentes do agravamento da doença e sua repercussão no aumento da demanda, constata-se a pressão imposta aos sistemas de saúde, bem como os gargalos relativos a prestação dos serviços, decorrentes de sua deficitária infraestrutura (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021)¹⁴⁴.

Tais fatos aumentam as chances de acionamento do Poder Judiciário na tentativa de dirimir conflitos, muitos relacionados às prestações de

¹⁴⁴ Desde que foi detectada em dezembro de 2019, a Covid-19, causada pelo vírus Sars-coV-2, vem se alastrando pelos diferentes continentes, tendo sido declarada uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em março de 2020. Segundo a OMS, 80% (oitenta por cento) dos pacientes com Covid-19 apresentam sintomas leves, 15% (quinze por cento) evoluem para hospitalização, com auxílio de oxigenoterapia e 5% (cinco por cento) precisam ser atendidos em unidade de terapia intensiva (UTI). Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Oxygen sources and distribution for COVID-19 treatment centres: interim guidance, 4 april 2020. Geneva: World Health Organization; 2020. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331746/WHO-2019-nCoV-Oxygen_sources-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2021.

saúde e, no presente caso, decorrente da quantidade expressiva de pessoas contaminadas pela Covid-19 e da já deficitária infraestrutura do Sistema Único de Saúde.

A problemática analisada por este trabalho, gira, então, em torno da possibilidade de aplicação dos meios consensuais de solução de conflitos para a efetivação do direito à saúde, por meio de ações relativas à prestação de tais serviços, considerando os efeitos da pandemia de Covid-19.

A resposta não se mostra simples, pois de acordo com o texto constitucional, a saúde é um direito de todos, sendo garantido não somente “por meio de ações e serviços sanitários, mas também mediante políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças (art. 196)” (BARCELOS *et al*, 2021, p. 459).

Faz-se necessário compreender como a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos pelo Estado não viola o interesse público e, dessa forma, é possível efetivar o direito à saúde, tanto sob à ótica dos direitos fundamentais da pessoa humana, como sob à ótica dos direitos humanos.

Nesse sentido, com a finalidade de melhor analisar o tema e sem qualquer intenção de esgotá-lo, em razão da complexidade da matéria, destaca-se que o presente trabalho se inicia com a delimitação do direito à saúde no Brasil e sua prestação, considerando as disposições constitucionais, legais e internacionais que cercam o tema.

Posteriormente, são traçados breves comentários sobre os meios consensuais de resolução de conflitos e sua utilização pela Administração Pública/Fazenda Pública. Ressalta-se, no entanto, há divergências doutrinárias acerca da plena aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos, uma vez que a Administração Pública cita a indisponibilidade do interesse público como óbice.

Quanto à metodologia, a pesquisa será conduzida considerando as dimensões qualitativa, valendo-se de fontes bibliográfica-documental, de caráter hipotético-dedutivo, com vistas a traçar os contornos da aplicação dos meios consensuais de resolução de conflitos às ações que envolvam a efetivação do direito à saúde.

1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA PRESTAÇÃO

No Brasil, o direito à saúde é inicialmente mencionado pelo art. 6º, da CRFB/1988, o qual estabelece que a saúde é um direito social e, posteriormente, pelo art. 196 e ss., no qual encontra “sua maior concretização em nível normativo-constitucional” (SARLET, 2019, p. 835).

Ainda de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet *et al* (2019, p. 835), o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, bem como à dignidade da pessoa humana, que é atribuída à pessoa humana viva. Nessa perspectiva, o direito à saúde é condição para exercício de outros direitos, ou seja, é pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.

Desse modo, infere-se que o direito à saúde é um bem marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, os quais se sobrepõem em certa medida, como é o caso do direito à vida, integridade física e psíquica, educação, meio ambiente, moradia, alimentação, trabalho, etc. (SARLET, 2019, p. 835).

No plano internacional, o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, incorporado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, incorporado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, sendo o direito à saúde assegurado pelos arts. 12 e 10, de ambos os diplomas, respectivamente.

Ressalta-se, desde já, que o direito à saúde é marcado pelos determinantes sociais. Nesse sentido, de acordo com o art. 196, da CRFB/1988, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Segundo Fabíola Sulpino Vieira (2020, p. 11), os determinantes sociais da saúde podem ser compreendidos como as condições de ordem

social, econômica, étnica/racial, psicológica e comportamental que influenciam a probabilidade de ocorrência de doenças. Desse modo, pode-se concluir que saúde é determinada por diversos fatores, mas a oferta de ações e serviços somente de saúde é insuficiente para se alcançar o maior nível de bem-estar físico, mental e social.

Tais determinantes são ampliados em sede infraconstitucional, considerando que a saúde tem como “determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”, de acordo com o disposto pelo art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Pela leitura do texto constitucional, percebe-se que o direito à saúde está vinculado a uma séria de prestações estatais cuja finalidade é assegurar bem-estar, bem como outras políticas sociais e econômicas, com o objetivo de reduzir o risco do adoecimento dos indivíduos (VIEIRA, 2020, p. 11).

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 modifica o panorama da saúde brasileira, ao assegurar tanto o acesso às ações quanto às prestações dos serviços de saúde, na forma de um sistema único, que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, que formam justamente o Sistema Único de Saúde – SUS, em atendimento à norma prevista pelo art. 198, da CRFB/1988, sendo regulamentado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

De acordo com Saulo Lindofer Pivetta (2014), o Sistema Único de Saúde articula as ações e serviços de saúde, bem como coordena os variados atores e estruturas envolvidas com as políticas sanitárias, prestados por todos os níveis da federação. Além do Estado, a Constituição Federal admitiu a execução das prestações de saúde por terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, de acordo com o preconizado pelo art. 197, da CRFB/1988.

Os serviços e ações de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada. O aspecto da regionalização leva em consideração as

especificidades de cada região e suas demandas de saúde, não se restringindo aos critérios geográficos. Quanto à hierarquia, os serviços são escalonados a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e otimização dos recursos (PIVETTA, 2014, *passim*).

Além disso, a rede hierarquizada é elaborada em três graus: atendimento primário, também chamado de atenção básica, que envolve as ações de baixa complexidade e o encaminhamento aos níveis mais complexos (atendimentos secundário e terciário), constituindo-se a porta de entrada do sistema (PIVETTA, 2014, *passim*).

Há de se ressaltar, na oportunidade, que os incisos do art. 198, da CRFB/1988 entabulam três diretrizes para o Sistema Único de Saúde: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com destaque para as atividades preventivas, sem prejuízo as assistencialistas; e (iii) participação da comunidade.

A integralidade do sistema impõe que a rede pública seja completa, em termos assistenciais, conforme disposto pelo art. 7, II, da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), sendo compreendida como o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos, individuais e coletivos, aplicados caso a caso, em todos os níveis de complexidade do sistema (PIVETTA, 2014, *passim*).

A diretriz da integralidade do SUS engloba, necessariamente, as medidas preventivas e assistenciais, constituindo-se as linhas gerais de atuação do Estado. Contudo, destaca-se que a sua atuação poderá sofrer restrições, havendo certa delimitação de quais condutas poderão ser exigidas.

Com efeito, a integralidade não assegura que toda e qualquer ação e/ou prestação assistencial, integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado, devendo:

ser compreendida como a obrigação do Poder Público de, amparado nos critérios estatuidos em lei e na Constituição (notadamente a partir de critérios epidemiológicos e científicos), formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os

cidadãos (PIVETTA, 2014, *passim*).

Quanto à diretriz da descentralização, o Sistema Único de Saúde valoriza as esferas locais e a unidade na gestão das políticas públicas sanitárias. Nessa toada, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 23, II, a competência comum entre os entes federados, no que se refere ao cuidado da saúde.

Por opção constitucional, a gestão dos serviços de saúde funda-se na cooperação entre os entes federados, por haver forte interdependência e interesse comum nos programas a serem desenvolvidos. Ainda que desenvolvidas de forma descentralizada, as ações de saúde exigem direção única em cada esfera de governo, em que resta assegurada a operacionalização do sistema, bem como a definição das estratégias e repartição de responsabilidades (PIVETTA, 2014, *passim*).

De acordo com o art. 9º, da Lei nº 8.080/1990, a direção única será exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes; e, no âmbito dos Municípios, pelas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

A Lei nº 8.080/1990 traça as linhas gerais relativas às competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo à direção nacional do SUS, com fundamento no art. 16, a as atividades de coordenação e normatização do sistema.

De acordo com o disposto pelo parágrafo único, do art. 16, da Lei nº 8.080/1990, compete à União exercer ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na hipótese em que agravos de saúde escapam da capacidade de controle da direção estadual ou quando possam representar risco de disseminação por todo o território nacional (PIVETTA, 2014, *passim*).

Há de se ressaltar que, em razão da epidemia de COVID-19, seria competência da União a coordenação das ações relativas ao combate ao vírus, ao se considerar o disposto pelo parágrafo único, do art. 16, da Lei nº 8.080/1990, quanto à competência para o exercício de ações de vigilância epidemiológica.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se

manifestar nos autos da ADI 6.341, a fim que fosse permitido a Estados e Municípios a execução das ações de combate ao vírus, em razão da omissão da União, justamente porque o ente federal manteve-se inerte em relação à implementação de restrições, tais como o isolamento social e fechamento de serviços não essenciais.

Destaca-se, desde já, que não houve alteração da responsabilidade pela execução das ações de prestação dos serviços de saúde, mas apenas explicitou-se a competência de estados e municípios quanto à adoção de medidas restritivas, com o objetivo de conter a pandemia do coronavírus. Desta forma, estes entes da federação podem determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto (PIVETTA, 2014, *passim*).

As direções estaduais, por sua vez, têm o dever de promover a descentralização para os municípios das ações e serviços de saúde. Além disso, devem prestar apoio técnico e financeiro às municipalidades, cabendo aos Estados apenas a execução de forma supletiva, bem como gerir os sistemas de alta complexidade, coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentro, entre outras, nos termos do art. 17, da Lei nº 8.080/1990.

As direções municipais, de acordo com o art. 18, da Lei nº 8.080/1990, cuidam do planejamento, organização e controle da execução dos serviços públicos de saúde. As atividades prestadas pelo município estão concatenadas com o planejamento estadual e nacional, partindo-se de modo ascendente, considerando que o planejamento do SUS partirá do nível local para o nacional (art. 36, da Lei nº 8.080/1990).

No que se refere à diretriz da participação popular (art. 198, III, da CRFB/1988), esta vincula-se ao escopo comum da CRFB/1988 de democratizar o Estado brasileiro. Deve a participação popular ser compreendida a partir do projeto de democratização do país, em especial da Administração Pública, uma vez que o princípio democrático prevalece como critério de legitimidade das ações dos agentes públicos (PIVETTA, 2014, *passim*).

Pode-se notar que o projeto democrático constitucionalizado não se resume à democracia direta ou mesmo à representativa, visto que ganha

espaço a democracia participativa, considerada como a possibilidade de os cidadãos participarem das decisões políticas do Estado.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Saulo Lindofer Pivetta, a participação popular é uma concepção mais refinada do projeto democrático, uma vez que por meio do exercício da democracia participativa a própria sociedade que se democratiza:

não se trata apenas de definir quem será o responsável pela decisão final, se os representantes eleitos (democracia representativa) ou se o próprio povo (democracia direta). Por meio dos instrumentos de democracia participativa a máquina estatal se torna mais próxima da sociedade, diminuindo a distância entre aqueles que governam e aqueles que são governados (PIVETTA, 2014, *passim*).

Ademais, a atuação da Administração Pública tem como principal objetivo a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, uma vez que a Constituição materializa a democracia no âmbito administrativo (PIVETTA, 2014, *passim*).

A democratização do agir administrativo em assuntos relativos à prestação dos serviços de saúde vincula-se às origens que levaram à formação dos Sistema Único de Saúde, com o estabelecimento da direção da participação popular na esfera decisória (art. 198, da CRFB/1988). “A regulamentação deste dispositivo é realizada pela Lei nº 8.142/1990, que institui dois órgãos de participação popular: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. É por intermédio deles que se viabiliza a inserção dos cidadãos nos processos decisórios das políticas sanitárias” (PIVETTA, 2014, *passim*).

Pode-se concluir, portanto, que a criação do SUS, com a Constituição de 1988, constitui-se importante meio para a efetivação do direito à saúde. Contudo, não é o único, uma vez que o Estado deve implementar uma série de políticas públicas voltadas ao bem-estar, que se vinculam ao direito à saúde (VIEIRA, 2020, p. 11).

Assim, serão traçadas breves considerações acerca da

judicialização dos serviços de saúde no Brasil, destacando-se as consequências da pandemia de COVID-19, quanto à disponibilização de leitos de UTI, pelo Poder Público.

Contudo, apesar dos princípios da universalidade, participação social, integralidade, equidade, previstos pelo art. 196, da CRFB/1988, vê-se que o Estado não é capaz de atender a demanda pelos serviços de saúde, seja pela escassa infraestrutura da saúde brasileira, pelas desigualdades regionais e sociais, ou pela vulnerabilidade de grande parte da população.

Tais fatores aumentam as chances de acionamento do Judiciário para dirimir conflitos, muitos relacionados às prestações de saúde por meio do SUS (por exemplo, a judicialização da ocupação de leitos hospitalares no momento de escassez de vagas, decorrente da quantidade expressiva de pessoas contaminadas pela Covid-19).

Entretanto, apesar da crescente judicialização¹⁴⁵ dos assuntos relativos à saúde¹⁴⁶, a solução adjudicada ao Poder Judiciário nem sempre representa o meio mais adequado à solução dos conflitos, pois o volume de processos e, em muitas das vezes, a exigência de conhecimentos de cunho técnico em matéria de saúde, os quais os órgãos jurisdicionais desconhecem (RODRIGUES, 2016, p. 372), impedem uma decisão célere e até mesmo justa.

Nesse contexto, em que se buscam soluções mais justas tanto do ponto de vista jurídico, quanto social, observa-se a substituição da ‘cultura de sentença’ pelo uso dos meios consensuais de resolução de conflitos, reafirmando o aspecto do processo de resultados, em que o objeto principal é a pacificação social (DINAMARCO, 2017, p. 90).

Assim, serão analisados no próximo ponto, a utilização dos meios

¹⁴⁵ A judicialização da saúde pública pode ser compreendida como o acionamento do Poder Judiciário para dirimir conflitos perante o Poder Executivo, pessoas privadas ou mesmo pessoas físicas em matéria de saúde, seja por indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadão ou consumidores.

¹⁴⁶ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no período de 2008 a 2017, houve o aumento de aproximadamente 130% no número de demandas anuais relativas à saúde. No mesmo período, os relatórios ‘Justiça em Números’ apontaram um aumento de 50% do número total de processos em curso na primeira instância.

consensuais de resolução de conflitos em matéria que envolvam o direito à saúde e sua efetivação.

2. OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS SERVIÇOS DE SAÚDE

Nota-se que no Brasil há uma preferência pelas vias judiciais, em detrimento às consensuais, pois a sociedade via sua utilização com desconfiança, por considerá-los inseguros, arriscados e sem garantias. “Sem outras opções legítimas para solucionar seus problemas, a decisão imposta pelo juiz seria a única via disponível. Destarte, o jurisdicionado se acostumou a congestionar os tribunais para buscá-la, pois as supostas virtudes institucionais são indiscutíveis” (PINHO, 2019, p. 811).

O fato de o Judiciário estar aberto a analisar as demandas que lhes são propostas, não pode significar que seja a única porta de entrada ou mesmo a primeira ser utilizada, mas sim, ser utilizada de forma subsidiária, com a finalidade de evitar a sobrecarga do sistema e, desse modo, privilegiar a efetividade das decisões e a celeridade da prestação jurisdicional (PINHO, 2019, p. 802-803).

Destaca-se, considerando o cenário de intensa litigiosidade e a necessidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional para efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados que o sistema processual civil brasileiro passou por uma significativa mudança de cunho político, que culminou na edição do Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei nº 13.105/2015), ao adotar o modelo multiportas de resolução de conflitos (NETO, 2018). Buscou o legislador conferir aos meios consensuais o caráter de igual dignidade enquanto mecanismo de pacificação social, não se restringindo à solução adjudicada pelo Poder Judiciário.

Os meios consensuais de resolução de divergências apresentam-se como alternativa à lentidão e inefetividade da justiça estatal, desde a segunda metade do século XX. De acordo com Mauro Cappelletti, os meios alternativos de resolução de conflitos seriam a resposta ao obstáculo processual do acesso à justiça, nos casos em que o processo litigioso tradicional não constituísse a forma mais efetiva de se reivindicar

direitos (PINHO, 2019, p. 807).

Em atenção ao fenômeno da desjudicialização¹⁴⁷, e antes mesmo do CPC, o Conselho Nacional de Justiça havia editado a Resolução nº 125/2010, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, objetivando a resolução de conflitos de interesses, considerando sua natureza e particularidade, sendo este um importante marco, devido à implementação de uma política pública de Estado que prioriza a resolução consensual de controvérsias.

Segundo Klever Paulo Leal Filpo (2021), além da Resolução nº 125/2010, a adoção dos mecanismos de solução consensual é incentivada pela Política Judiciária Nacional para a Saúde, relacionada ao tema da judicialização da saúde e as respostas institucionais do Poder Judiciário.

Ainda segundo o autor, a proposta de trazer a mediação e a conciliação para os conflitos sanitários ganha força, em razão da promessa de melhor percepção do conflito e do encontro da solução mais adequada, pacífica e construída de forma democrática (FILPO, 2021).

Merece destaque o ponto suscitado por Maria Célia Delduque e Eduardo Vasquez de Castro, citados por Klever Paulo Leal Filpo, quanto ao protagonismo do Poder Judiciário, uma vez que as soluções consensuais vêm se dando quase que exclusivamente no âmbito judicial, ao invés de serem resolvidas no âmbito da União, Estados ou Município, dentro de suas competências, o que não atende ao Sistema Único de Saúde nem ao próprio órgão julgador (FILPO, 2021).

Em sentido semelhante, Alexandre Silva e Gabriel Schulman (FILPO, 2021) esclarecem que o estabelecimento de uma solução consensual no âmbito do Poder Judiciário, não evita o acionamento daquele que pretender se manter, ao menos inicialmente, à margem da

¹⁴⁷ A desjudicialização seria caracterizada pela busca de outras formas de composição, não se fazendo uso, ao mesmo inicialmente, da decisão adjudicada pelo Poder Judiciário, sendo necessária a existência de duas condições: (i) mesmo grau de concretização das garantias fundamentais do processo; e (ii) possibilidade de judicialização das matérias a qualquer tempo. Nesse sentido, conferir: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos da contemporaneidade. Revista Jurídica Luso-Brasileira, vol. 3, p. 791-830, 2019.

discussão.

Considerando-se o novo cenário de privilégio à consensualidade como mecanismo de pacificação social, é importante destacar o aporte de recortes teóricos direcionados ao direito administrativo, com a finalidade de aproximá-lo ao modelo de administração pública consensual, em que há maior diálogo e participação dos cidadãos na tomada de decisões, constituindo-se uma evolução do modelo gerencial (PEIXOTO, 2016, *passim*).

O novo modelo foca no aumento da participação dos cidadãos e no incentivo ao diálogo, ao invés de posturas unilaterais e conflituosas. A administração passa a fomentar mecanismos de maior participação, em um processo administrativo participativo, tais como: audiências e consultas públicas, acordos de leniência e compromisso de cessação de condutas, dentre outros (PEIXOTO, 2016, *passim*).

Não se pode admitir, sob o prisma de um Estado Democrático de Direito, a atuação de uma administração pública de caráter autoritário e unilateral. Ademais, a constitucionalização do direito administrativo, impõe um tratamento paritário o ente público e a outra parte da relação jurídica de direito público, visto que ambas estão sob o mesmo estatuto jurídico (PEIXOTO, 2016, *passim*).

Segundo Ravi Peixoto, a consensualidade adequa-se aos preceitos constitucionais, em especial ao princípio da eficiência, visto que a resolução de conflitos pela autocomposição é muito mais célere que pela via judicial. Além disso, destaca que no caso de reconhecimento do equívoco administrativo, haveria a restauração da legalidade mais eficiente, reforçando-se, ainda o princípio da legalidade e da eficiência, ambos dispostos pelo art. 37, *caput*, da CRFB/1988 (PEIXOTO, 2016, *passim*).

No entanto, é preciso desconstituir o mito de indisponibilidade do interesse público, fato que impede, de forma mais efetiva, a adesão por parte da Fazenda Pública à utilização dos meios consensuais de resolução de divergências. Com efeito, nem todo direito indisponível implica na impossibilidade de ser submetido à transação, uma vez que, em algumas hipóteses, sequer é questionado o fato de os direitos postos em jogo

possuírem, ou não, natureza indisponível, p.e., o disposto pelo § 4º, do art. 334, do CPC, o qual menciona as hipóteses em que não será admitida a autocomposição, não havendo qualquer menção à indisponibilidade dos direitos (PEIXOTO, 2016, *passim*).

De acordo com Ravi Peixoto, a doutrina propôs a classificação da indisponibilidade do interesse público em três modalidades: ‘a) indisponibilidade absoluta (irrenunciável, insuscetível de transação e de persecução processual obrigatória); b) indisponibilidade relativa (irrenunciável, suscetível de transação, mas de persecução processual obrigatória); c) disponibilidade limitada (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa)’ (PEIXOTO, 2016, *passim*).

Pode-se concluir, que o interesse público não se constitui óbice à utilização dos meios consensuais à solução de controvérsia. Pelo contrário, tais mecanismos mostram-se perfeitamente compatibilizados com os preceitos constitucionais que orientam a Administração Pública, ao permitir decisões mais dialógicas, céleres e efetivas.

Nota-se, no entanto, que um dos obstáculos à adoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias reside na autorização legislativa para a prática da autocomposição pela administração, em observância ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/1988). Contudo, a legalidade administrativa deve ceder lugar à juridicidade administrativa, não ficando o administrador vinculado puramente às disposições legais, mas sim, a todo o ordenamento jurídico (RODRIGUES, 2016, p. 394).

Nesse sentido, ainda que não exista norma legal expressa, poderá o administrador agir, amparado no ordenamento jurídico, bem como em razão da constitucionalização do direito administrativo, devendo o agir administrativo dar efetividade às disposições da própria Constituição (RODRIGUES, 2016, p. 394).

A conformação do direito à saúde, no entanto, constitui variado motivo de conflitos. Não restam dúvidas que a judicialização excessiva do Sistema Único de Saúde – SUS, enquanto política pública, tem sido afetado os rumos do sistema desenhados pela Constituição de 1988 e pela

Lei nº 8.080/1990 (CASIMIRO, SOUZA, 2020, p. 622-623).

O Poder Judiciário passa a atuar como uma outra principal via de acesso ao direito à saúde e, por decorrência de limitações da capacidade institucional e nuances inerentes à política pública de saúde, há de se reconhecer a existência de um espaço aberto para decisões controversas, violadoras da universalidade e da igualdade no SUS (CASIMIRO, SOUZA, 2020, p. 623).

Assim, é importante reconhecer que a Administração Pública, numa perspectiva juridicizante, deve atuar de modo criativo a garantir o direito à saúde, sobretudo o fornecimento de leitos de UTI, em razão dos efeitos da pandemia de Covid-19, para os cidadãos brasileiros (CASIMIRO, SOUZA, 2020, p. 623).

Nesse cenário, falar em criatividade significa instituir procedimentos administrativos que permitam a utilização dos meios consensuais pela Fazenda Pública, bem como a avaliação e resolução de problemas resultantes da implementação da política pública para a proteção da saúde.

No caso de ações que envolvam a disponibilização de leitos de terapia intensiva para pacientes contaminados pela Covid-19, em que a celeridade seria fator fundamental para definir a vida e a morte de pacientes, a efetividade de decisões construídas em conjunto pelos atores envolvidos, proporcionaria melhores resultados práticos.

Pode-se citar, exemplificando, a diminuição dos custos e aumento do número de decisões cumpridas. O envolvimento dos principais atores: médicos, gestores de unidades hospitalares, gestores públicos, defensores públicos, promotores de justiça, advogados e magistrados, bem como de membros da sociedade civil, permitem a construção de uma decisão justa, equânime e que considera as limitações do sistema (SAMPAIO, ALVES, 2019, p. 16-17).

Assim, a utilização dos meios consensuais coaduna-se com a teoria de multiportas do acesso à justiça, por ter a sua disposição diversificadas formas de solucionar a controvérsia que lhe aflige, sem necessariamente, fazer uso do Poder Judiciário e, desse modo, pode a “judicialização voltar ao seu patamar de legítima e democrática, pois já

não seria excessiva e nem prejudicial, uma vez que provavelmente só os casos que não fossem resolvidos através de métodos extrajudiciais de solução de conflitos é que seriam demandados no Judiciário” (SAMPAIO, ALVES, 2019, p. 18-19).

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, *a priori*, que a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos adequa-se de melhor forma aos anseios sociais, visto que uma solução justa e célere pode ser obtida sem que seja necessária a submissão da demanda ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, com vistas a efetivar um processo de resultados, destinado não somente à resolução das controvérsias, mas principalmente à pacificação social, é necessário inserir novos mecanismos e aperfeiçoar os existentes, destinados a efetivar o interesse público, não controlado, exclusivamente, pelo Poder Judiciário, devendo-se, portanto, assegurar o direito à saúde.

A solução perpassa pelo diálogo interinstitucional, de modo a equacionar a tutela ao direito assegurado pela Constituição e a disponibilidade de recursos, mas principalmente a participação dos cidadãos na tomada de decisão.

Desenvolve-se, assim, um novo modelo de atuação administrativa, tido como uma evolução do modelo gerencial, focado na participação dos cidadãos e no incentivo ao diálogo, ao invés de posturas unilaterais e conflituosas, coadunando-se com o Estado Democrático de Direito, pois a constitucionalização do direito administrativo, impõe um tratamento paritário entre o ente público e a outra parte da relação jurídica de direito público, visto que ambas estão sob o mesmo estatuto jurídico.

A consensualidade amplia e reforça a confiança do administrado nas instituições da administração pública, uma vez que as decisões são tomadas de forma conjunta e orientadas no sentido de melhor solucionar as questões postas.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de *et al.* Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Revista Direito GV [online]**. 2017, v. 13, n. 2, p. 457-483. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201718>. Acesso em: 29 jul. 2021.
- CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; SOUZA, Thanderson Pereira de. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária, p. 622-623. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 601-629, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71320/41974>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- COTRIM, Dorival Fagundes; CABRAL, Lucas Manoel da Silva. Crescimento dos leitos de UTI no país durante a pandemia de Covid-19: desigualdades entre o público x privado e iniquidades regionais. **Physis: Revista de Saúde Coletiva [online]**. 2020, v. 30, n. 03. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312020300317>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I. – 9. ed. rev. ampl. e atual. segundo o novo código de processo civil. – São Paulo: Malheiros, 2017.
- FILPO, Kleven Paulo Leal. Soluções consensuais para demandas de saúde pública no Rio de Janeiro: práticas institucionais sob discussão. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/213/166>. Acesso em 25 ago. 2021.
- NETO, João Luiz Lessa. O novo cpc e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. *In*: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de resolução de conflitos**. – Salvador: 2018, p. 909-923.

- PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 14.140/2015. In: **Revista de Processo**, vol. 261/2016, p. 467-497, nov. 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos da contemporaneidade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, vol. 3, p. 791-830, 2019.
- PIVETTA, Saulo Lindofer. 2. Administração Pública brasileira e políticas públicas de saúde. In: **Direito fundamental à saúde**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100074900/v1/docu ment/100768091/anchor/a-100768091> [acesso restrito]. Acesso em: 16 ago. 2021.
- RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.
- SAMPAIO, Amanda Inês Moraes; ALVES, Rebecca Falcão Viana. A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde, p. 16-17. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 5, nº 1, p. 1-20, jan/jun, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5408/pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de direito constitucional**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e necessidade da macrojustiça. **Texto para Discussão nº 2547**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasil, 2020. Disponível em: TD_2547.pdf (ipea.gov.br). Acesso em: 01 jun. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Oxygen sources and distribution for COVID-19 treatment centres: interim guidance**, 4 april 2020. Geneva: World Health Organization; 2020. Disponível em:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331746/WHO-2019-nCoV-Oxygen_sources-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2021.

ACESSO À JUSTIÇA E A INTRODUÇÃO DO MODELO MULTIPORTAS NO BRASIL

Alessandra Paula Baldner Rodrigues¹⁴⁸

RESUMO

O presente artigo trata da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) chamada de “Acesso à Justiça”, escrita em 1978 em um total de quatro livros, sendo que apenas um destes foi publicado no Brasil em 1988 e reeditado em 2002, por Sérgio Antônio Fabris Editor e traduzido pela Ministra Ellen Gracie Northfleet. A ideia é tratar do acesso à justiça no Brasil, com enfoque a terceira onda renovatória, que pode ser considerada como possível e “promissora” solução para resolução dos conflitos sociais, sem a obrigatória intervenção do Estado-Juiz e, ainda, uma forma de “desafogar” os órgãos judiciários que estão assoberbados de processos, o que causa, invariavelmente, lentidão e ineficácia quando da prestação jurisdicional. Os métodos alternativos/adequados de soluções de conflitos, como a mediação, por exemplo, além de disciplinada por lei federal, é considerada uma das importantes ferramentas para resolver demandas não só no âmbito judicial, mas também, extrajudicial. Esta forma de solucionar os conflitos permite as partes pensarem por elas mesmas, traz consciência e responsabilidade, permitindo a construção e tomada de decisões passíveis de serem cumpridas, muito mais do que quando a resolução se dá por meio das sentenças proferidas pelo terceiro, ora juiz de direito, que sequer tem (e nem poderia ter) o real conhecimento das partes envolvidas.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Projeto Florença. Justiça multiportas.

INTRODUÇÃO

Ao estudarmos a ciência processual, nos deparamos com a fase do sincretismo, da autonomia e do instrumentalismo. Para alguns autores, após a fase do instrumentalismo, há a fase do neoprocessualismo, que seria a atualmente vivida. Entretanto, a quinta fase metodológica do

¹⁴⁸Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP – Bolsista PROSUC/CAPES. alessandrabaldner@yahoo.com.br, http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/images/v2/icone_lattes.png.

processo é citada pelo Prof. Humberto Dalla (2017: 95), no capítulo 3 da obra de sua autoria denominada *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais ao falar do estudo da real vocação da jurisdição para a pacificação dos conflitos*. Entretanto, o foco deste trabalho está baseado na fase denominada instrumentalidade do processo (que teve início a partir da década de 60) e considerava que o processo judicial era um instrumento para o exercício da jurisdição.

A obra de Cândido Dinamarco (2002) intitulada “A instrumentalidade do processo” representou um marco no processo civil, pois permitiu aos estudiosos repensarem a função jurisdicional, relativizando o formalismo processual. Sobre a jurisdição, cabe citar seus três objetivos: jurídico, político e social, necessários a efetivação da justiça. O escopo jurídico é entendido como a vontade concreta do direito. O escopo político trata da jurisdição como poder estatal. É o poder de império exercido pelo Estado e que deve estar adstrito à Constituição. Já o escopo social é a capacidade de educar e pacificar com justiça. Somente na década de 70, por meio de um estudo comparativo em diversos países, chamado Projeto Florença, foi possível identificar problemas enfrentados pelos indivíduos para acessar a justiça.

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth tinham como objetivo analisar apenas as dificuldades existentes na Itália e acabaram se surpreendendo com a grave situação mundial. Os autores descreveram três momentos distintos, denominados três ondas renovatórias de acesso à justiça. A primeira estava relacionada à dificuldade dos indivíduos menos favorecidos acessarem o sistema judicial em razão do seu alto custo e da obrigatoriedade do pagamento de honorários dos advogados. A segunda estava relacionada à ausência de mecanismos e normas para defesa dos direitos coletivos e difusos e a terceira onda dizia respeito a efetiva e célere prestação jurisdicional, sendo necessária a reestruturação do processo como um todo.

O prof. Dierle Nunes (2011) na obra denominada *Processo Jurisdicional Democrático*, falou do acesso à justiça relembrando que a jurisdição não tinha grande importância até a 2ª Guerra Mundial,

entretanto, diante da barbárie após a guerra, o Poder Judiciário assume um papel de grande relevância. Neste período, surgem Tribunais de Justiça, a Declaração Universal de Direitos Humanos, Constituições e outros direitos fundamentais e assim, o Poder Judiciário se fortaleceu e se apresentou como aquele que pode controlar o poder Executivo e Legislativo. E, com base nesses estudos, foi possível concluir que é urgente e necessária a real implementação dos métodos adequados de resolução dos conflitos, disciplinados no Código de Processo Civil de 2015, a partir do art. 3º.

O sistema multiportas tratado pelo Prof. Humberto Dalla (2017 e 2019) pode servir não só para educar e pacificar as partes, mas também para que todos os indivíduos tenham garantido o seu direito fundamental básico do acesso justiça, além de desobstruir o Poder Judiciário, que pode colapsar muito em breve. Por fim, a implementação do meio multiportas não é simples, pois depende de inúmeros fatores, dentre eles a aceitação e credibilidade dos entes públicos responsáveis pela clássica prestação jurisdicional.

1. BREVE RELATO SOBRE A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

1.1. Da instrumentalidade do processo e dos escopos da jurisdição

A obra do Prof. Cândido Rangel Dinamarco (2002), denominada “A Instrumentalidade do Processo”, cuja 1ª Edição foi publicada no ano de 1987, pela Malheiros Editores Ltda., teve como um dos principais objetivos a revisão do modo pelo qual os estudiosos observavam a ciência e os institutos do processo civil, sendo utilizados, para isto, publicações doutrinárias e trabalhos realizados por meio da prática profissional.

Dinamarco (2002) fala das três fases da ciência processual, sendo elas: sincretismo, autonomia e instrumentalismo, ou seja, trata do desenvolvimento histórico do direito processual.

Na fase do sincretismo ou praxismo, existente até o final do século XIX, não se fazia distinção entre o direito processual e o direito material. Na fase denominada autonomia científica ou processualismo, existente em meados do século XX, passou-se a fazer distinção entre o direito material e o direito processual, mas observou-se também que estas ciências complementavam-se. Como exemplo, é citado o Código Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal. Já a terceira fase, chamada de instrumentalismo, que surgiu no início da década de 60, teve como principal finalidade mostrar que o processo não era um fim em si mesmo, servindo como instrumento para o exercício da jurisdição exercida pelo Estado. A instrumentalidade seria uma etapa da evolução do direito processual civil brasileiro como ciência. Posterior a esta fase, podemos falar na 4ª fase, chamada de neoprocessualismo, surgida a partir do final da década de 90 e início do ano 2000 e, ainda, em uma 5ª fase da ciência processual, que é citada pelo Prof. Humberto Dalla (2017) na sua obra *Jurisdição e Pacificação*, capítulo 3, chamado de “A REAL VOCAÇÃO DA JURISDIÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS: a quinta fase metodológica do processo civil brasileiro.”¹⁴⁹

Sobre a 3ª fase, da instrumentalidade, o Prof. Cândido Dinamarco (2002), diz que:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio: e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina.¹⁵⁰

¹⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: Editora CRV, 2017. P.95-127.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002. p.181.

Então, se o processo é entendido na fase da instrumentalidade como um meio para alcançar um fim, pode ser considerado o instrumento que atinge os objetivos jurisdicionais, ou seja, os escopos da jurisdição e deve revelar o grau da sua utilidade. O processo deve ser capaz e eficaz para o alcance de uma ordem jurídica justa. Ocorre que, muitos autores limitam-se a dizer que a fase da instrumentalidade processual significa, tão somente, que o processo não passa de um mero instrumento e, por isso, falam da 4ª fase da ciência processual, chamada neoprocessualismo, entendendo que o instrumentalismo segue o mesmo caminho da fase do processualismo. Ou seja, não enxergam além, como fez Cândido Dinamarco.

Como exemplo do princípio da instrumentalidade processual, cabe citar o art. 188 do CPC/2015, que diz: “Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

Da mesma forma, vale citar o parágrafo 1º, do art. 239 e o art. 277, ambos do CPC/2015:

Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Na obra “A instrumentalidade do processo”, o autor deixa claro que o direito e o processo estão ligados entre si por causa dos objetivos que os unem, ou seja, aspectos processuais, sociais e políticos que devem ser considerados sempre em conjunto para a efetivação do real acesso à

justiça, visto que apenas o aspecto jurídico não permite a destinação social e política da jurisdição. Diz o autor:

É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado Social.¹⁵¹

A observância dos três escopos da jurisdição: jurídico, político e social, constituem fator essencial para que sejam encontradas soluções adequadas para resolução dos conflitos, seja em casos particulares ou não, seja no campo teórico ou prático.

Há uma preocupação de que o exercício do poder pelos magistrados ocorra dentro dos parâmetros trazidos pelos princípios e normas constitucionais, evitando assim, decisões autoritárias. Como as insatisfações e incertezas partem de dados de ordem social e não de ordem jurídica, caberia ao juiz ser imparcial (o que não significa ser indiferente). É por meio da instrumentalidade do processo, que um magistrado consegue ter a sensibilidade e a percepção dos problemas para além dos aspectos jurídicos, ou seja, ter um olhar para os possíveis problemas políticos e sociais existentes em cada demanda que chega ao seu gabinete. Assim, é possível afirmar que o processo, quando visto como um instrumento, representa a garantia do Estado de Direito Constitucional.

O Prof. Humberto Dalla (2019)¹⁵² diz que são dois os objetivos sociais da jurisdição: “informar aos cidadãos quanto aos seus direitos e

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002. p.186.

¹⁵² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o necessário redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. In: Revista da EMERJ, 2019 - cidp.pt. Disponível em:

obrigações, criando um vínculo de confiança destes com o Poder Judiciário” e “a resolução dos conflitos, valendo-se da tutela jurisdicional para alcançar a pacificação social.” Já os objetivos políticos também são divididos em dois: sendo um a concretização do poder de império do Estado e outro, a limitação deste poder estatal para proteção da liberdade. Quanto ao escopo jurídico, o autor fala que somente por meio de um processo justo será possível dar efetividade ao direito material e que em uma sociedade democrática e constitucional, o ambiente processual seja de “intenso e verdadeiro debate, sem que se imponha a superioridade do Estado-juiz.” Por meio dessa dinâmica, onde as partes passam a ter “voz” no processo ,é possível se falar em igualdade, pois a estas será conferido o real direito de participação na construção da decisão que irá lhes afetar.

1.2. Do acesso à justiça– Projeto Florença e as três ondas renovatórias

Segundo os autores Geovana Faza e Marcelo Pereira¹⁵³,o tema do acesso à justiça é um dos mais importantes pelo papel que desempenha em uma sociedade democrática, uma vez que significa garantia de direitos humanos e concretização dos direitos básicos do cidadão.

O Prof. Dierle Nunes (2011),¹⁵⁴em sua obra denominada “Processo Jurisdicional Democrático – uma análise crítica das reformas processuais”, fala que após o 2º pós-guerra havia uma rejeição das ações políticas no mundo que visavam uma melhoria social e, com isso, houve uma abertura da ciência jurídica aos problemas da sociedade da época. Por exemplo, foram criados tribunais constitucionais e foi possível se pensar em uma nova leitura dos princípios constitucionais. Também

<https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf>. Acesso em 19/11/2021.

¹⁵³ FERNANDES, Geovana Faza da Silva; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Redimensionamento do Conceito de Acesso à Justiça no Paradigma Democrático Constitucional: Influxos da Terceira Onda Renovatória, *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 41-62, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p41. ISSN: 2178-8189.

¹⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise crítica das reformas processuais*. 3ª Reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

houve simplificação dos procedimentos a fim de possibilitar acessibilidade à justiça àqueles culturalmente menos favorecidos. Um dos principais movimentos de reforma processual nesta época foi o de socialização processual no Leste Europeu onde se pregava a devoção ao Estado, ou seja, a “construção” de uma cidadania que deveria contribuir com as ideias estatais.

Nesta obra, o autor relembra que na fase de formação do Estado comunista, o direito e a política se fundiram e tornaram-se instrumentos para realização de valores superiores, sendo que os tribunais de justiça tinham vínculo muito próximo com o Estado. O advogado figurava não como o defensor dos direitos dos seus clientes, mas sim como um conselheiro psicológico. Uma peculiaridade do socialismo desta época pode ser vista por meio da efetiva penalização do processo civil. Havia uma grande intervenção do juiz do processo, que reduzia a importância das partes e de seus procuradores no decorrer da discussão judicial, com a justificativa da aplicação social e política do direito, ou seja, os poderes e a intervenção dos órgãos públicos se ampliaram na condução e no desfecho dos processos.

Surgiu então, a preocupação com os poderes dos juízes, especialmente quanto a possibilidade de “assumirem” a figura das partes no processo, cujo papel acabou sendo esvaziado.

Em 1971, representantes de países europeus socialistas e ocidentais reuniram-se em um congresso denominado “O caráter democrático do processo civil socialista”, que pretendia discutir o papel das partes no processo judicial por meio da criação de instrumentos, visando um comportamento mais ativo e responsável desses personagens, assegurando o contraditório. Constatou-se o seguinte:

De fato, pela exposição de alguns entre os mais importantes processualistas socialistas, como Dobrovolski (União Soviética), Nevai (Hungria), Stalev (Bulgária) e Wengerek (Polônia), extrai-se que uma das principais preocupações das modernas leis processuais socialistas e dos atuais movimentos de reforma é propriamente aquela de preparar as

percepções técnicas e de criar os instrumentos práticos para induzir as partes a um comportamento ativo e responsável com o fim de assegurar o caráter contraditório do processo. Busca-se, assim, estimular a iniciativa das partes para evitar que elas se remetam simplesmente à atividade e à busca de materiais que interessem ao juiz e ao Ministério Público ou se sintam realmente dominados pelos poderes atribuídos a estes órgãos públicos. **Foi defendido o princípio ne est iudex ultra acta partium para sublinhar que a função do juiz permanece, antes de tudo, aquela de ouvir as partes e de respeitar a sua liberdade de ação, e não aquela de substituí-las.** Foi ainda reforçada a validade da regra **ius vigilantibus scriptum** para demonstrar que o autor e o réu possuem uma responsabilidade ao usar os instrumentos que a lei processual coloca à sua disposição. (destacamos) (tradução livre)⁸⁸ (TROCKER), 1972, p. 130). P. 112-113.

No Brasil havia uma ausência de postura participativa e interdependente das partes processuais e, ainda, havia um quadro conflituoso entre os profissionais do direito. Na década de 70, surgiram questionamentos quanto à adequação dos sujeitos processuais (juízes, promotores, advogados) aos novos direitos, quais sejam: sociais e difusos, além da discussão sobre problemas já existentes, como o pagamento de custas processuais, lentidão no andamento dos casos judiciais e de muito formalismo. Surgiu, então, um movimento pela socialização processual.

Na obra do Prof. Dierle (2011)¹⁵⁵, o autor cita as três ondas de reformas processuais que fazem parte de um estudo comparado realizado em inúmeros países, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que deram

¹⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2011.

origem a obra “Acesso à Justiça” traduzido pela Min. Ellen Gracie Northfleet em 1998¹⁵⁶.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não podemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.¹⁵⁷

A primeira onda da reforma processual tratava da assistência jurídica integral e gratuita a todos, sem distinção. A segunda onda buscava a proteção jurisdicional efetiva dos interesses difusos e coletivos para proteção do consumidor e do meio ambiente e a terceira onda da reforma processual falava da simplificação dos procedimentos e a utilização de mecanismo privados ou informais para solução de conflitos (arbitragem, conciliação, incentivos econômicos, dentre outras).

Este movimento de reforma tentou equacionar relações entre processo civil e justiça social; igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, como citado por Nunes (2011).

O Prof. Dierle (2011:116) descreve em sua obra que uma parte importante do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” foi o relatório alemão subscrito por Rolf Bender e Cristoph Strecker, entretanto, a base teórica foi idealizada em 1965, por Fritz Baur, denominado “Modelo de Stuttgart”.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

¹⁵⁷ IDEM, p. 8.

Para falar de forma bem sucinta, este relatório tratava da importância de uma participação processual, ou seja, dizia que o desenvolvimento e o andamento de um processo judicial não dependiam exclusivamente do juiz do caso, mas sim, de todos os sujeitos envolvidos no contexto da situação ora discutida, além de demonstrar a necessidade de se ter uma maior discussão entre as partes processuais, visando uma ampla e melhor preparação para os debates orais e, até mesmo, uma redução na quantidade de audiências. Consequentemente, maior celeridade na resolução da lide.

A reforma realizada nos tribunais alemães, por meio do Modelo Stuttgart, permitiu a concentração dos procedimentos e o aumento dos poderes judiciais e, ainda, possibilitou uma maior preparação dos sujeitos processuais que chegavam para às audiências devidamente preparados para um diálogo ativo e efetivo.

A obra *Processo Jurisdicional Democrático*, página 124, item 4.3.2.¹⁵⁸, trata da ressonância do projeto de acesso à justiça em reformas processuais e o autor cita dois exemplos, o Português e o Inglês. De forma bem sucinta cabe destaque que o exemplo Português adotou o princípio da cooperação intersubjetiva, ou seja, trouxe a auto-responsabilização de todos os sujeitos processuais. Este exemplo afastou-se, parcialmente, das tendências e das preocupações com os movimentos das reformas processuais de caráter social e discutiu o protagonismo judicial.

Já o exemplo inglês preocupou-se com o sistema bifásico, formado por uma fase inicial/preparatória, onde todos os argumentos fáticos e jurídicos seriam filtrados com o objetivo de dar celeridade e eficiência ao debate, contando com a participação constante dos advogados, incentivando-se, com isso, as ADRs (resoluções alternativas de disputa) e outra fase, com a participação dos juízes para que o caso pudesse ser discutido em maior amplitude com todos os sujeitos do processo.

É possível concluir que foi por causa da incapacidade do Estado cumprir suas obrigações perante seus cidadãos que surgiu o movimento de acesso à justiça (o Estado queria ter funções assistenciais e populistas,

¹⁵⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. p. 124. Curitiba: Juruá, 2011.

diminuindo assim, a autonomia do seu povo). No Brasil, nunca houve a implementação desse modelo de acesso à justiça.

O Projeto Florença trouxe reflexões feitas pelos autores da obra “Acesso à Justiça” que puderam constatar, por meio desse estudo comparativo, que cada país tem uma realidade distinta e seus sistemas jurídicos têm suas histórias, tradições e particularidades. Tais reformas jamais poderão representar desequilíbrio do sistema processual ou garantias processuais poderão ser reduzidas/finadas em razão da implementação de reformas processuais, por mais que pareçam (ou até mesmo sejam) para o bem comum da sociedade.

Vale subscrever os seguintes trechos da obra Acesso à Justiça, p. 161, 163 e 165:

Ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não podemos ignorar seus riscos e limitações. Podemos ser céticos, por exemplo, a respeito do potencial das reformas tendentes ao acesso à justiça, em sistemas sociais fundamentalmente injustos. É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais.

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório (397). Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços

para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.

O Projeto Florença é de grande importância para a história do processo, por tratar do acesso à justiça. Por meio do estudo das ondas renovatórias, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram mecanismos para resolver controvérsias de forma alternativa. Entretanto, a partir do próximo capítulo, será possível observar que os modos alternativos estudados e apresentados ao mundo por ambos os autores, são significativos e extremamente valiosos para solução de conflitos nos dias atuais. Quiçá é possível dizer que esses modos de resolução são concorrentes/ superiores à própria jurisdição, com a qual o sistema judiciário brasileiro é muito preocupado, deixando de observar que o acesso à justiça pode se dar pelo denominado modelo multiportas.

O advogado, por exemplo, deve ter consciência de que o mais importante é solucionar o conflito do seu cliente e não ganhar a ação judicial. No Brasil, o conceito de jurisdição deve ser revisado, principalmente na mente dos profissionais que exercem o Direito diariamente, seja ele o advogado, o juiz, o promotor de justiça, o defensor público e, os próprios estagiários e demais colaboradores da justiça.

2. A RELEITURA DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O Prof. Humberto Dalla (2019)¹⁵⁹, em seu artigo denominado “A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na

¹⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: **Revista da EMERJ**, 2019 - cidp. pt. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021

contemporaneidade” apresenta de forma simples, clara e muito objetiva o tema de acesso à justiça e dos métodos de alternativos de solução de conflitos.

O acesso à justiça é um direito social básico dos indivíduos e é vital para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, uma vez que cabe ao ente estatal garantir a igualdade e a isonomia jurisdicional a todo e qualquer cidadão e, para que a jurisdição seja efetivada em sua plenitude, se faz necessário o processo. Por meio deste é que a jurisdição atinge seus fins jurídicos, políticos e sociais, como descrito no capítulo anterior.

Humberto Dalla (2019) diz o seguinte:

Sem dúvida, o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo esse direito não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

(...)

Nesse contexto, inserem-se as propostas do novo Código de Processo Civil, em perspectiva mais consciente, de forma a se aprimorar a técnica e a substância do direito processual como meio essencial para que se permita o acesso à tão proclamada ordem jurídica justa.

O Projeto Florença, já visto anteriormente, trouxe ao mundo três dificuldades que impediam o acesso efetivo à justiça, chamado pelos autores da obra “Acesso à Justiça” de ondas renovatórias.

A primeira onda, década de 60, tratou da assistência judiciária aos hipossuficientes. No Brasil, a Lei Federal nº 1060/1950 concedeu a gratuidade de justiça antes mesmo da chamada primeira onda e, ainda, este direito foi disciplinado por meio do inciso LXXIV, art. 5º e art. 134 da CRFB.

A segunda onda, década de 80, tratou dos interesses difusos e coletivos e, a terceira onda renovatória de acesso à justiça, dizia respeito

à reestruturação do processo judicial no intuito de que a prestação jurisdicional fosse mais célere e efetiva. Como exemplo, no Brasil, foi implementada a antecipação da tutela jurídica que alterou o art. 273 do CPC de 1973, por meio da **Lei nº 8.952/1994**.

Flávio Pedron (2013:4/30) diz:

É inegável o mérito de Cappelletti no que concerne a divulgação e problematização de questões voltadas ao “acesso à justiça” como busca de possibilidades para absorção da litiosidade sempre crescente no interior da sociedade moderna, bem como forma de “acesso ao ordenamento jurídico”. Todavia, tal lógica serviu bem aos moldes traçados pelo paradigma do Estado Social, acabando por estabelecer uma relação entre sociedade e Judiciário, como ora uma modalidade de “prestação de serviço”, ora uma forma de manutenção dos traços paternalistas estatais por parte deste paradigma.

(...)

No Direito Processual brasileiro, destaca-se o pensamento a favor de uma instrumentalidade do processo, como quer Dinamarco, justificando a centralização da jurisdição a partir da realização de escopos metajurídicos, sendo o juiz o grande ator desse processo transformador da realidade. Acontece que a promessa de compensar déficits de justiça social por parte do magistrado se mostra altamente problemática, principalmente porque isso implica a exclusão da racionalidade discursiva na aplicação do direito e sua substituição por uma sabedoria inata ou uma sensibilidade aclaradora da realidade presentes apenas no magistrado (Nunes 2008:142). Para isso, o juiz assume uma missão de solitária dos valores (uniformes) da sociedade” (NUNES, 2008:142), podendo inclusive fazer uso “alternativo do direito”.

O Prof. Humberto Dalla (2019) fala que é preciso conhecer o direito substancial, a pesquisa, o comprometimento dos magistrados na realidade

social das partes, o pré-ordenamento dos instrumentos processuais (para que a tutela de direitos se efetive) e a revisão dos obstáculos, que impedem o acesso à justiça. Ele fala ainda de três questões, de ordem econômica, geográfica e burocrática, como empecilhos para a efetividade do acesso à justiça.

A questão econômica diz respeito aos custos de um processo (despesas processuais e honorários advocatícios) e ao tempo despendido no curso de uma ação judicial. A delonga na resolução dos conflitos dificulta a pacificação social.

A questão geográfica impõe obstáculo quando da busca de direitos coletivos, já que uma única pessoa não pode pleitear o direito de várias, sendo difícil reunir todos os sujeitos lesionados e, a questão burocrática/institucional, gera um falso entendimento de que apenas o juiz é capaz de resolver os conflitos, além do desconhecimento dos ritos processuais.

Humberto Dalla (2019) diz: “Não se pode perder de vista, ainda, que as barreiras suscitadas não se mostram autônomas e incomunicáveis. Pelo contrário, elas têm íntima relação e qualquer solução aventada deve tratar de todos os problemas em conjunto.”

Fato é que a terceira onda renovatória de acesso à justiça evidenciou questões de ordem política e social. Esta onda se correlaciona as demais ondas e é mais ampla que a primeira e a segunda, pois atinge a sociedade como um todo, não ficando restrita ao direito de acesso à justiça das classes menos favorecidas e aos direitos difusos e coletivos. O Estado Social trouxe à luz os graves problemas existentes entre o direito do indivíduo e sua real efetivação.

É justamente através do foco mais amplo proporcionado por esse novo olhar sobre as barreiras ao acesso à justiça, que transcendem a questão econômica e de representatividade, que se enxerga a necessidade de previsão de métodos mais adequados e apropriados para a solução mais harmônica de determinados tipos de conflitos, em que uma solução

adjudicatória não se mostraria tão adequada ou mesmo eficiente. (FERNANDES, ALMEIDA, 2019:53)

2.1. Acesso à justiça e o modelo multiportas do processo civil brasileiro.

O artigo 3º do Código de Processo Civil – CPC de 2015 trouxe para as partes e para os agentes do processo a possibilidade de resolução das adversidades, por meios pacificadores de solução de conflitos, sendo necessária a cooperação dos sujeitos envolvidos no litígio. Entretanto, o CPC não descartou a possibilidade da resolução dos conflitos pelos meios tradicionais da prestação jurisdicional, onde prevalece a vontade e a autoridade do juiz, que continua determinando quem vence e quem perde na relação processual.

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Cabe destacar que este assunto é tema discutido no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade

– ADIN nº 2139¹⁶⁰, conforme consulta realizada no portal de legislação da Presidência da República.¹⁶¹

Humberto Dalla (2019: 799 e 800) nos ensina que a jurisdição não precisa ser exercida somente pelo Poder Judiciário, mas sim, extrajudicialmente, por meio de câmaras comunitárias, serventias extrajudiciais, conciliadores ou mediadores, que devem ter assegurados a independência e a imparcialidade para condução dos conflitos, alertando

¹⁶⁰ ADI / 2139 - 18/02/2019

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§

1. A 4º DO artigo 625-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT, ACRESCIDO PELA LEI N. 9.958, DE 12.1.2000. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - CCP. SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE ANTECEDENTE SUBMISSÃO DO PLEITO TRABALHISTA À COMISSÃO PARA POSTERIOR AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTERPRETAÇÃO PELA QUAL SE PERMITE A SUBMISSÃO FACULTATIVAMENTE. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA. INC. XXXV DO artigo 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO AOS §§ 1º A 4º DO artigo 652-D DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT.

1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em obediência ao inc. XXXV do artigo 5º da Constituição da República, a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário.

2. Contrária a Constituição interpretação do previsto no artigo 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho pelo qual se reconhecesse a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. Interpretação conforme a Constituição da norma.

3. artigo 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho: a legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, sendo importante instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, devendo ser estimulada, não consubstanciando, todavia, requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição aos §§ 1º a 4º do artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de assentar que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório de solução de conflitos, permanecendo o acesso à Justiça resguardado para todos os que venham a ajuizar demanda diretamente ao órgão judiciário competente

¹⁶¹<https://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cpc-15#art-3>. Acesso em 29/11/2021.

que em todos os casos não é possível desvincular a jurisdição do Estado, uma vez que a dependência estatal existe, ainda que minimamente.

É claro que não se pode simplesmente desatrelar a jurisdição a jurisdição do Estado, até porque, em maior ou menor grau, a dependência do Estado existe, principalmente para se alcançar o cumprimento da decisão estatal. Por outro lado, podemos pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado ou por agentes privados.

Um dos motivos pelos quais também não se pode excluir o Estado da solução de conflitos passíveis de resolução pelos métodos alternativos é porque, não havendo o cumprimento do acordo por uma ou todas as partes, o Estado será chamado a prestar sua jurisdição clássica.

Fato é que o Poder Judiciário não precisa ser a única via para resolução das demandas, mas sim, uma das vias que deve estar acessível a todo e qualquer tempo ao indivíduo que precise se socorrer ao sistema para garantir seus direitos, até porque, nem todos os conflitos podem/devem ser resolvidos pelos métodos alternativos indicados no ordenamento jurídico pátrio.

Em razão deste entendimento, o autor trata o fenômeno da desjudicialização como ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste do cenário contemporâneo, entretanto, os meios alternativos ou, podemos chamá-los de adequados para resolução de conflitos, precisam ser mais desenvolvidos, difundidos e incentivados na sociedade como um todo.

Nesta ótica, percebe-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo, o que leva, necessariamente, à releitura, à atualização, ou ainda a um redimensionamento da garantia constitucional à luz dos princípios da efetividade e da adequação (DALLA, 2019: 800)

No Brasil, o CPC de 2015 regulamentou os métodos alternativos/adequados de acesso à justiça, implementando o chamado sistema multiportas, que é considerado democrático e participativo, permitindo a parte envolvida no conflito o principal papel na construção da “melhor”

solução para o fim da contenda. Os principais artigos são: art. 3º; art. 165, 2º; art. 334¹⁶²; art. 359¹⁶³ e art. 487, III¹⁶⁴.

¹⁶²Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

¹⁶³Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

¹⁶⁴Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

Embora o artigo 331, do CPC de 1973¹⁶⁵, alterado pela Lei 8.952/1994 e pela Lei 10.444/2002, dispusesse sobre audiências preliminares, bem como o artigo 2º, da Lei 7.244/1984¹⁶⁶, que tratava dos Juizados de Pequenas Causas, substituído pela Lei nº 9.099/1995¹⁶⁷, que disciplina os Juizados Especiais, indicasse a audiência de conciliação, sempre que possível. Também cabe falar da implementação da Semana de Conciliação estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça, desde 2006, muito antes da implementação do CPC de 2015. Na esfera

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
III - homologar:

- a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- b) a transação;
- c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

¹⁶⁵Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

¹⁶⁶Art. 2º - O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.

¹⁶⁷Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

trabalhista, cabe destacar o artigo 42, §único, da Lei 13.140/2015¹⁶⁸ e a Resolução CSJT nº 174, de 30/09/2016¹⁶⁹. Além disto, de grande importância é a Resolução CNJ nº 125, de 29/11/2010¹⁷⁰ que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Na verdade, a Lei Federal nº 13.140/2015 atualmente é a de maior relevância no país, pois dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O sistema multiportas é uma grande mudança para os agentes do Poder Judiciário e para a sociedade, pois é necessário transcender conceitos arraigados na consciência humana de que o Estado é aquele quem define o que é melhor para vida do indivíduo.

Trata-se de uma mudança de ordem cultural e educacional, uma vez que permite as partes envolvidas se autorresponsabilizarem pelos seus atos e suas omissões. No Brasil, ainda prevalece a opção pelo meio já consolidado e comum de resolução de conflitos, a tão conhecida ação judicial. Talvez por incredulidade, desconhecimento das técnicas, suas possibilidades e impossibilidades. Nem tudo e nem todos podem ser mediados, por exemplo, ao mau caráter não cabe a mediação. Além disto, a apreciação dos casos pelo Poder Judiciário não é descartada. Entretanto, em razão dos avanços já vistos e do empenho dos profissionais do Direito, é muito provável que o sistema multiportas de acesso à justiça tenha grande êxito.

O modelo multiportas, introduzido pelo artigo 3º do CPC/2015, é de grande importância, embora não seja novo no mundo. Por meio do § 2º ficou explícito que é dever do Estado promover, sempre que possível,

¹⁶⁸Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

¹⁶⁹https://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em 29/11/2021.

¹⁷⁰https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 19/11/2021.

a pacificação dos conflitos por meio dos métodos consensuais, como a mediação e a conciliação. Além disto, o §3º deixou bem claro que essa forma de resolução deve ser estimulada por todos os sujeitos processuais, quer sejam juízes, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público, advogados, serventuários, estagiários e as próprias partes, mesmo que o processo judicial já tenha sido iniciado. Também é dever de todos a divulgação e o esclarecimento da população sobre essas possibilidades de resolução dos conflitos, em especial, conscientizá-las no sentido de que cada indivíduo tem o direito e o poder de resolver suas demandas da forma mais pacífica possível. Por meio deste modelo multiportas de acesso à justiça, o procedimento comum do CPC 2015 foi dividido em duas etapas, sendo a primeira, a do esforço comum de todos os envolvidos para resolução de conflitos de forma pacífica e, diante da impossibilidade da pacificação, a segunda etapa é a da demanda perseguir a fase litigiosa, onde o processo tramitará regularmente, como é de amplo conhecimento dos profissionais atuantes no Poder Judiciário.

Sobre a mediação de conflitos no Brasil, que é um dos meios adequados para resolução dos conflitos, o Prof. Humberto Dalla (2019: 815) cita três grandes desafios que merecem transcrição:

Em primeiro lugar, o Estado deve empreender sério trabalho voltado à compreensão popular sobre o instrumento que estará à disposição de todos, bem como ao aprimoramento dos profissionais do Direito acerca do método. Ademais, a mediação precisa ser adaptada à feição processual, sem que isso fulmine suas características principiológicas, compatibilizando-a com demais princípios constitucionais, processuais e com a garantia da realização de um processo justo. Finalmente, é necessário desenhar e construir um sistema célere, efetivo e garantista de obtenção de consenso prévio ao ajuizamento da ação, de forma a evitar processos desnecessários e a viabilizar um tratamento mais adequado a cada tipo de litígio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Florença foi um marco para o mundo jurídico, pois foi capaz de mostrar as dificuldades e as possíveis soluções para uma eficaz prestação jurisdicional. No Brasil, em 05 de fevereiro de 1950 foi publicada a Lei Federal nº 1.060 que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, ou seja, antes mesmo da realização do estudo comparativo que deu origem a obra “Acesso à Justiça”.

Este estudo comprovou que um dos motivos pelos quais os indivíduos tinham dificuldade em buscar os seus direitos junto ao Poder Judiciário eram as elevadas custas e despesas judiciais, além dos honorários advocatícios. Os outros dois principais obstáculos para o efetivo acesso à justiça eram as causas de pouco valor e a longa duração dos processos.

As três ondas renovatórias apresentadas neste estudo representaram uma forte mudança de ordem jurídica, política e social. Por causa das questões sociais é que os estudiosos pensaram em tornar mais efetiva e célere a prestação jurisdicional, surgindo assim, os meios adequados de solução de conflitos.

Embora o Poder Judiciário seja aquele que tem a competência para definir um litígio, percebeu-se que, além dos resultados não serem satisfatórios para uma ou ambas as partes, assoberbava o sistema e causava grande lentidão. A partir do momento em que as partes são chamadas a participarem e colaborarem com a resolução do seu próprio conflito, estas se empenham para construir um acordo que seja factível de cumprimento.

Entretanto, para uma real implementação e efetivação dos métodos adequados de solução de conflitos no país, muito há de ser feito, a começar pela aceitação de membros do próprio Poder Judiciário e da ampla conscientização e difusão dentro da sociedade.

Talvez, a principal mudança que fará a grande diferença é a introdução dos meios consensuais de resolução de conflitos nas escolas, como a mediação, que pode ser incluída como disciplinas nas grades curriculares e projetos que promovam a pacificação social desde a infância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2021;

BRASIL. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 19 nov. 2021;

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 19 nov. 2021;

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível

- em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 19 nov. 2021;
- BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Revogada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 nov. 2021;
- BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução CSJT nº 174, de 30 de setembro de 2016.** Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: https://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em: 29 nov. 2021;
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- FERNANDES, Geovana Faza da Silva; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Redimensionamento do Conceito de Acesso à Justiça no Paradigma Democrático Constitucional: Influxos da Terceira Onda Renovatória. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p.41-62, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p41. ISSN: 2178-8189. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/332827080_O_redimensionamento_do_conceito_de_acesso_a_justica_no_paradigma_democratico_constitucional_influxos_da_terceira_onda_renovatoria>. Acesso em: 25 nov. 2021;
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2011;

- PEDRON, Flávio Quinaud. Acesso à Justiça qualitativo no Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23802/reflexoes-sobre-o-acesso-a-justica-qualitativo-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 25 nov. 2021;
- PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. 1. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional. Editora Forense, 2008;
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: **Revista da EMERJ**, 2019 - cidp. pt. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021;
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **Jurisdição e Pacificação: Limites de Possibilidade do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluriindividuais**. Curitiba: CRV, 2017.

MEDIAÇÃO PENAL

Vera Regina Fróes Villela¹⁷¹
Thais Fróes Villela Aldrighi¹⁷²

RESUMO

O alto índice de encarceramento aliado aos baixos investimentos do poder público resultou em estabelecimentos prisionais incapazes de assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o Art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Em vista disso, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público. Diante desse quadro caótico, os meios alternativos de resolução de conflitos constituem um instrumento de enorme importância para o fortalecimento e melhoria da distribuição de Justiça. Nessa seara a Justiça Restaurativa surge como uma esperança em meio ao crescimento do clima de insegurança que marca o mundo contemporâneo, diante dos altos índices de violência e criminalidade, que evidenciam a premente necessidade de aprimoramento do sistema de justiça, para que a sociedade e o Estado ofereçam não apenas uma resposta monolítica ao crime, mas que disponham de um sistema multi-portas, com outras respostas que pareçam adequadas diante da complexidade do fenômeno criminal. Para tanto tendo como ponto de partida o conceito e premissas adotadas pela justiça restaurativa aborda-se nesse artigo a sua implementação no Brasil, enfocando particularmente a questão de sua compatibilidade jurídica com a Constituição e a legislação vigentes no país, utilizando-se o método de investigação bibliográfico e o documental, através do estudo de obras científicas sobre Justiça Restaurativa e o instituto da mediação, no âmbito penal, a luz da Constituição

¹⁷¹ Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito na Unilasalle-RJ – E-mail: vera.villela@soulasalle.com.br . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6280788327180518>

¹⁷² Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Emerj; Pós-graduada FESUDPERJ; Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – E-mail: thaisfroes@id.uff.br - <http://lattes.cnpq.br/6418958213490279>

Federal vigente, a qual define preceitos e princípios, que nortearam os enfoques e resultados da pesquisa empreendida.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional; Violação de direitos fundamentais; Justiça Restaurativa.

INTRODUÇÃO

O Brasil adota o sistema retributivo de aplicação de pena, em que se reserva ao infrator da Lei penal um castigo, geralmente a prisão, em retribuição ao mal praticado à vítima e à sociedade. Nessa visão, a pena deve ser cumprida de forma que as suas finalidades preventiva, retributiva e ressocializadora, sejam alcançadas, predominando em geral, a aplicação da pena privativa de liberdade.

O resultado dessa escolha legislativa é o crescimento da população carcerária do país em níveis alarmantes que, aliado ao desinteresse do Poder Público na construção e na recuperação dos estabelecimentos prisionais que são excluídos das prioridades das políticas públicas e nas falhas no gerenciamento das prisões, contribuem para a chamada crise carcerária.

Diante desse cenário, o objetivo deste artigo é refletir sobre os temas justiça restaurativa e mediação penal, tendo como pano de fundo o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, formalizada pelo PSOL contra a União e os entes subnacionais, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público.

Frente à essa realidade, não há dúvida que existe necessidade de mudança, através do enfrentamento da crise das modalidades de regulação social, verificável nos mais diversos aspectos, quais sejam: falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário; fracasso das políticas públicas de contenção da violência; esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime; déficits de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, tudo isso considerando que o Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e,

outra, de instituição prestadora de serviços. E, em qualquer uma dessas faces a mudança se impõe.

É ilusória a crença de que a maioria dos concretos processos criminais observe escrupulosamente as garantias processuais (do contraditório e da ampla defesa, passando pelo dever de motivação das decisões etc...), mas é certo que a imposição da sanção penal serve tão-somente ao propósito aduzido por Kant, de impor um mal legalmente definido (ou causar sofrimento) a quem causou outro mal a outrem (provocou o sofrimento alheio).

Esse suposto controle dos impulsos de vingança privada e a racionalização da resposta aos fatos considerados criminosos não modificam a realidade, posto que o exercício do poder de sancionar penalmente implica, no Brasil, grave supressão de garantias individuais e direitos civis, que nos distanciam de princípios humanistas e nos aproximam da falácia da retórica legitimadora da imposição do sofrimento como resposta ao sofrimento e dor provocados pelo delito!

Em vista dessa realidade avassaladora, é preciso buscar uma estratégia que logre, ao mesmo tempo, reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos e, por esta via, reforçar os laços (e sentimentos) de solidariedade social para tornar possível o resgate da humanidade dessa sociedade moderna.

Para tanto, tem-se o desafio de se recolocar a vítima no centro do debate e das soluções para a questão criminal sem permitir, com isso, o retorno à vingança privada ou a adoção de mecanismos de privatização do espaço público (da audiência, do processo e da execução penal), que poderiam ficar fora de qualquer forma de controle! Surge então o desafio de se paulatinamente substituir a justiça retributiva pela justiça restaurativa, ou que significa restaurar no lugar de punir.

Considerando este cenário, apresenta-se como problema de pesquisa a seguinte pergunta: Em que medida a mediação penal pode minimizar o estado de coisas inconstitucional que marca o nosso sistema prisional?

Para alcançar o objetivo proposto foi utilizado o método do fenomenológico, que consiste em colocar entre parênteses os preconceitos

e os pressupostos oriundos de um pré-reflexivo vivenciado e experienciado. Contudo, sem ignorar que o ser humano não é neutro e possui sua pré-compreensão sobre o mundo.

Para uma maior familiarização com o problema de pesquisa proposto, com vistas a torná-lo mais explícito, adotou-se a pesquisa exploratória (GIL, 2018, p. 26), através de revisão bibliográfica com o fito de investigar as iniciativas de utilização da Justiça Restaurativa no Brasil, nos seus vários matizes.

Todos os dados apurados serão correlacionados tendo como moldura o estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo STF na ADPF n. 347. Desse modo, a metodologia fará uso de raciocínio dedutivo (GIL, 2019, p. 10) tendo como ponto de partida a arquitetura jurídica construída fazendo uso de pesquisa exploratória e bibliográfica, de cunho qualitativo, cujo método é o fenomenológico (GIL, 2019, p.15), pois busca fundamentos para compreender a adequação da justiça restaurativa como opção a justiça retributiva no âmbito do Brasil.

Como marco teórico, foi escolhido o filósofo Immanuel Kant, em virtude da sua inegável relevância para o mundo jurídico e em especial da sua análise de várias questões abordadas neste texto. Dentre elas, a questão relativa à justiça que deve permear as relações jurídicas e interpessoais, e que só pode ser alcançado com o uso da razão na elaboração e aplicação das leis e, sobretudo, com o respeito aos princípios de liberdade e igualdade.

Kant traz como fundamento de justiça os conceitos de liberdade e igualdade que em vários momentos aparecem como sendo a própria justiça. Sua teoria acerca desses conceitos como alicerces da ideia de justiça foi base para um dos maiores acontecimentos históricos de sua época: a Revolução Francesa. A sua preocupação candente foi de que, ao ser punido, o homem não seja funcionalizado à vista de outros fins que não a resposta à sua conduta, preservando, deste modo, sua dignidade enquanto homem. (MELO, 2005, p. 54)

1. JUSTIÇA RETRIBUTIVA VERSUS JUSTIÇA RESTAURATIVA

No Brasil, a justiça penal por mais que se mostre ineficiente, seletiva, com significativos custos sob o ponto de vista socioeconômico na medida em que agrava os problemas que supostamente deveria resolver (criminalidade, violência), resiste intocada a quaisquer movimentos de reforma mais profunda, absorvendo apenas pequenas modificações superficiais. Entendendo-se como reforma em reforma, uma reconstrução teórica que forneça um discurso (com princípios e metas) capaz de moldar novas práticas dentro do sistema judiciário penal e, principalmente, consolidar um entendimento importante: a função política do direito penal e o papel fundamental que o exercício do poder punitivo cumpre na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nas últimas décadas, muito se falou sobre penas alternativas com incontáveis projetos, experiências e supostas inovações surgidas nesse campo. Paradoxalmente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das penas alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias para diminuir a utilização da pena de prisão. Isso ocorreu porque não houve a preocupação em construir um discurso teórico próprio às penas e medidas alternativas. Toda sua elaboração teórica restringiu-se na crítica à prisão e na simples constatação das mazelas do cárcere.

Sob a denominação de justiça restaurativa tem-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (CERETTI, 1996, apud SICA, 2007, p. 11). Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa”. A justiça restaurativa pode ser definida como o processo por meio do qual todas as partes com interesse em uma particular situação problemática encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências do fato (crime, ofensa, conflito...) e suas implicações futuras (STRANG, 2001, apud SICA, 2007, p. 12).

Dentre os propósitos restaurativos está a elaboração de respostas ao crime que propiciem a transformação da relação tradicional entre ofensor e vítima, entre ambos e a comunidade e entre estes três elementos e o sistema de justiça e de governo. Como já se nota, a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, passando a assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das consequências do crime (CERETTI; MANZONI, 2000, apud SICA, 2007, p.13).

A contenção dos sentimentos de vingança ou retaliação e a neutralização do caráter retributivo da reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa que sofreu grande influência de duas importantes correntes de pensamento, na Europa e nos EUA, e que tiveram influência inegável sobre o esboço do modelo de justiça restaurativa: o abolicionismo e a intervenção mínima.

Para além da seara penal, a Justiça Restaurativa, para Leoberto Brancher está fundada num conjunto de princípios e valores que concorrem na construção da cultura de paz. O desarmamento simbólico das pessoas é um pressuposto da instauração do Procedimento Restaurativo que, enfatizando valores fundamentais, contribui, efetivamente, na garantia dos direitos correspondentes, promovendo igualdade, educando para relações pacíficas fundadas na participação democrática, na tolerância e na solidariedade, num contexto em que todos partilham livre e abertamente as informações.

As práticas da Justiça Restaurativa, ao combinar as diversas vertentes da cultura de paz, representam uma oportunidade estratégica de imprimir, a partir do microuniverso de cada conflito, as virtudes características desse novo marco civilizatório. (BRANCHER, 2006, p.15).

Na década de 60, Marshall Mc Luhan revolucionou a Teoria das Comunicações ao formular um pressuposto categórico: o meio é a mensagem. Esse pressuposto pode ser estendido para os processos e valores adotados na resolução de um conflito, pois eles são indissociáveis.

Essa construção lógica pode ser exemplificada quando um professor opta por encaminhar à polícia os alunos envolvidos numa briga na escola. Mesmo que a polícia não leve a ocorrência adiante, essa escolha, aparentemente apenas processual, já representa uma punição em si. Se a ocorrência evolui, e os jovens são levados a responder perante o Juiz, o processo será contencioso e punitivo, e a estigmatização dos alunos com a pecha de “menores infratores”, implicitamente, já estará instalada – independentemente de qual for o resultado do processo. (BRANCHER, 2006, p.18)

Retomando o pressuposto de que os meios comunicam mensagens e os processos comunicam valores, temos que a comunicação dos valores relacionados à cultura de guerra é inerente ao funcionamento do sistema punitivo/retributivo da justiça tradicional que, ao contrário de promover pacificação, promove a reverberação das rupturas, das dores e dos traumas do conflito. Noutras, palavras, temos praticado uma justiça que fere, não uma justiça que cura. (BRANCHER, 2006, pp.18-19)

A criminologia apresenta os seguintes pressupostos que atuam para que as pessoas cumpram as normas: (1) por medo, (2) por acreditarem que receberão algum benefício, (3) por reciprocidade ou (4) por participarem da sua elaboração.

No que tange à Justiça tradicional, esta encontra-se baseada na suposição de que a ameaça de punição é suficiente para dissuadir o potencial ofensor da prática do crime, ou melhor, a cumprir a norma. Sob a ótica da ordem jurídica, de uma maneira geral, quem cumpre a lei não faz mais do que a sua obrigação, portanto, a lei não contempla os bons comportamentos com premiações, embora isso seja de praxe no que se refere ao cumprimento das normas morais e, especialmente, no campo da educação. Tais estratégias, são baseadas numa relação assimétrica e vertical, ou seja, de subordinação hierárquica entre quem cumpre e quem castiga ou premia, o que devolve aos mecanismos de controle heterônomo de comportamentos: se não houver quem castigue ou premie, ou não houver castigo ou prêmio, o comportamento transgressor tenderá a reinstalar-se.

A Justiça Restaurativa, enfatiza estratégias de reciprocidade e de participação, permitindo situar a intervenção no conflito em um campo para além dos julgamentos, dos castigos e das premiações. Entende-se por reciprocidade os processos fundados no reconhecimento da singularidade e no respeito à autonomia de cada sujeito, como ponto de partida para se enfatizar valores, permitindo que os envolvidos se identifiquem e se conectem com sua própria humanidade e com a humanidade do outro. Dito de outra forma, a reciprocidade é assim representada: eu te respeito na medida em que tu me respeitas, confio em ti na medida em que confias em mim, e assim por diante.

No que concerne ao sentido de participação, esta ocorre a partir de um território de conexão profunda com o manancial interno (encontro comigo mesmo) e interacional (encontro com o outro) dos valores, proporcionando a elaboração conjunta e solidária das vivências dolorosas relacionadas às causas e consequências do conflito. Esse processo permitirá também a construção participativa de compromissos e acordos, os quais serão mais consistentes do que qualquer imposição hierárquica, porque surgidos e assumidos no contexto de intensa afetividade da interação restaurativa (mais intenso quanto mais grave e dolorosa a ofensa), e fundados na manifestação espontânea e autônoma de cada envolvido (BRANCHER, 2006, p.19).

Desde os anos 90 do século passado, a ONU - Organização das Nações Unidas passou a recomendar a adoção da Justiça Restaurativa por seus Estados Membros, por intermédio de deliberações tomadas em sede do Conselho Econômico e Social, e formalizadas através de diversas Resoluções. O marco inaugural da regulamentação da Justiça Restaurativa pela ONU foi a Resolução 1999/26, de 28.7.99, que dispôs sobre o “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, propondo a formulação de padrões no âmbito das Nações Unidas. Seguiu-se a Resolução 2000/14, de 27.7.00, reafirmando a importância dessa tarefa, e a Resolução n. 2002/12, de 24.7.02, que incorporou as principais proposições do grupo de especialistas dedicados a elaborar subsídios para embasar a criação de leis

internas aos Estados Membros e, principalmente, orientar os serviços que viessem a incorporar tais práticas.

Dentre outras importantes contribuições, esse grupo de especialistas da ONU formulou o conceito e os princípios aplicáveis à justiça restaurativa. Para eles a Justiça Restaurativa é um processo através do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro. A partir desse conceito foram estabelecidos vários princípios norteadores da Justiça restaurativa, devidamente elencados por Brancher (2006, p.21), tais como:

(I) A transgressão é, primordialmente, uma ofensa contra as relações humanas e, em segundo lugar, uma violação da lei - pois as leis são escritas para proteger a segurança e a justiça nas relações humanas; (II) A Justiça Restaurativa reconhece que a transgressão (violação das pessoas e das relações) é errada e não deve ocorrer - e também reconhece que, depois dela, há perigos e oportunidades. O perigo é que a comunidade, a vítima e o agressor emergjam da resposta ao crime mais alienados, feridos, desrespeitados e impotentes, sentindo-se em uma sociedade menos segura e cooperativa. A oportunidade é que a injustiça seja reconhecida, a igualdade restaurada e o futuro iluminado, de modo que as partes envolvidas se sintam mais seguras, capazes de respeito, empoderadas e cooperativas em relação aos outros e à sociedade; (III) A Justiça Restaurativa é um processo de “fazer as coisas o mais certo possível”, que inclui: atender às necessidades criadas pela ofensa, como segurança e reparação dos danos à relação e dos danos físicos resultantes da ofensa, e atendendo às necessidades relativas às causas da ofensa (vícios, falta de habilidades ou recursos sociais, falta de base ética ou moral); (IV) A vítima

primária da transgressão é aquela mais atingida pela ofensa. As vítimas secundárias são outras que sofreram o impacto do crime, e podem ser membros da família, amigos, policiais, comunidade, etc; (V) Assim que sejam satisfeitas as necessidades imediatas de segurança da vítima, da comunidade e do ofensor, a Justiça Restaurativa encoraja o ofensor a aprender novas formas de atuar e de se colocar na comunidade; (VI) A Justiça Restaurativa prefere responder à transgressão o mais cedo possível, com o máximo possível de cooperação voluntária e com o mínimo de coerção, pois curar relações e aprender são processos voluntários e cooperativos; (VII) A Justiça Restaurativa prefere que a maioria das transgressões sejam tratadas por meio de uma estrutura cooperativa, incluindo os que sofreram o impacto da ofensa e a comunidade, para oferecer apoio e possibilitar a prestação de contas (accountability). Tal estrutura pode envolver vítimas primárias e secundárias, famílias, representantes da comunidade, representantes do governo, de igrejas e comunidades de fé, da escola, etc; (VIII) A Justiça Restaurativa reconhece que nem todos os ofensores vão escolher serem cooperativos. Portanto, há a necessidade de uma autoridade externa que tome decisões pelo agressor que não é cooperativo, e que sejam razoáveis, restaurativas e respeitosas (para com a vítima, o ofensor e a comunidade); (IX) A Justiça Restaurativa prefere que os ofensores que representam risco importante à segurança e não são cooperativos sejam colocados em ambientes onde a ênfase seja em valores, ética, responsabilidade, prestação de contas e civilidade. Eles devem ser expostos ao impacto que suas transgressões tiveram sobre a vítima, aprender empatia e ter a oportunidade de se preparar melhor para se tornarem membros produtivos da sociedade. Eles devem ser continuamente convidados e não coagidos a cooperar com a comunidade e ter

oportunidade de fazer isso em ambientes adequados, tão logo seja possível; (X) A Justiça Restaurativa requer estruturas de acompanhamento (follow-up) e prestação de contas, usando a comunidade tanto quanto possível, pois respeitar acordos é a chave para construir uma comunidade confiante e confiável; (XI) A Justiça Restaurativa reconhece e encoraja o papel das instituições comunitárias, inclusive das comunidades religiosas ou de fé, no ensino e estabelecimento de padrões éticos e morais que devem ser construídos na comunidade.

A partir desses princípios percebe-se que o processo da justiça restaurativa atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo, no qual o Estado figura com seu monopólio penal exclusivo como a encarnação de uma divindade vingativa sempre pronta a retribuir o mal com outro mal (Beristain, 2000).

No Brasil, a sobrecarga dos tribunais, a lentidão dos processos, os custos da máquina estatal, a burocracia judicial, a reincidência no crime, são alguns exemplos relevantes da necessidade de mudanças no paradigma de resolução de conflitos. Várias abordagens teóricas discutem a ineficácia das práticas dos sistemas de justiça no atendimento e tratamento do contraventor.

O sociólogo jurídico Faget (1997) enfatizou que o tratamento repressivo dos conflitos tende a satisfazer temporariamente a demanda social, mas não resolve efetivamente o conflito em toda a sua dimensão. Para compreendê-la é preciso usar outras lentes – conforme recomendado pela obra de Howard Zehr (1990), intitulada *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, uma das mais consagradas referências bibliográficas sobre a Justiça Restaurativa. Essa obra destaca que o sistema penal foi historicamente construído baseado na culpabilidade do infrator, sendo a vítima uma parte desprezada, sem poder de expressão, uma vez que o crime é cometido contra o Estado, resultando, por

consequente, em um quadro de insatisfação da vítima e de não ressocialização do infrator.

Argumenta Zehr que o crime é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cabendo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

Zehr, destaca que a simples punição não considera os fatores emocionais e sociais, os quais são fundamentais para que as pessoas afetadas pelo crime, possam restaurar o trauma emocional, construindo sentimentos e relacionamentos positivos. Sustenta o autor que a justiça restaurativa é capaz de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável.

Sob a ótica da justiça restaurativa o crime não é apenas uma conduta típica, antijurídica e culpável, que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação das relações entre infrator, vítima e a comunidade. E, por isso se volta para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional (retributiva) é binária, ou seja, se houve infração haverá castigo! Por sua vez, a justiça restaurativa indaga: o que pode ser feito para restaurar isso?

O método restaurativo faz com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades decorrentes da ofensa sejam atingidas e o resultado individual socialmente adequado seja atingido. Isto porque não é dada ênfase apenas para a reparação material preconizada pela Justiça Restaurativa, uma vez que a reparação do dano causado pelo ilícito ultrapassa o material, podendo alcançar as mais diversas formas, quer seja moral, material ou até mesmo simbólica.

Por outro lado, ao utilizar-se a lente retributiva para olhar o crime tem-se que o processo penal não consegue atender a boa parte das necessidades da vítima e do ofensor. O processo penal negligencia as vítimas e muitas vezes fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. Por essa lente tem-se que o crime é uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa.

A justiça retributiva se concentra basicamente nas dimensões sociais. E o faz tornando a comunidade algo abstrato e impessoal. A lente retributiva define o estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Nela se pergunta em primeiro lugar: “Quem fez isso? ”, ‘O que faremos com o culpado?’ – e dificilmente vai além disso, pois os crimes, estão em uma categoria separada dos outros tipos de danos. Ou seja, por essa lente se considera como pressuposto mais importante sobre o crime aquele que coloca o Estado como a verdadeira vítima, o que traz implicações bastante profundas. Isto porque sob tal ótica, o crime é considerado uma ofensa contra o Estado e consistindo a justiça em estabelecer a culpa e impor a dor dentro de uma batalha regulamentada. O processo é tido como responsabilidade e, aliás, monopólio do Estado. (p.79)

Diante disso, Zehr sintetiza os males da justiça retributiva com a seguinte reflexão:

Ao longo de todo o processo criminal as lesões e necessidades da vítima e do ofensor são negligenciadas. Ou pior, as lesões podem ser agravadas.

Dentro do processo, o fenômeno do crime se torna maior do que a vida. O crime é mistificado e mitificado, criando-se um símbolo que é facilmente manipulado por políticos e pela imprensa. (ZEHR, p. 61)

Leciona ainda o autor que na ótica da justiça retributiva se destacam os seguintes postulados: (I) o crime viola o estado e suas leis; (II) o foco da justiça é o estabelecimento da culpa; (III) a justiça

administra doses de dor; (IV) a justiça é buscada através de um conflito entre adversários (V) o ofensor está contra o estado; (VI) regras e intenções valem mais que os resultados; (VII) um lado ganha e o outro perde.

Nesse cenário, a culpa, é definida como um defeito individual, que ignora o contexto do comportamento do indivíduo, partindo-se do pressuposto de que os ofensores tiveram várias oportunidades e, tendo escolhido as erradas, merecem ser rotulados como culpados. Em outras palavras, a fixação da culpa é central à noção de justiça, portanto, a sua administração é uma espécie de teatro no qual a culpa e a inocência predominam os debates. O julgamento ou a confissão de culpa funcionam como o clímax dramático, e a sentença é o desenlace final. Logo, a justiça se ocupa com o passado em detrimento do futuro dos ofensores, das suas vítimas e respectivos familiares.

Para a justiça retributiva, o crime cria uma dívida moral que deve ser paga, sendo o papel da justiça efetivar um processo que devolva o equilíbrio à balança, tal como existisse uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida. Tal conceito de justiça foca nas abstrações, em vez de se concentrar no mal que foi praticado, partindo do pressuposto de que, em cada caso, o necessário para acertar as contas é algo conhecido e atingível. Assume que o necessário para ajustar essa balança é uma punição em níveis adequados aplicada pelas autoridades na esfera judiciária. Por sua vez, os ofensores são levados a acreditar que, ao aceitar a punição, estarão pagando sua dívida com a sociedade.

Entretanto, constata-se que, em verdade, os ofensores têm dificuldades de acreditar que dessa maneira estarão de fato “pagando sua dívida” com a sociedade. O “pagamento” é demasiado abstrato e não há um reconhecimento público no final, quando a dívida já foi paga. Além disso, esse pagamento tampouco traz algum benefício para a sociedade, pelo contrário, custa-lhe muito dinheiro. Assim nos encontramos diante de um paradoxo pois, ao mesmo tempo que se transmite ao ofensor a mensagem “você fez mal a alguém, então nós faremos mal a você também”, simplesmente, aumenta a quantidade de mal.

O resultado da adoção da lente retributiva da justiça é a construção de um modelo penal com o escopo de monopolizar o poder de punir no Estado e concentrar na União a competência privativa para legislar sobre o Direito Penal, o que resultou numa tendência elitista do sistema penal brasileiro, onde, em um universo penal de em torno de 1614 crimes tipificados, constata-se um cenário de maior preocupação com a tipificação de crimes contra o patrimônio do que crimes contra pessoa. Tal escolha, de fato funciona como uma delimitação do público alvo do direito penal brasileiro e por consequência, um instrumento de controle da sociedade que se encontra em situação de periferia, de baixa escolaridade e que não possuem acesso ao mercado de trabalho.

Para TAUCHERT (2016, p. 85), essa opção filosófica resulta num sistema penitenciário que não exerce função pedagógica, ressocializadora, educativa e recuperativa de nenhum interno, porém, exerce papel de neutralizar o indivíduo no sistema prisional por curto lapso temporal e que muitas vezes nem isso é possível, pois no contexto interno dos presídios brasileiros, configuram-se como verdadeiras escolas do crime e da produção da loucura e da violência humana.

2. A ADOÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO PENAL

No Brasil, o modelo restaurativo é utilizado nos juizados da infância e da juventude, nas contravenções penais e nos crimes de menor potencial ofensivo. A justiça restaurativa se instaurou efetivamente no Brasil em 2005, através da Secretaria da Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça, que produziu o projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, e junto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/PNUD, apoiou três projetos-piloto de Justiça Restaurativa. O primeiro deles foi praticado em São Paulo, na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, os outros dois, realizados no Juizado Especial Criminal de Bandeirante, em Brasília/DF, e na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de

Porto Alegre/RS, com competência para executar as medidas socioeducativas.

Em 2010, o Tribunal de Justiça da Bahia implantou o primeiro Núcleo de Justiça Restaurativa ligado ao 2º Juizado Especial Criminal, relacionado aos crimes de menor potencial ofensivo. Dessa maneira, o que se nota é o progresso das implantações pelo país, por meio de várias iniciativas, que são propostas pelo sistema judiciário.

A Justiça Restaurativa não é um substituto para o sistema de justiça criminal; é um complemento. Não se pode esperar que atenda todas as necessidades pessoais ou coletivas dos envolvidos. No Brasil a possibilidade de sua adoção através da mediação penal nas ações penais públicas é defendida por GUERRA (2017, p. 246) com base no direito ao acesso à justiça, previsto pela Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, e possui status de Direito Fundamental. Prossegue a autora argumentando que geralmente relaciona-se a garantia ao acesso à justiça, como garantia à jurisdição estatal, mas, na verdade, esta não deve ser entendida, tão somente, como prestação exclusiva pelo Estado ao jurisdicionado, é preciso ampliá-la para alcançar-se a mediação, momento em que o Estado sai um pouco do protagonismo e permite aos envolvidos a participação efetiva na restauração do conflito.

Equivocadamente, leva-se a achar que o exercício do direito de acesso à justiça deve ser concretizado tão somente pelo Judiciário, e só a este cabe, em havendo o descumprimento das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimidade de dizer o direito (MORAIS; SPENGLER, 2008; apud GUERRA, 2017, p. 248).

Entretanto, as formas alternativas de solução dos conflitos, deixam de ser consideradas como formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistas como instrumento auxiliares desta, no atingimento de seu objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias. Vistos dessa maneira, os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário (SALLES, 2011, p. 44; apud GUERRA, 2017, p. 247).

Além disso convém destacar que se entende por Acesso à Justiça o acesso a uma ordem jurídica justa e, por ser um Princípio Constitucional Fundamental (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1.988), tal conceito tem sido ampliado para assegurar, aos indivíduos, não só o direito de ação, mas o efetivo direito à Justiça, incluindo a resolução de conflitos por meios alternativos. Nesse aspecto se insere a mediação penal como via legal por ser uma alternativa democrática, capaz de fomentar o exercício da cidadania, uma vez que legitima as partes envolvidas no conflito a se reconhecerem como autores da criação de um “Direito” que atenda às suas pretensões, a um acordo equilibrado, construído e não imposto (FELIPE, 2016, p. 292)

Tem-se então a reintrodução da vítima no processo de resolução das querelas criminais, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, sendo uma providência relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, afastando, definitivamente, o Direito Penal do seu antigo papel de vingador público. (GUERRA, 2017, p.223)

Esse mecanismo passa, necessariamente, pela aceitação da reparação do dano e da restauração da paz jurídica, como finalidades da Justiça Penal. Nessa linha, a permissão da renúncia à pena e sua redução, o perdão judicial e o simples afastamento da intervenção penal, inclusive, nos acordos de colaboração premiada, apresentam-se como medidas alternativas, as quais não acarretam em uma abstinência do jus puniendi do Estado, pois todas as medidas são aplicadas, institucionalmente, por órgãos com atribuições para tanto.

Os participantes devem ser informados sobre como os processos restaurativos se encaixam no sistema mais amplo de justiça, quais expectativas são apropriadas para o processo de Justiça Restaurativa e como os resultados restaurativos podem ou não ser levados em consideração pelo tribunal.

O processo não é restaurativo se for explorado pelos participantes para atingir vantagens pessoais desleais, chegar a resultados manifestamente injustos ou inapropriados, ou ignorar as considerações de

segurança pública ou tentar subverter os interesses da sociedade de tratar a transgressão criminal de uma maneira aberta, leal e justa.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é necessário, inicialmente, compreender corretamente os pressupostos teóricos e principiológicos das práticas restaurativas, a fim de que seja afastado o risco do modelo retributivo não estar embutido em um discurso supostamente progressista e garantista. Ressalte-se, nesse sentido, que deve ser repelida a visão reducionista que identifica a Justiça Restaurativa com mecanismos de mera reparação pecuniária, ou submissão do infrator à constrangimento ou humilhação, por isso, a importância de não se descuidar da indissociabilidade do sistema com o aparato de proteção aos direitos humanos.

Afinal, o modelo de justiça restaurativa busca intervir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal. Pretendendo, assim, tocar a origem e causa do conflito, e a partir daí possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, redução dos danos aproveitados pela vítima e comunidade, com notável ganho na segurança social.

A dignidade das pessoas envolvidas no delito deve ser garantida, com o respeito à supremacia da Constituição Federal, principalmente, quando há violação da norma penal, a qual preserva direitos jurídicos relevantes à pessoa, ao seu patrimônio e aos interesses públicos e transindividuais. O transgressor, a vítima e a sociedade devem ser tratados como sujeitos principais do problema, quando da atuação do Estado (GUERRA, 2017, p.253).

No Brasil é por meio da Lei nº 9.099/1995, que se regulamenta a formalização de acordos no processo penal brasileiro, extraindo-se fundamentação para aplicação imediata dos institutos alternativos de composição dos danos, no processo penal. Durante a persecução penal, em sentido amplo, cumpre-se registrar a possibilidade da adoção da mediação, nas ações penais privadas e públicas, a qual deve ser requerida pelas partes, ou com a concordância do Ministério Público, como fiscal da lei. Tal conclusão pode ser extraída da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, ao analisar a previsão de composição civil dos

danos, ou mesmo a suspensão condicional do processo, facultando às partes, nos crimes de ação penal privada, promover uma tentativa de conciliação, tudo previsto pela citada Lei nº 9.099/1995. De fato essa lei ao dispor sobre os juizados especiais cíveis e criminais autoriza a formação de um acordo civil com efeitos penais, afastando totalmente a jurisdição penal. Prevê ainda em seu art. 89, o benefício da suspensão condicional do processo, abrindo mais um caminho para se implementar a mediação nos casos de ação penal pública condicionada e incondicionada.

Nessa linha, o membro do Ministério Público atuaria regido pelo princípio da liberdade regrada, e, portanto, não haveria qualquer impedimento legal para a sua aplicação, inclusive, com a permissão do próprio sistema jurídico (GUERRA, 2017, p. 254).

Pelo contrário, a atuação do membro do Ministério Público torna-se essencial para a adoção do procedimento consensual, visto que se trata do titular da ação penal, sob o comando da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada. Cabe portanto ao Promotor de Justiça analisar o caso concreto, a natureza da infração penal, as consequências do crime e condição pessoal da vítima e ofendida, para, então, concluir pela adequação ao método restaurativo, através da mediação (GUERRA, 2017, p. 255).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As práticas da Justiça Restaurativa compreendem o conceito ampliado de justiça, e, assim, transcendem a aplicação meramente judicial, por isso, costuma-se utilizar a expressão “práticas restaurativas” para referir-se de forma generalizada às diversas estratégias, judiciais ou não, que se valem da visão, dos valores e dos Procedimentos Restaurativos, oportunizando aos envolvidos uma nova abordagem como resposta às infrações e para resolução de problemas ou conflitos.

A Justiça Restaurativa não é um substituto para o sistema de justiça criminal; é um complemento. Não se pode esperar que atenda todas as necessidades pessoais ou coletivas dos envolvidos.

O processo não é restaurativo se for explorado pelos participantes para atingir vantagens pessoais desleais, chegar a resultados manifestamente injustos ou inapropriados, ou ignorar as considerações de segurança pública ou tentar subverter os interesses da sociedade de tratar a transgressão criminal de uma maneira aberta, leal e justa.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é necessário, inicialmente, compreender corretamente os pressupostos teóricos e principiológicos das práticas restaurativas, a fim de que seja afastado o risco do modelo retributivo não estar embutido em um discurso supostamente progressista e garantista.

Ressalte-se, nesse sentido, que deve ser repelida a visão reducionista que identifica a Justiça Restaurativa com mecanismos de mera reparação pecuniária, ou submissão do infrator à constrangimento ou humilhação, por isso, a importância de não se descuidar da indissociabilidade do sistema com o aparato de proteção aos direitos humanos.

Afinal, o modelo de justiça restaurativa busca intervir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal. Pretendendo, assim, tocar a origem e causa do conflito, e a partir daí possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, redução dos danos aproveitados pela vítima e comunidade, com notável ganho na segurança social.

Para além da seara penal, a Justiça Restaurativa, para Leoberto Brancher está fundada num conjunto de princípios e valores que concorrem na construção da cultura de paz. O desarmamento simbólico das pessoas é um pressuposto da instauração do Procedimento Restaurativo que, enfatizando valores fundamentais, contribui, efetivamente, na garantia dos direitos correspondentes, promovendo igualdade, educando para relações pacíficas fundadas na participação democrática, na tolerância e na solidariedade, num contexto em que todos partilham livre e abertamente as informações (BRANCHER, 2006, pp.18-19).

Enfim, o paradigma da Justiça restaurativa desafia resistências, particularmente de operadores jurídicos alienados que são filiados à ideia

de um Direito blindado contra mudanças, sob o argumento – equivocado - de que ela se desvia do devido processo legal, das garantias constitucionais e produz uma séria erosão no Direito Penal codificado.

A Justiça restaurativa tem feição de procedimento complementar do sistema, recompondo a ordem jurídica, com outra metodologia, a qual leva a resultados melhores para a vítima e infrator, pois recupera segurança, autoestima, dignidade e controle da situação. E, por sua vez, o infrator tem oportunidade de refazer-se e reintegrar-se, pois ao mesmo tempo que a Justiça Restaurativa o convoca na sua responsabilidade pelo mal causado, lhe oferece meios dignos para transformação, inclusive participando de programas da rede social de assistência.

Em conclusão, todos os elementos da mediação apontam para uma justiça horizontal e não vertical, uma vez que oferece condições e elementos que propiciam a restauração entre as partes, incentivando a participação efetiva dos cidadãos para a efetivação da justiça através do diálogo, estabelecendo um acordo com ganhos para todos os envolvidos no conflito.

Diante de todo o exposto, levando-se ainda em conta a crise do judiciário, é indispensável que a justiça penal busque novos meios capazes de solucionar o conflito, por meio da readaptação social. É neste sentido que se insere a mediação penal, um novo e eficaz instrumento de concretização da justiça.

REFERENCIAS

BRANCHER, Leoberto. **Iniciação em Justiça Restaurativa – Subsídios de Práticas Restaurativas para a transformação de conflitos**. Porto Alegre: AJURIS, 2006.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

FELIPE, Ana Paula Faria. **Mediação Penal e a Lei 11.340/2006 - Limites e Possibilidades**. Formas consensuais de solução de

- conflitos. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; XXV Encontro Nacional do CONPEDI - Brasília/DF
- GUERRA, Nara Rúbia Silva Vasconcelos. **A Aplicação da Mediação nas Ações Penais Públicas Incondicionadas, no Prisma da Justiça Restaurativa.** Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará. V.01. n.2 -Ceará:2006 – p. 211-264
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes** – 1º Ed. - São Paulo: Edipro, 2003.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf Acessado em: 10/11/2021.
- MELO, Eduardo Rezende. **Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais.** Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva In: BRASÍLIA-DF. Renato Campos Pinto de Vitto et al (org.). Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas Para O Desenvolvimento – PNUD. JUSTIÇA RESTAURATIVA. Brasília: Gráfica do Senado, 2005. p. 53-77.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In: BRASÍLIA-DF. Renato Campos Pinto de Vitto et al (org.). Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas Para O Desenvolvimento - PNUD. JUSTIÇA RESTAURATIVA. Brasília: Gráfica do Senado, 2005. p. 19-39.
- SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2007.
- TAUCHERT, Maicon Rodrigo. **Justiça retributiva e justiça restaurativa: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro.** Revista São Luís Orione Online, Araguaína - TO, v. 10, nº10, 2016.
- VITTO, Renato Campos Pinto de. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos.** In: BRASÍLIA-DF. Renato Campos Pinto de Vitto et al (org.). Ministério da Justiça e

Programa das Nações Unidas Para O Desenvolvimento - PNUD.
JUSTIÇA RESTAURATIVA. Brasília: Gráfica do Senado, 2005.
p. 41-50.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tânia Van Acker . São Paulo: Palas Athena, 2008.

**SEÇÃO VI - PRECEDENTES, PROCESSOS SERIAIS E
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS HUMANOS**

ATIVISMO JUDICIAL E OPINIÃO PÚBLICA: O INSTRUMENTALISMO COMO OBSTÁCULO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

Marcelo Pereira de Almeida¹⁷³

Marianna da S. F. Carvalho e Carvalho de Araújo¹⁷⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o comportamento do protagonismo dos juízes dentro do processo. Por meio da análise da aplicação da teoria instrumentalista no Brasil, busca demonstrar como esta interfere dentro do judiciário, através do ativismo judicial e da flexibilização processual, refletindo sobre como tal prática, embora represente importantes avanços na processualística brasileira, também oferece riscos para a prestação jurisdicional ao gerar uma sensação de insegurança jurídica, sobretudo, no caso de decisões proferidas de acordo com as convicções pessoais do julgador e dos apelos por parte da Opinião Pública. Pretende-se, por fim, demonstrar como a presença desse protagonismo também se relaciona ao impasse quanto a utilização dos precedentes para nortear as decisões proferidas pelos magistrados, ao passo que sua aplicação, frente às divergências quanto à interpretação da norma, representam uma forma de garantir a imparcialidade e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Instrumentalismo Processual. Precedentes. Opinião Pública. Insegurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

¹⁷³ Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ - Pós- doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha) - Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF - Professor Adjunto de Direito Processual da UFF - Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Professor Permanente do PPGD (mestrado), da UCP - Advogado – e-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

¹⁷⁴ Graduanda em Direito no Centro Universitário La Salle/ RJ – Graduanda em Letras na Universidade Federal Fluminense – e-mail: marianna.araujo@soulasalle.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9187295675309560>

Através da contextualização do surgimento e as finalidades do instrumentalismo, busca-se introduzir como a teoria se materializa dentro do judiciário brasileiro, a partir de uma maior flexibilização processual e do encorajamento para o ativismo judicial. Juntamente a essa apreciação, demonstra-se como tal protagonismo, da forma atualmente observada, foi construído e se apresenta dentro da processualística brasileira, para, então, descortinar, do próprio ponto de vista democrático, as contradições desses fenômenos quanto aos prejuízos inerentes a essa prática.

Para tanto, busca desconstruir como o ativismo judicial contribui para a imagem do juiz como aquele que “tudo pode”, difundida pela sociedade e fomentada através da mídia, e refletir sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade de decisões proferidas por magistrados que, principalmente no atual momento político e social, e através dos bombardeamentos das mídias digitais.

Por fim, observando a necessidade de se garantir a imparcialidade, bem como os demais princípios constitucionais e processuais, é explicitada importância da aplicação de precedentes para garantir a segurança jurídica, norteando decisões que envolvam casos semelhantes. Para ilustrar essa problemática e aplicar à discussão, dentre as inovações apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015, o trabalho irá debater as questões em torno da constitucionalidade e obrigatoriedade (ou não) quanto a observância dos incisos Art. III, IV e V do Art. 927, do CPC/15.

Também pretende, ao longo do desenvolvimento textual, questionar imaginário associativo entre celeridade e eficiência, comprovando que, não necessariamente, um está atrelado ao outro, devendo ser observadas as particularidades do caso concreto, bem como ressaltar os riscos quanto a violação da lei e dos princípios que conduzem o ordenamento jurídico na ocorrência dos episódios de “ativismo judicial”, os quais, conforme pretende demonstrar, são exclusivamente aqueles nos quais, por algum motivo escuso, renuncia-se às previsões legais, alegando “fazer justiça” – ressaltando os casos nos quais se trata de norma inconstitucional.

Em respeito ao exercício das funções do magistrado, vale destacar que este trabalho não representa uma crítica deliberada aos juízes – sendo igualmente indispensável lembrar a importância da sua atuação para a efetivação dos direitos dos cidadãos, reconhecendo, inclusive, o assédio e pressão sofridos quanto à responsabilidade sobre as suas decisões. Ao contrário, objetiva somente servir como instrumento de reflexão acerca do risco oferecido em não se respeitar uma mínima ritualística processual, bem como a existência de conteúdos decisórios baseados em convicções pessoais de determinados julgadores, sobretudo quando tais decisões são utilizadas para satisfazer demandas midiáticas, servindo, inclusive, à sua autopromoção para fins políticos.

A TEORIA INSTRUMENTALISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO PROCESSUAL

O instrumentalismo é resultado de uma série de reestruturações quanto à forma de se utilizar o processo na resolução dos conflitos, objetivando superar os velhos ditames do Estado-Liberal para atender as necessidades da população, garantindo a igualdade e a justiça social, sobretudo, após as Revoluções Industriais, intensificando-se em decorrência da Primeira e Segunda Guerra Mundiais, e, conseqüentemente, as respectivas crises geradas no âmbito econômico e humanitário (ALMEIDA, NETTO, 2021). Observa-se um declínio do privatismo e a ascensão do pensamento publicista, rompendo com os modelos estabelecidos até o século XIX, nos quais era constatado um “distanciamento” do magistrado, representando um “expectador” desse processo, obedecendo a uma lógica positivista, havendo pouca ou nenhuma intervenção do Estado nas relações jurídicas.¹⁷⁵

A partir desse momento, modifica-se o olhar sobre o processo, passando a equipará-lo à natureza jurídica do contrato, compreendendo

¹⁷⁵ ALMEIDA-NETTO: “A ingerência do Estado nas relações jurídicas mostrava-se tímida, conduzindo à consolidação de uma perspectiva técnica e formalista, que enxergava o processo como instrumento privado dos cidadãos de resolverem suas contendas”.

que o demandado fica atrelado ao processo e seus respectivos resultados, “não porque houve aceito contratualmente, mas porque o Estado, no exercício do poder pelas formas regulares, tem autoridade suficiente para impor-lhe essa sujeição” (DINAMARCO, 2002, p. 50). Dentre as inovações desse novo modelo de “socialização processual”, propõe-se uma maior participação dos juízes, atribuindo a eles a função de conduzir a prestação jurisdicional. Por outro lado, as partes passam a não ter mais tanta ingerência dentro do processo.

Um dos grandes marcos da presença efetiva do Estado dentro das relações jurídicas e da busca por um maior protagonismo judicial, foi o advento do Código de Processo Civil austríaco em 1895, responsável por difundir esses valores por diversos países, contribuindo com suas respectivas legislações, tomando forma no Brasil, no qual essas mudanças tomam forma através do instrumentalismo (ALMEIDA, NETTO, 2021).

A teoria em questão, seguindo essa mesma lógica, ou seja, objetivando a maior efetividade no processo para a garantia do seu resultado, considera o processo como instituto próprio do direito processual, sendo dirigido ao julgador. Entende-se enquanto “efetividade processual” um afastamento de decepções, “com justiça e fazendo cumprir o direito”, levando em conta também ao objetivo pedagógico do processo, no que tange a sua função de efetivação dos direitos, ampliando a “participação dos indivíduos nos destinos da sociedade” (DINAMARCO, 2002, p. 320).

Assim, atrelada à flexibilização no que tange à forma e interpretação das normas, essa “tendência” do direito processual civil moderno, possibilita não somente uma maior adequação ao caso concreto e suas especificidades como também corrigir desigualdades entre as partes, de modo a possibilitar o acesso à Justiça por parte de todos os cidadãos e a garantia da prestação jurisdicional adequada. Portanto, compreende-se que sua finalidade seria a efetivação de princípios processuais e constitucionais contemporâneos, como celeridade, igualdade entre as partes e isonomia. Nesse sentido, dispõe Cândido Rangel Dinamarco:

“É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema

processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução” (DINAMARCO, op. cit., p. 25).

A partir da leitura do trecho em destaque acima, nota-se que o aludido autor, responsável por dar espaço à teoria instrumentalista no Brasil, recomenda que pela superação de determinadas barreiras formais, burocráticas, seria facilitado o acesso à Justiça de maneira mais igualitária. Torna-se possível, portanto, uma maior efetivação do princípio constitucional da isonomia (Art. 5º, CAPUT, CRFB/88) e do direito fundamental de se recorrer ao judiciário para a solução das suas demandas (Art. 5º, XXXV, CRFB/88). Justifica-se, assim, a centralização do processo na figura do magistrado para que se atinja o resultado final de maneira mais eficaz, através do combate às disparidades sociais, sendo indispensável, ao julgador moderno não somente a imparcialidade aplicada as mesmas oportunidades aos envolvidos no processo, como também – e principalmente – na “recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas” (DINAMARCO, 2002, p. 231).

Tal dogmática impregnou a doutrina brasileira, refletindo-se nas normas processuais que incentivam a postura mais ativa por parte do juiz e a celeridade processual, à exemplo do Código de Processo Civil de 2015, o qual apresenta dispositivos que permitem adaptações dos procedimentos, a partir dos quais se torna possível identificar o atual movimento de concentração do processo e seus atos processuais aos julgadores com a finalidade de se adaptar aos casos concretos. Como

exemplo do Art. 139, VI, o qual possibilitaria ao magistrado o prolongamento de prazos processuais e alteração da ordem de produção dos meios de prova, a fim de se adequar às demandas apresentadas, bem como o Art. 370, conferindo uma acentuação do seu poder instrutório (ALMEIDA-NETTO, 2020, p. 10).

Por outro lado, embora seja necessário reconhecer, inclusive diante de um cenário de grande volume de demandas dentro do Judiciário, a importância da praticidade no julgamento e que adequações são fundamentais para o andamento processual, observando sempre o princípio da instrumentalidade das formas, uma que não é razoável determinar uma forma extremamente rígida, devendo prevalecer a finalidade do processo¹⁷⁶, também é preciso compreender que, sobretudo em relação à celeridade, na maioria das vezes dentro da prestação jurisdicional, o modelo de “linha de produção” nem sempre é o mais eficaz. Nesse sentido, Calmon de Passos explica que é necessário obedecer uma ritualística, um procedimento, bem como as normas e os princípios constitucionais, ou seja, os caminhos já percorridos, cuja eficácia foi comprovada ao longo do tempo. O aludido autor indica que a doutrina instrumental se fundamenta em uma “lógica inversa”, condicionando o processo ao produto final (PASSOS, *apud* ALMEIDA, NETTO, 2021). A partir dessa crítica, pode-se compreender que um dos riscos da aplicação da concepção instrumental do processo está justamente na possível violação dos ritos pré-estabelecidos, colocando em jogo a própria efetivação da justiça, bem como a segurança jurídica, através de excessos que eventualmente possam ocorrer em nome da suposta eficiência processual.

Nesse sentido, destaca-se que nem sempre “eficiência” será sinônimo de “celeridade”, tampouco o justo resultado do processo pode ser considerado eficaz somente observando a velocidade de sua duração. Por vezes, certos atos praticados de determinada forma somente para se

¹⁷⁶ Com base no princípio da instrumentalidade das formas, dispõe o Art. 154 do CPC/15: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”.

garantir uma maior rapidez na ação não garantem o seu devido resultado. Do mesmo modo, faz-se necessária uma constante vigilância quanto à autonomia, do protagonismo atribuído aos magistrados, para também não se incorrer em abusos que comprometem o resultado final, a resolução do conflito e a efetivação da justiça dentro dos casos concretos, em nome exclusivamente da celeridade. Isto porque, embora as inovações propostas pelo instrumentalismo estejam, do ponto de vista teórico, relacionadas a garantia dos preceitos democráticos, faz-se necessário, segundo Nelson Nery Junior e Georges Abboud (2016), observar o limite dos direitos fundamentais na ação do Poder Público, para, conforme se demonstrará em seguida, não correr o risco dessas práticas que atribuem autonomia ao magistrado resultarem no ativismo judicial.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E A OPINIÃO PÚBLICA

É certo que um modelo caracterizado pela extrema rigidez pode produzir iguais danos, não se adequando ao caso concreto, mas como o próprio Calmon de Passos afirma, no que tange à flexibilização, já é garantido ao processo uma autonomia teórica, por meio da sua própria legislação, princípios inerentes ao ordenamento jurídico e ao Estado Democrático. Todavia, essa autonomia também não seria um sinônimo de instrumentalidade: o professor observa que não é possível separar Direito Processual de Direito Material, pois a finalidade do processo é a própria prestação do direito material, logo, não pode servir como apenas um instrumento à serviço da jurisdição (PASSOS, *apud* ALMEIDA, NETTO, 2021).

Conforme disposto anteriormente, o papel do magistrado como aquele que irá conduzir o processo advém de uma evolução da forma como o Direito Processual passou a ser exercitado, de acordo com a necessidade de o Estado assumir o papel não somente para solucionar os conflitos como também de buscar reduzir as disparidades sociais. Um maior protagonismo atribuído aos julgadores, como instrumento para a efetivação da prestação jurisdicional, passou a fazer parte dos mais

diversos ordenamentos jurídicos do mundo moderno, inclusive no caso da legislação processual brasileira.

No entanto, tal “protagonismo” oferece alguns riscos quando extrapola os limites estabelecidos pela própria legislação, ainda mais quando o processo não se obedece a uma mínima ritualística, não seguindo as etapas básicas processuais, por exemplo: não pode um juiz proferir decisões contra à parte sem ouvi-la primeiro, violando o contraditório e ampla defesa¹⁷⁷, conforme previsão do Art. 9º do CPC/15 – a não ser que se trate das exceções previstas em seu parágrafo único – mesmo nas matérias nas quais deveria decidir de ofício, na forma do Art. 10 do CPC/15¹⁷⁸. Em casos como esse, vistos frequentemente em alguns julgamentos, em nome do princípio da celeridade, outros princípios processuais e constitucionais passam a ser violados. Os conteúdos decisórios sempre deverão ser fundamentados a partir da legislação vigente e o Judiciário irá somente interpretá-la, dizer como a norma deve ser aplicada dentro da lide que lhe for apresentada. No que tange à essa interpretação, o magistrado, por óbvio, não poderá violar o texto legal ou atribuir sentido diverso. Nas palavras de STRECK-TASSINARI-LEPPER (2015, p. 59):

[...]o fato de o intérprete atribuir o sentido não quer dizer que ele possa, sempre dar o sentido que lhe bem convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se estes tivessem existências autônomas) e deixar de lado o texto constitucional.

Alguns autores dividem o ativismo entre “bom” e “mau”, como

¹⁷⁷ Previsto pelo Art. 5º, LIV e LV da CRFB/88, o qual dispõe o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

¹⁷⁸ O princípio da não surpresa, na forma Art. 10 do CPC/15: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Pablo L. Manili, o qual estabeleceu tal separação considerando o “bom ativismo” como aquele que, por exemplo na ausência de previsões, utiliza-se da autonomia e da flexibilização para assegurar os direitos e solucionar os conflitos, ou, de outras formas, contribuem para a constante melhoria do ordenamento jurídico e da prática processual. Ao passo em que o “ativismo mau”, seria aquele que viola direitos, restringe o acesso à prestação jurisdicional (MANILI *apud* JUNIOR, ABOUD, 2016). Porém, o presente artigo adota o entendimento de que não pode haver tal distinção, compreendendo o ativismo judicial como aquelas decisões nas quais as convicções do julgador se sobrepõem ao que está previsto pela própria lei, sendo vedado deixar de aplicar os dispositivos legais – somente quando estes forem considerados inconstitucionais¹⁷⁹.

O chamado “bom ativismo” não pode ser classificado enquanto “ativismo”, devendo ser compreendidas somente como a aplicação da legislação e dos princípios constitucionais dentro das decisões judiciais. Por outro lado, para se caracterizar o ativismo, seria necessário observar a ocorrência desse desapego ao texto legal com base no argumento para “fazer justiça”, sendo utilizado como subterfúgio para que sejam proferidas decisões inconstitucionais, ilegais – muitas vezes, baseadas em convicções pessoais (JUNIOR, ABOUD, 2016), podendo o ativismo se materializar, inclusive, em conteúdos decisórios voltados para a satisfação à opinião pública.

No que tange à influência da mídia dentro das decisões preferidas pelos magistrados, alguns pontos devem ser destacados. Em primeiro lugar, não se pode desprezar o fato de que aqueles que detém o monopólio da comunicação “exercem pressão para que a corte endosse sua versão e condene a qualquer custo” (ALTMAN, *apud* NOVELINO, 2014, p. 162), sendo notória a pressão pela qual os juízes quando se tratam de casos que geram repercussão nacional, nas mais diversas polêmicas que tomam conta do debate público e que suscitam as mesmas discussões acerca de ditas “moralidades” e tentativas, por parte de grupos específicos, de impor

¹⁷⁹ Dessa forma, os autores afirmam que “Por consequência, o texto constitucional configura limite intransponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal”.

suas crenças e interesses pessoais para o coletivo – sobretudo quando se trata de julgamentos que envolvem reivindicações ou violação dos direitos das minorias.

Se por um lado os juízes estão sendo cada vez mais julgados pela sociedade e veículos de comunicação, sendo recorrente o assédio aos julgadores (e até mesmo a ocorrência de ameaças a sua integridade e sua vida, bem como de seus familiares), também é certo a “ovação” aos magistrados que assumem uma postura que atenda aos seus apelos, resultando em seguidores nas redes sociais e amplo destaque nos veículos de comunicação. O fenômeno é contraditório e, diante de um mesmo julgador, as reações da opinião pública podem ser completamente opostas diante do tema a ser discutido. Ainda assim, o sensacionalismo da mídia em cima dos casos a serem julgados (em todas as instâncias) provocam um tom de “espetacularização” das seções e audiências, por exemplo, sendo comum, debates acalorados entre ministros, podendo também ocorrer discussões entre magistrados, as partes e seus representantes. Através desses episódios, observar-se a criação de um “ambiente decisório ainda mais suscetível à influência não apenas da mídia e da opinião pública, mas também de outros fatores extrajurídicos” (NOVELINO, 2014, p. 164).

Além disso, aproveitando-se de uma insatisfação geral com Executivo e Legislativo, na figura de muitos políticos e dos seus respectivos partidos, principalmente após diversos escândalos de corrupção, em meio a uma severa crise econômica e social, os olhos da sociedade se voltaram para o Poder Judiciário. Alguns julgadores utilizam-se desses “holofotes” para sua “promoção”, apoiando-se no ativismo processual para se destacarem seja em pronunciamentos nas mídias, ao proferir decisões ou na condução dos processos e audiências, chegando ao ponto de ignorar normas materiais e processuais, julgando de maneira parcial e agindo perante o processo de acordo com a vontade do senso comum. Observa-se um crescente de decisões pautadas “em fundamentos políticos capazes de agradar peculiares segmentos que os mantêm protegidos contra qualquer relevante reprimenda” (VERBICARO, VERBICARO, MACHADO, 2018, p. 198), sendo

importante ressaltar que essas práticas não se restringem a apenas uma ideologia específica, sendo observados julgamentos inclinados para as mais diversas orientações não somente políticas, como também religiosas, culturais, entre outras (JUNIOR, ABOUD, 2016).

Chega-se à perversão do devido processo legal somente para agradar a opinião pública, os quais, muitas vezes estão imersos em discursos de ódio e induzem à difusão de ideias que pregam essa supressão de direitos e até mesmo colocam em risco o próprio Estado Democrático, não somente dentro da esfera processual civil como também nas demais, e, principalmente, na esfera criminal, não isentando as altas cortes desse tipo de prática, como em casos nos quais se observou alterações em alguns discursos de Ministros do STF, gerando um endurecimento no julgamento da matéria penal, utilizando-se, também, do argumento da efetividade e celeridade processual, alinhando-se ao “discurso da imprensa e com o ímpeto punitivo da maioria da população”, (NOVELINO, 2014, p. 163).

Dessa forma, a noção de ativismo se concretiza como um comportamento revestido de supremacia e atos que fogem às competências conferidas através da Constituição Federal, motivo pelo qual se torna problemático ao se relacionar como um “ato de vontade do julgador” (STRECK-TASSINARI-LEPPER, 2015, p. 57-58), reforçando na sociedade esse caráter do julgador enquanto um “herói” ou um “justiceiro”, aquele que “tudo pode” dentro do processo. Através disso, muitos julgadores ganharam espaço na mídia e foram aclamados pela população por tais feitos – tendo alguns alçando até mesmo cargos políticos – como se observa através dos seguintes dados coletados pelo programa “Pulso Brasil”, em 2017:

Outro estudo mais recente do programa de monitoramento “Pulso Brasil”, elaborado mensalmente pela consultoria Ipsos Public Affairs (2017) e, posteriormente, publicado pela BBC Brasil (2017) em março de 2017, realizou uma amostra probabilística – margem de erro de 3% – representativa da população brasileira de áreas urbanas de acordo com dados oficiais do IBGE,

apontando o crescimento superior da popularidade de membros do Judiciário em comparação ao reconhecimento de políticos tradicionais do país (VERBICARO, VERBICARO, MACHADO, 2018, p. 199).

A partir da leitura do exposto acima, confirma-se o declínio e o descontentamento da população com a classe política, ao passo em que é observado um aumento da popularidade de representantes do Judiciário (também em detrimento das personalidades políticas). De fato, existe incentivo por parte de diversos setores para esse ativismo e para uma maior celeridade processual e em um primeiro momento, o protagonismo judicial está sendo aplaudido pelo senso comum, porém, tal prática perpetua as instabilidades em relação aos julgamentos e decisões – justamente por se relacionar à vontade do julgador. Dessa forma, os mesmos sujeitos que hoje demonstram contentamento com essa prática podem se sentir prejudicados futuramente (STRECK-TASSINARI-LEPPER, 2015, p. 58). Ademais, diante das inconstâncias que envolvem a opinião pública, indica-se que “o bom juiz não pode e não deve agir” para obter sua aprovação (MENDONÇA; BARROSO, *apud* NOVELINO, 2014, p. 163).

A presença do ativismo judicial, principalmente nos moldes aqui analisados, é pode ser perigosa e vai contra aos axiomas democráticos, comprometendo a prestação jurisdicional, além de se facilitar a utilização do Judiciário como palco para a fomentação de conflitos e crises no âmbito político e social, e, portanto, contribuindo cada vez para a fragmentação do povo brasileiro, já desgastado com todos os constantes escândalos envolvendo diversos agentes públicos (não somente oriundo do Poder Executivo e Legislativo, como também do próprio Poder Judiciário) e as polaridades ideológicas que saturaram os debates dentro de todos os setores da sociedade. Dessa forma, ao se aproximar das tendências indicadas pela opinião pública, dominada por ideais de vingança social, esqueceu-se de privilegiar o interesse público, sendo este que deveria preocupar mais ao julgador (BELLIZZE, *apud* CRISTO, CANÁRIO, 2012).

O magistrado, mesmo com a autonomia que lhe é conferida na condução do processo, não pode escolher se irá ou não aplicar os devidos dispositivos legais ao caso concreto, não importando se o juiz, particularmente, concorda com a lei ou não, ou se mídia e a sociedade, irão se satisfazer com a decisão ou não. As adequações processuais, conforme já discutido, só podem ocorrer a partir da previsão legal, não cabendo os ativismos, sob pena de se violar os princípios constitucionais e processuais, bem como perpetuar a insegurança jurídica através da dificuldade de se uniformizar as decisões.

2. A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES, A INSEGURANÇA JURÍDICA E OS PRECEDENTES VINCULANTES (ART. 927 DO CPC/15)

No contexto do pós-segunda guerra mundial, da (re)aproximação entre Direito e Moral, produzindo e proporcionando a aplicação do direito de maneira científica, de modo a combater a formação e aplicação de modelos autoritários e ditatoriais, nota-se a implementação de ordenamentos jurídicos cujos princípios e normas vigentes possuem de aplicação abrangente, mas sem que as decisões judiciais, interpretação e uso das leis estejam associadas a uma verdade absoluta, “transcendental sobre a justiça”, o que impede a superação e a importância do debate, a argumentação, reafirmando a busca pela estabilização de “sociedades pluralistas”, compreendendo que “o justo deverá ser abrangente o suficiente para que contemple todas as pessoas como igualmente dignas” (ALMEIDA, 2014, p. 38).

O Direito, dentro do Estado Democrático, não pode ser aplicado ou compreendido de maneira dissociada dos valores jurídicos, inviabilizando julgamentos com base em critérios subjetivos. Sob esse aspecto, na ausência de explicitação e/ou precisão no texto legal, caberá ao juiz oferecer uma resposta, para que se solucione o conflito de maneira apropriada (LUHMANN, *apud* ALMEIDA, 2014, p. 44/45). Nesse sentido, sobre a “criatividade judicial”, dispõe Fredie Didier Jr.:

A criatividade judicial pode, ainda, ser justificada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição[...], que proíbe a recusa da prestação jurisdicional (*Verbot der justizverweigerung*), no Brasil consagrado no inciso XXXV do art.3º da Constituição Federal e reafirmado no art. 3º do CPC. "A não-decisão não é permitida".O art. 140 do CPC ratifica isso: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" (DIDIER Jr., 2015, p. 160).

Retomando o posicionamento do Professor Calmon de Passos, tendo em vista que a finalidade do processo a prestação do direito material, e, portanto, não deve servir como apenas um instrumento à serviço da jurisdição – o que violaria o devido processo constitucional. Da mesma forma que o Direito Processual está atrelado ao Direito Material, e o Direito é “servo da linguagem” (PASSOS, 2001, p. 20), e esta deve ser atrelada às demandas apresentadas ao Judiciário. O aludido autor indica que as reflexões e o amadurecimento científico e filosófico no âmbito processual foram deixadas de lado por parte dos próprios processualistas nacionais também no que tange aos estudos acerca da instrumentalidade, resultando na produção de um discurso jurídico sem fundamentação ou autoridade (PASSOS, *apud* ALMEIDA, NETTO, 2021). Logo, não apresentam raciocínio jurídico.

Com objetivo de se reforçar o caráter de abrangência e igualdade, estabelecer esse raciocínio jurídico e a igualdade entre demandas parecidas, dentre os mecanismos à disposição do magistrado para a fundamentação das suas decisões está a possibilidade de se aplicar os precedentes, ou seja, decisões anteriormente proferidas ao caso concreto em análise e que podem auxiliar em julgamentos posteriores que sejam semelhantes (BLACK, *apud* NOGUEIRA, 2014). Baseada na Teoria do *Stare Decisis*¹⁸⁰ sua utilização, nos países que possuem sistemas de

¹⁸⁰ Cláudia Albagli Nogueira escreve: “É da Teoria do *Stare Decisis* que vêm os precedentes. A Teoria do *Stare Decisis* é aquela adotada pelos países da *common law* e

common law (sistema anglo-saxão),¹⁸¹ confere uniformidade para o julgamento entre casos similares, e, com a evolução do direito processual, passou por modificações de modo a adaptar sua utilização aos avanços tecnológicos e sociais (ALMEIDA, 2014, p.145).

Logo, essa aplicação faz parte da técnica da interpretação do Direito, e funciona como dispositivo capaz de funcionar como uma “previsão”, uma “expectativa” acerca do conteúdo a ser julgado, tornando o processo mais célere e, de fato, eficiente, pois, através da uniformização quanto a aplicação das leis ao promover o consenso e a segurança jurídica e, portanto, assegura-se a isonomia e a imparcialidade (NOGUEIRA, 2014).

No entanto, destaca-se que os precedentes não podem ser confundidos com os conceitos de “jurisprudência” e “súmula”: o primeiro se configura enquanto a consolidação do mesmo entendimento sobre decisões judiciais, aplicações e interpretação das normas acerca de matéria proferida pelos tribunais, ao passo que as súmulas representam a consolidação da jurisprudência dentro do tribunal. Já no caso dos precedentes, estes podem estar relacionados a qualquer decisão que tenha sido proferida anteriormente e seja usada para fundamentar o caso concreto.

Conforme apontado por Luiz Guilherme Marinoni, vale ressaltar também a diferença no que tange à função (“importância”) do magistrado dentro dos sistemas do *common law* e *civil law*, compreendendo que “um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do *common law* é justamente o sistema de precedentes” (MARINONI, 2009, p. 22). Por outro lado, o modelo de *civil law* (sistema romano-germânico), adotado oficialmente pelo direito brasileiro, o texto da lei é a sua principal fonte, porém, a doutrina aponta que os precedentes também produzem

considera os precedentes judiciais como de observância obrigatória (*binding precedents*)”.

¹⁸¹ Não podendo se confundir *common law* com *stare decisis*, conforme explica Marinoni: “Também não há como se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedente*” (itálicos do autor).

efeitos para a fundamentação das decisões, quais sejam: persuasivo (ou efeito mínimo) – sua aplicação será usada como “reforço de argumentação”, podendo variar a depender da sua origem/qualidade –, o impedimento do “meio de impugnação da decisão que se baseia nele”, bem como a existência de efeito vinculante – relacionado aos precedentes que devem ser observados no julgamento das demandas (LOURENÇO, *apud* CARON, 2014, p. 77), ao passo que autores, como Didier Jr., também acrescentam mais três efeitos: “autorizante; rescindente/deseficazante; e de revisão da sentença” (DIDIER Jr., *apud* GALLO, 2016, p. 179).

Especificamente dentro do contexto brasileiro, vem se observando uma busca pela implementação de um sistema “híbrido” (RAMOS, 2013), no qual, ainda que haja a presença de um direito privado “de cunho individualista”, ocorre a presença de um “microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo”, aproximando-se, também, de marcas do *common law* (DIDIER Jr., 2015, p. 58) e em meio a um contexto de insegurança jurídica, a partir da necessidade de se estabilizar a aplicação dos precedentes, o Código de Processo Civil de 2015, em seu Art. 926, ao indicar que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Em seus parágrafos primeiro e segundo, também estabelece que os tribunais irão editar os enunciados de súmula de maneira que corresponda a jurisprudência dominante respectiva, devendo, inobstante, ater-se ao contexto fático dos precedentes que incitaram a criação das súmulas a serem editadas.

Os precedentes vinculantes, elencados pelo rol do Art. 927 do CPC/15, segundo Didier Jr., são aqueles cuja a *ratio decidendi*¹⁸² contida na fundamentação da decisão possui força vinculante, sendo que esse efeito vinculante abarca os demais, devem ser reconhecidos de ofício pelos tribunais e magistrados, sob pena de “omissão e denegação da justiça”. Todavia, o autor também ressalta que tal apreciação não pode

¹⁸² Compreende-se, enquanto *ratio decidendi*, “os motivos determinantes ou o núcleo essencial da decisão” (Marinoni, 2009).

ocorrer antes de se ouvir as partes a respeito (DIDIER, *apud* GALLO, 2016, p. 179).

Dentre as inovações introduzidas pelo então novo Código de Processo Civil, estão os incisos III, IV e V do Art. 927, os quais, respectivamente, indicam a observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, dos enunciados sumulares do STF e do STJ, da mesma maneira que as Súmulas Vinculantes, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os julgadores e órgãos estiverem a ele vinculados.

Todavia, há resistência quanto a sua aplicação de maneira impositiva aos juízes, tendo em vista a controvérsia em classificar todos os precedentes elencados no rol do Art. 927 do CPC/15 enquanto “vinculantes”. Em razão das divergências quanto à interpretação dos dispositivos, existem interpretações as quais, por meio da palavra “observarão”, compreendem que o dispositivo não apresentaria uma obrigatoriedade, mas seria algo facultativo, ao julgador, aplicar ou não os enunciados e orientações. Segundo Michele Taruffo, é infundada qualquer tentativa de atribuição de eficácia vinculante ao precedente, uma vez que a força do precedente se dá a partir da possibilidade deste se fazer eficaz para resolução de “casos sucessivos” (TARUFFO, *apud* STRECK, 2018, p. 24). Sobre essa citação, Lênio Streck reforça o “caráter argumentativo da aplicação dos precedentes”, visto que o CAPUT do Art. 927 do CPC/15 indica a observação por parte dos tribunais e não a “vinculação” (STRECK, 2018, p. 24).

Ademais, observa-se que alguns autores, a exemplo de Nelson Nery Júnior, que compreende haver apenas constitucionalidade quanto a obrigatoriedade da aplicação de decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante (incisos I e II do Art. 927, respectivamente), o que não ocorre em relação aos demais incisos do artigo em análise, atribuindo ao Judiciário o poder legislativo (JUNIOR, *apud* GALLO, 2016, p. 185).

Do mesmo modo, sinaliza o professor Lênio Streck, ao afirmar o que “o perigo do “juiz-legislador” pode existir ainda quando se nega

terminologicamente que ele esteja exercendo essa função”. Assim, o aludido autor, opondo-se a Hermes Zanetti, no que tange à busca por uma aplicação do precedente seja alçada à “condição de fonte primária”, além do próprio texto do precedente também poder apresentar os mesmos “problemas” (“interpretativos”) do texto da lei questiona o risco de se atribuir mais valor a uma “noção interpretativa” do que a lei em si (STRECK, 2018, p. 25-26).

Assim, observa-se, segundo os autores e sua discordância para a aplicação impositiva dos incisos em destaque, nota-se, mais uma vez, a presença do instrumentalismo dentro do CPC/15 e do protagonismo judicial, em nome da celeridade. Todavia, a aplicação dos precedentes somente deve servir para a unificação das decisões quando se tratar de decisões que comprovem sua qualidade e eficiência dentro de sucessivos casos concretos (TARUFFO, *apud* STRECK, 2018).

Tendo em vista as razões apresentadas quanto à resistência na atribuição do caráter vinculante aos precedentes elencados nos incisos III a V do Art. 927 do CPC/15, nota-se essa preocupação, em parte da doutrina, diante da possibilidade (ou não) de efetiva resolução dos conflitos parecidos. Dessa forma, também para a sua utilização é necessário observar a possibilidade ou não de tais decisões anteriores resolverem demandas posteriores de maneira eficiente, sem jamais se sobrepor as normas e princípios constitucionais, de modo a combater os ativismos judiciais e, por consequência, as decisões sem a devida fundamentação legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, a aplicação dos precedentes representa uma solução para a insegurança jurídica, servindo para uniformizar as decisões, tratando os casos similares com igualdade. Entretanto, perante a divergência doutrinária destacada pelo presente trabalho e diante do risco de se legitimar uma “atribuição de sentidos” por parte dos magistrados em suas decisões, nota-se que muitos debates e reflexões ainda precisam ser realizados, de modo a adequar o texto legal aos princípios constitucionais

e processuais, de modo a efetivar essa segurança jurídica, sem incorrer em excessos com base em meras “interpretações”.

Constata-se, dessa forma, a presença de elementos relacionados ao ativismo judicial e ao instrumentalismo processual, representados por essa tendência de atribuir ao Judiciário poderes legislativos, que não são inerentes a sua função, reforçando os riscos de se cometer excessos em nome de critérios relacionados a interpretações que nem sempre privilegiam a própria lei e seus princípios.

Compreende-se, também, que a teoria instrumentalista, responsável por introduzir uma flexibilização do direito processual brasileiro, possibilita adequações necessárias ao caso concreto, mas também oferece riscos à prestação jurisdicional quando aplicada de maneira indiscriminada, a exemplo de casos nos quais o magistrado não observa as normas e regras estabelecidas, violando princípios constitucionais e processuais que devem reger a prestação jurisdicional, explicando o cenário de severa insegurança jurídica na atualidade da Justiça Brasileira, principalmente no que tange à isonomia, a imparcialidade e o devido processo legal.

A celeridade, embora seja um importante princípio processual, não deve ser o único vetor na atuação jurídica, sob pena de se comprometer a obediência a outros princípios, tais como a imparcialidade e a isonomia. Dessa forma, conforme explicado ao longo do presente trabalho, a autonomia atribuída ao magistrado não deve, em hipótese alguma, incorrer em ativismos, os quais extrapolam os limites dos poderes instituídos aos magistrados, não cabendo ao Poder Judiciário a competência para criação legislativa.

Para a prestação jurisdicional e efetividade processual, portanto, não seria possível, de forma racional, pensar em outra solução senão o equilíbrio entre ritos, normas e princípios constitucionais e a flexibilização de forma moderada, sem extrapolar os limites previstos. Por óbvio, é fundamental reconhecer que o magistrado tenha a sua importância reconhecida dentro do processo, no entanto, sempre se limitando aos entendimentos da lei, das jurisprudências e da doutrina. Deve-se somente objetivar a efetivação da justiça e redução das

desigualdades, sem jamais assumir o lugar do justiceiro ou, por questões ideológicas, vaidade ou até mesmo pressão por parte de determinados setores, correr o risco de comprometer a efetivação da justiça quando as decisões são proferidas através de convicções pessoais e/ou seguindo os apelos da opinião pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. NETTO, Fernando Gama de Miranda. “A “Instrumentalidade do Processo” no pensamento de Calmon de Passos”. *In.*: FILHO, Antônio Carvalho. COSTA, Eduardo José da Fonseca (org). **“Direito, Processo e Garantia: Estudos em Homenagem a J.J. Calmon de Passos”**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

_____. **“Regra de cumulação de ações ou cláusula geral de adaptação de procedimentos? Os vieses interpretativos em torno do artigo 327, § 2º do CPC”**In: V Encontro Nacional da Associação Brasileira de Direito Processual, 17 e 18 de agosto de 2020.

_____. **“Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a solução de Demandas de Massa”**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. **LEI Nº 13.105, Código de Processo Civil**. 2015.

CARON, D. **Teoria dos Precedentes Judiciais e sua Eficácia para Garantia da Segurança Jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, [S. l.], v. 42, n. 1, 2014. DOI: 10.14393/RFADIR-v42n1a2014-3. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/25094> . Acesso em: 09/05/ 2022.

CITTADINO. Gisele. “Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia”. *In.*: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano II, Nº 2 e Ano III, Nº 3, 2001-2002.

- CRISTO, Alessandro. CANÁRIO, Pedro. **“Opinião pública não pode pautar decisões do Judiciário”**. Conjur, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-10/opiniao-publica-nao-pautar-decisoes-judiciario-dizem-especialistas>>, acesso em: 19/11/2021.
- DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.
- _____. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2002.
- GALLO, Lucas Albanez. **“A Sistematização dos Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil”**, Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. IV, n. 01, p. 169-199, dez. 2016
- GONÇALVES, Fábio Marques. **Mídia e Poder: A Intermediação da Realidade e a Responsabilidade Política dos Meios De Comunicação**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, 2017.
- MARMELSTEIN. George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial, *In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO*, 3., 2016, Bolonha, Itália. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf> , acesso em 08/03/2022.
- MARINONI. Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos Precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

- NERY JUNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. “O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto”. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan./mar. 2016.
- NOGUEIRA. Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out. / dez. 2014.
- NOVELINO, Marcelo Novelino. **O STF e a opinião pública**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 54, out./ dez. 2014.
- PASSOS, Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. *In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo (coords.). Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do Processo: Fundamentos do Garantismo processual brasileiro**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 09/05/2022.
- REIS. Sérgio Cabral dos. DO ATIVISMO JUDICIAL COMO COMPORTAMENTO ANTIDEMOCRÁTICO E ENFRAQUECEDOR DA DELIBERAÇÃO POLÍTICA. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 123/2021, p. 141-163, jan/fev. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach.
O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326.
Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61.
- VERBICARO, Dennis. VERBICARO, Loiane Prado. MACHADO, Ana Victória Delmiro. **A Sociedade Juridificada e o Desmoronamento Simbólico do Homem Democrático:** Relações Entre Judiciário, Mídia E Opinião Pública. Revista Jurídica, Vol. 04, n°. 53, Curitiba, 2018. pp. 190-212.

LEGITIMIDADE ATIVA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE QUANTO AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELOS PROJETOS DE LEI Nº 4778/2020, Nº 4441/2020 e Nº 1.641/21

Marcelo Pereira de Almeida¹⁸³

Cinthia Gorges Rego Mello¹⁸⁴

Maria Julia da Silva Souza¹⁸⁵

RESUMO

O presente ensaio foi fruto de pesquisa realizada pelo grupo de pesquisa “MECANISMOS PROCESSUAIS DESTINADOS A PROPORCIONAR EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM CAUSAS SERIAIS – OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DAS CAUSAS PILOTO E DOS PROCEDIMENTOS MODELOS” pertencente ao curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro com apoio do Projeto de Pesquisa “OBSERVATÓRIO DE REFORMAS PROCESSUAIS” desenvolvido na Universidade Católica de Petrópolis, visando analisar as alterações propostas pelos projetos de lei nº 4778/2020, nº 4441/2020 e nº 1.641/21 através de pesquisa de levantamento de dados processuais constante dos tribunais superiores.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Legitimidade; Projeto de lei.

INTRODUÇÃO

¹⁸³ Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/.0245213114864531> e-mail: marcelo.almeida@ucp.br

¹⁸⁴ Graduada em Direito na Universidade Católica de Petrópolis-RJ – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6136793700950251> e-mail: cinthiagmello@hotmail.com

¹⁸⁵ Graduada em Direito na Universidade Católica de Petrópolis-RJ – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9121365062444892> e-mail: maju.1999@outlook.com

É notório que o direito de acesso ao Judiciário, garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXV, é materialmente obstaculizado por diversos fatores, sejam eles sociais, culturais, psicológicos e legais.

Diante da frequente má gestão de recursos públicos pela Administração que desdobram em lesão de direito de grupos e classes, cada vez mais a via jurisdicional tem sido utilizada para efetivar políticas governamentais e proteger bens que integram o patrimônio público, sendo garantida, assim, a defesa da ordem pública.

Nessa esteira, por ser um meio processual adequado de consubstanciação de preceitos constitucionais por via coletiva, a Ação Civil Pública tem-se revelado, hodiernamente, como um importante via jurisdicional de defesa de interesses metaindividuais, sendo um mecanismo de democracia participativa no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que o impetrante através do judiciário influencie diretamente na efetivação de políticas públicas em prol da coletividade.

A Ação Civil Pública é concebida como uma prerrogativa do direito de ação que determinados órgãos e entidades discriminadas em lei possuem para a provocar a atividade jurisdicional, em prol de interesses transindividuais e individuais coletivos.

Nesse contexto, o instrumento processual cumpre um papel relevante para a concretização do princípio da justiça social expresso na Constituição Federal, pois “permite que as partes possam ingressar coletivamente na proteção de interesses coletivos ou difusos, ao invés de buscar essa tutela de forma individualizada, o que diminui os custos.” (RIZZARDO, 2014, p. 19).

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

“A ação civil pública aparece, então, como instrumento por excelência da participação da sociedade na busca do bem comum através do judiciário.” (PINHEIRO, p. 198).

Conforme a Lei nº. 7.347/1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao

consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico bem como qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Não obstante a Carta Magna e supracitada Lei 7.347/85 terem estabelecido como objeto da ação os “interesses difusos e coletivos”, esse foi estendido aos “interesses individuais homogêneas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Cumprir observar que tais espécies de direitos tiveram sua existência reconhecida tendo em vista apresentarem a característica transindividual, pertencendo não apenas a um indivíduo, mas sim a uma coletividade, um grupo.

Sobre o reconhecimento desses direitos, esclarece DONIZETTI (2016, p. 161) que:

Em decorrência do surgimento dessa nova modalidade de direitos, fez-se necessária uma reanálise dos institutos processuais, com o escopo de adaptá-los ao direito material que buscam assegurar. Assim, além da noção de tutela individual conhecida amplamente pelos processualistas, ganhou força no século XX a ideia de tutela coletiva, hoje consagrada por diversos diplomas normativos (como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, o CDC e a Lei da Ação Popular).

Nesse contexto, cumpre colacionar os termos da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – que conceitua tais espécies de direitos sociais:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No que tange aos direitos de caráter difuso, Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2013 *apud* GONZALEZ; SILVA, 2018) assinala que:

são interesses metaindividuais, que, não tendo atingindo o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (...), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (...). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.

Outrossim, os direitos coletivos podem ser definidos como:

aqueles também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, reunidos pela mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva – abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo. (MAZZILI, 2014 *apud* GONZALEZ; SILVA, 2018)

Ainda, sobre os direitos individuais homogêneos asseveram Luis G. Marinoni e Sérgio Arenhart (2005, p. 711) que esses:

Os direitos individuais homogêneos [...] são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado proteção coletiva, por meio de uma única ação.”

Dessa forma, em síntese, depreende-se por difuso o direito indivisível o qual atinge diretamente pessoas indeterminadas sem qualquer possibilidade de determinação, enquanto coletivo àquele que se distingue apenas por apresentar possibilidade de individualização posterior daqueles que foram lesionados. Por outro lado, o direito individual homogêneo consiste naquele que embora classificado como individual, pelo fato de incidir sobre uma massa de direitos idênticos permite-se se pleiteado por meio da tutela coletiva.

Sendo assim, a Ação Civil Pública, também denominada ação ideológica ou ação coletiva, tem por finalidade a defesa de interesses públicos, da coletividade ou grande maioria desta razão pelo qual o alcance de seus efeitos justifica-se amplitude inerente a natureza do direito discutido.

DA LEGITIMIDADE

Em se tratando de processos coletivos, a legitimidade autoral é delimitada da maneira mais abrangente possível. Além disso, admite-se, geralmente, várias pessoas e entes enquanto legitimados o qual poderão exercer o direito de ação individualmente e sem necessidade de aquiescência dos demais.

Isso porque “com a coletivização dos direitos (direitos de terceira geração), ampliou-se sobremaneira o rol das entidades com legitimidade e capacidade para agir em juízo na tutela desses direitos” (DONIZETTI, p. 225).

Conforme leciona Hartmann (2016, p. 789) em matéria de legitimidade ativa no processo coletivo existem muitas peculiaridades dentre as quais

as principais que devem ser destacadas são: a) a legitimidade ativa ordinária e extraordinária; b) a possibilidade de o Ministério Público prosseguir em ação popular que inicialmente sequer tem legitimidade para propor; c) o litisconsórcio ativo entre Ministério Público Federal e Estadual nas ações coletivas; d) a atuação da Defensoria Pública enquanto instituição e não como supridora de capacidade postulatória; e) atuação da associação no polo ativo destas demandas; f) a possibilidade de determinados demandados migrarem para o polo ativo, caso queiram”.

Em oposição ao processo civil tradicional que admite a legitimidade ordinária, isto é, o próprio sujeito afetado é que irá conduzir a sua defesa jurisdicional, o procedimento da Ação Civil Pública opera com a legitimação extraordinária em que o legislador não admite que as pessoas efetivamente lesadas impetrem a ação restando essa função substitutiva processual para entidades públicas e privadas.

A legitimidade para impetrar essas ações delineada constitucionalmente, está destacada na legislação adjacente como a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993), entre outras normas legais.

Do ponto de vista do entendimento predominante, tem-se que a legitimidade ativa em demandas coletivas apresenta natureza jurídica tal como o direito objeto de análise. Isso porque quando versando a demanda sobre direito difuso ou coletivo, ante seu caráter de indivisibilidade, haverá regime de legitimidade ordinária, todavia sendo o objeto da demanda direito individual homogêneo haverá legitimidade autoral extraordinária.

Nos termos da supracitada Lei nº. 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e outras providências, basicamente, têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V - a associação.

DAS ASSOCIAÇÕES

O direito de associação trata-se de direito público, subjetivo e que permite a união voluntária de pessoas com fins lícitos e sociais. Esse compreende quatro direitos: o de criar associação, o de aderir a qualquer associação, o de dissolver espontaneamente a associação e o de desligar-se da associação. Ainda, apresenta a peculiaridade de ser garantido ao indivíduo, mas, dada a liberdade de se associação, materializa-se por meio do exercício coletivo.

Não obstante a ausência de previsão expressa ao direito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, durante os séculos XIX e XX esse passou a ser reconhecido no direito.

No Brasil, o direito passou a ser reconhecida com a Constituição Republicana de 1891 e, após, foi repetido em Constituições posteriores (de 1934 e 1946) em que pese algumas restrições ao direito. Segundo artigo 72, § 2.º da supracitada carta magna: “A todos é lícito associar-se e reunir-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia se não para manter a ordem pública”.

Conforme artigo 53 do Código Civil, constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

De acordo com Maria Helena Diniz,

é a forma pela qual certo número de pessoas, ao se congregarem, coloca, em comum, serviços, atividades e conhecimentos em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de determinado fim, com ou sem capital e sem intuítos lucrativos (DINIZ, 2003 *apud* PAES, 2020).

Ademais Marcos Vinicius Gonçalves (2018, p. 78) define associação como

uma modalidade de agrupamento dotada de personalidade jurídica, sendo pessoa jurídica de direito privado voltada à realização de interesses dos seus associados ou de uma finalidade de interesse social, cuja existência legal surge com a inscrição de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, desde que satisfeitos os requisitos legais (CC, art. 45), que ela tenha objetivo lícito e esteja regularmente organizada.

A associação é constituída por meio da redação escrita de um conjunto de cláusulas contratuais há serem lançadas em registro geral (CC, art. 45), denominado estatuto. Do ato constitutivo deverão constar a) a denominação, os fins e a sede da associação; b) os requisitos exigidos para admissão, demissão e exclusão dos associados; c) os direitos e as obrigações dos associados; d) as fontes de recursos financeiros para sua manutenção; e) o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos; f) as condições de possibilidade de alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; g) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. Esse será aplicável aos seus associados.

Não obstante a impossibilidade de adoção das formas mercantis, ante a ausência do intuito especulativo, poderá ter finalidade: a) altruística (associação beneficente); b) egoística (associação literária, esportiva ou recreativa); e c) econômica não lucrativa (associação de socorro mútuo).

DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELOS PROJETOS DE LEI N°4778/2020, N°4441/2020 E N° 1.641/21

Recentemente, foram propostos três projetos de lei, quais sejam, PL 4778/20, PL 4441/20 e PL 1.641/21, que tramitam na Câmara dos

Deputados com vistas a disciplinar o procedimento da nova Lei da Ação Civil Pública.

Diversamente dos demais legitimados, estão previstos nos projetos de leis nº 4441/2020 e nº 4778/2020 que as associações deverão atender à determinados requisitos a fim de deter representatividade adequada e, por conseguinte, legitimidade para propositura de ações civis públicas.

Em outubro de 2020 foi apresentado na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 4778/2020 que propõe nova estrutura legislativa para a Ação Civil Pública.

No tocante a legitimidade ativa para a proposição da Ação Civil Pública, a proposta altera os incisos IV e V do artigo 5º da vigente lei. A redação do projeto estatui que serão legitimadas para propor a Ação Civil Pública “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei;” bem como “as associações, que tenham representatividade adequada e que incluam dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos protegidos por esta lei, sendo indispensável a prévia autorização estatutária ou assemblear”.

Ademais, o projeto regulamenta em seu artigo 5º que o procedimento do ingresso de litisconsortes e delimita a participação das associações estabelecendo que a sua representatividade adequada deverá ser demonstrada:

I – pelo número de associados; II – pela capacidade financeira, inclusive para arcar com despesas processuais da ação coletiva; III – pelo rol de casos, que deve ser apresentado, de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente; IV – pelo quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação, que deve existir na associação, quando da propositura da ação; V – pelo laudo indicativo do número de pessoas atingidas pelo alegado dano, apresentado com a propositura da ação; VI – por outros meios adequados. (BRASIL. Projeto de lei nº 4.778, de 01 de outubro de 2020)

Importante mencionar que a lei da Ação Civil Pública, nº 7.347 de 1985, prepondera o interesse social em detrimento do requisito de pré-constituição, pois esse poderá “ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Em paralelo tramita o projeto de lei nº 4771/2020 que dispõe que são legítimos para propor a Ação Civil Pública.

IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei; V – as associações civis que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos protegidos por esta lei, sendo indispensável a prévia autorização estatutária ou assemblear;

VI – as comunidades indígenas ou quilombolas, para a defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos.

Ocorre que, dentre as principais alterações propostas pelos projetos, ressalta-se a questão da legitimidade de propositura da Ação Civil Pública que foi restringida principalmente no que tange a representatividade das associações. Observou-se que a legitimidade das associações estaria condicionada ao atendimento de requisitos não previstos anteriormente pela legislação.

Gize-se que, segundo os referidos projetos de lei, a legitimidade ativa das associações estaria condicionada a satisfação de requisitos elencados para determinar a adequação de sua representatividade demonstrada pelo número de associados; pela capacidade financeira; pelo rol de casos de que a associação participou, judicial ou extrajudicialmente; pelo quadro de especialistas no tema do objeto protegido pela ação; pelo laudo indicativo do número de pessoas atingidas pelo alegado dano, entre outros.

Neste panorama, em 2021, a comissão de juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) elaborou o PL 1.641/21 nomeado

como Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover substitutivo das propostas anteriores apresentando técnicas e valores da teoria do processo estrutural.

No tocante ao polo ativo da propositura da ação coletiva, o projeto trouxe avanços ao inserir novos legitimados como, sindicatos, a Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos, as comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais, bem como no controle jurisdicional da adequação da legitimidade.

Porém, vale ressaltar, que estes projetos estão vindo em contrariedade com à tendência legislativa de países latino-americanos, como a Argentina e o Peru. Apesar de a necessidade das ações coletivas serem propostas por entidades que tenham legitimidade para realmente representar a sociedade civil, é imprescindível permitir a mais ampla participação de entidades interessadas na defesa da coletividade.

Nós podemos destacar que os países ibero-americanos adotam em suas constituições como principal instrumento para tutela de direitos coletivos a denominada Ação de Amparo, cabível contra qualquer ameaça de direitos previstos constitucionalmente, decorrente de ato ou omissão praticado por qualquer autoridade, funcionário ou pessoa.

No direito argentino, a legitimidade autoral encontra-se no art. 43 da sua Constituição, sendo eles indivíduo afetado, o defensor do povo e as associações destinadas a esse fim, principalmente as associações não governamentais ambientais.

Já na legislação peruana, os legitimados estão dispostos no seu Código de Processo Civil, dentre eles o Ministério Público, os governos regionais, os governos locais, as comunidades camponesas e/ou as comunidades nativas. As associações e instituições sem finalidade lucrativa também poderão ajuizar ações coletivas.

Diante desse cenário, é de suma importância analisar, se as alterações sugeridas pelos projetos de lei PL 4778/20, PL 4441/20 e PL 1.641/21, são plausíveis e tendem a solucionar as deficiências decorrentes da atual legislação vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a inadequação da medida haja vista a atribuição precípua dos poderes Legislativo e Executivo para efetivação e fiscalização de políticas públicas, fato é que em meados de 2020, os tribunais superiores, quais sejam Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), contavam, respectivamente, com cerca de 3.000 (três mil) e 18.000 (dezoito mil) Ações Cíveis Públicas.

Cumprido ressaltar que, por meio do estudo foi constatado que a maior parte das Ações Cíveis Públicas são ajuizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e por Entes Federativos.

Durante a pesquisa não foram encontrados quaisquer fundamentos que justificassem a restrição da legitimidade de associações para a propositura de ações cíveis públicas.

Sendo assim, tendo em vista que a finalidade precípua da Ação Cível Pública, qual seja servir de instrumento para a participação da sociedade civil objetivando a garantia do bem comum através da atividade jurisdicional, verifica-se desarrazoada e contraditória as alterações propostas pelos referidos projetos de lei ao instrumento processual.

Em que pese a necessidade de as ações coletivas serem propostas por entidades que tenham legitimidade para realmente representar a sociedade civil, é imprescindível permitir a mais ampla participação de entidades interessadas na defesa da coletividade para promoção da justiça social.

Fato é que, atualmente, os projetos de lei estão tramitando na Câmara dos Deputados. O projeto de lei nº 4778/20 está apensado ao PL nº 4441/2020 e, segundo dados do site da Câmara foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 10/02/2021 e, ainda, aguarda a designação de Relator para a análise da redação. Em relação ao PL nº 1.641/21, este encontra-se, também, apensado ao PL nº 4441/2020 estando na Coordenação de Comissões Permanentes, conforme o informado pelo site da Câmara.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; DEUS, Fernando Barroso. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas

- necessárias para um processo judicial adequado. Revista de Processo. vol. 289/2019, p. 269-287, mar., 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, DF. Presidência da República: Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm > Acesso em: 10 mar.
- BRASIL. Projeto de lei nº 4.778, de 01 de outubro de 2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020 > Acesso em: 10 mar.
- BRASIL. Projeto de lei nº 4.441, de 02 de setembro de 2020. Disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra

- ?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020 > Acesso em: 10 mar.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm > Acesso em: 10 mar.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm#:~:text=Art.,e%20dos%20interesses%20individuais%20indispon%C3%ADveis.>Acesso em: 10 mar.
- DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI, Hermes Jr.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 303/2020, p. 45-81, maio, 2020.
- DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Tutela de interesses difusos e coletivos 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018.
- GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; SILVA, Washington Eduardo Perozim da. Direitos fundamentais coletivos e difusos: um conceito acadêmico elaborado a partir de seus pressupostos. Revista Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03. p. 2169-2188, Rio de Janeiro, 2018
- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Curso completo do novo processo civil. 3 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento, 4ª edição, São Paulo-SP, Revista dos Tribunais, 2005, p.711.
- PAES, Jose Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PINHEIRO, Joriza Magalhães. Ação civil pública como instrumento de participação. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. p. 198.
- RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. vol. 7/2018, p.147-177, jan/jun, 2018.

AS DESPESAS DO PODER JUDICIÁRIO PARA O EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM RECURSOS REPETITIVOS E CUMPRIMENTO DE DESPACHOS

Roberto Rodrigues Costa¹⁸⁶

RESUMO

O presente artigo se refere ao trâmite processual em autos virtuais. A partir do relatório Justiça em Números 2021, do Conselho Nacional de Justiça, e do Programa Justiça 4.0, a pesquisa busca verificar se de fato as inovações tecnológicas são suficientes para conferir celeridade e redução de despesas. Para isso, compara a evolução das despesas com informática entre 2009 e 2020 com índices de atendimento à demanda, tempo médio de tramitação, entre outros. Tomando por base doutrina de Antonio do Passo Cabral e José Rogério Cruz e Tucci, verifica outros fatores para a morosidade processual. Entretanto, constata que a atenção do Código de Processo Civil de 2015 aos autos virtuais promoveu tímida melhora nos índices de produtividade. Também aborda o registro eletrônico de teses no microsistema de precedentes vinculantes, conforme Roberto Aragão Ribeiro Rodrigues e Humberto Dalla Bernardina de Pinho, incluído o incidente de resolução de demandas repetitivas, detalhado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, e que representa, para Cassio Scarpinella Bueno, a promoção de julgamentos em tempo razoável. Com base no trabalho de Daniel Henrique Arruda Boeing, identifica algoritmos de Inteligência Artificial, e seu risco à indelegabilidade da jurisdição. Conclui pela possibilidade de melhor uso dos recursos já disponíveis.

Palavras-chave: Automação, Despesas, Inteligência Artificial, Otimização, Recursos Repetitivos.

INTRODUÇÃO

¹⁸⁶ Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – RJ, defesatecnica@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/6842002716788081>

O presente trabalho consiste em pesquisa básica, qualitativa e descritiva, sobre o trâmite processual em autos virtuais e sobre a utilização de algoritmos de Inteligência Artificial para conferir celeridade ao processamento de recursos repetitivos e à aplicação das teses firmadas nos respectivos julgamentos. Como objetivo geral, pretende relacionar os índices de informatização do Poder Judiciário aos de produtividade, em cotejo com advento do Código de Processo Civil de 2015 e seus dispositivos regulando a prática eletrônica de atos processuais. Em especial, objetiva identificar pontos omissos na legislação a serem supridos, ou que já o tenham sido, por iniciativa do Poder Judiciário na condução do desenvolvimento dos seus sistemas de informação, para otimizar o emprego dos recursos humanos postos ao seu dispor, com melhor aproveitamento das possibilidades inerentes à virtualização dos autos. Sustenta-se a hipótese de que a informatização teria sido suficiente para redução da taxa de congestionamento e do tempo médio de duração dos processos.

Foram utilizadas amostras de dados do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, no período de 2009 a 2020 que não tenham sofrido impacto da pandemia de Covid-19. Quanto ao uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário, apoia-se a pesquisa no trabalho de Daniel Henrique Arruda Boeing.

No primeiro capítulo são analisados os gráficos de despesas com informática do Poder Judiciário em cotejo com a evolução do percentual de “processos eletrônicos” e aos índices de casos novos, quantitativo de cargos de magistrados, casos novos por magistrado, produtividade dos magistrados, taxa de congestionamento, atendimento à demanda e tempo médio de duração dos processos. A partir de tais análises, percebeu-se que houve tímida melhora nos índices de atendimento à demanda a partir de 2016, quando comparada com a evolução do percentual de “processos eletrônicos” e das despesas com informática. Por outro lado, viu-se que o tempo médio de duração passou de um ano e seis meses em 2015 para dois anos e dois meses entre 2017 e 2020.

O segundo capítulo do trabalho aborda a relação entre a edição do Código de Processo Civil de 2015 e as diferenças encontradas nos

gráficos do relatório Justiça em Números 2021. São relacionados os dispositivos que regulam a prática eletrônica de atos processuais, bem como legitimam o uso de meios eletrônicos para variadas comunicações entre os sujeitos do processo. Além disso, destaca a possibilidade de que o advogado consulte autos eletrônicos e proceda à juntada de petições e manifestações nos autos virtuais, sem a necessidade de intervenção do servidor. Por outro lado, não foi possível localizar na documentação disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a respeito do sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe), as funcionalidades em que os magistrados pudessem realizar as comunicações diretas mencionadas na lei processual. Dessa forma, trazendo a doutrina de Antonio do Passo Cabral e de José Rogério Cruz e Tucci, constatou-se que a morosidade processual também se deve a outros fatores, os quais podem estar, em certa medida, obstaculizando os resultados que, em geral, decorrem da informatização.

O terceiro e último capítulo trata da aplicação de algoritmos de Inteligência Artificial no microsistema de precedentes vinculantes, trazendo a doutrina de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Também estuda os riscos que podem advir da ênfase concedida pelo Programa Justiça 4.0 à Inteligência Artificial na hipótese em que os algoritmos classificadores, utilizados no processamento de recursos repetitivos, atinjam um grau de “autoridade científica” capaz de desaguar em renúncia de poder em favor da Inteligência Artificial. Além disso, verifica que poderia haver espaço para otimização no trâmite processual nos casos em que o cumprimento de alguns tipos de despacho simples pudesse ser comandado no sistema de informática pelo próprio magistrado, logo após despachar. Entretanto, contornando fatores institucionais e subjetivos em sentido contrário, sustenta-se que o algoritmo de Inteligência Artificial pudesse cumprir o comando do despacho de forma automática, sempre que possível, atuando em corrobótica.

1. EVOLUÇÃO DAS DESPESAS DO PODER JUDICIÁRIO COM INFORMÁTICA E DOS ÍNDICES DE PRODUTIVIDADE ENTRE 2009 E 2020

Desde o ano de 2003, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente o relatório Justiça em Números, reunindo “dados orçamentários, quantitativos de pessoal e diagnóstico do desempenho da atividade judicial brasileira, abrangendo os 90 órgãos do Poder Judiciário previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 9). Em apertada síntese, o trabalho realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ consiste em tratamento de dados estatísticos enviados pelos tribunais brasileiros, bem como da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 10) e tem como objetivo dar cumprimento ao disposto no art. 5º, §1º, da Lei 11.364/2006¹⁸⁷, para “desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira”, entre outros. O relatório produzido no ano de 2021 menciona o Programa Justiça 4.0 como fator de agilidade e eficiência do Poder Judiciário frente ao período de excepcionalidade causado pela pandemia de COVID-19 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 25).

Para o CNJ, a informatização mostra-se relevante a ponto de ser considerada despesa destacada de todas as demais. As informações relativas ao ano de 2020 são de que a despesa total do judiciário atingiu a marca de R\$ 100 bilhões, enquanto aquela destinada genericamente a “informática”, representou aproximadamente 2% (dois por cento) do total. Entretanto, em termos exatos, à “informática” foram destinados R\$ 2.094.626.842, valor que representa 28,4% (vinte e oito inteiros e quatro décimos por cento) das “outras despesas”, ou seja, aquelas não referentes a recursos humanos. Ou seja, a despesa com “Pessoal e encargos”, no

¹⁸⁷ Art. 5º Funcionará, junto ao Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Pesquisas Judiciárias - DPJ, com sede na Capital Federal.

§ 1º Constituem objetivos do DPJ:

I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.618, de 2007)

II - desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira;

III - realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário;

IV - fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias;

V – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.618, de 2007).

valor de R\$ 80.653.394.642 e “Outras despesas correntes”, R\$ 6.007.543.569, não tiveram o mesmo destaque que o valor atribuído à informatização, tal como se pode ver no gráfico abaixo, constante da página 50 do relatório Justiça em Números 2021 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 50):

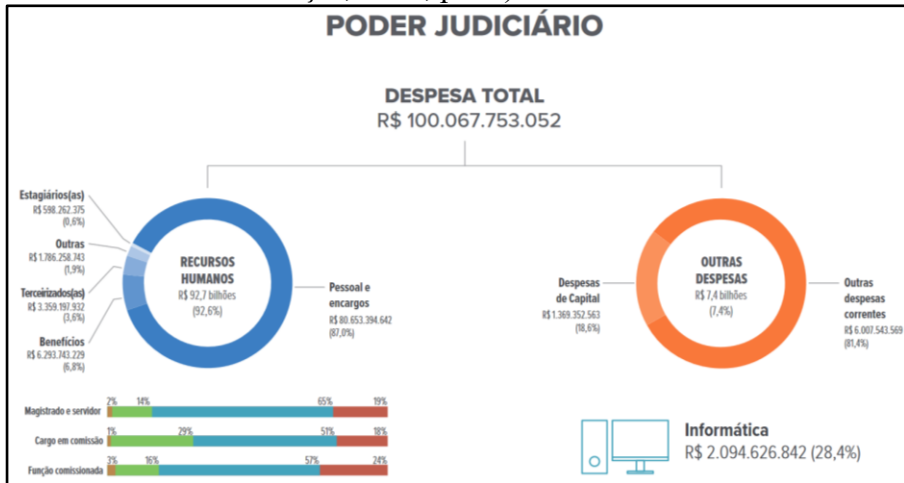


Figura 1 – Informatização: 28,4% de “outras despesas” – Justiça em Números 2021, p. 50.

Entre 2009 e 2016, as despesas com informática passaram de R\$ 1,19 bilhão a R\$ 2,61 bilhões. Em 2020, revelaram redução ao patamar de R\$ 2,09 bilhões. No mesmo período, as despesas com capital representavam R\$ 2,16 bilhões em 2009, com ápice de R\$ 3,83 bilhões em 2012 e mínimo de R\$ 1,37 bilhão em 2020. Como se vê, a relevância da informática para o Poder Judiciário se revela não apenas no representativo montante de recursos que lhe são dedicados, mas também no detalhamento de tais valores com relação a outros de inegável interesse.

Insta ressaltar que, embora não seja o objetivo do presente trabalho investigar a classificação de tais despesas, tampouco adentrar nas características de cada uma, o próprio relatório Justiça em Números destaca que as despesas com capital “abranchem a aquisição de veículos, de equipamentos e de programas de informática, de imóveis e outros bens

permanentes, além de obras e bens móveis” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 81).

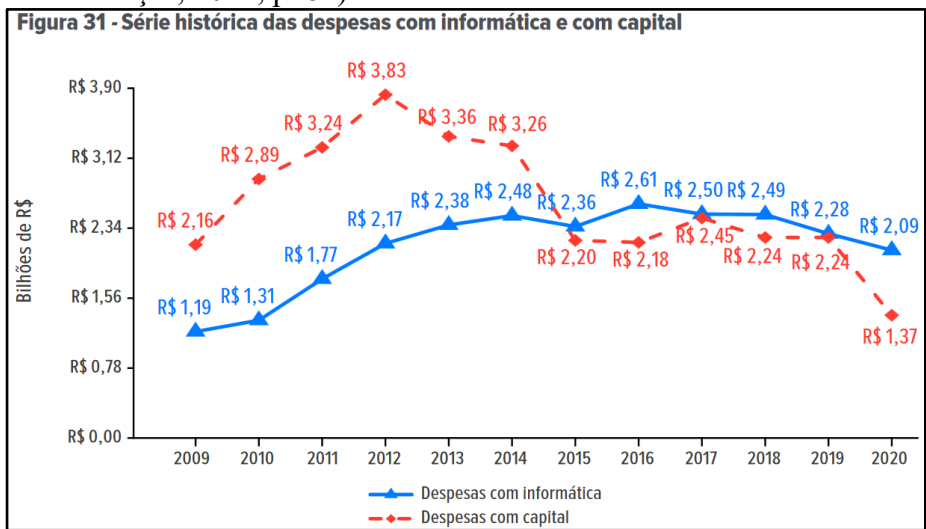


Figura 2 – Despesas com informática e com capital – Justiça em Números 2021, p. 81.

Neste sentido, os números indicam que as despesas com informática permitiram a modificação do paradigma operacional do Poder Judiciário, eliminando a predominância dos autos em papel em favor dos autos virtuais, os denominados “processos eletrônicos”. Entre 2009 e 2020, esse percentual de informatização saltou de 11,2% a 96,9% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 130):

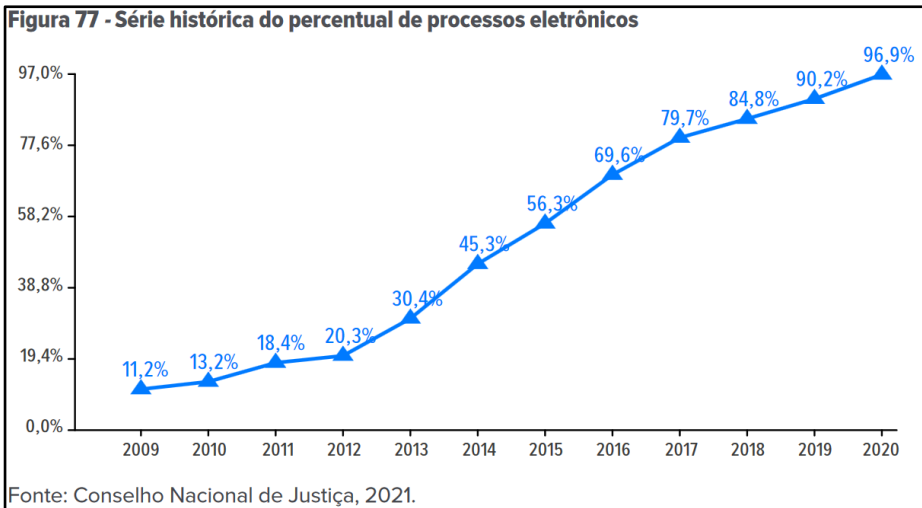


Figura 3 – Processos eletrônicos – Justiça em Números 2021, p. 130.

No que se refere à informatização do Poder Judiciário, esses são os gráficos com incrementos mais significativos encontrados no relatório Justiça em Números 2021. Por certo que as expressivas somas destinadas à informática e a transformação de 96,9% dos autos físicos em “processos eletrônicos” já seriam capazes de modificar as demais estatísticas. Isso porque a diminuição do volume de papel implica, em regra, a desocupação de espaços anteriormente destinados a tais acervos, bem como a redução de outras despesas de manuseio e transporte, absolutamente desnecessárias com relação aos autos virtuais, os quais requerem, basicamente, custos do processamento de dados. Com razão, o Art. 1.007, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) dispensa o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.

Além disso, a virtualização dos autos milita em favor da celeridade processual, ao permitir, por exemplo, que a juntada de petições e manifestações em geral ocorra automaticamente. Desse modo, o magistrado poderia apreciar e decidir o pleito remotamente instantes depois de ter a parte formulado seu requerimento, prescindindo de que um

servidor recebesse a peça para posterior juntada, o que poderia demorar meses. Isso é o que determina o Art. 228, § 2º, do CPC/2015.

Esses exemplos sugerem que a simples substituição do suporte físico dos autos, anteriormente em papel, para dispositivos de armazenamento de dados mantidos pelo Poder Judiciário, já seria suficiente para que se notassem melhoras nos índices relacionados à economia e à celeridade processual. Então, não seriam necessárias quaisquer mudanças nas rotinas dos magistrados e dos tribunais a não ser a dispensa da impressão física de seus atos e da assinatura em tinta daqueles papeis, que a partir de então teriam seu destino em um arquivo digital no formato PDF, somado a uma ou mais assinaturas digitais. Todo o restante permaneceria igual, transferindo-se os mesmos procedimentos aplicáveis aos autos em papel para os autos virtuais.

Contudo, os importantes benefícios advindos do avanço tecnológico alcançado pelo Poder Judiciário poderiam ser neutralizados caso o número de demandas aumentasse além do esperado ou que o quantitativo de magistrados apresentasse significativa redução. Em outras palavras, para que se possa verificar o impacto da mera informatização nos demais índices apresentados pelo CNJ, faz-se necessário considerar também o quantitativo de demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário no mesmo período e o número de magistrados em atividade no país.

Constata-se que o número de casos novos em primeiro grau tem apresentado tendência de alta, desde 2009, quando ficou em 24,6 milhões, até 2019, com 30,2 milhões. Porém, mesmo visível a tendência, em 2010, 2015, 2017 e 2018, houve ligeira queda (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 105).

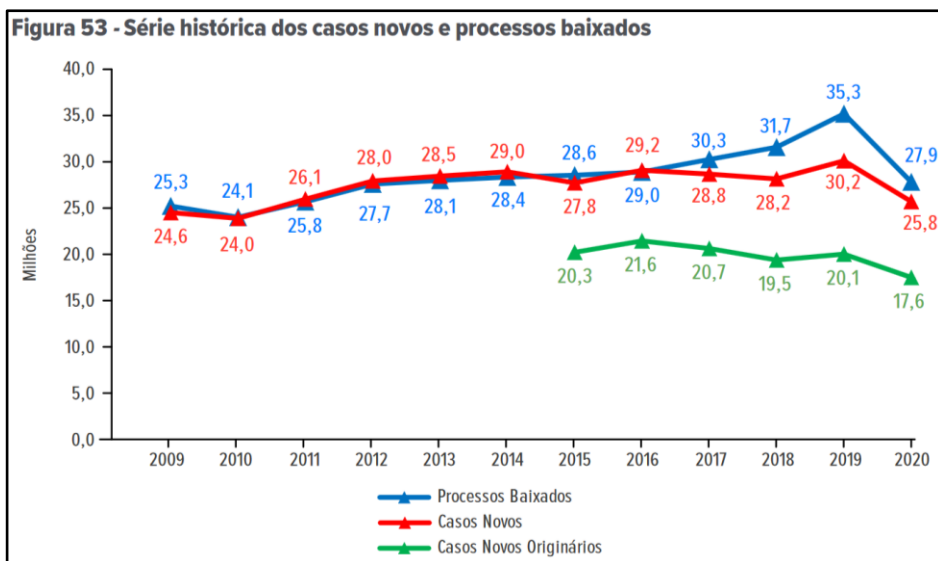


Figura 4 – Casos novos – Justiça em Números 2021, p. 105.

Acompanhando a tendência de aumento de casos novos, também o número de cargos efetivos providos na magistratura nacional passou de 15.946, em 2009, para 18.035, em 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 95).

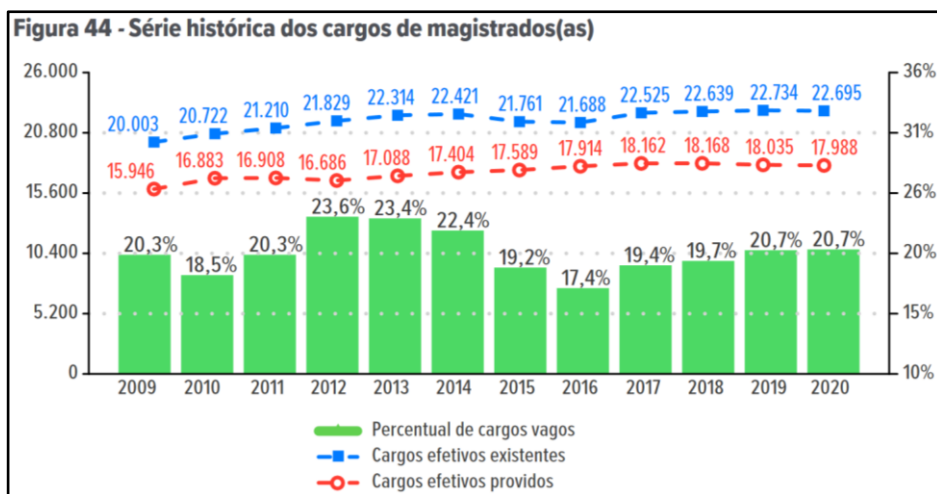


Figura 5 – Cargos efetivos providos – Justiça em Números 2021, p. 95.

A correlação entre o quantitativo de casos novos e de cargos efetivos providos também pode ser verificada no índice de casos novos por magistrado no primeiro grau, que oscilou entre 1.351 e 1594 no período de 2009 a 2019 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 151).

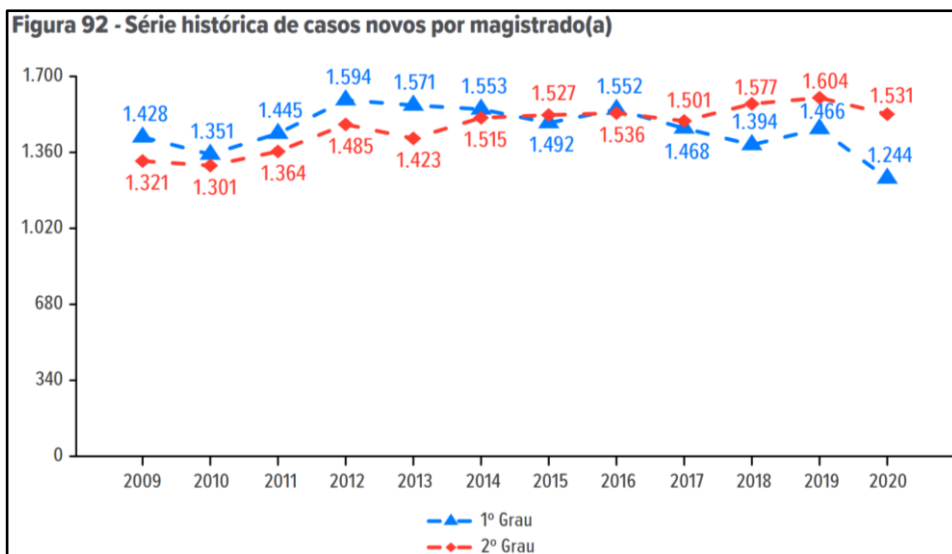


Figura 6 – Casos novos por magistrado – Justiça em Números 2021, p. 151.

Dessa forma, pode-se dizer que no período analisado não houve alterações quantitativas aptas a impedir que os efeitos positivos da informatização no Poder Judiciário pudessem ser percebidos. Todavia, o Índice de Produtividade dos Magistrados não apresentou avanço semelhante ao crescimento do percentual de autos virtuais, em substituição ao papel. Nota-se que, no primeiro grau, apenas em 2019 o índice alcançou 2.139, mas em 2020 retornou ao patamar de 2009, 1.634, no contexto da pandemia de Covid-19 e do regime de trabalho remoto, auge da utilização dos recursos tecnológicos disponíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 157).

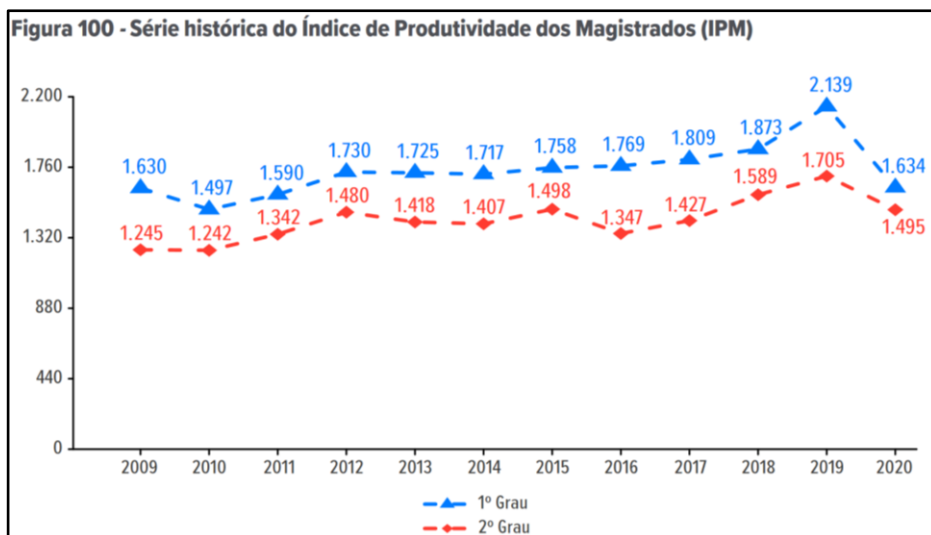


Figura 7 – Índice de Produtividade dos Magistrados – Justiça em Números 2021, p. 157.

No mesmo sentido, o índice de atendimento à demanda chegou a apresentar redução entre os anos de 2009 e 2014, caindo de 102,9% para 98%. Apenas a partir de 2016 se notou progressivo aumento no índice, acarretando redução na taxa de congestionamento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 128).

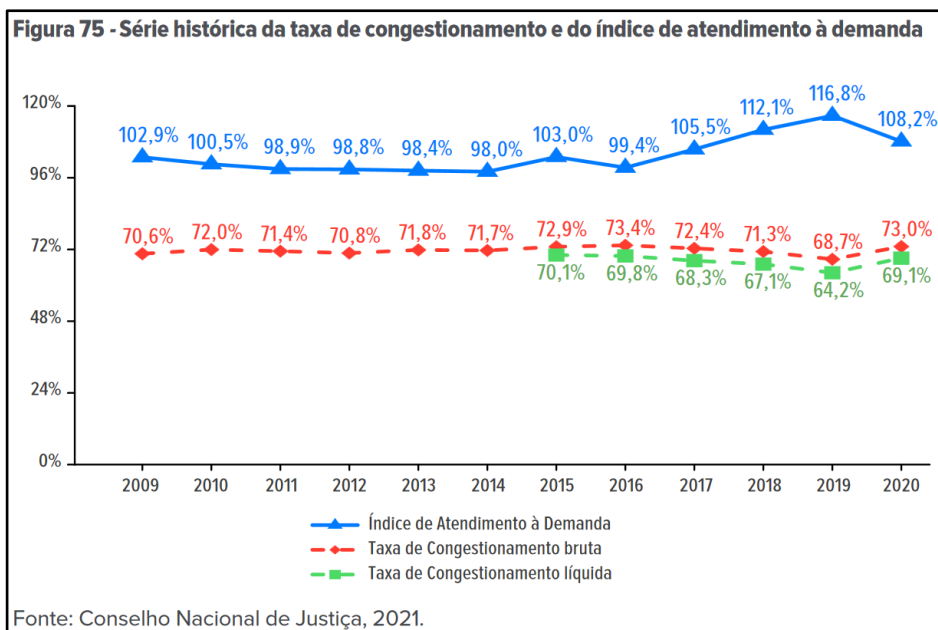


Figura 8 – Índice de atendimento à demanda – *Justiça em Números 2021*, p. 128.

Os dados apresentados pelo relatório *Justiça em Números 2021* revelam que, não obstante as despesas com informática tenham passado de R\$ 1,19 bilhões em 2009 para R\$ 2,48 bilhões em 2014, representando acréscimo de 108% (cento e oito por cento) no período, bem como o percentual de autos virtuais tenha passado de 11,2% em 2009 para 45,3% em 2014, avanço de 304% (trezentos e quatro por cento), o índice de atendimento à demanda no período apresentou queda, saindo de 102,9% em 2009 para 98% em 2014, uma queda de 5%. Portanto, o aumento de 108% nas despesas com informática e o avanço de 304% no percentual de autos eletrônicos são contemporâneos a uma redução de 5% no índice de atendimento à demanda. A discrepância entre os indicadores de despesas com informática, de percentual de autos eletrônicos e aqueles ligados à atividade dos magistrados é mais notada até o ano de 2014.

A partir de 2016, as despesas com informática apresentam sinal de queda. Saíram de R\$ 2,61 bilhões em 2016 para R\$ 2,28 bilhões em 2020, uma redução de 13% que pode se justificar por estarem os

equipamentos adquiridos em exercícios anteriores ainda em plena operação nos exercícios seguintes, de forma que o parque tecnológico à disposição atingiu o ponto em que não mais demandaria expansão, mas apenas manutenção e atualização.

Enquanto isso, o percentual de autos virtuais continuou sua curva ascendente, passando de 69,6% em 2016 para 90,2% em 2019, um avanço de 30%. No mesmo período, porém, o índice de atendimento à demanda variou entre 99,4% e 116,8%, ou seja, um aumento de 17%.

Por outro lado, embora seja de conhecimento geral que a informatização sirva como fator de otimização do tempo de trabalho, entre 2016 e 2020, o tempo médio para a baixa de um processo aumentou de dois anos e cinco meses para três anos e seis meses. O tempo médio para a sentença passou de um ano e seis meses em 2015 para dois anos e dois meses em 2017, mantendo-se estável neste patamar até 2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 203).

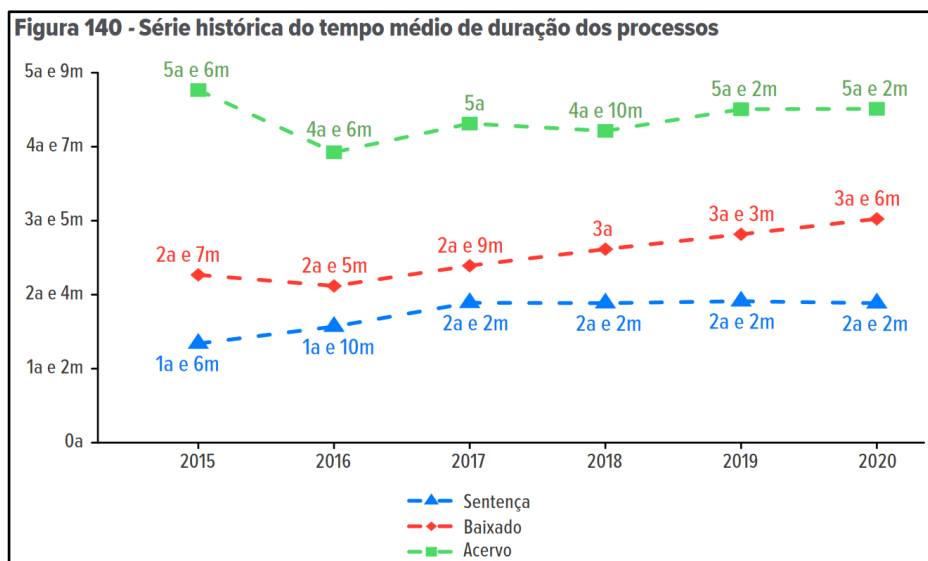


Figura 9 – Tempo médio de duração dos processos – Justiça em Números 2021, p. 203.

Os dados indicam que a informatização tem absorvido recursos consideráveis para eliminação dos autos em papel, mas ainda não se nota,

nos índices ligados à atividade-fim do relatório Justiça em Números 2021, um ganho proporcional aos gastos feitos para a introdução dos recursos tecnológicos. Mais do que isso, percebe-se que até o ano de 2014, houve recuo no índice de atendimento à demanda e que, desde 2015 o tempo médio de duração dos processos apresenta uma linha crescente.

2. O IMPACTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS ESTATÍSTICAS

Insta recordar que o CPC/2015 entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, ano a partir do qual os números passaram a expressar um cenário mais favorável em termos estatísticos, fazendo possível que, em 2017, o acervo de processos interrompesse sua curva ascendente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, pp. 102-103)¹⁸⁸. Ou seja, as despesas expressivas com informática e os avanços tecnológicos consideráveis que foram postos à disposição dos magistrados não conseguiram contribuir substancialmente para o incremento de produtividade até que houvesse a edição da nova lei processual, momento em que se passou a perceber alguma melhora nos índices ligados à

¹⁸⁸ “O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. Em 2020, foi constatada na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017. A variação acumulada nesses três últimos anos foi na ordem de -5,2%. Até 2019, esse resultado derivava do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, valor bem superior ao quantitativo de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 53 e 54. Em que pese esse percentual tenha abaixado em 2020, ainda assim se encontra com uma diferença de dois milhões de processos entre a diferença de casos baixados (27,9 milhões) e casos novos (25,8 milhões), o que significa que, em 2020, o judiciário permaneceu julgando mais do que o número de casos novos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2020 foi de 108,2%”.

atividade-fim. Entretanto, a alteração se mostra tímida quando comparada às despesas com informática e ao avanço dos autos eletrônicos no mesmo período.

Embora o CPC/2015 contenha vários dispositivos referentes aos meios eletrônicos no curso do processo, inclusive uma seção inteira dedicada à prática eletrônica de atos¹⁸⁹, a matéria já se encontrava, ainda que em poucos artigos, prevista no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973). O diploma revogado basicamente dispunha que aos autos virtuais seriam aplicadas as mesmas normas relativas aos autos em papel, desde que observados os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade¹⁹⁰.

A dificuldade de fazer com que a tecnologia empregada no Poder Judiciário proporcione ganhos comparáveis aos que diuturnamente são vistos na iniciativa privada talvez possa ser explicada com base na doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, *apud* Cabral, no sentido de que também contribuem para a morosidade processual fatores institucionais, técnicos, subjetivos e materiais (CABRAL, 2016). Na lição de Antonio do Passo Cabral, a esses fatores devem ser acrescentados outros, ligados à ausência de uma cultura conciliatória e ao despreparo dos operadores do Direito para a realização de acordos (CABRAL, 2016).

Sendo assim, infere-se que a informatização do Poder Judiciário poderia proporcionar não apenas índices estatísticos melhores, mas também um salto positivo de qualidade na prestação jurisdicional. Para isso seria necessário enfrentar os fatores apresentados pela doutrina e ampliar o debate democrático para o recebimento de propostas capazes de aproveitar o ferramental tecnológico em favor de métodos adequados de solução de conflitos mais efetivos e baratos, tal como as *Online Dispute Resolutions* (SIQUEIRA; ZANFERDINI, 2021). Neste sentido, o art. 334, §7º, do CPC/2015, menciona tão apenas que “a audiência de conciliação ou mediação pode realizar-se por meio eletrônico”, ao

¹⁸⁹ Arts. 193 a 199 do CPC/2015.

¹⁹⁰ Arts. 154, § 2º; 169, § 2º ;202, § 3º; 399, § 2º; 417, § 2º; 457, § 4º e 556, Parágrafo único, do CPC/1973.

contrário de outros dispositivos que conferem expressa preferência a esse meio¹⁹¹.

Por outro lado, não se pode olvidar que a legislação processual em vigor dedica, como mencionado alhures, no Livro IV, Título I, Capítulo I, a Seção II inteira para tratar dos atos eletrônicos. Nela, o CPC/2015 determina que tais registros haverão de ocorrer por meio de padrões abertos¹⁹² e define a competência do CNJ para regulamentação do tema¹⁹³. Na mesma linha, também permite, genericamente, a prática de atos nesse formato em vários outros dispositivos¹⁹⁴.

Em especial, o CPC/2015 dispõe sobre a utilização de meios eletrônicos com relação a petição inicial¹⁹⁵, citação¹⁹⁶, intimações¹⁹⁷, comunicações¹⁹⁸, prazos¹⁹⁹, ata notarial²⁰⁰, autenticidade de documentos²⁰¹, depoimento²⁰², conciliação²⁰³, restauração de autos²⁰⁴, penhora²⁰⁵, leilão²⁰⁶, dispensa de porte de remessa e de retorno²⁰⁷ e dispensa de peças no agravo de instrumento²⁰⁸.

A partir da grande quantidade de temas tratados pelo CPC/2015 com vistas à prática eletrônica dos atos, observa-se que a transição do papel para o meio digital recebeu grande atenção do legislador. Além

¹⁹¹ Arts. 171; 215; 246; 263; 340 e 1.019, III, do CPC/2015.

¹⁹² Art. 195, do CPC/2015.

¹⁹³ Art. 196, do CPC/2015.

¹⁹⁴ Arts. 193; 209, §1º; 1.038, §1º e 1.053, do CPC/2015.

¹⁹⁵ Arts. 287; 319, II, do CPC/2015.

¹⁹⁶ Arts. 246 e 247, do CPC/2015.

¹⁹⁷ Arts. 106, § 2º; 183, §1º; 235, §§ 1º e 2º; 270; 477, §4º; 513, §2º, III; 535; 876, §1º, III e 1.019, III, do CPC/2015.

¹⁹⁸ Arts. 170; 171; 232; 263; 264; 266; 340 e 915, §4º, do CPC/2015.

¹⁹⁹ Arts. 213; 224, §2º; 229, § 2º; 231, IX, do CPC/2015.

²⁰⁰ Art. 384, Parágrafo único, do CPC/2015.

²⁰¹ Art. 411, II; 438 §2º; 439; 440 e 441, do CPC/2015.

²⁰² Art. 460, §3º, do CPC/2015.

²⁰³ Art. 334, § 7º, do CPC/2015.

²⁰⁴ Art. 712, do CPC/2015.

²⁰⁵ Arts. 837 e 854, §§ 6º, 7º e 9º, do CPC/2015.

²⁰⁶ Arts. 879, II, §3º; 882, §§ 1º e 2º e 892 do CPC/2015.

²⁰⁷ Art. 1.007, §3º, do CPC/2015.

²⁰⁸ Art. 1.017, §5º, do CPC/2015.

disso, o código abriu espaço para a otimização dos recursos humanos à disposição do Poder Judiciário. Verifica-se que o diploma atribui ao próprio sistema informatizado movimentos que, em outros tempos, necessariamente exigiriam a intervenção de um servidor. São exemplos a possibilidade de que o advogado possa examinar quaisquer processos (autos) eletrônicos²⁰⁹, bem como a dispensa de atuação do serventuário na juntada de petições e manifestações²¹⁰.

Além disso, o art. 854, §6º, do CPC/2015, preconiza que o juiz determinará notificação de instituição financeira “imediatamente, por sistema eletrônico”, da mesma forma que o art. 915, §4º, do CPC/2015, dispõe que “a citação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante”. A possibilidade que o magistrado se valha imediatamente dos meios eletrônicos para conferir efetividade à norma processual em muito se deve à substituição do suporte onde se encontra o processo, o que abre espaço a uma dinâmica até então inviável, ou que, no melhor dos cenários, consumiria inúmeras horas de trabalho de várias pessoas.

Outros dispositivos relevantes do CPC/2015 que dizem respeito à prática eletrônica de atos processuais envolvem a menção ao endereço eletrônico do perito²¹¹ e dos herdeiros²¹², a distribuição²¹³, a juntada de votos²¹⁴ e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)²¹⁵. Dessa forma, merecem atenção tais previsões no ordenamento jurídico em cotejo com os índices de informatização do Poder Judiciário, de atendimento à demanda e o tempo médio de tramitação dos processos.

Conforme anteriormente mencionado, a morosidade processual também deita raízes sobre fatores institucionais e subjetivos. Assim, embora o CPC/1973 já contemplasse a possibilidade de que os atos processuais fossem praticados de forma eletrônica, apenas com o advento

²⁰⁹ Arts. 107, §5º; 198 e 199, do CPC/2015.

²¹⁰ Art. 228, §2º, do CPC/2015.

²¹¹ Art. 465, §2º, III, do CPC/2015.

²¹² Art. 620, II, do CPC/2015.

²¹³ Art. 930 do CPC/2015.

²¹⁴ Art. 943 do CPC/2015.

²¹⁵ Art. 979, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

do CPC/2015, com ditames mais específicos a respeito do assunto, é que se pode notar dos gráficos apresentados pelo CNJ algum impacto positivo rumo à razoável duração do processo.

Todavia, não obstante os dispositivos legais no sentido de que os magistrados se valham de meios eletrônicos necessários para notificações e comunicações imediatas, outras questões meramente procedimentais e simples, automatizáveis do ponto de vista tecnológico, também poderiam reduzir de forma significativa o tempo médio de duração dos processos. É dizer, por exemplo, que meros despachos poderiam ser cumpridos diretamente pelo sistema de informática, sem terem de aguardar que um servidor lhes dispensasse a devida atenção. Seria o caso em que o envio dos autos ao contador judicial ou ao Ministério Público, por exemplo, tivesse seu cumprimento a cargo do próprio sistema, fazendo com que o feito estivesse diretamente disponível para aquele a quem se abriu prazo para manifestação, via recurso de interoperabilidade²¹⁶. Para isso, bastaria que, ao despachar, também se selecionasse no sistema a opção própria. Porém, é possível que fatores institucionais e subjetivos tenham dificultado a inclusão desse tipo de funcionalidade nos sistemas de informática atualmente em uso nos tribunais brasileiros, ou mesmo obstruído sua adequada utilização, caso implementado²¹⁷, pois equivaleria dizer que o magistrado daria cumprimento ao despacho por ele exarado.

Uma forma viável de contornar eventuais resistências para que fossem adotadas essas pequenas funcionalidades capazes de contribuir para a razoável duração do processo, consistiria na utilização dos recursos de Inteligência Artificial (IA) nos sistemas de informática dos tribunais, para que o algoritmo pudesse interpretar o texto do despacho exarado e, assim, as devidas comunicações fossem automaticamente enviadas, por exemplo. Essa utilização mais intensa da IA é, inclusive, uma das finalidades do Programa Justiça 4.0 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 25), o qual tem o objetivo de uniformizar a

²¹⁶ Tutorial de interoperabilidade disponível em <https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Tutorial_MNI>. Acesso em 20 jan. 2022.

²¹⁷ Não foi encontrado na lista disponível em <<https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Funcionalidades>>. Acesso em 21 jan. 2022.

jurisprudência e de se atingir segurança jurídica. A propósito, essa tarefa é grandemente confiada à utilização da IA no Direito também pela doutrina (BUENO, 2015).

Por oportuno, deve-se ressaltar a evidente qualidade técnica do trabalho levado a efeito pelo CNJ no desenvolvimento do sistema Processo Judicial eletrônico (PJe), cuja documentação pode ser facilmente consultada pela internet, com farto detalhamento²¹⁸.

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO PROCESSAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS E AO CUMPRIMENTO DE DESPACHOS

Quanto à IA no Direito, dentre os numerosos dispositivos colacionados a respeito de meios eletrônicos no CPC/2015, a menção feita ao registro eletrônico das teses jurídicas firmadas em julgamento de recursos repetitivos e de repercussão geral em recurso extraordinário tem especial relevância para a presente pesquisa. Isso porque a doutrina se refere a um microsistema de precedentes vinculantes (PINHO; RODRIGUES, 2016), do qual o IRDR figura como instrumento voltado à formação de teses para proporcionar segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo (GABRIEL; SILVA, 2020). Objetivando cumprir esse desiderato, o mecanismo idealizado pelo legislador nacional buscou inspiração no *Musterverfahren*, nas *test claims*, *pilot judgments*, *group litigation order* e no *Pilotverfahren*, voltados a julgamentos de questões comuns ou por amostragem (MENDES, 2014).

Não sendo objetivo do presente trabalho investigar as origens ou o processamento do IRDR, pode-se dizer, em apertada síntese, que se admite o IRDR quando o magistrado, as partes ou o membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública identificam uma controvérsia sobre questão de direito capaz de gerar expressiva multiplicação de demandas, das quais possam surgir decisões conflitantes. Nesta hipótese, instaura-se o incidente perante o Tribunal local, cujo juízo de admissibilidade e de

²¹⁸ Documentação do sistema PJ disponível em <<https://www.pje.jus.br/wiki>>. Acesso em 20 jan. 2022.

mérito caberão ao pleno ou ao órgão especial, com registro eletrônico junto ao CNJ quanto à instauração e julgamento para definição da tese jurídica a ser aplicada (MENDES; ROMANO, 2015).

Dessa forma, havendo repetição de processos versando sobre questão de direito com risco à isonomia e à segurança jurídica, requisitos do art. 976 do CPC/2015, o relator do incidente determina, em primeiro lugar, a suspensão de todos os feitos em trâmite, nos limites da competência daquele tribunal. Ao final, tendo sido decidido o incidente, a tese jurídica fixada no julgamento será aplicada a todos aqueles processos anteriormente suspensos, bem como aos casos futuros, versando sobre idêntica questão de direito, conforme art. 985, I e II, do CPC/2015.

Feito esse brevíssimo resumo sobre a ideia básica do IRDR, que foi pensado com o objetivo de aplicar certa tese jurídica a um número expressivo de processos, retoma-se o histórico de relevantes despesas com informática realizadas pelo Poder Judiciário, mencionado alhures. Com ambos em mente, pode-se ver que grande parte da expectativa de êxito em torno de almejada isonomia, segurança jurídica e celeridade processual repousa sobre a tecnologia da informação aplicada à jurisdição em massa. Por esse motivo, a IA recebe grande atenção no âmbito do Programa Justiça 4.0 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 25).

Na atualidade, inúmeras técnicas de aprendizado de máquina são possíveis para o desempenho de uma certa tarefa, a depender da aplicação a que são destinados os sistemas de informática dotados de IA. Em se tratando do trâmite do IRDR e de outros recursos repetitivos, destaca-se o tipo “classificador”, cuja função operacional mais relevante está em encontrar, para cada caso concreto, informações jurídicas que estejam relacionadas à questão posta para apreciação (BOEING, 2019, p. 71). Logo, sempre que o magistrado tiver que se pronunciar, a ele deverão ser disponibilizadas, para o caso em exame, eventuais decisões de suspensão de processos repetitivos ou as respectivas teses fixadas, cujos detalhes deverão estar previamente cadastrados em banco de dados do CNJ.

A esse respeito, contudo, não se pode perder de vista que o aprendizado de máquina é uma técnica de aperfeiçoamento contínuo, com base na permanente alimentação do banco de dados relativos à atividade que aquele deve desempenhar. Portanto, à medida que os magistrados intensificarem a utilização desses recursos tecnológicos, sua acurácia em identificar os dispositivos legais, jurisprudências, temas repetitivos, entre outros, tenderá a ser cada vez mais apurada e a confiabilidade dos seus resultados superior a qualquer método anteriormente empregado. Conquanto tamanha precisão possa se demonstrar desejável à primeira vista, por outro lado contestá-la em razão de necessário *distinguishing*, por exemplo, demandará da parte um esforço argumentativo até então desconhecido.

Nesse contexto, adquirindo a IA uma espécie de “autoridade científica” (BOIENG, 2019, p. 64), cogita-se do risco de que ela venha a se converter em uma “arma de destruição matemática” (BOIENG, 2019, p. 63), apontando um precedente vinculante que, por alguma razão alheia aos dados disponíveis, haveria de ser afastado em benefício da parte que ostenta o melhor direito na espécie. Em situações tais, apenas o exame atento da pessoa natural investida de jurisdição poderia restabelecer a ordem jurídica justa.

Por isso, defende-se a coexistência do trabalho realizado por algoritmos com aquele realizado por pessoas naturais, ou corrobóica (BOIENG, 2019, p. 74), de modo que as diferentes atividades desempenhadas por cada um reforcem unicamente seus pontos positivos, que são opostos entre os dois grupos. Logo, identificar a influência dos algoritmos no processo decisório, marcadamente uma atividade típica da pessoa natural, é imprescindível para impedir a renúncia de poder em favor da IA (BOIENG, 2019, p. 69).

Lado outro, atua em favor da qualidade da jurisdição um melhor manejo da tecnologia por parte dos operadores do Direito. Como dito alhures, o CPC/2015 permite à parte a juntada de petições e manifestações sem a intervenção de um servidor²¹⁹, bem como dispõe a respeito da comunicação imediata, por meio eletrônico, entre o juiz e instituição

²¹⁹ Art. 228, § 2º, do CPC/2015.

financeira e entre juiz deprecante e juiz deprecado²²⁰. Todavia, não foram encontradas informações a respeito de tais comunicações no manual do PJe²²¹ e a documentação encontrada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) indica que o mero envio dos autos à central de cálculos, mencionada anteriormente como exemplo, permanece uma atribuição do cartório²²²:

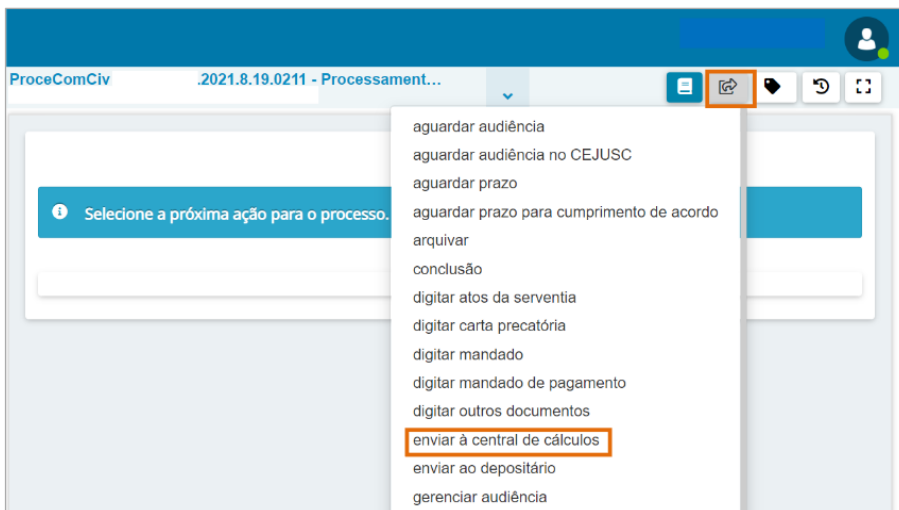


Figura 10 - Envio à central de cálculos no Manual do PJe do TJRJ.

Assim, surge a hipótese de que haveria espaço para um melhor aproveitamento dos recursos humanos no âmbito do Poder Judiciário, com a conseqüente otimização do tempo de tramitação dos feitos, pela unificação de alguns procedimentos em mãos do magistrado, dadas as diferenças de manejo dos autos em papel para os autos virtuais. Contudo,

²²⁰ Arts. 854, §6º e 915, §4º, do CPC/2015.

²²¹ Manual do magistrado para o PJe disponível em <https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Manual_do_magistrado>. Acesso em 15 jan. 2022.

²²² Instruções disponíveis em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/7502851/pje-dica-de-sistema-envio-a-central-de-calculos-%28civel%29.pdf/1c60a383-ae83-6c78-2c11-5dc8dfa37a65?version=1.0>>. Acesso em 17 jan. 2022.

a considerável despesa com tecnologia objetivando empregar IA no processamento de recursos repetitivos pode também se mostrar útil para que simples despachos possam ser automaticamente reconhecidos e cumpridos pelo algoritmo, sempre que possível. Ainda que, para tanto, ela não fosse necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa ressaltou a relevância das despesas com informática para o relatório Justiça em Números 2021, à qual foram destinados R\$ 2.094.626.842 no ano de 2021, valor que representa 28,4% do total de “outras despesas”. No período analisado, que compreende os anos de 2009 a 2020, o relatório Justiça em Números 2021 apresenta significativa evolução do percentual de “processos eletrônicos”, que saltou de 11,2% a 96,9%.

Entretanto, o salto no percentual de virtualização dos autos não se refletiu de maneira proporcional nos índices relacionados à economia e à celeridade processual, especialmente até o advento do CPC/2015, embora a substituição do suporte físico dos autos por armazenamento de dados mantidos pelo Poder Judiciário fosse suficiente para que melhoras pudessem ser percebidas. Após o advento do CPC/2015, com dispositivos dedicados à prática eletrônica de atos processuais e o microssistema de precedentes vinculantes, o tempo médio para a sentença passou de um ano e seis meses em 2015 para dois anos e dois meses em 2017, mantendo-se estável neste patamar até 2020.

O trabalho de pesquisa se valeu da doutrina de José Rogério Cruz e Tucci quanto aos fatores institucionais, técnicos, subjetivos e materiais que também influenciam na morosidade processual para identificar que a informatização do Poder Judiciário poderia proporcionar não apenas índices estatísticos melhores, mas um salto positivo de qualidade na prestação jurisdicional. Com base no texto legal, verificou-se que o

advogado pode examinar qualquer processo em meio eletrônico, bem como diretamente proceder a juntada de petições e manifestações nos autos. De forma similar, o CPC/2015 dispõe que o juiz age direta ou imediatamente por meio eletrônico. Em tais dispositivos, a lei põe o operador do Direito em contato direto com o processo, dispensando a atuação do servidor para a execução do ato. Contudo, ainda que existam movimentos meramente procedimentais, automatizáveis do ponto de vista tecnológico, não foram encontradas na documentação dos sistemas dos tribunais pesquisados as funcionalidades para que o magistrado executasse, ele próprio, o comando do seu despacho.

Avançando sobre os dispositivos do CPC/2015 e sobre as definições do Programa Justiça 4.0, verificou-se que modelo de IA aplicável ao trâmite do IRDR e de outros recursos repetitivos, é do tipo “classificador”, cuja função operacional mais relevante está em encontrar, para cada caso concreto, informações jurídicas que estejam relacionadas à questão posta para apreciação. Contudo, por ser uma técnica de aperfeiçoamento contínuo, deve-se atentar para a possibilidade de que ocorra uma espécie de “autoridade científica”, fazendo-a se converter em uma “arma de destruição matemática”. Em situações tais, apenas o exame atento da pessoa natural investida de jurisdição poderia restabelecer a ordem jurídica justa.

Dessa forma, o trabalho de pesquisa se mostra no sentido de que os avanços que se pretendem alcançar na área da IA para o processamento de recursos repetitivos teriam também aplicabilidade no cumprimento de despachos, enviando automaticamente as devidas comunicações, sempre que possível, a par do trabalho exercido pelos servidores, no que é chamado de corrobótica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.364, de 26 de outubro de 2006. Dispõe sobre as atividades de apoio ao Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111364.htm>. Acesso em: 29 dez. 2021.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- BOEING, Daniel Henrique Arruda. **ENSINANDO UM ROBÔ A JULGAR: PRAGMÁTICA, DISCRICIONARIEDADE E VIESES NO USO DE APRENDIZADO DE MÁQUINA NO JUDICIÁRIO.** 2019. 84 f. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>>. Acesso em 01 dez. 2021.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado.** 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 614.
- CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Normas Fundamentais.* Salvador: JusPodium. 2016. p. 75-100.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021.** Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-21121.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2021.
- GABRIEL, Anderson de Paiva; SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves da. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o seu objeto – cabimento na seara penal e processual penal. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- _____; ROMANO, Odilon Neto. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *In: Revista de Processo*, vol. 245, São Paulo: Ed. RT, jul. 2015, p. 275-309.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *In: Jusbrasil*. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024339/6-o-microsistema-de-formacao-de-precedentes-judiciais-vinculantes-previsto-no-novo-cpc-parte-i-precedentes-doutrinas-essenciais-novo-processo-civil>>. Acesso em 22 dez. 2021.
- SIQUEIRA, Oniye Nashara; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Online Dispute Resolution e Inteligência Artificial: a influência tecnológica na resolução de conflitos. *In: Revista REDES*. Canoas: UnilaSalle Editora, 2021. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.18316/redes.v9i2.7142>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

UTILIZAÇÃO DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PROCESSO COLETIVO NO URUGUAI E COLÔMBIA

Vera Regina Fróes Villela²²³

Letícia Pereira de Araujo²²⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar os instrumentos propostos para solução de causas repetitivas no Uruguai e na Colômbia. O sistema processual civil uruguaio não prevê instituto específico para a diminuição da demanda no judiciário. As ações de proteção dos interesses coletivos e difusos no Uruguai são disciplinadas do ponto de vista processual nos artigos. 42 e 220 do Código Geral de Processo de 1988. Embora o artigo 42 do CGP uruguaio se refira expressamente à representação em caso de interesses difusos, a doutrina considera que tal preceito é aplicável tanto a interesses difusos quanto para interesses coletivos. Na legislação colombiana, não se encontram dispositivos análogos ao registrado em solo pátrio a exemplo do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Com a vigência da Constituição Colombiana de 1991, a perspectiva de ampliação de direitos se fez evidente tal qual na CRFB/88 reforçando a ideia de Estado assegurado de direitos e garantias fundamentais, ideia essa evidenciada pela própria ordem constitucional que lá vige. No direito colombiano os interesses coletivos e difusos se enquadram em interesses coletivos, e a distinção é feita entre eles e os interesses do grupo, que correspondem aos interesses individuais homogêneos do direito brasileiro. As acciones populares são os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos, tendo como objetivos evitar um dano iminente,

²²³ Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Bacharel em Ciências econômicas pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – E-mail: vera.villela@soulasalle.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6280788327180518>

²²⁴ Especialista em Direito Público e Direito de Trânsito pela Faculdade Legale de São Paulo. Graduada em direito pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogada – E-mail: leticia.araujo38@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8231532195654026>

cessar o perigo, ameaça, lesão ou o agravamento dos direitos e interesses coletivos, devendo sempre que possível buscar o status quo anterior à lesão do direito.

Palavras-chave: Uruguai; Colômbia; Causas repetitivas; Interesses Coletivos; Interesses individuais homogêneos

INTRODUÇÃO

As ações coletivas são classificadas pela sua utilização nos interesses transindividuais de natureza indivisível, tendo o seu marco histórico inicial nas ações de classe romana, em que a *res publica*, ou seja, o interesse de todos os cidadãos pertencia não somente a si, mas também aos seus pares, o que permitiu uma ação ser proposta por um cidadão em prol da coletividade.

O processo coletivo é um mecanismo recente que decorre da relevância do indivíduo em sua comunidade, em consequência, os direitos difusos, coletivos e homogêneos tiveram destaque nos tribunais.

Essa técnica processual permite a tutela jurisdicional dos litígios coletivos a disposição da sociedade em que um representante se figura como parte e representa os titulares do direito e não havendo tal possibilidade, esses litígios serão realizados por outras técnicas, em conformidade com o sistema processual de cada país, podendo ser resolvido pela via judicial ou não.

O número expressivo da utilização destes mecanismos fez com que alguns países pensassem em meios para solucionar as insatisfações com o processo coletivo, buscando aperfeiçoamento nas suas legislações.

Neste cenário, a discussão em volta do uso do processo coletivo como uma forma de solucionar o litígio em massa obteve influência no cenário político dos países da América Latina, justificando a reflexão em seu estudo, bem como a comparação da suas legislações com o Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América.

I. DO CÓDIGO MODELO COLETIVO IBERO-AMERICANO

O projeto elaborado em outubro de 2002, realizado durante a XVIII Jornada do Instituto Ibero-Americano em Montevideu, sofreu reformas textuais, sendo apresentado e debatido no Congresso de Roma, o qual posteriormente foi aprovado pela Comissão Revisora durante a Jornada Ibero-Americana em Caracas dando origem ao Projeto oficial de Código de Processo Coletivo.

Objetivou-se o estabelecimento de regras e princípios a serem seguidos pelos países de culturas próximas, *com o objetivo de instituir uma fonte de inspiração para as reformas legislativas posteriores e assim, garantir uma interação jurídica.*

Denota-se em sua exposição de motivos que “a situação da defesa dos direitos e interesses transindividuais, em Ibero-América, é às vezes insuficiente e muito heterogênea”. Ainda, esclarece que em “diversos países ainda não têm legislação alguma, ou legislação abrangente sobre a matéria”.

O objetivo do código modelo é a apresentação de uma “proposta que possa ser útil para todos”.

Em conclusão, o Código ora apresentado, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamentos ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.

Com sete capítulos, o anteprojeto de Código modelo da Ibero-América aborda um processo coletivo estruturado de maneira a dar uma independência à ciência processual, ao interpelar a necessidade de adequação dos institutos processuais para alcançar uma tutela verdadeiramente coletiva.

A falta de adesão de alguns países participantes, como se apresentará a seguir, enfraquece o sucesso do referido Código modelo, podendo ser desfavorável a sociedade pela falta de representatividade nas ações que possuem multiplicidade de sujeitos.

II. PROCESSO COLETIVO NA COLOMBIA

Na Colômbia, as diferenças entre interesses coletivos e difusos são diluídas, pois ambos são tratados de forma unitária como interesses coletivos, que são defendidos por meio de ações populares. Ações de proteção de interesses individuais homogêneos são chamadas de ações coletivas na Colômbia.

FAVELA²²⁵(2013) explica que, no direito colombiano os interesses coletivos e difusos se enquadram em interesses coletivos, e a distinção é feita entre eles e os interesses do grupo, que correspondem aos interesses individuais homogêneos do direito brasileiro.

O artigo 88 da Constituição Política da Colômbia de 1991 estabelece as bases para ações de proteção de interesses coletivos e de grupos, da seguinte forma:

Artículo 88²²⁶. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia

²²⁵ Pesquisador do Instituto de Pesquisa Jurídica e professor da Faculdade de Direito, ambos da UNAM. Presidente do Instituto Mexicano de Direito Processual e Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

²²⁶ Artigo 88 - A lei regulamentará ações populares de proteção de direitos e interesses coletivos, relacionados ao patrimônio público, espaço, segurança e saúde, moral administrativa, meio ambiente, livre concorrência econômica e outros de natureza semelhante como definido.

Também regulamentará as ações decorrentes de danos causados a um número plural de pessoas, sem prejuízo das ações particulares correspondentes.

Também definirá casos de responsabilidade civil objetiva por danos a direitos e interesses coletivos.

económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Objetivando regulamentar as ações que visam a proteção dos direitos e interesses coletivos, tal qual previsto no artigo 88 da Constituição Política da Colômbia, em 5 de agosto de 1998, foi promulgada a Lei 472/98 que regula o exercício das ações coletivas, promovendo a defesa desses interesses através de dois tipos de demandas, as *acciones populares* (ações populares) e *as acciones de grupo* (ações de grupo).

O artigo 2º da Lei 472 de 1998 define as ações populares da seguinte forma:

Artículo 2²²⁷. Acciones populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior.

De acordo com essa disposição legal, as ações populares têm os seguintes propósitos:

(a) evitar danos contingentes;

²²⁷ Ações populares. São os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos.

Ações populares são tomadas para evitar danos contingentes, cessar o perigo, ameaça, violação ou delito sobre direitos e interesses coletivos, ou para restaurar as coisas ao seu estado anterior.

- (b) cessar o perigo, a ameaça, a violação ou o delito sobre os direitos e interesses coletivos, e
- (c) restaurar as coisas ao seu antigo Estado.

O primeiro propósito é preventivo; o segundo tem função suspensiva de atos de perigo de violação de interesses coletivos; e o terceiro é um propósito de restaurar ou restaurar o direito coletivo infringido.

Logo, as *acciones populares* são os meios processuais para a proteção dos direitos e interesses coletivos, tendo como objetivos evitar um dano iminente, cessar o perigo, ameaça, lesão ou o agravamento dos direitos e interesses coletivos, devendo sempre que possível buscar o status quo anterior à lesão do direito.

Para ALEXANDRIDIS²²⁸ (2006) o interesse coletivo empregado no texto legal refere-se ao seu sentido *latu sensu* indicando que as ações populares podem ser utilizadas para a tutela de todos interesses, quer sejam, difusos e coletivos em sentido estrito, sendo que a lei colombiana faz distinção unicamente quanto aos direitos individuais homogêneos, que seriam tutelados pelas *acciones* de grupo.

O artigo 4º da Lei 472 de 1998 faz uma longa lista dos direitos e interesses coletivos, como segue:

ARTÍCULO 4º.- Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

²²⁸ Doutor em Direito das Relações Sociais, subárea Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2016), Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008), Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2004), Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/SP, Membro da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SP, Professor universitário (graduação e pós graduação), de cursos preparatórios para o exame da OAB/SP e concursos públicos. Coordenador da Pós Graduação em Advocacia do Consumidor da Universidade São Judas Tadeu. Professor da EBRADI - Escola Brasileira de Direito. Advogado em São Paulo. Leiloeiro Público do Estado de São Paulo.

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
 - b) La moralidad administrativa; Ver el Fallo del Consejo de Estado 1330 de 2011
 - c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
 - d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
 - e) La defensa del patrimonio público;
 - f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
 - g) La seguridad y salubridad públicas;
 - h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
 - i) La libre competencia económica;
 - j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
 - k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
 - l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente;
 - m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
 - n) Los derechos de los consumidores y usuarios.
- Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes

ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

PARÁGRAFO.- Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente Ley.

A ação popular, segundo FAVELA, havia sido originalmente estabelecida no artigo 1005 do Código Civil²²⁹ colombiano, que permanece em vigor e prevê:

Artículo 1005. Acciones populares o municipales
La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

²²⁹ O município e qualquer pessoa da vila terão a favor das estradas, praças ou outros locais de uso público e para a segurança de quem transita por eles, os direitos concedidos aos proprietários de heranças ou prédios privados.

E desde que, como resultado de uma ação popular, uma construção deve ser demolida ou alterada, ou dano sofrido compensado, o ator será recompensado, ao custo da denúncia, com uma quantia não inferior a um décimo, nem excedendo um terço do que a demolição ou alteração custa, ou a reparação do dano; sem prejuízo da concessão de metade do delito ou negligência a uma pena pecuniária.

O próprio Código Civil concede ação popular em todos os casos de lesão corporal contingencial, que por imprudência ou negligência de qualquer pessoa ameaça pessoas indeterminadas (artigo 2359).

Artículo 2359. Titular de la acción por daño contingente

Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

A Lei 9 de 1989 também admite ação popular para a defesa do espaço público e do meio ambiente em seu artigo 8:

Artículo 8º.- Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios.

El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de "fraude a resolución judicial".

La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

O Decreto 2303 de 1989, no artigo 118, prevê ação popular em defesa do meio rural e dos recursos naturais renováveis em domínio público em julgamento:

ARTICULO 118. ACCION. El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser definidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos.

Por outro lado, as ações em grupo são definidas no artigo 3^{o230} da Lei 472 da seguinte forma:

ARTÍCULO 3º.- Acción de Grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

²³⁰ Ações de grupo. São ações trazidas por um número plural ou por um grupo de pessoas que cumprem condições uniformes em relação à mesma causa que causou danos individuais a essas pessoas. A ação de será exercida exclusivamente para obter reconhecimento e pagamento de indenização pelos danos.

Por meio de ações de grupo, um grupo de pessoas que sofreu danos em termos uniformes em relação à mesma causa pode exigir a satisfação de seus interesses individuais através do reconhecimento do dano que cada um sofreu (ação declaratória) e gerando a obrigação de pagar a cada uma delas a devida indenização (ação de condenação). Assim como os direitos e interesses individuais homogêneos regulados no direito brasileiro, os direitos e interesses dos grupos são individuais e divisíveis, ensina FAVELA.

O Tribunal Constitucional colombiano considera que, de um modo geral, as ações de grupo são os meios adequados para proteger interesses particulares em setores específicos da população mas, podem até ser utilizados para defender direitos coletivos (como os dos consumidores), onde um número plural de pessoas sofre danos individuais no contexto de violação desses direitos coletivos.

Leciona mais uma vez FAVELA que, na legislação colombiana, a divisão é feita entre direitos e interesses coletivos – incluindo os difusos – e os direitos e interesses do grupo, que correspondem ao que no direito brasileiro são interesses individuais homogêneos. A distinção entre interesses coletivos e difusos tem alguma relatividade, uma vez que em ambos os casos são interesses supra-individuais de natureza indivisível.

De acordo com o artigo 46 da Lei nº 472 de 1998, o exercício das ações em grupo exige que o grupo em cujo nome seja atuado seja composto por pelo menos 20 pessoas, e que atenda a condições uniformes em relação à mesma causa que lhes causou danos individuais (existência de 20 vítimas do mesmo dano).

A legitimação ativa para a propositura das *acciones populares* é a mais ampla possível, possibilitando a promoção da ação popular para a tutela de interesses difusos e coletivos por qualquer pessoa natural ou jurídica, encontrando-se fundamento na *class action* americana, na qual o indivíduo também se encontra legitimado para a ação coletiva, devendo o juiz “*avaluar se o indivíduo, isoladamente considerado, é portador de idoneidade para ser o representante de uma classe de pessoas ausentes diretamente interessadas no desfecho da demanda coletiva (adequacy of representation)*”.

Assim, o artigo 12 da Lei 472 de 1998 concede legitimidade para qualquer pessoa física ou jurídica, o que permite considerar que a legitimidade é conferida da forma mais ampla possível. No entanto, essa disposição ainda adiciona categorias específicas de pessoas, das quais destacamos o seguinte:

(a) organizações não governamentais, organizações populares, cívicas ou similares;

(b) Entidades públicas que exercem funções de controle, intervenção ou vigilância, desde que a ameaça ou violação de direitos e interesses coletivos não tenha origem em sua ação ou omissão;

(c) O procurador-geral da nação, a ouvidoria e o povo distrital e municipal, no que diz respeito à sua competência, e

(d) prefeitos e outros servidores públicos que, por suas funções, devem promover a proteção e a defesa desses direitos e interesses.

ARTÍCULO 12.- Titulares de las Acciones. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.

2. Las organizaciones No Gubernamentales, la Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.

3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión.

4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos o intereses.

Por outro lado, a legitimidade para a propositura de ações de grupo corresponde, é claro, a pessoas físicas ou jurídicas que sofreram os danos individuais. Como dito acima, os membros do grupo devem cumprir condições uniformes para a mesma causa que causou os danos individuais.

Além disso, as pessoas municipais e distritais também são capacitadas para que a ouvidoria exerça ações de grupo em nome de quem o solicitar ou que esteja em situação de desamparo. Neste caso, o defensor ou as pessoas serão parte do processo juntamente com as pessoas lesadas, conforme previsto no artigo 48 da Ley 472 de 1998:

LEGITIMACIÓN

ARTÍCULO 48.- Titulares de las Acciones. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo estable el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

PARÁGRAFO.- En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectada individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder.

Na ação de grupo, o autor representa as outras pessoas que foram afetadas individualmente pelo delito, sem a necessidade de cada uma das partes interessadas ingressarem com suas próprias ações separadamente, nem terem que outorgar poderes.

Na ordem de admissão do pedido, o juiz ordenará que os réus sejam intimados, que têm dez dias para responder. Os membros do grupo serão informados através de um meio massivo de comunicação ou qualquer outro mecanismo eficaz.

Quando a alegação tiver surgido de danos causados a um número plural de pessoas pela mesma ação ou omissão, ou por diversas ações ou omissões decorrentes da violação de direitos ou interesses coletivos, todos

aqueles que sofreram danos podem fazer parte do processo (compondo o grupo), mediante a apresentação de uma carta, na qual devem indicar seu nome, o dano sofrido, a origem do mesmo e manifestação da sua vontade de pertencer ao grupo.

As pessoas que não participaram do processo poderão se beneficiar da sentença, no prazo de 20 dias a partir da sua publicação, fornecendo as informações acima, mas não poderão contar com danos extraordinários ou excepcionais para obter maior compensação e não se beneficiarão da ordem nos custos. A integração dos novos membros do grupo após a sentença não aumentará o valor da indenização ali indicada.

Tanto as ações populares quanto as ações de grupo não preveem a exigência de uma representação adequada. Entretanto, as ações de grupo permitem que as pessoas que não participaram do processo e que não solicitaram previamente a sua exclusão peçam a sua exclusão mesmo depois de proferida a sentença, desde que provem que não estavam adequadamente representadas. A ação coletiva passiva também não é prevista.

III. PROCESSO COLETIVO NO URUGUAI

A Constituição uruguaia não prevê regra expressa para a regulamentação dos processos coletivos, mas, contém regras expressas sobre a proteção do meio ambiente no seu art.47²³¹.

As ações de proteção dos interesses coletivos e difusos no Uruguai são disciplinadas do ponto de vista processual nos artigos. 42 e 220 do Código Geral de Processo de 1988 (*Código General del Proceso* – CGP, aprovado pela *Ley 15.982* de 1988), não existindo legislação especial própria a este respeito.

Esclarece FAVELA (2013) que, embora o artigo 42 do CGP se refira expressamente à representação em caso de interesses difusos, a

²³¹ Artículo 47- La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

doutrina considera que tal preceito é aplicável tanto a interesses difusos quanto para interesses coletivos.

Diz o artigo 42 do CGP:

LIBRO I - DISPOSICIONES GENERALES

TITULO V - LAS PARTES

CAPITULO II - POSTULACION

Artículo 42

Representación en caso de intereses difusos.-

En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Em termos de legitimação, por sua vez, CAMPOS²³² destaca que o art. 42 do CGP - com regulamentação muito semelhante ao art. 53 do Código Modelo de Processo Civil da Ibero-América, que é sua fonte direta - confere com critérios amplos a legitimidade para defender interesses difusos ao Ministério Público, a associações ou instituições representativas, e mesmo a qualquer parte interessada.

Essa norma de legitimação é complementada por dois dispositivos legais específicos: um de defesa do meio ambiente e outro de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Com efeito, a lei 16.112, de 30 de maio de 1990 (lei que cria e atribui competência ao Ministério da Habitação, Ordenamento do

²³² Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Profesor del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU). Socio de la firma Rueda, Abadi & Pereira. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.

Território e Meio Ambiente), em seu art. 6º diz que o Ministério pode exercer a ação prevista no artigo 42.º do Código Geral de Processo, conforme transcrito:

Artículo 6º.- El Ministerio controlará si las actividades públicas o privadas cumplen con las normas de protección al medio ambiente. Los infractores serán pasibles de multas afijarse entre 10 UR (diez unidades reajustables) y 5.000 UR (cinco mil unidades reajustables) en los términos que establezca la reglamentación.

Asimismo el Ministerio podrá ejercer la acción prevista en el artículo 42 del Código General del Proceso.

Por sua vez, o Código da Infância e da Adolescência, Lei 17.823 de 2004, dispõe no art. 196 sobre a aplicação do artigo 42 do CGP à defesa dos direitos da criança e do adolescente:

CAPITULO XIV - ACCIONES ESPECIALES

Artículo 196

(Intereses difusos).- Ampliase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del artículo 42 del Código General del Proceso.

Existem ainda outras leis materiais que, embora não modifiquem o referido regime processual, se referem direta ou indiretamente ao possível conteúdo das reivindicações de interesse difuso e coletivo:

1. Lei no. 16.466 de 19 de janeiro de 1994 sobre Avaliação de Impacto Ambiental;
2. Lei no. 17.250, de 11 de agosto de 2000, sobre Relações de Consumo (LRC);
3. Lei no. 17.283, de 28 de novembro de 2000, sobre Proteção Ambiental;
4. Lei no. 16.011, da Ação de Amparo.

Assim, nos termos do já citado artigo 42 do Código Geral de Processo, a legitimidade para o exercício de ações difusas ou coletivas corresponde às seguintes instituições e pessoas:

- a) Ministério Público;
- b) qualquer interessado, e
- c) as instituições ou associações de interesse social que, nos termos da lei ou em decisão do tribunal, garantam a adequada defesa do interesse violado.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, no Uruguai o Ministério Público não teve um papel muito ativo na defesa dos interesses difusos e coletivos. No entanto, segundo CAMPOS esta situação mudou nos últimos anos, quando então o Ministério Público tem assumido um papel mais relevante nesta matéria.

Quanto às instituições ou associações de interesse social, discute-se se devem ser necessariamente pessoas jurídicas para atuar na defesa de interesses difusos e coletivos. A Lei das Relações de Consumo (LRC) parece confirmar esta exigência, ao estabelecer que as associações de consumidores devem ser constituídas como associações civis e estar registradas na Direção da Área de Defesa do Consumidor (artigo 42, inciso E)²³³.

Santiago Pereira acredita que, mesmo no âmbito da Lei das Relações de Consumo (LRC), pode-se argumentar que uma organização de consumidores sem personalidade jurídica ou que, mesmo não tendo sido registrada, pode ter legitimidade para representar interesses difusos e coletivos, desde que de acordo com o julgamento do tribunal, esteja apta a garantir a adequada defesa do interesse violado, ou seja, caberá ao tribunal analisar se a referida organização garante uma adequada defesa dos interesses violados nos termos do citado artigo 42 do Código Geral de Processo.

²³³ Artículo 42 - Compete a la Dirección del Area de Defensa del Consumidor: [...]

E) Fomentar la constitución de asociaciones de consumidores cuya finalidad exclusiva sea la defensa del consumidor. La Dirección del Area Defensa del Consumidor llevará un registro de estas asociaciones, las que deberán constituirse como asociaciones civiles.

Caso a Lei não preveja solução expressa ou se, previsto para tal, não sejam cumpridos seus requisitos, o processualista uruguaio afirma que a associação ou instituição demandante deve provar alguns dos seguintes pontos, para que o tribunal possa expedir um julgamento positivo em relação à legitimação:

1. Quem é o titular ou representante do interesse difuso a ser protegido;
2. Que esse interesse é comum ao grupo que representa;
3. Que pela sua especialização na matéria (aptidão técnica) e pela idoneidade moral, garante uma adequada defesa do interesse violado.

A análise da exigência de garantia de adequada defesa do interesse deve ser realizada no controle do crédito (art. 119 do CGP), momento em que poderá ser descartado, se for manifestamente improcedente (art. 119.2 do CGP), e na audiência preliminar (art. 133, § 9º, e art. 341, § 5º, do CGP), caso o réu, na contestação da reclamação, tenha suscitado a exceção de falta de legitimidade ou de juros, quando esta é definível em o início do litígio.

Por outro lado, quando uma organização de consumidores cumpre todos os requisitos da LRC e seus regulamentos, afirma Santiago Pereira que a sua legitimidade é dada diretamente pela lei, não cabendo ao tribunal analisar outros aspectos.

O fato é que a legislação consumerista do Uruguai não prevê a tutela coletiva dos consumidores. Em verdade, a tutela dos interesses difusos que envolvam as relações de consumo, deverá ser proposta com base no *Código Genaral de Proceso*, o qual prevê a legitimação do Ministério Público, das associações de consumidores e de qualquer interessado, para propor as ações coletivas na defesa dos interesses e direitos difusos. A propósito, a legislação uruguaia não permite a propositura da ação coletiva para a defesa dos direitos coletivos, uma vez que as ações coletivas estão restritas aos direitos e interesses difusos, ou seja, a defesa do meio ambiente, aos valores culturais e artísticos e os que pertencem a um grupo indeterminado de pessoas.

No tocante à coisa julgada, o artigo 220 do CGP prescreve o seguinte:

Efeitos da coisa julgada em processos promovidos em representação de interesses difusos.- A sentença proferida em processos promovidos em defesa de interesses difusos (artigo 42) terá eficácia geral, salvo se for absolvida por falta de prova, caso em que, outra pessoa legitimada pode levantar a questão novamente em outro processo.

No Uruguai, o supracitado artigo 220 do Código de Processo Geral é muito semelhante ao artigo 194 do Código de Processo Civil Modelo Ibero-americano, estabelece que a sentença proferida neste tipo de processo tem eficácia geral, com à exceção daquela em que o pedido é indeferido por falta de provas.

Ressalte-se que a norma se refere apenas a processos “promovidos em representação de interesses difusos”, mas a jurisprudência também estendeu ao âmbito aos interesses coletivos. A solução constitui uma ampliação do âmbito subjetivo da coisa julgada. A doutrina tem valorizado favoravelmente a não aplicação da coisa julgada erga omnes no caso de falta de prova, uma vez que visa evitar acordos fraudulentos entre demandantes e réus, que tinham por objetivo selar o destino de outras vítimas em seus direitos de reclamação.

A ação coletiva passiva não é regulamentada no CGP.

Diante da constatação de que os regulamentos uruguaios atuais consagram timidamente as ações coletivas e, além disso, a doutrina majoritária é procedimentalista fazendo interpretações restritivas do escopo dos artigos 42 e 220 do Código Geral do Processo, faz-se necessário uma atualização desses artigos para melhor adequação das ações para interesse difuso e coletivas. Para tanto, foi encaminhado, em dezembro de 2020, para a *Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración*, o Projeto de lei nº 973 versando sobre as Ações por interesses difusos e ações coletivas, propondo alterações nos artigos 28, 42 e 220 do CGP.

Em síntese, a proposta de alteração dos artigos contempla os seguintes aspectos:

1. A palavra "interesses difusos" é modificada por "ação coletiva", esta decorre da apenas modificação do artigo 28.

2. É alterado o artigo 42, que trata daqueles que têm legitimidade para representar a violação de tais direitos, o objetivo deste projeto é entender que a doutrina é muito restritiva em termos do âmbito de aplicação destes ações e a posição exigida. Ao qual é adicionado ao texto atual:

I) Direitos ou interesses difusos, considerando tais transindividuais, de natureza indivisível, da qual sujeitos indeterminados vinculados entre si são titulares por circunstâncias factuais.

II) Direitos ou interesses coletivos comuns, considerando-se os transindividuais de natureza indivisível e propriedade de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica de base.

III) Direitos ou interesses homogêneos, considerando aqueles que, mesmo sendo coletivos individuais ou divisíveis, eles vêm de uma causa ou origem comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela de interesses coletivos origina-se pela necessidade de mecanismos que permitem o acesso ao judiciário a fim de garantir o interesse de um grupo indeterminado de pessoas em uma única demanda, o que reduz o número de processos individuais nos tribunais.

Neste cenário, o Código Modelo de Processo Coletivo realizado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual objetivou estabelecer regras e princípios para a proteção da tutela coletiva.

Com o grande número de processos em seus tribunais, a América Latina tem uma tendência de analisar a condenação punitiva do responsável pelo dano causado, com foco no processo individual. Todavia, somente há previsão de processo coletivo na Argentina, Brasil, Colômbia, Chile e México.

A Colômbia possui previsão legal de ação popular para proteger o interesse público sem haver um grupo específico legitimado, o qual pode

ser utilizado para salvaguardar o meio ambiente, equilíbrio ecológico, recursos naturais, espaços públicos, segurança e garantia de acesso aos serviços públicos.

As ditas ações de grupo são previstas na Colômbia e objetiva a compensação dos danos causados aos membros da classe afetada, o que geralmente é proposto por um representante desta classe e é normalmente representado por uma associação. Essa ação coletiva possui o sistema de certificação que comunicará os membros da classe para que exerçam o *opt in*, ou seja, manifestem o seu interesse de ingressar naquela demanda judicial.

Mesmo a Constituição do Uruguai não prevendo de forma expressa a regulamentação dos processos coletivos, há uma proteção ao meio ambiente. Assim, no Uruguai, as ações que protegem os interesses coletivos não possuem uma legislação especial, devendo seguir a regra geral processual.

O Ministério Público tem um importante papel na atuação em defesa dos interesses difusos dos consumidores, pois assim como as associações e o próprio interessado, podem propor uma demanda coletiva.

Por defender que os direitos difusos pertencem a um grupo indeterminado, o Uruguai não permite que as ações coletivas sejam propostas em defesa dos direitos coletivos, como o meio ambiente, valores culturais e artísticos.

Desta forma é oportuno o debate quanto o processo coletivo e as suas produções legislativas pertinentes não somente a cada países de forma individual, mas como um todo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. **O Direito Processual Coletivo na Colômbia: Principais Aspectos**. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Revista de Direitos Difusos. Vol. 37 –

- Maio-Junho/2006. Disponível em:
<<http://ibap.emnuvens.com.br/rdd/issue/view/3>>.
- AZEVEDO, Júlio Camargo de Azevedo. **O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v.8, n.8, 2011. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20831>>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- CAMPOS, Santiago Pereira. **Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos.** INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAWCONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL. Bahia: 2007. Disponível em:
<https://www.academia.edu/12386697/NUEVAS_TENDENCIAS_EN_MATERIA_DE_LEGITIMACION_Y_COSA_JUZGADA_EN_LOS_PROCESOS_COLECTIVOS_EN_URUGUAY>
- COLOMBIA. **Ley 472 de 1998.** Disponível em:
<<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188#:~:text=Son%20los%20medios%20procesales%20para,estado%20anterior%20cuando%20fuere%20posible>>.
- COLOMBIA. **Codigo Civil.** Disponível em:
<https://leyes.co/codigo_civil.htm>
- FAVELA OVALLE, José. **Legitimación en las acciones colectivas.** Bol. Mex. Der. Comp., México, v. 46, n. 138, p. 1057-1092, dic. 2013. Disponível em
<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- MONTEJANO, Claudia Gamboa; ROBLEDO, Sandra Valdés. **Las acciones colectivas análisis del las iniciativas presentadas en la materia, derecho comparado y opiniones especializadas.** Mexico: Câmara de Diputados; Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Marzo, 2011.

- Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-08-11.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- SILVA, Larissa Clare Pochmann. **Algumas perspectivas sobre o processo coletivo no cenário internacional. E o Brasil?**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da INIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- URUGUAI – **Código General del Proceso de 1988**. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>.
- URUGUAY. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General Y Administración. **Acción por Intereses Difusos o Acciones Colectivas. Modificaciones al Código General del Proceso**. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/R03017285645.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2021.
- URUGUAY. **Ley 15.982**. Se aprueba el Código General del Proceso. Disponível em: <https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/sp_ury-int-text-generalp.pdf>.
- VITORELI, Edilson; et al. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, v. 284/2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/60712061/vitorelli_-_LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_coletivo_processo_estrategico20190926-18785-1dqvis6.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

**SEÇÃO VII - DIREITOS SOCIAIS E DIREITO DO
TRABALHO**

ACESSO À JUSTIÇA: ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA PARA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Fernando Nogueira Bebiano ²³⁴

RESUMO

O Processo do Trabalho é notadamente inspirado pelo sentido do direito material, considerando a desigualdade existente entre os dois polos (trabalhador e empregador). Por essa razão, nesse ramo especializado do direito, o processo foi motivado a transportar para seu bojo as desigualdades que permeiam as relações de direito material. O trabalho percorri as fases de estudo do acesso à justiça, como caráter de acessibilidade nos anos 70 (Cappelletti), instrumentalidade nos anos 80 (Dinamarco) e efetividade nos anos 90 (Marinoni). No século 21, a preocupação passa a ser com a adequação, a questão é identificar qual o melhor meio para pacificar os conflitos. A arbitragem foi adotada no Direito do trabalho para contratos Individuais Trabalhistas a partir da vigência da Lei 13.467/17. Assim, tem-se por objetivo identificar se arbitragem deve ser usada somente quando apresentar-se como melhor alternativa para o trabalhador. A pesquisa se justifica porque a arbitragem tem sido utilizada no âmbito do direito do trabalho para desafogar a carga de processos do Poder Judiciário. Trata-se de pesquisa Jurídico-Sociológico pois busca compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Para tal desiderato, foi utilizado a pesquisa bibliográfica, doutrina, legislação, jurisprudência e artigos publicados em periódicos.

²³⁴ Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de ensino superior (Curso de Direito). Membro do Grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Advogado inscrito na OAB-PA. Atuando nas áreas Cível, Trabalhista, Previdenciária e Empresarial. E-mail: f.bebiano10@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/5701022331319023>

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Método Alternativo de Solução de Conflitos. Arbitragem. Direito do Trabalho.

INTRODUÇÃO

Percorrendo as fases de estudo do acesso à justiça, percebe-se que é atribuído a esse direito fundamental o caráter de acessibilidade nos anos 70 (por Mauro Cappelletti e Bryant Garth), instrumentalidade nos anos 80 (por Dinamarco) e efetividade nos anos 90 (Marinoni). Evidenciou-se que, mesmo com o processo sendo estudado ao longo dos anos sob diferentes enfoques, o poder judiciário não consegue lidar com o problema da sobrecarga de processos, considerado como gargalo da Justiça.

O Processo do Trabalho é, de certa forma, sugestionado pelo sentido do direito material, conferindo “a origem da desigualdade desses processos, principalmente, ao fato de que o Processo do Trabalho, ao contrário do Processo Civil, foi sensível à necessidade de transportar para o processo a desigualdade existente na relação de direito material” (SOUTO MAIOR. 2015, p.07-50).

Nesse cenário, embora a justiça do trabalho tenha uma legislação sólida e uma estrutura moderna, os trabalhadores encontram barreiras para ter acesso aos direitos. Então, o problema é a não efetivação do direito Fundamental de Acesso à Justiça, relacionados com fatores exoprocessual e endoprocessual.

Portanto, não é suficiente considerar o processo como acessibilidade (anos 70), instrumentalidade (anos 80) ou efetividade (anos 90). No século 21, a preocupação é com adequação, assim, o objetivo dessa pesquisa é identificar se a arbitragem em contratos individuais do trabalho é uma alternativa viável para o trabalhador frente ao poder judiciário que deve ser sempre adotada ou apenas em casos que se apresenta como melhor alternativa para o trabalhador, sendo está a relevância social da pesquisa.

Trata-se de pesquisa Jurídico-Sociológico pois busca compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo, utilizou-se da interpretação sistemática teleológica para desenvolver o trabalho. Pois as

comparações entre institutos jurídicos antinômicos ou contraditórios de um mesmo sistema normativo permitem descobrir e sanar falhas sistêmicas no ordenamento jurídico.

Para tal desiderato, foi utilizado a pesquisa bibliográfica incluindo doutrina, legislação, jurisprudência e artigos publicados em periódicos da área do Direito.

1 ACESSO À JUSTIÇA

A multiplicidade cultural e a evolução da sociedade tornaram as relações intersubjetivas mais complexas, posicionando o homem diante de um problema, criar ou remodelar mecanismos eficazes para satisfação do ideal de justiça de cada pessoa. Sendo que esse problema tem sido um dos grandes desafios do homem através dos séculos (BEBIANO, 2018, p.366).

A fim de implementar o então Estado Democrático de Direito, a CRFB de 1988 elegeu como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, nos termos do art. 1º. Valores estes que vão permear o compromisso em assegurar a realização dos direitos sociais e individuais, o desenvolvimento, a segurança, a liberdade e a justiça como valores supremos. Portanto, ausentes os mecanismos adequados para efetivação desses direitos, a Constituição é considerada como destituída de sentido (LASSALLE. 2001, p.63).

Desta forma, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental. O mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI e GARTH. 1988, p.12).

Os juristas Cappelletti e Garth, este último também coordenador da nova pesquisa *Global Access to Justice Project*, foram os condutores do projeto de Florença, que é um levantamento feito em vários países em meados de 1970 relativo aos problemas que os cidadãos têm no acesso à justiça, segundo os autores, o estudo revelou possíveis entraves, evidenciando a necessidade de se criar mecanismos de superação desses

obstáculos, pois eles impedem que os jurisdicionados tenham acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH. 1988, p.31).

Com objetivo de encontrar meios para facilitar a acessibilidade ao poder judiciário, Cappelletti e Garth organizaram os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça em três “ondas”: primeira onda (assistência judiciária); segunda onda (representação dos interesses difusos); terceira onda (Um novo enfoque do acesso à justiça):

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas [...] Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - primeira "onda" desse movimento novo - foi assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque incluiu os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

Na década de 80, o acesso à justiça ganha um novo enfoque, o processo passa ser examinado sob o prisma da instrumentalidade, ou seja, não basta apenas acesso formal ao poder judiciário, é necessário que se aplique uma metodologia adequada a harmonizar o direito processual ao material (DINAMARCO. 2003, p.390). Desta forma:

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que

o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (...). O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais' (DINAMARCO. 1996, p.79).

Para além da instrumentalidade do processo, a conhecidíssima expressão de Chiovenda (1930, p.110) “o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem direito tudo aquilo que se tem direito de conseguir”. Nessa aceção, Marinoni atribui novos contornos ao processo na década de 90, agora na perspectivada da efetividade (MARINONI. 2008, p.148). Assim, destaca que:

O Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos Direitos Fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal Direito Fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos Direitos Fundamentais, mas técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos Direitos Fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos Direitos Fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais). (MARINONI. 2008, p.146).

Percorrendo as fases do estudo do acesso à justiça (acessibilidade anos 70, instrumentalidade anos 80 e efetivação anos 90). No século 21, a preocupação é com adequação, a questão é identificar qual o melhor meio para pacificar os conflitos.

Propondo alternativas ao judiciário, os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth defendem que:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI. 1988, p.12-13).

Assim, o processo não deve ser mais pensado como fim si mesmo, mas como instrumento de efetivação do direito material. Nesse cenário, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos (entre eles a arbitragem) ganham maior relevância, como meio de pacificar os conflitos.

2 MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Importante destacar que as técnicas processuais estão a serviço das funções sociais, e “que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva.” (CAPPELLETTI e GARTH. 1988, p.13). Nesse sentido, Nalini destaca que:

A cultura adversarial que impregnou o ensino jurídico tornou quase impossível a missão

pacificadora cometida ao Judiciário. Se todas as peijas tiverem como destino único a capacidade de um juiz, não haverá juízes suficientes para responderem às pendências. A sociedade precisa se converter e assumir suas responsabilidades. Ilusório atribuir-se a titularidade de todos os direitos e transferir a responsabilidade de todos os deveres a uma ficção dolorosa chamada Governo. Este pode se tornar cada dia mais onipotente se a cidadania declinar de sua parcela de encargo cívico. Conviver numa república significa partilhar obrigações. Protagonizar representa um fardo. Mas é consequência de atuação madura na gestão da vida coletiva. (NALINI. 2014. P.77).

Não obstante o processo judicial se apresente como o meio mais utilizada para pacificar conflitos, Theodoro Jr. (1999) destaca como formas alternativas a autocomposição, a autotutela e o recurso à intermediação de terceiros, recaindo, então, nas seguintes modalidades de composição de litígios:

a) a mediação, em que se usa a intermediação de um agente não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento (uma autocomposição, portanto);

b) a sentença judicial, prolatada por magistrado integrante dos organismos especializados da Justiça estatal (forma de heterocomposição jurisdicional ou oficial);

c) a arbitragem, que proporciona a sentença arbitral oriunda de órgão particular, mas que, por convenção das partes, atua com imparcialidade e com observância de um procedimento equivalente ao da Justiça oficial (THEODORO JR. 1999, p.4).

Dentre as modalidades de composição de litígios destacadas por Theodoro Jr. (mediação, conciliação, negociação e arbitragem) importa para esse trabalho a arbitragem. Esse é um dos métodos utilizados como alternativa a morosidade do judiciário.

A arbitragem é uma técnica “para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” (CARMONA. 2009, p.15).

Esse método heterocompositivo “a arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional.” (DELGADO. 2000, p.3).

No entanto, pontua-se que os meios alternativos de resolução de controvérsias não devem ser vistos como objetivo de desafogar a carga de processos do poder judiciário (embora isso possa ocorrer como consequência), mas como via mais adequada para pacificação do conflito (WATANABE. 2014, p.4).

3 ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Em geral no direito busca-se assegurar a igualdade entre contratantes. No âmbito do direito do trabalho a lógica é diferente, pois orientado pelo princípio da proteção, busca-se proteger o trabalhador (devido sua hipossuficiência) no sentido de equilibrar uma relação que é por natureza desigual.

Existe vezes na doutrina contrária a aplicação da arbitragem nos contratos individuais trabalhistas, sob o fundamento de que os direitos do trabalhador são indisponíveis, e que, portanto, não há espaço para pacificação dos conflitos fora do poder judiciário.

A irrenunciabilidade de direitos trabalhistas é um princípio do Direito do Trabalho que está relacionado com a condição de hipossuficiência do trabalhador, tendo em vista que uma das

características dessa relação desigual é a subordinação do trabalhador em relação ao seu empregador.

É inegável que durante o pacto laboral o trabalhador se encontra subordinado e estará sob dependência do seu empregador. A subordinação manifesta-se pela intensidade das ordens direta do empregador ao trabalhador, mas também de forma indireta pelo rígido controle sobre o trabalhador na sua prestação de serviços e obediência a dinâmica do empreendimento. Nesse sentido, Delgado esclarece:

Como se sabe, o conceito de subordinação hoje dominante é o que a compreende como situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador. É uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado. Em paralelo a esta conceituação hegemônica, construiu o Direito do Trabalho noção ampliativa deste elemento integrante da relação de emprego, denominando-a de subordinação objetiva. A subordinação objetiva, ao invés de se manifestar pela intensidade de comandos empresariais sobre o trabalhador (conceito clássico), despontaria da simples integração da atividade laborativa obreira nos fins da empresa. Com isso reduzia-se a relevância da intensidade de ordens, substituindo o critério pela ideia de integração aos objetivos empresariais. Embora válido o intento da construção teórica da subordinação objetiva, ela não se consolidou, inteiramente na área jurídica, por ser fórmula desproporcional às metas almejadas. Tal noção, de fato, mostrava-se incapaz de diferenciar, em distintas situações práticas, entre o real trabalho autônomo e o labor subordinado, principalmente quando a prestação de serviços realizava-se fora da planta empresarial, mesmo que relevante para a dinâmica e fins da empresa. Noutras palavras, a

desproporção da fórmula elaborada, tendente a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas, contribuiu para o seu desprestígio. A readequação conceitual da subordinação – sem perda de consistência das noções já sedimentadas, é claro – de modo a melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial, a terceirização. (DELGADO, 2006. p. 341).

Entendemos que depois da rescisão do contrato de trabalho os direitos trabalhistas que são considerados de indisponibilidade absoluta passam a ser relativa, visto que após o término do contrato o trabalhador não estará mais subordinado ao empregador.

A natureza protetiva dessa relação (trabalhador e empregador) se encontra no teor dos artigos 9º, 444 e 468 da Consolidação da Leis Trabalhistas, onde o legislador fez constar que o ato de disposição dos direitos por parte do trabalhador é nulo.

Sobre a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, Martins enfatiza que:

Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de direitos irrenunciáveis. Direitos disponíveis são normas direcionadas às partes e não exatamente normas de ordem pública absoluta. Os direitos dos trabalhadores não são patrimoniais indisponíveis. O trabalhador não está renunciando, alienando ou transacionando direitos quando submete o conflito à arbitragem, mas apenas escolhe um terceiro para solucionar o litígio. O árbitro irá dizer o direito do trabalhador [...]. (MARTINS, 2018. p. 71).

É que “se não há mais contrato de trabalho entre empregado e empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar a verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro” (MARTINS, 2018. p. 71).

Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, como voto de relatoria do Desembargador Paulino César Martins Ribeiro do Couto:

24119448 - ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO ENVOLVENDO DIREITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. POSSIBILIDADE. A indisponibilidade dos direitos do empregado existe somente durante a vigência do contrato de trabalho, quando se presume encontrar-se o obreiro em uma situação de subordinação e dependência econômica que o impede de manifestar a sua vontade sem vícios. Findo o contrato de trabalho, esta indisponibilidade não mais existe, uma vez que o empregado já não se encontra subordinado ao empregador, nem também depende deste para a sua sobrevivência, estando, deste modo, em condições de livremente manifestar a sua vontade, o que inclusive possibilita a celebração de

conciliação na Justiça do Trabalho, conforme dispõe o parágrafo único do art. 831 da CLT. TRT 5ª R.; (RecOrd 0001482-62.2013.5.05.0551; Ac. 206848/2014; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino César Martins Ribeiro do Couto; DEJTBA 16/09/2014).

Entendemos que a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador não inviabiliza a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito do Direito do Trabalho. Pois não há renúncia, alienação ou transação só pelo fato de o conflito ser submetido à arbitragem. Além disso, Carlos Alberto Carmona assinala que:

Quanto aos conflitos individuais, embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é fato incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho assumiriam a feição irrenunciável pregada pela doutrina especializada mais conservadora: se assim não fosse, não se entenderia o estímulo sempre crescente à conciliação (e à consequente transação), de sorte que parece perfeitamente viável solucionar questões trabalhistas que envolvam direitos disponíveis através da instituição do juízo arbitral (CARMONA. 2009, p.41-42).

Destaca-se que, o direito do trabalho não é estático, assim como os outros ramos do direito, é sensível as transformações na sociedade. Seus princípios não são obstáculos as mudanças e adaptações a uma nova realidade (RODRIGUEZ. 2000, p.82). Nesse sentido, concordamos com Valton Dória Pessoa quando afirma que:

O fato é que não podemos aguardar de braços cruzados que o Estado ofereça todas as soluções. É incontroverso na doutrina, pelo menos, que o modelo atual é insatisfatório, sendo necessária uma mudança urgente, pois o desemprego e os conflitos entre empregados e empregadores crescem a cada dia,

impossibilitando o Judiciário de oferecer uma prestação jurisdicional plena e eficiente.

Não se trata, em absoluto, de defender que, no campo das relações individuais, as partes têm livremente a faculdade de alterar o dispositivo da lei, reduzindo as garantias mínimas asseguradas ao trabalhador.

Pretendemos, isto sim, sustentar que não se pode, a pretexto de contrariar o preceito de ordem pública, impedir a realização de negócios jurídicos envolvendo direitos individuais do empregado, pois estar-se-ia fulminando a consagrada liberdade, máxime se extinto o contrato de trabalho (PESSOA. 2003, p.38-40)

A morosidade jurisdicional provoca insatisfação dos jurisdicionados, sendo que a arbitragem, como meio processual alternativo ao poder judiciário, pode ser uma importante opção para pacificação dos conflitos, atendendo o direito Constitucional de ver reconhecido o direito em um tempo razoável (DELGADO. 2000, p.1-24).

Essa alternativa de resolução de conflito (arbitragem), passou a ser possível no Direito Individual Trabalhista a partir da vigência da Lei 13.467/17 (conhecida como Reforma Trabalhista). Contudo, os seguintes pressupostos devem ser preenchidos: (i) a remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e **(ii) a cláusula compromissória seja pactuada por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96).**

O problema é que, se empregado aderir a cláusula compromissória, não poderá ingressar com ação no poder judiciaria. Alude o art. 4º da lei 9307/96 que “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

De acordo com a Ministra NANCY ANDRIGHI (STJ, 2018), na relatoria do acórdão Nº 1.742.547, a arbitragem pode ser usada no microsistema consumerista desde que não seja adotada de forma prévia ou no momento da celebração contratual. Conforme voto no julgado da 3ª Turma do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. CONTRATOS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE USO. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES. TERMO DE COMPROMISSO. ASSINATURA POSTERIOR.

1. Ação ajuizada em 29/07/2015. Recurso especial interposto em 24 de janeiro de 2018 e atribuído a este gabinete em 01/06/2018.

2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade de procedimento arbitral instaurado para dirimir controvérsia originada de contrato de promessa de compra e venda de unidade de empreendimento imobiliário – um contrato de adesão – em que os consumidores, em momento posterior, assinaram termo de arbitragem para a solução de controvérsia extrajudicial.

3. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante do litígio, havendo consenso entre as partes - em especial a aquiescência do consumidor –, seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes.

4. É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo

consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição. (NANCY ANDRIGHI. RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.547 - MG - 2018, STJ).

Isso porque âmbito do Direito do Consumidor, o CDC preceitua que: **Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem.**

Somos a favor da arbitragem nos contratos individuais trabalhistas sem aplicação da cláusula compulsória, nos moldes do que ocorre no Direito Consumerista (Art. 51, VII, CDC), com o trabalhador podendo optar pelo meio mais adequado para pacificação do conflito (Arbitragem ou Poder Judiciário).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em conta a parte geral do trabalho, passou-se ao ponto do acesso à justiça, considerando o atual Estado Democrático de Direito e o compromisso da Constituição de 1988, chegou-se à conclusão de que o acesso à justiça deve ser entendido como o mais básico dos direitos, pois sem a sua efetivação não é possível implementar o Direito material.

Ato contínuo, percorreu-se as fases de estudo do acesso à justiça, onde constatou-se que é atribuído a esse direito fundamental o caráter de acessibilidade nos anos 70 (por Mauro Cappelletti e Bryant Garth), instrumentalidade nos anos 80 (por Dinamarco) e efetividade nos anos 90 (Marinoni). Sendo que atualmente, o acesso à justiça deve ser encarado como adequação.

Em sociedade multicultural como a atual, onde ocorre conflitos de diversas naturezas, entendemos que os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos têm grande relevância, mas não devem ser utilizados como objetivo de desafogar a carga de processos do poder judiciário (embora isso possa ocorrer como consequência), mas sim como via mais adequada para pacificação do conflito.

Entendemos ser possível a aplicação de arbitragem nos contratos individuais trabalhistas, principalmente depois da rescisão do contrato de trabalho, tendo em vista que após a rescisão do contrato o poder do empregador sobre o trabalhador desaparece.

Entendemos que aderir à cláusula compromissória de arbitragem (art. 4º da lei 9.307/96) quando o trabalhador está sendo contratado não é opção feita sem vício de consentimento, visto que se o trabalhador se manifestar-se contrário provavelmente ele não será contratado.

No âmbito do Direito do Consumidor é vedado a adoção previa de cláusula de arbitragem no momento da celebração do contrato. Sendo possível tal procedimento se houver consentimento posterior por parte do consumidor.

Portanto, somos a favor da arbitragem nos contratos individuais trabalhistas sem aplicação da cláusula compulsória (art. 4º da lei 9.307/96), nos moldes do que ocorre no Direito Consumerista (art.51, VII do CDC), com o trabalhador podendo optar pelo meio mais adequado para pacificação do conflito (Arbitragem ou Poder Judiciário).

REFERÊNCIAS

BEBIANO, F. N. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL, UMA REVISITAÇÃO AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO DIREITO PROCESSUAL. In: SANTOS, Luis Roberto Lobato; REIS NETTO, Roberto Magno; PESSÔA, Rodrigo Magalhães; CAÑETE, Thales Maximiliano Ravena; MIRANDA, Wando Dias; SANTOS, Ilton Ribeiro Dos. (Org.). **O direito Público e Privado no Século XXI: Fronteiras e Desafios**. 1ed. Ananindeua/PA: Edições dos Autores - Esmac, 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

_____. TRT 5ª R.; **Recurso Ordinário. 0001482-62.2013.5.05.0551**; Ac. 206848/2014; Quinta Turma; Rel. Des. Paulino César Martins Ribeiro do Couto; DEJTBA 16/01/2022.

_____. **Arbitragem e Poder Judiciário: Lei 9.307 de 23.09.1996**: Mudança Cultural. São Paulo: LTr, 2001.

- _____. **Superior Tribunal de Justiça – STJ. (3º. Turma). Recurso Especial 1.742.547** – Minas Gerais. Relatora a Sra^a Ministra: NANCY ANDRIGHI. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1840613&num_registro=201801210286&data=20190621&formato=PDF. Consultado em 14.01.2022.
- CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: Um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Dell'azione nascente dal contratto preliminare** Roma , Foro Italiano, 1930.
- DELGADO, J. A. **A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual**. Revista de Direito Renovar, v. 17, 2000.
- _____, Mauricio. Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Líder, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008.
- MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NALINI, J. **O que pensar da justiça?** In: NALINI, J.; PIRES, L. F.; **RODOVALHO, M. Ética para o juiz: um olhar externo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- PESSOA, Valton Dória. **Transação extrajudicial nas relações individuais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O conflito entre o Novo CPC e o Processo do Trabalho. O novo CPC e o Processo do Trabalho.** Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. V.4. N.44. Setembro/2015.
- THEODORO JR., H. **A arbitragem como meio de solução de controvérsias.** RDC, n. 2, nov-dez. 1999.
- WATANABE, K. **A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In: TOLEDO, A. S. P. de. Estudos avançados de mediação e arbitragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TELETRABALHO E DIREITO À DESCONEXÃO NO BRASIL

Karen Cristine Marinho Jardim²³⁵

Luciano Cesar de Souza Junior²³⁶

Vanessa Quintão Fernandes Neves²³⁷

Palavras-chave: Teletrabalho. Direito à desconexão. Direito do trabalho.

INTRODUÇÃO

A Pandemia do Coronavírus impactou grandemente o Direito do Trabalho, e um dos impactos foi com relação ao teletrabalho. A modalidade remota de trabalho foi fortemente adotada para mitigar os efeitos da crise nos postos de trabalho, em decorrência das restrições de locomoção das pessoas, e com isso, se tornou um desafio garantir o direito à desconexão. Nesse âmbito, o presente trabalho tem o condão de abordar sobre o direito à desconexão e o teletrabalho no Brasil, destacando ainda, como a pandemia do Covid-19 afetou esse direito.

1. METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado será o exploratório, que consiste na realização de um estudo para a familiarização com o teletrabalho e o direito à desconexão, relacionados a Pandemia do Covid-19. Logo, o objetivo desse estudo é procurar padrões, ideias e hipóteses que

²³⁵ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário La Salle (2021). E-mail: jardim.karen.cristine1207@gmail.com. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8966098190842275>

²³⁶ Graduando em Direito pelo Centro Universitário La Salle (2021) E-mail: lucianojr.08@hotmail.com. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8832311838100907>

²³⁷ Orientadora Professora Esp. em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM, advogada orientadora do NPJ UniLasalle, Professora da UniLaSalle, email: prof.vanessa.neves@soulasalle.com.br

solucionem ou embasem as principais questões acerca desses assuntos. Como base para a nossa pesquisa serão utilizados artigos, teses, periódicos, jurisprudências e dissertações, a fim de trazer entendimentos variados e uma análise de cunho atual para o assunto.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, garantiu o direito à desconexão nos artigos 6º e 7º, quando tratou tais garantias como direitos fundamentais sociais.

Já o teletrabalho ganhou respaldo com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). A lei 12.551/2011 deu ao art.6º da CLT a seguinte redação:

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Posteriormente, a lei 13.467/2017 tornou-se o marco referencial sobre o assunto, pois trouxe um padrão de perspectiva para os direitos e deveres dos envolvidos nesse tipo de relação de emprego.

2.1 O QUE É TELETRABALHO?

A CLT no seu artigo 75-B, caput, dispôs que: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

É importante estabelecer que, o trabalho em domicílio não se confunde com o teletrabalho, o trabalho em domicílio está previsto no art. 6º da CLT.

2.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

Para o teletrabalhador, as principais vantagens são: evitar o estresse e o cansaço do tempo de deslocamento para a ida e volta do ambiente de trabalho, economizar com transporte e, geralmente, ter uma maior flexibilização do horário. Para o empregador, as vantagens principais são: reduzir o custo com estrutura física e obter maior produtividade de seus funcionários.

Já as desvantagens, com relação ao teletrabalhador, são: sofrer os riscos do isolamento social e ter dificuldade de estreitamento das relações de trabalho, dificultando a ascensão profissional e as promoções. Segundo, Costa, 2007:

O teletrabalho expõe o teletrabalhador à tensão de conviver constantemente com situações conflitantes: a mistura do espaço da produção e da reprodução, a presença física e a não-disponibilidade para os entes queridos, a tentação do horário flexível e a autopressão por apresentar bons resultados de trabalho. O teletrabalhador é um indivíduo constantemente pressionado pelas posições de sujeito oriundas de discursos conflitantes: exigido, quando “no trabalho” no seu papel de pai/mãe, filho/filha, marido/mulher, irmão/irmã; quando “em casa”, exigido no seu papel de trabalhador/trabalhadora.

Com relação ao empregador, o risco é ficar totalmente refém da tecnologia para o trabalho ser realizado e precisar investir mais na segurança de dados.

Todavia, as vantagens e desvantagens não se limitam ao empregado e ao empregador. A sociedade pode ganhar muito com o teletrabalho, uma vez que ele pode gerar mais empregos, diminuir o congestionamento das cidades, promover uma maior integração das

pessoas com deficiência no mercado de trabalho e reduzir a poluição do ar causada pelos combustíveis dos automóveis. Por outro lado, é possível que ocorra um aumento das doenças ergonômicas.

2.1. O QUE É DIREITO À DESCONEXÃO?

Nos últimos anos, se tornou notório que, a tecnologia trouxe a hiperconexão do trabalho, aonde os trabalhadores conseguem se manter conectados às atividades laborativas por meios eletrônicos através de aplicativos e/ou computadores.

As tecnologias rompem com a limitação da jornada de trabalho, eliminando os períodos de interrupção e descanso, e assim, sobrecarregando o empregado, afetando a sua saúde física e mental, cuja preservação é o objetivo do período de descanso assegurado na CLT.

Por esses motivos, em 2016 a França aprovou a Lei de Desconexão, na qual permite que os empregados não respondam a mensagens eletrônicas, e-mails ou outro tipo de mensagem que são veiculadas por meios telemáticos, inserindo o parágrafo 7º do artigo L.2242-8 no Código do Trabalho Francês, regulando o direito à desconexão do trabalho.

Sendo assim, o direito à desconexão consiste no direito do empregado em poder usufruir do tempo do “não trabalho”, da “não conexão” e tendo tempo livre para se dedicar as atividades pessoais, a família e a si próprio, mantendo a higidez sociológica e física.

Segundo Talita Rodrigues Mendonça, o direito à desconexão consiste em "se desconectar completamente da empresa, ou seja, desligar o computador, o telefone, ou qualquer que seja o meio pelo qual ele se comunique com o seu empregador"

Contudo, não temos no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica para o assunto, mas já temos mecanismos que funcionam como normas de contenção, prevista na CRFB/88 em seu artigo 7º, XIII, determinando a jornada de trabalho padrão de trabalho em 8 horas diárias, com a consequente duração semanal de 44 horas, limitando também as horas extraordinárias, bem como garantindo o direito ao descanso semanal remunerado.

2.2. O TELETRABALHO E A CONSOLIDAÇÃO DE LEIS TRABALHISTAS

A CLT dispõe sobre o teletrabalho do art. 75-A ao art. 75-E, sendo que se pode observar que são poucos artigos para um tema complexo, logo, acabou por não se tratar de muitos aspectos em relação a esse tema, como por exemplo, o trabalho misto.

O primeiro ponto a salientar é sobre o artigo 75-B, aonde está escrito: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”; mas não foi estabelecido o que significa exatamente esse termo “preponderantemente”, dando margem para interpretação.

O segundo ponto é com relação ao art. 75-D, que diz: “As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”. Logo, é possível que o empregado tenha que arcar com os custos do negócio, que, por expressa determinação do artigo 2º do texto consolidado é do empregador, se assim estiver previsto no contrato individual escrito.

A terceira questão é acerca do art.75-E, que passa a impressão de supressão da responsabilidade do empregador no caso de acidente do empregado no exercício do teletrabalho, basta que o instrua quanto aos riscos e precauções a serem tomadas e seja assinado o termo de compromisso.

A última e mais importante crítica, é com relação ao art. 62, III da CLT, que exclui o teletrabalhador de diversos direitos, sob o argumento que não é possível controlar a dinâmica desse funcionário. Com o avanço tecnológico já é possível fazer esse controle, calcular, por exemplo,

quanto tempo o funcionário ficou à disposição do empregador. Veja o que diz, Bitencourt:

Quando o teletrabalhador está conectado à empresa de forma online é possível controlar a execução, a quantidade e a qualidade das tarefas executadas, de forma instantânea, a qualquer momento, como se o trabalhador estivesse dentro do estabelecimento. Se o trabalhador está em conexão direta e permanente com a empresa, cumprindo um determinado número de horas, em constante diálogo interativo, de modo a permitir ao empregador transmitir instruções digitais e exercer a supervisão do trabalho realizado, pode-se constatar a existência de subordinação.

Logo, entendo que, se o empregado for controlado, é justo que usufrua das regras previstas no capítulo II da CLT, seguindo o mesmo entendimento usado para o trabalhador externo, como se constata na jurisprudência dos nossos Tribunais, conforme abaixo transcrito:

EMENTA: HORAS EXTRAS E REFLEXOS. TRABALHO EXTERNO. COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTROLE. APLICAÇÃO DO ART. 62, I, CLT. RECURSO PROVIDO. A exceção de que trata o art. 62, inciso I, da CLT, não se aplica a todo trabalhador que realizar trabalho fora da empresa, mas diz respeito apenas àqueles que, em razão da própria natureza das funções, não podem ser controlados em seu horário de trabalho. Competia à reclamada demonstrar a impossibilidade real de fiscalização do trabalho, nos termos do art. 818, da CLT, pois se trata de fato extintivo do direito do reclamante, e desse ônus ela se desincumbiu a contento. Recurso provido.

(TRT-2 10012776920195020072 SP, Relator:
SERGIO ROBERTO RODRIGUES, 11ª Turma -
Cadeira 5, Data de Publicação: 13/04/2021)

Não adotar esse entendimento ensejaria numa contrariedade com o direito a saúde e com o direito ao lazer, além de uma afronta direta ao art. 7º, incisos XIII, XV e XVI da Constituição Federal de 1988, uma vez que o empregado teletrabalhador poderia realizar horas extras com habitualidade, sem qualquer direito ao adicional previsto em lei, não seriam observados os intervalos intra e inter jornadas, e ainda, poderiam laborar em horário noturno, sem que tivessem garantido a dupla proteção do horário noturno: hora reduzida e direito ao adicional, ficando claro que não receberiam nenhuma compensação financeira para isso. Dessa forma, não há qualquer dúvida que este dispositivo é totalmente prejudicial ao direito à desconexão.

2.3. PANDEMIA E OS SEUS IMPACTOS NO DIREITO À DESCONEXÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, no dia 11 de março de 2020, a pandemia global do coronavírus. A COVID-19 (Coronavirus Disease 2019) é uma infecção respiratória ocasionada pelo Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2). O primeiro caso foi registrado no Brasil em 25 de fevereiro de 2020 pelo Ministério da Saúde do Brasil. Até 03 de novembro de 2021, o Brasil, registrou: 21,8 milhões de casos da doença e 609 mil mortes.

Para conter a doença, algumas estratégias foram tomadas, entre elas o estabelecimento do teletrabalho. Veja o que dispunha a MP nº 927:

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

O teletrabalho não é um tema novo, há muito tempo existe essa modalidade de trabalho, embora a regulamentação só tenha ocorrido no Brasil em 2017. Todavia, é evidente que a modalidade ganhou grande repercussão atual, sendo, em razão da necessidade e obrigatoriedade do distanciamento social imposto pela Covid-19 e suas variantes, uma saída atrativa para empregadores e funcionários. Dessa forma, o home office que era opcional, se tornou quase obrigatório, nas profissões em que era possível pela natureza do serviço, para atender a demanda da situação. O problema é que grande parte da população brasileira não consegue aderir ao formato de trabalho remoto devido à própria realidade da prestação de serviços. É o que demonstra o estudo elaborado pelo IPEA em novembro de 2020, onde consta que as ocupações capazes de migrar para o trabalho remoto residencial representam apenas 9,1% dos 80,2 milhões de ocupados e não afastados.

Como esses trabalhadores foram forçados a trabalhar em casa, vários problemas surgiram, como a necessidade de assegurar o direito de se desconectar. Ficou muito evidente a necessidade de equilibrar a demanda exigida pelo empregador e a garantia dos direitos do empregado. Pois, o que vimos nesse cenário, foi o poder diretivo ultrapassando as barreiras da privacidade e da intimidade do empregado, ferindo preceitos constitucionais. Se tornou comum receber mensagens do empregador solicitando tarefas após o horário normal de trabalho, por exemplo.

Miceli, coordenador do MBA em Marketing e Inteligência de Negócios Digitais da Fundação Getúlio Vargas, “Tendências de Marketing e Tecnologia 2020: Humanidade redefinida e novos negócios” prevê aumento de 30% do teletrabalho no Brasil após a pandemia.

Logo, é necessário assegurar infraestrutura aos teletrabalhadores, ou seja, garantir que estes tenham computadores, acesso à internet com velocidade adequada as tarefas a serem desempenhadas, aplicativos e plataformas de trabalho pela empresa, entre outros itens que são necessários para a realização do trabalho.

Também é importante que empregador, dê orientações, conforme o art. 75-E da CLT, ofereça suporte aos trabalhadores e tenha cuidado para não invadir a privacidade do trabalhador, refutando o contato fora do

horário normal de trabalho do empregado ou nos intervalos, em conformidade com o direito à desconexão.

2.4. A MULHER E O TELETRABALHO

Um aspecto relevante sobre o teletrabalho diz respeito a questão de gênero. A mulher foi durante anos considerada a exclusiva provedora do cuidado, nesse sentido, como se daria essa relação quando o trabalho está no lar, em um ambiente em que entra em vantagem/desvantagem na desconstrução de uma função social/cultural. Segundo a OIT, as mulheres continuam sendo as principais provedoras de cuidados e muitas não participam da força de trabalho por causa de suas responsabilidades familiares, frequentemente porque não conseguem conciliar o fato de ter que ir ao local de trabalho e cuidar de seus filhos e familiares mais velhos.

A mulher moderna tenta conciliar vida pessoal e trabalho com as cobranças sociais e culturais: casamento, maternidade e cuidados domésticos. É possível perceber que, a família e os papéis desempenhados dentro do contexto familiar influenciam diretamente na resistência ao teletrabalho, principalmente nos casos em que há filhos pequenos, que exigem maior atenção. Outrora, nesses mesmos casos, o teletrabalho pode ser visto como solução quando não se tem com quem deixar os filhos.

Com o teletrabalho, a separação entre família, cuidados domésticos e trabalho fica inviabilizada. Dessa forma, o que se percebe é a perpetuação da exploração da mulher e de sua jornada dupla. Esse fato pode ser compreendido através de uma pesquisa realizada com os co-residentes e os teletrabalhadores (SMAHA, 2009, p. 110), onde o discurso dos cônjuges reforça essa ideia, veja:

Pra mim é muito bom ter X (esposa) em casa, porque agora que a gente tem um filho pequeno. Além de ela pode dar uma renda extra pra família, ela está trabalhando em casa, sem tirar o olho do nosso filho. Assim, ele vai ter toda a atenção necessária, principalmente nessa fase da vida dele, ainda bem pequeno.

Nós sempre comentamos que esse é o melhor trabalho que tem, pois ela consegue trabalhar e tá dentro de casa. Se ela fosse montar o escritório do outro lado da rua ela não poderia acompanhar o dia-a-dia da casa. Por mais que ela esteja envolvida com o trabalho, ela pode acompanhar, estar perto dos filhos, ver se estão fazendo tarefas. Mesmo que esteja trabalhando dentro de casa, está todo mundo junto, né? Você sabe o que se passa, principalmente no cuidado com os filhos. Já imaginou, os meninos ficarem em casa o dia inteiro e ela estar fora? Daí você não sabe o que eles estão fazendo, não acompanha. E se ela está aqui, dá uma olhadinha na tarefa, bate um papo, ou seja, o trabalho é muito bem integrado com as necessidades da família.

Logo, se percebe que a mulher continua sendo entendida muitas das vezes como a exclusiva provedora do cuidado, enquanto o homem é visto como o provedor do sustento. Todavia, com a entrada das mulheres no mercado de trabalho, os homens deixaram de ser os exclusivos provedores do sustento, mas a maioria das mulheres não deixaram de ser as exclusivas provedoras do cuidado.

2.5. PROJETO DE LEI Nº 4.044 DE 2020

A PL 4.004 de 2020 foi uma proposta do senador Fabiano Contarato, que queria impedir que os direitos do empregado fossem violados nos períodos de férias ou folga, com isso a PL tinha a intenção de garantir o direito a desconexão, observando a vida privada, lazer e saúde.

Com as mudanças no cenário do trabalho, ocasionadas por causa da COVID-19 acabou gerando um abuso e desrespeito com o horário de descanso, folga e férias, precisando de uma atenção e modificação por parte da Justiça do Trabalho e foi com essa pensamento que surgiu a PL 4044/2020, pensando em uma proposta de proteção ao empregado com proposta de pagamento de hora extra para que não tenha o incômodo do patrão por meios eletrônicos, vindo atrapalhar o horário de descanso.¹

Vale ressaltar que a PL tem como objetivo modificar o § 2º do art.244, o §7º ao art. 59 e os artigos 65-A e 133-A do Decreto Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), dispondo de forma expressa sobre o direito à desconexão do trabalho.

2.6. MP 927/2020 X CLT

Medidas imediatas para conter a contaminação por coronavírus são incompatíveis com certos aspectos do teletrabalho segundo a CLT. Por exemplo, o tempo entre a notificação dos empregados que já prestam serviços na sede dos empregados e o efetivo início da mudança de home office é de 15 dias, conforme projeções da CLT. Esse prazo não condiz com a realidade pandêmica, pois a medida temporária 927/2020 afastou, por esse período, o prazo de 15 dias entre a informação e o início do teletrabalho, passando a ser de 48 horas. Nesse sentido, os funcionários poderiam ser notificados na sexta-feira, último dia útil da semana, para começar a trabalhar em casa na segunda-feira seguinte.

O entendimento que permanece nas duas situações é que as partes ainda precisam concordar com as previsões para os materiais utilizados, a manutenção dos materiais e a duração das condições especiais de trabalho, portanto, é necessário um acordo separado como uma alteração provisória do contrato.

Destaca-se que para quem já atuava em trabalho remoto antes da pandemia do coronavírus, seus contratos de trabalho não sofrerão alterações e se aplicarão todas as disposições da CLT.

2.7. O FUTURO DO TELETRABALHO

Quando se trata de impactos e tendências futuras, alguns pontos podem ser destacados:

- a) O número de trabalhadores em regime de teletrabalho deve aumentar em relação aos níveis pré pandemia.
- b) A tendência é a prevalência de modelos híbridos, dias presenciais em escritórios e dias em trabalho remoto.

- c) As empresas precisarão mudar a gestão dos seus recursos humanos, bem como, fomentar o investimento tecnológico.
- d) Será necessário lidar com os riscos do teletrabalho de forma mais intensa, são eles: isolamento profissional, comprometimento das interações sociais e de amizade, consequente individualização, problemas de ansiedade, diminuição do compartilhamento e conhecimento, diminuição do reconhecimento e feedback.
- e) Será fundamental uma regulamentação maior no Brasil acerca do teletrabalho, tratando do sistema híbrido, além de consolidando o direito à desconexão.
- f) Com o fortalecimento do teletrabalho, o padrão de consumo também se modificará, por exemplo, haverá mais compras online e procura por take away.
- g) Um número maior de pessoas em teletrabalho pode contribuir para a sustentabilidade.
- h) A elevação do teletrabalho também favorecerá as pessoas com deficiência que possuem dificuldades para chegar ao local de trabalho.
- i) No setor imobiliário também poderão ser observados impactos, escritórios nas residências serão valorizados, além de uma organização interna que favoreça a privacidade. Ainda, será perceptível os aumentos dos espaços de coworking, pois nem todas as pessoas usufruem de estrutura para trabalhar em casa.
- j) Também deve-se observar a implicação no reforço dos padrões de gênero no caso das mulheres, uma vez que podem ter uma maior capacidade de se envolverem mais na vida doméstica quando trabalhando em casa (CHARALAMPOUS et al., 2019).

CONCLUSÃO

É notório, então, que a pandemia do COVID-19, fez com que as empresas tivessem que se adaptar de forma rápida e a solução foi o teletrabalho. E mesmo que muitas companhias tenham enfrentado dificuldades no começo dessa nova fase, essa forma de contratação

continua crescendo no mercado. Nesse sentido, é de fundamental importância o debate sobre o assunto, uma vez que o regime traz vantagens e desvantagens, sendo o objetivo do Direito Trabalhista assegurar os direitos fundamentais desses teletrabalhadores.

Nesse âmbito, o Direito à Desconexão é de fundamental importância para a preservação da saúde física e mental do empregado. Por isso, devem ser desprendidos esforços de toda a coletividade e do Estado para que seja assegurado.

Para que possamos garantir o Direito à Desconexão se faz necessário a criação de regras que estabeleçam de forma clara e expressa que o empregado tem direito a se desligar do trabalho, para que possa usufruir aos intervalos legais garantidos por lei e ainda para que tenham a obrigação apenas de cumprir a sua jornada normal do trabalho, não ultrapassando de forma ilimitada o seu horário de trabalho.

A falta do direito à desconexão tem levado muitos trabalhadores a um total estado de cansaço físico e mental, além de ferir diretamente o direito à intimidade de sua vida privada.

Dessa forma, se faz necessário buscar um equilíbrio entre o teletrabalho e a preservação da saúde do trabalhador, sendo que a desconexão não é somente um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família, que deve ser respeitado.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, Frida Marina. Ninguém é uma ilha: Os riscos do teletrabalho à saúde do trabalhador e da trabalhadora. Disponível em: <https://apmtsp.org.br/aspectos-adversos-do-teletrabalho-para-a-saude-dos-trabalhadores/>. Acesso em: 25 de jan. de 2022.
- BARROS, Susana. O futuro do Teletrabalho. Novo Banco. Disponível em: <https://www.novobanco.pt/institucional/mercados-financeiros/estudos-e-analises/gps/research-economico-e-setorial/o-futuro-do-teletrabalho>. Acesso em: 25 de jan. de 2022.

- BITENCOURT, Manoela de. **O poder diretivo do empregador frente à privacidade do empregado**. Texto constante de obra Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas . porto Alegre. Livraria do Advogado,2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 11º edição. São Paulo: Manoele, 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Consolidação das Leis Trabalhistas.
- BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.
- BRASIL. Projeto de lei nº4044, de 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1630441472970&dispositio n=inline>.
- BULCÃO, Telma Soares. Teletrabalho: Desafios a partir da pandemia da Covid-19 em uma análise normativa em face da lei 13.467/2017 e as implicações nos direitos trabalhistas. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Ano 2021. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/59141/1/2021_tcc_tsbulcao.pdf. Acesso em: 05 de nov. de 2021.
- CARVALHO, Gabriella Melo de; ANDENA, Emerson Alves. Pandemia e Teletrabalho: um desafio ao direito à desconexão. Publicado em: abril de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90195/pandemia-e-teletrabalho-um-desafio-ao-direito-a-desconexao>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.
- LAMBERTY, Andrey Oliveira; GOMES, Thais Bonato. **O Direito à Desconexão do empregado e o teletrabalho**: uma análise das alterações trazidas pela lei 13.467/2017. 4º Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade. Edição 2017. Disponível em:

- <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-14.pdf>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.
- MENDONÇA, Talita Rodrigues. O Teletrabalho e o Direito à Desconexão como forma de garantir o gozo do Intervalo Intra jornada. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6. Região. Recife, PE, v.19, n. 36, p. 238 jan/dez/2018.
- MESQUITA, Aline. Teletrabalho CLT: Tudo que você precisa saber. Publicado em: 23 de abril de 2021. Acesso em: 08 de mar. de 2022. Disponível em: <https://www.oitchau.com.br/blog/teletrabalho-clt/>
- MICELI, ANDRÉ L. Tendências de Marketing e Tecnologia 2020: Humanidade redefinida e os novos negócios. Disponível em: http://www.aberje.com.br/wp-content/uploads/2020/04/COVID-Infobase_trendstecnologia.pdf. Acesso em 05 de nov. 2021
- OIT. Vantagens do trabalho a distância. Disponível em: https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_243988/lang--en/index.htm. Acesso em: 24 de jan. de 2022.
- PASTORE, Eduardo. A ultraconexão se coíbe com mudança de comportamento, e não das leis. Consultor Jurídico. Publicado em: 08 de fev. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/eduardo-pastore-ultraconexao-direito-desconexao>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.
- SANTOS, Fernanda Prado dos; AZEVEDO, Thaís de Siqueira Campos. **O teletrabalho e o risco de violação do direito à desconexão**. Migalhas. Publicado em: 30 de out. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/335706/o-teletrabalho-e-o-risco-de-violacao-do-direito-a-desconexao>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.
- SANTOS, Giseli Maria dos. Teletrabalho e a mulher: O papel social do cuidado e igualdade na relação de gênero no Brasil. Disponível em: <https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1874/1/GiseliMariaSantos.pdf>. Acesso em: 24 de jan. de 2022.
- SCHIEFLER ADVOCACIA. Novo Projeto de Lei regulamenta o Direito à Desconexão do Trabalho. Jus Brasil. Disponível em:

<https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/913995167/novo-projeto-de-lei-regulamenta-o-direito-a-desconexao-do-trabalho>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.

SMAHA, Hágata Crystie. Trabalho e família no contexto de teletrabalho: o olhar de teletrabalhadores e seus co-residentes. 2009. Disponível em:

https://node1.123dok.com/dt05pdf/123dok_br/000/096/96164.pdf.pdf?X-Amz-Content-Sha256=UNSIGNED-PAYLOAD&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=7PKKQ3DUV8RG19BL%2F20220124%2F%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20220124T210815Z&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Expires=600&X-Amz-Signature=612f363c729e9f9fe703bf3eba4e5b857e5597bcda065f78dc0ea26241a4f870. Acesso em: 24 de jan.. de 2022.

WOLKOFF, Igor Sá Gille; FIGUEIREDO, Guilherme Neuenschwander. **Desconexão e o teletrabalho em tempos de pandemia**. Migalhas. Publicado em: 28 de abril de 2021. Acesso em: 08 de mar. de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344582/desconexao-e-o-teletrabalho-em-tempos-de-pandemia>

ZARDO, Mariana. Todo trabalho em domicílio é teletrabalho? Studio Estratégia. Disponível em: <https://studioestrategia.com.br/2020/04/02/modalidades-teletrabalho/>. Acesso em: 05 de nov. de 2021.

**SEÇÃO VIII - DIREITOS HUMANOS, QUESTÕES ÉTNICO-
RACIAIS E POLÍTICAS SOCIAIS**

A CONSOLIDAÇÃO DA IDEOLOGIA ESTRUTURAL SOCIAL BRASILEIRA E A TENTATIVA DE SILENCIAMENTO DOS NEGROS E DOS POVOS INDÍGENAS NA CRIAÇÃO DO IHGB

Alexandre Campos Duarte²³⁸

Cecilia Silva Guimaraes²³⁹

Resumo

Este artigo desenvolve uma análise crítica acerca do nascimento da historiografia brasileira no século XIX com a criação do IHGB. O espírito nacionalista e a constante preocupação com os rumos tomados pela Europa nesta época ditaram uma intenção pedagógica na produção Histórico-geográfica brasileira. O presente estudo demonstra o impacto no modo estrutural de pensar e excluir os negros, assim como os povos indígenas da historiografia do Brasil, tendo graves consequências no cotidiano vivido no país até os dias de hoje. O papel de alguns intelectuais brasileiros que anos após a criação do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro viveram na dualidade entre a ‘produção da verdade’ e a realidade do seu povo, também fornecerá provocações a respeito do estudo aqui proposto. O trabalho foi desenvolvido utilizando o método de pesquisa documental a partir de estudo bibliográfico e historiográfico de referências como Lilia Schwarcz, Luiz Roberto Manhani, Michel Foucault, Sílvio de Almeida e outros estudiosos que seguem suas linhas de história crítica brasileira, apoiando-se, ainda, na filosofia, na sociologia e na própria História como ciência para o desenvolvimento do tema associado à análise dos principais

²³⁸ Escritor e graduando do 7º período de História do Unilasalle-RJ. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1399516105425528>; acamposduarte83@gmail.com

²³⁹ Doutora e Mestre em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em História da África e do Negro no Brasil pela Universidade Cândido Mendes e Graduada (Bacharelado e Licenciatura) em História pela Universidade Federal Fluminense. É Professora e Coordenadora de História e Pedagogia no Unilasalle - RJ. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9800919881382080> ; cecilia.sguimaraes@gmail.com

conceitos de nacionalismo, identidade nacional, Institutos Históricos Geográficos, silenciamento, racismo estrutural e controle social.

Palavras-chave: Institutos Históricos Geográficos; Etnografia; Silenciamento

INTRODUÇÃO

O presente estudo demonstra o impacto no modo estrutural de pensar e excluir os negros, assim como os povos indígenas da historiografia do Brasil, tendo graves consequências no cotidiano vivido no país até os dias de hoje. No século XIX não havia no Brasil uma produção historiográfica especializada, visto que qualquer um poderia escrevê-la. No entanto, com o progresso industrial europeu, e suas consequências, o Brasil viu a necessidade de escrever a sua própria história. A partir da ideia de que uma nação sem passado não passa credibilidade internacional, por consequência, deixa de existir (HOBSBAWM, 1990), pode-se ressaltar a visão eurocêntrica presente no processo de colonização, o que também corroborou para a criação de uma barreira contra a própria intelectualidade negra e seus autores.

Como o Brasil só se tornou nação em 1822, após o retorno da corte portuguesa ao seu país de origem, ainda que a política estivesse ligada a Portugal, a relevância de um passado com uma história reconhecida se faz pertinente, uma vez que é a partir daí que se constrói a própria noção de história (BORGES, 1993).

O Brasil se viu obrigado a escrever a história de sua pátria e com essa necessidade nasce também a história da elite deste país, enfatizando a tentativa de silenciamento da história do povo brasileiro, em especial dos negros e dos povos indígenas. Essa dualidade vai marcar e percorrer toda a história do Brasil, desde a criação do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro - IHGB aos dias atuais com drásticas cicatrizes na formação das identidades, na estrutura nacional do país, na consolidação de ideias, na tentativa de silenciamento dos povos indígenas e negros, bem como na solidificação do racismo estrutural (ALMEIDA, 2019).

Vale salientar que uma nação se constrói a partir de caminhos e de escolhas e a determinação de qual percurso tomar não acontece da noite para o dia, ela é fruto de decisões que foram pensadas naquele sentido e

para aquele sentido, como veremos e faz parte deste estudo. Uma investigação histórica que trate de certos caminhos tomados demonstra como é incontestável a sua relevância e a importância do tema proposto. A investigação histórica em si deixa evidente que seu propósito tem dado novo fôlego e, porque não dizer, novos rumos sobre como foram contadas histórias de nosso passado.

Do Brasil ao Senegal, passando pelos Estados Unidos e Índia, todo mito é fundamental à construção de identidade política e o que se fez aqui não foi diferente. Este artigo carrega consigo o desejo de suscitar o debate sobre não apenas a problemática aqui visitada, como qualquer outro estudo que deseja desvendar anacronismos e falsas suposições que deram origem a história que vivemos e debatemos nos dias atuais. Sívio de Almeida também lembra a importância das relações e criações sociais históricas, ao abordar em seu livro, *Racismo estrutural*, (ALMEIDA, 2019, p. 36) que:

Já ressaltamos anteriormente o fato de que, apesar da determinação formal de aspectos como a economia, o Estado e o direito (formas sociais), cada sociedade possui uma trajetória singular que dará o econômico, ao político e ao jurídico particularidades que só podem ser apreendidas quando observadas as respectivas experiências históricas (formações sociais).

Deve-se recordar que o “*objeto da História é, por natureza, o homem*” (BLOCH, 2001, p. 54). Talvez por isso os homens da primeira metade do século XIX tenham tido a intenção de registrar a sua história dessa forma, a partir do feito do indivíduo. Quem governa precisa de alicerce histórico para comandar, para transformar desejos em realidades e no período regencial já se sabia disso. Algo que misture um pouco de filosofia política com elementos históricos tradicionais, permitindo aos governantes atuarem. E filosofia política se alcança com história e símbolos que o povo não desqualifica (HOBSBAWM, 2012).

Logo, precisa-se qualificar algo, ou alguém, do qual o seu povo, e povos de outras nações, aceitem, transformando o ideário pensado em

identidade nacional. Faz-se necessário lembrar o quanto a História é uma crucial aliada nesse jogo ideológico político. Quando a história não satisfaz o intento de quem está com o ‘leme’ nas mãos, então que se navegue por mares ficcionais (HOBSBAWM, 2013). Que as paisagens sejam pintadas tal como ordena o comandante ou os comandantes, aliados e regenciais, para que a população não tenha o que debater sobre o que está vendo. Para que em mares revoltos não se perca o prumo de casa, mesmo que o quadro social fique desordenado, desigual e com pouca visibilidade. Ainda citando March Bloch, (BLOCH, 2001, p. 66) na obra *Apologia da história ou o ofício do historiador*, o autor diz que:

Além de tudo, a educação da sensibilidade histórica nem sempre está sozinha em questão. Ocorre de uma linha de estudos dada, o conhecimento do presente ser diretamente ainda mais importante para a compreensão do passado.

O recorte do período mencionado neste estudo pavimentou a ideologia política e social dos anos subsequentes a ele e a sua compreensão é tão pertinente para o presente, quanto para este mesmo pedaço de tempo. Compreendê-lo significa perceber o Brasil para além da ‘produção de verdades’.

1. O PODER NAS NARRATIVAS HISTÓRICAS

O período regencial foi de grave crise no Brasil, marcado por inúmeras revoltas e por um imperador que havia abdicado do trono em favor de seu filho menor de idade. A sociedade brasileira de economia escravagista, fundiária e do açúcar, que já contava com preços baixos e forte concorrência na Europa, vivia instabilidade onde o controle e a repressão se fez presente (WERNET, 1982). Escrever de forma singular a história brasileira passa a nortear o horizonte dos governantes para que o Brasil fosse reconhecido internacionalmente como nação. O golpe da maioria (DA COSTA, 2010) poucos anos após a inauguração do

IHGB, marca o final do período regencial, trazendo um discreto alívio na turbulenta vida que se vivia por aqui.

É neste mesmo século XIX que países europeus como França e Inglaterra passam a se afirmar nacionalmente (BORGES, 1993), fazendo nascer o espírito nacionalista no mundo. Negros e povos indígenas, ainda que façam parte de toda e qualquer formação social ocidental, em maior ou menor número, viveram processos violentos de colonização. E a burguesia branca brasileira corroborou para que isto fosse escrito dessa forma no projeto de hegemonia e homogeneização nacional do IHGB. Isto é, como se atrapalhassem o progresso pretendido, escravos, trabalhadores braçais e os que exerciam tarefas não intelectuais, deveriam estar à disposição daqueles que ‘entendiam’ de governança. Daqueles que se colocavam, e ainda se colocam, acima de outros indivíduos da sociedade através de pretensões questionáveis que, em sua grande maioria, fazem nascer ainda mais desigualdade e indiferença entre todos os que habitam algum lugar sob o sol, ou sob a chuva que brota do céu. Suas terras e seus direitos foram e ainda são roubados por conta dessa discriminação racial e desse descaso social em quase todos cantos do globo terrestre. Sílvio de Almeida em *Racismo estrutural*, (ALMEIDA, 2019, p. 18) adverte:

Por trás da *raça* sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito *relacional e histórico*. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas

Com a chegada do Iluminismo no século anterior, com inúmeros filósofos trazendo a razão como frente a ser seguida, situando o homem branco no centro do universo, o Brasil sente, lê e escuta o que lá acontece. Os acontecimentos daquele continente são construídos através de um estudo sobre o passado e estar alinhado à Europa era importante. Descobre-se, pois, que o passado é um grande aliado na construção de ideologias, na alimentação de um povo que tem fome de convicções sociais e que começa a se perceber como ‘brasileiro’ nessa época. Logo, nota-se o porquê da tentativa de silenciamento desses povos no Brasil

também. Se não se dá destaque no berço da *civilização* ocidental a negros e indígenas, não será aqui que se falará deles. No artigo de Lukas Magno Borges, o autor lembra que:

Nessa perspectiva, indígenas e negros não são dignos de aparecer nos relatos sobre o Brasil, já que a historiografia da época almejava a consolidação de um território homogêneo, com tendência à unidade, no qual as tensões sociais seriam acobertadas. (BORGES, 2014, p.5)

Como a linguagem científica é aquilo que transforma um Estado em nação moderna, a vontade de se modernizar abraça os que governam este país no século XIX. Sabe-se que é necessário ter o aval da ciência para a sua justificativa, por isso a sua relevância nesse momento da História Moderna. Quando a abdicação de Dom Pedro I acontece, com o seu filho sendo alçado ao posto de imperador, ainda que em seu início tenha governado com a ajuda e a legitimação de tutores (SCHWARCZ, 1998), a necessidade de reconhecimento internacional reverbera pelos corredores do poder.

A criação do IHGB surge como um projeto nacional, sendo necessário dedicação a esta audaciosa tarefa (SCHWARCZ, 1989). No IHGB poder e intelectualidade se misturam, com importantes nomes da época. Lília Schwarcz diz em sua obra *Os guardiões da nossa história oficial: os institutos históricos e geográficos brasileiros*, que:

Além do desejo de fundar uma historiografia nacional e original, há a intenção de não só ensinar e divulgar conhecimentos, como formular uma história que, a exemplo dos demais modelos europeus, se dedicasse à exaltação e glória da Pátria. (SCHWARCZ, 1993, p. 102)

Repara-se que o IHGB vai consagrar os seus discursos oficiais de modo a satisfazer os ‘sócios’ e também, e tão importante quanto, legitimar as ações desse Estado. Com isso, aos poucos, a tentativa de acobertamento

da realidade brasileira começa a fazer parte do nosso cotidiano. A etnografia brasileira passa do descaso ao esquecimento proposital, sem que os governantes dessem a menor importância (BAULER; KEIM, 2011). O nacionalismo começa a ser embasado teoricamente, e tudo que se escrevia e se produzia pelo Instituto Histórico Geográfico Brasileiro passava pelas mãos do imperador (SCHWARCZ, 1989). Uma boa história nacional demonstra a continuidade de um projeto político e sua memória, pois a memória faz parte desse mesmo projeto.

A História se torna importante nesse mundo nacionalista que tem como finalidade a educação do povo. Logo, existe uma intenção pedagógica nessa produção Histórico-geográfica. Na obra *A verdade e as formas jurídicas* Michel Foucault diz que existem duas histórias da verdade:

A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo que a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior da verdade. (FOUCAULT, 2003, p. 11)

Na corrida pelo poder a verdade adquire mais de um significado. Aquela em que a história nasce da ciência (FOUCAULT, 2013), da verdade tal como é, com embasamento, comprovações, investigações e rigorosos métodos científicos, e a outra em que a verdade nasce da intenção de controlar as práticas sociais. Por isso, Michel Foucault deixa claro que existem “*certos domínios de objetos, certos tipos de saber*” (FOUCAULT, 2013, p. 21). O poder não produz verdades com o intuito de melhorar a vida cotidiana dos indivíduos, mas deles mesmos

(FOUCAULT, 2013). Promove-se um controle social através de práticas e finalidades que melhor lhe convém, entretendo e distraíndo o povo com efêmeras e supérfluas medidas sociais.

Vê-se que o objetivo de quem está no poder é se manter no poder fazendo com que sua imagem seja bem-vista e benquista por todos. E para essa finalidade, em grande parte das ocasiões, as ‘produções de verdades’ vão contra a ciência, ou a qualquer tipo de tabu social, ainda que nesta época a ciência tenha sido uma aliada *civilizatória*. A alegoria imaginária de pertencimento é quase imutável em sua produção e, para alguns, não há o menor problema. Deve-se lembrar e estar atento ao fato de que a mesma máquina que produz verdade, educação e símbolos também produz ódio, exclusão social, vigilância e muita punição (FOUCAULT, 1987).

Alinhar o povo com os propósitos do Estado é importante. Repara-se como perpetuam-se os problemas estruturais que carregam os negros e os indígenas até hoje no Brasil. Os problemas não nascem com a criação do IHGB e a historiografia brasileira, mas se consolidam nela. Uma vez que estes povos fazem parte de toda a estrutura social brasileira, mas são ‘silenciados’ pela produção do IHGB, acabam por adquirir sólido apoio para perdurar-se à margem da sociedade. O descaso com os povos indígenas e com os negros no Brasil ganha força com a sua não inclusão na historiografia nessa época, pois dela anulam-se estudos e debates sobre suas vidas e seus direitos (MANHANI, 2021). Existe uma missão e um padrão para essa história (SCHWARCZ, 1989). No entanto, a memória nacional é pacificadora, mantêm as vontades do povo reprimidas, enquanto a memória coletiva tem uma intenção sólida.

A memória nacional é uma mistura de memória coletiva e oficial. No Brasil existe uma centralização do poder na corte, no próprio IHGB, e essa centralização vai manter a história oficial criando essa identidade cheia de intenção e vontade (SCHWARCZ, 1989). Foi a escolha de um caminho, abrindo portas para certos discursos e fechando para outros. A memória que é oficial, é feita de cima para baixo, o que implica numa linha conciliatória com as próprias elites, fazendo apagar a diversidade e o sentimento inclusivista. No artigo *O discurso sobre o negro na*

historiografia e na etnografia do IHGB (1839-1925), Luis Roberto Manhani ressalta que:

Portanto, o projeto nacional em gestação deveria definir o lugar do Brasil diante das demais nações ocidentais e, ao mesmo tempo, produzir uma identidade interna, através da história e suas ciências auxiliares, como a etnografia. O “brasileiro” surgiria, portanto, através de uma relação de alteridade. Para construir uma identidade brasileira branca, era necessário definir o “outro” interno, indígenas e negros, como povos incivilizados e não-históricos. (MANHANI, 2021, p. 2)

A narrativa produz uma identidade, com fatos que são lembrados e outros esquecidos (NIETZSCHE, 2001). Neste caso, o Brasil deseja transformar o indígena em um bom cavaleiro aos olhos do europeu, negligenciando o que o povo indígena, de fato, representa. Neste caso, o saber serve para identificar, isto é, índios, elites, escravos, negros, cidadãos e poderosos são classificados como um regime. No Estado Imperial brasileiro, sob as ‘barbas do imperador’ (SSCHWARCZ, 1998) foram muitas as crônicas de costumes e romances que surgiram como ‘construções dos bons costumes’ e de identidade nacional. As crônicas ambientavam a ‘boa sociedade’, que retratava a elite imperial como estética romântica, tendo Joaquim Manoel de Macedo como um dos maiores expoentes.

O Indianismo, por sua vez, corresponde ao período romântico da literatura brasileira. Ele retrata o indígena idealizado no contexto ‘nacionalismo indianismo’ (DE SOUZA, 2019), nome que serve para exaltar o indígena caracterizado como ‘bom selvagem’. O indígena, portanto, passa a figurar como um símbolo de inocência e pureza. Na Europa os cavaleiros medievais eram figuras românticas que representavam o bom herói, no Brasil o indígena passou a ocupar esse posto.

E isso tudo serviu como identidade nacional, tendo o IHGB como instituto base para tal propósito. No caso da literatura, José de Alencar foi um grande expoente tendo representado o mito do indígena como herói nacional nos clássicos *O Guarani* e *Iracema*, romances lançados em 1857 e 1865, respectivamente.

E como todo discurso tem diferentes visões, a realidade brasileira passa a ganhar estudos e importantes obras que surgiram nas décadas posteriores fazendo frente ao projeto político que se dava por aqui. Ainda que as vezes de forma indireta e um tanto quanto cuidadosa, nada mais era do que a contestação das verdades, sob a vivência de uma outra *verdade*.

2. O ENTROCAMENTO DE FILOSOFIAS: O PROJETO POLÍTICO E O BRASIL REAL

Avançando um pouco no tempo é possível notar mudanças a partir de 1890, quando Euclides da Cunha lança um artigo com um tom diferente anteriormente publicado pelo instituto. Já era nítido um interesse em reformular a história nacional. O uso das ciências fazia sentido para alguns, o tratamento dado a negros e indígenas era um equívoco para outros. Se debruçar sobre as dificuldades do presente e de como se enfrentar as questões do futuro fazia parte do pensamento intelectual. No entanto, o IHGB, como revela a historiadora Lília Schwarcz na obra *Os guardiões da nossa história oficial: os institutos históricos e geográficos brasileiros*, tinha outras intenções, pois:

Elegia seus pares, ao mesmo tempo que excluía ‘os estrangeiros em terras brasileiras’, ou seja, os negros, ‘fator de atraso’ na civilização. O instituto expressava dessa maneira sua posição no debate que se tratava em outros círculos intelectuais da época, tendo como modelo uma história patriótica, católica, permeável a

um discurso evolucionista e muito vinculado à política oficial.(SCHWARCZ, 1993, p.117)

Engenheiro militar de formação (VENTURA, 1996), como homem daquele tempo, Euclides via com cautela e entusiasmo o que chamavam de *progresso industrial*. Isso o fez pensar em ações abolicionistas e republicanas ao mesmo tempo. Euclides acabou caminhando por essa corrente de pensamento até que se viu em Canudos. A matança lhe atingiu, a pobreza lhe apunhalou. Escutar sobre o que aqueles homens estavam reivindicando, *in loco*, lhe fez refletir.

A obra *Os Sertões*, portanto, é o embate entre ideologias e tendências. Porque de um lado havia um amante dos rebeldes e do outro um engenheiro formado as luzes da Escola positivista militar (GALVÃO, 2009). Euclides ficou percebeu o que viveu e experimentou ali, mesmo tendo sido criado com propósitos e raízes distintas àquelas. Fica claro o embate entre poder e povo; desejo e controle. Entre a produção do real e o nascimento da verdade tal como é (FOUCAULT, 2013).

Walnice Galvão no prefácio da obra *Os Sertões*, diz que:

Assim, Antônio Conselheiro, dizia ele, era tão extraordinário que cabia igualmente na História e no Hospício. Entrementes, a retórica naturalista se derrama à-toa pelos canais das determinações entre raça, meio e momento, enquanto o objeto lhe escapa a frente.

Vê-se que Euclides se apropria das ciências que descreviam as raças para tentar se equilibrar no que devia apoiar. Euclides se vê entre dois pensamentos, duas correntes filosóficas. No entanto, ao fazer a narrativa sobre Canudos, fica clara a sua admiração pelas causas que os rebeldes lutavam. Isso vai moldando e solidificando um novo modo de pensar em Euclides (GALVÃO, 2009), ainda que estivesse preso ‘intelectualmente’ a um e outro pensamento. Em dado momento, isso se faz relevante quando tenta-se entender a identidade nacional brasileira.

Sérgio Buarque de Holanda, por outro lado, já acredita que a vida doméstica não nos prepara para o progresso. A obra *Raízes do Brasil* não é um livro materialista, ele advém da sociologia com a preocupação de como essa sociedade brasileira vai se estruturar para a modernidade. Não existe elogio na tradição em Sérgio Buarque, pois para o historiador escrever história era importante para modificar o presente e o futuro, criticando o passado, a nossa colonização (HOLANDA, 2014).

Sérgio Buarque de Holanda trata o passado como para descobrir freios, Euclides escreve o que sente na pele. As duas obras conversam com a identidade nacional brasileira, ainda que cada um habite um lado deste mesmo caminho. Os dois têm como vontade demonstrar como é o Brasil do momento em que escreveram suas obras, tornando-se clara a intenção de formar uma identidade brasileira a partir de suas inquietações. Os intelectuais tinham apreço por isso. E mesmo quase um século após a criação do IHGB, em *Raízes do Brasil* o historiador deixa claro a sua posição afirmando que:

Os entraves que ao desenvolvimento da cultura intelectual no Brasil opunha a administração lusitana faziam parte do firme propósito de impedir a circulação de ideias novas que pudessem pôr em risco a estabilidade do seu domínio. E é significativo que, apesar de sua maior liberdade na admissão de estrangeiros capazes de contribuir com seu trabalho para a valorização da colônia, tolerassem muito menos aqueles cujo convívio pudesse excitar os moradores do Brasil pensamentos de insubordinação e rebeldia. (HOLANDA, 2014, p. 145)

Isso demonstra como o legado deixado pelo IHGB, que contava com a elite burguesa, intelectual e militar que estavam no poder, atravessou o século XIX vindo parar em obras do começo do século XX. E mais do que isso, esse determinismo intelectual pode ser visto em muitas obras e ideologias da metade final do século XX também.

Talvez, assim como Euclides da Cunha se viu em um pensamento dualista, a identidade nacional deste país tenha a ver com esse embate. O entroncamento de filosofias, onde figuram poderosos com suas infinitas vontades de um lado e o povo sedento por justiça, oportunidade e inclusão social de outro (MUNIZ, s.d.). E o fato acontecido com Euclides demonstra também que, talvez, para se entender a filosofia oposta é preciso vivenciá-la por um tempo. Experimentá-la, sentindo o seu cheiro e a sua vontade de buscar um novo amanhecer. Deixar que o seu corpo, a sua mente e o seu cotidiano sejam inundados por algo que você ainda não se acostumou a sentir e a escutar também. Ouvir do outro se faz necessário quando busca-se basear opiniões próprias, ressaltando-se a relevância do outro em nossas próprias vidas. A possibilidade de caminhar pensando apenas em si próprio e em suas convicções, é a mais alta negligência que faz o egoísta quando abdica a direção de seu raciocínio e intelecto ao indivíduo ao lado.

Os intelectuais vão sair desse determinismo, se inserindo em vivências e estudos sobre a colonização que se deu por aqui e na formação social do Brasil. A criação do IHGB também explica o nascimento da identidade nacional e a sua ‘manca’ evolução social, pois a república foi um assunto da elite e dos militares (SCHWARCZ, 1989). Tem-se uma certa obsessão de pureza pelo sertão, pelo primitivismo, pelo indígena, por aquilo que remete as nossas raízes. O sertão era como uma porção de terra intocada pela *civilização* que vivia no litoral. O sertão passa por uma idealização das pessoas do interior, de um romantismo sobre eles coexistente às nossas raízes.

O nacionalismo pode ser fantasioso, iluminista ou científico, no entanto, a visão romântica é idealizadora e contrária a chamada história oficial que estava sendo produzida aqui. A historiografia nacionalista é uma forma política de se evitar uma revolta. O nacionalismo é como uma fraternidade, pois se a ideia de nação surge no século XVIII, surge com a promessa de ser liberal, onde deve se respeitar a individualidade, necessitando produzir uma sociedade coletiva. A ideia de comunidade implica em um laço afetivo entre os seus membros, a ideia de sociedade não (ANDERSON, 2012). Uma sociedade moderna teria como base a

racionalidade, o trabalho, as leis, e a urbanização das cidades, por exemplo. A nação moderna bebeu na fonte do Romantismo e, por mais poderoso que seja o nacionalismo, este não consegue se defender sem tradições (HOBSBAWM, 2012). Vê-se a importância do indianismo no Brasil. O nacionalismo viaja ‘a bordo’ de símbolos desde o romantismo, pois não há interesse em trazer suspeita sobre a memória coletiva.

O nacionalismo é uma espécie de missão educadora, serve como pedagogia da sociedade estando à mercê dos interesses de quem governa, camuflando os conflitos e as necessidades sociais, logo, está aí até os dias atuais (ANDERSON, 2012). Benedict Anderson deixa claro na obra *Comunidades imaginadas* a dificuldade em enxergar o fim do nacionalismo, quando na realidade é justamente esse nacionalismo que dá legitimidade nos tempos de hoje à vida política. O conceito de nação sofre acirradas disputas, mesmo sendo algo quase intangível social e politicamente também. Anderson continua:

O nacionalismo é a patologia da história do desenvolvimento moderno, tão inevitável quanto a neurose no indivíduo, e que guarda muito da mesma ambiguidade de essência, da tendência interna de cair na loucura, enraizada nos dilemas de desamparo imposto à maior parte do mundo (o equivalente do infantilismo para as sociedades), sendo em larga medida incurável. (ANDERSON, 2012, p. 31)

O povo dá existência de maneira inconsciente e automática ao nacionalismo como modelo imperativo de vida, depositando a sua própria consciência nele (HOBSBAWM, 1990). É como uma aprovação natural, de algo que desde pequeno aprendemos indiretamente, e não de forma objetiva. O nacionalismo está presente em diversas formas, tendo o hino nacional e a bandeira como grandes exemplos disso, ainda que existam vários outros espalhados pela sociedade. E isso acontece mundo à fora, justamente, com a criação de instituições, símbolos e tradições voltadas a esse propósito, como foi o caso do IHGB por aqui.

Vê-se que muitos estão envolvidos nesse processo, pois contribuem, de forma consciente ou não, para a ruptura, a resignificação e até mesmo para a criação dessas tradições (HOBSBAWM, 2012). É como se mergulhassem em um rio e saíssem transformados duplamente. Primeiro porque se ‘banharam’ nesta água, e segundo porque esta água já não será a mesma após esse mergulho. Os diferentes governos tendem a modificá-la de acordo com seus interesses, e a metáfora da genial frase de Heráclito: “*Ninguém pode entrar no mesmo rio duas vezes*” (LOPES, 2020) serve um pouco para descortinar esse propósito.

O Ser Humano, isto é, o indivíduo político-social, é fruto das relações socioculturais e políticas entre o poder e o seu povo (FOUCAULT, 2013). De inúmeras memórias, tradições inventadas, célebres obras literárias, moldes teóricos e de muita interpretação. Desse entroncamento de filosofias que se justificam, e não se justificam também, em seus intentos. Justa ou não, visando o bem-estar do próximo ou não, necessita-se saber quando se banhar e, tão importante quanto, por quem se banhar. Os ‘rios’ podem fazer parte da nação, mas suas intenções nem tanto. O projeto de governança política quase sempre diverge do desejo do povo, do contrário não seria chamado de projeto, mas da verdade tal como é a vida. Tal como é o Brasil real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma como o governo usa as práticas de vigilância, punição e controle nos indivíduos exerce uma relação social cotidiana entre os mesmos (FOUCAULT, 1987). Identifica-se o pensamento de Foucault sobre essa relação na criação do IHGB, assim como os graves problemas estruturais que vivem os povos negros e indígenas também. Se existe uma intenção em fazer, em criar e em estruturar, a intenção de não se fazer, de não se criar e de se desestruturar também é nítida e trouxe tantas consequências quanto. No Brasil não é preciso ir longe para constatar isso, bastando, na verdade, o dobrar de uma esquina ou o abrir a de uma janela nos dias de hoje para que se perceba isso.

Para Michel Foucault as práticas sociais estão diretamente ligadas às práticas jurídicas (FOUCAULT, 2013), pois estas vigiam e regulam as punições dos sujeitos pertencentes a esta sociedade que produz história, e que elabora seus discursos e suas tradições possuindo relações com objetos a partir da sua trajetória e crescimento. Vale reparar como as obras dialogam entre si, ainda que sejam sobre situações socioculturais de *espaço e tempo* distintas.

O Instituto Histórico Geográfico Brasileiro foi criado com o objetivo que fez parte de um controle social monárquico e manteve-se como uma justificativa republicana que visava ser reconhecida como nação (SCHWARCZ, 1989). Um projeto que, para tanto, silenciou vozes, raças e culturas criando símbolos e tradições pouco a ver com a terra brasileira, porém com desejo nacionalista. Que controlou os interesses de alguns e descontrolou o de seu próprio povo, originando desigualdades sociais e estruturais profundas em nosso país.

Símbolos quando consolidados transformam-se em tradições que dificilmente transgridem a ordem social. Daí o tamanho de sua importância, pois a tradição quando irreparável vira contribuição histórica ao povo. E não se sabe ao certo onde está a contribuição histórica com os negros e com os povos indígenas (MANHANI, 2021). O desejo de criação de identidade nacional, sob ordens e comando de Dom Pedro II, ficou à mercê de suas vontades e a de seus pares (SCHWARCZ, 1989). As obras escritas por grandes pensadores brasileiros anos depois tentam, de alguma forma, (re) criar outro significado. Ainda que, nunca é demais lembrar, a historiografia anterior tenha embebido as suas obras, seja para caracterizar aquilo que formava a identidade nacional, seja para diferenciá-la. Entretanto, nas mãos destes não havia uma intenção previamente concebida, colocou-se no papel as suas próprias vivências, influências, estudos e inquietações.

Assim como a citação de Bloch no começo deste estudo, deve-se compreender o período presente para se entender melhor o passado. No entanto, resta ao indivíduo social inquieto, envolto de criticidade e reflexão, buscar compreender o *tempo* que está sendo estudado para então entender o *espaço* em que se vive. Este ‘período presente’ de estudo pode

ser hoje, há alguns anos ou há séculos. Sendo o homem o objeto primordial da História, como afirma Marc Bloch, então compreendendo e escutando o outro, podemos transformar a sociedade eliminando as tentativas de silenciamento e abrindo espaços para outras narrativas históricas, dando novo sentido a nossa vida e a nossa História.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **A moldura das nacionalidades: a construção imaginária da nação brasileira no século XX.** s.d. Disponível em: www.cchla.ufrn.br/ppgh/docentes/durval/index2.htm Acesso em 14. Set. 2021.
- ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural.** São Paulo: Pólen, 2019.
- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BAULER, Almir; KEIM, Ernesto Jacob. O discurso etnográfico na revista do IHGB: 1840-1860. **Espaço Ameríndio**, v. 5, n. 3, p. 66, 2011.
- BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BORGES, Lukas Magno. Indígenas e negros nas perspectivas historiográficas de Francisco Adolfo Varnhagen (1816-1878) e João Capistrano De Abreu (1853-1927) Precursores da História do Brasil e da construção da Identidade Nacional. In: **Revista do Curso de Letras da UEG**, v.3,n.1,2014.
- BORGES, Vavy Pacheco. **O que é História.** Rio de Janeiro: Brasiliense, 1993.
- DA COSTA, Mariana Barbosa Carvalho. Golpe Parlamentar da Maioridade: construção da ordem Imperial. 2010. http://encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276721846_ARQUIVO_Artigo-ANPUHRiodeJaneiro-2010.pdf
- DA CUNHA, Euclides. **Os Sertões.** Rio de Janeiro: Francisco Alves editora, 1991.

- DE SOUZA, Roberto Acízelo. **O Indianismo e a busca da Identidade Brasileira: Influxos Europeus e raízes nacionais**. 2019. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/12929463/a-molduras-das-nacionalidades-cchla> Acesso em: 22 set. 21
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- GALVÃO, Walnice. **Euclidiana**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 2009.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- HOBSBAWM, Eric J.. Sobre História. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- HOBSBAWM Eric J.. **Nações e nacionalismo desde 1780**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HOBSBAWM Eric J.; RANGER, Terence. **A Invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.
- LOPES, Lara Saraiva. **Qualquer semelhança com a realidade (não) é mera coincidência: O uso da sátira no ensino da História**. 2020. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/132535/2/446842.pdf>
- MANHANI, Luís Roberto. **O discurso sobre o negro na historiografia e na etnografia do IHGB (1839-1925)**. 2021. Disponível em: https://www.encontro2020.sp.anpuh.org/resources/anais/14/anpuh-sp-erh2020/1594935014_ARQUIVO_5c95f4d32a0dd428ff0e3fe7ce11bf45.pdf Acesso em: 22 set. 21.
- MUNIZ, Durval. **A invenção do Nordeste e outras artes**. São Paulo: Cortez, 2011.
- NIETZSCHE, Friedrich. Verdade e mentira no sentido extramoral. Apresentação por SOBRINHO, Noéli C. M. In: **Revista Comum**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 17, p. 5-23, jul./dez. 2001. Disponível em

<http://imediata.org/asav/nietzsche_verdade_mentira.pdf>
Acesso em 06.mai.2021

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Os guardiões da nossa história oficial: os institutos históricos e geográficos brasileiros**. São Paulo: Idesp, 1989.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **As barbas do imperador**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 1998.

VENTURA, Roberto. Euclides da Cunha e a República. In: Estudos avançados, v. 10, p. 275-291, 1996.

WERNET, Augustin. **O Período regencial**. São Paulo: Global, 1982.

O IMPACTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NOS DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Geórgia dos Santos Noises²⁴⁰

Nikolas Bigler²⁴¹

RESUMO

O presente artigo realizou uma investigação sobre o impacto da pandemia de COVID-19 em pessoas em situação de rua. Para tal objetivo, foi realizado um estudo de caráter bibliográfico em artigos publicados na plataforma SciELO. Foi constatado que o medo da pandemia, a ausência de políticas públicas, a fome; foram elementos presentes na vida das pessoas em situação de rua. Nessa direção que políticas públicas específicas para estes grupos marginalizados tornam-se urgentes para assegurar o acesso aos direitos básicos dessa população.

Palavras-chave: Fome. Vulneráveis. Miséria. Covid-19.

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi o marco de ruptura da normalidade da vida. O mundo foi assolado por uma crise sanitária ocasionada pelo vírus da SARS CoV-2 que foi reconhecido como uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁴². Tal situação requereu auxílio de todos e todas no combate ao agravamento dessa doença, na qual a principal medida de segurança a ser tomada foi o de isolamento e distanciamento social, bem como as medidas básicas de higiene.

Então para o enfrentamento do caos, a humanidade se viu numa condição de empregar esforços inimagináveis, alterando o ritmo de toda

²⁴⁰ Pós-graduanda em direitos humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais—FACICA. Geonoises@gmail.com; <http://lattes.cnpq.br/8278088018618856>.

²⁴¹ Doutorando em Educação pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Nikolas.Bigler@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/6246644208784120>.

²⁴² GUERRA et al, 2020.

uma vida, tendo que seguir protocolos de segurança e higiene vistos somente em filmes de ficção científica. Desta forma, caso houvesse uma quebra das regras estabelecidas pelas autoridades de saúde competentes, as consequências seriam catastróficas.

Diante desse contexto, o Brasil adaptou-se aos comandos dos especialistas a fim de evitar uma catástrofe ainda maior, com mais infectados e conseqüentemente, mais óbitos. Porém, ilusório foi o pensamento de que todos os seres humanos enfrentassem a doença com a mesma paridade de armas, ledô engano. Na realidade, a pandemia só acentuou as mazelas sociais das quais o Brasil há tempos observa inerte o acúmulo das discrepâncias sociais.

No cerne dessa catástrofe global, encontra-se uma parcela extremamente vulnerável, que são as pessoas em situação de rua. Essas figuras são invisíveis para a maioria da população, pois são vítimas constantes do individualismo que impera na sociedade contemporânea, assim, elas carregam o fardo de não serem considerados sujeitos de direitos e quiçá humanos.

As pessoas em situação de rua (PSR) se caracterizam como um grupo populacional de grande vulnerabilidade social, heterogêneo, com características relacionadas à pobreza extrema, vínculos familiares interrompidos ou fragilizados, sem moradia convencional regular, que utiliza logradouros públicos e/ou áreas degradadas, de forma temporária ou permanente²⁴³.

Boaventura de Sousa Santos (apud MARQUES et al, 2020) analisa que as medidas de quarentena e distanciamento físico afetam de forma diferenciada determinados grupos sociais, o que se encaixa perfeitamente às pessoas em situação de vulnerabilidade, esta que desmantela, aniquila a condição de existir, ante a sua ausência de qualquer interação com o que Adela Cortina denomina de “sociedade contratual”, ou seja, uma sociedade baseada na relação de troca e ajuda mútua.

Assim, as pessoas em situação de rua estão inseridas num contexto de não adequação social, sendo caracterizados como pessoas

²⁴³ PAULA et al, 2020.

inadaptadas ou sujeitos atípicos²⁴⁴, logo, elas são, sem dúvidas, o protótipo maior dessa incomensurável desigualdade social do país e da não realização das necessidades de uma camada social que ainda está à espera da aplicação dos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e de participação plena em uma vida de bem-estar²⁴⁵.

Quando se invoca a temática sobre os impactos da pandemia para esse grupo, traz à baila que realmente os direitos humanos, os quais estão positivados em diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário, revelam sua seletividade de quem possui acesso a todos os direitos prestacionais e os que estão marginalizados, sendo tal grupo posto em último plano, pois continuam perdidos na escuridão frente à omissão de cuidados tão necessários.

Desta forma, lhes é inviabilizado o direito de terem uma vida digna, de direitos, aqueles direitos positivados e que tanto abraçam o povo brasileiro, mas está definido que a depreciação de tal grupo é imperativo, garantindo, dessa maneira, uma perversidade sem precedentes sobre esses corpos sofríveis, mantendo-os numa situação permanente de miséria e ausência do status de cidadão.

Nessa direção que este artigo buscará compreender como a Pandemia de COVID-19 impactou os grupos sociais de pessoas que vivem em condição de rua. Importante salientar que este texto é fruto de um trabalho de conclusão de curso de uma especialização na área do Direito, em especial em direitos humanos. A metodologia consiste em um levantamento bibliográfico de estudos disponíveis na plataforma SciElo.

1. CARECEDORES DE DIREITOS: TRAÇANDO AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

1.1. Covid-19 e pessoas em situação de rua

²⁴⁴ EVANGELISTA, 2018.

²⁴⁵ GUSTIN, 2021

Passados dois anos desde o surgimento do primeiro caso de Covid-19 no Brasil, doença que culminou em mais de 600 mil mortes até o momento (COVID-19, 2021), observa-se, em particular, que o grupo vulnerável, no qual se inserem as pessoas em situação de rua ainda estão no cerne dos problemas decorrentes da pandemia, sofrendo impiedosamente com os efeitos da crise sanitária. A tais indivíduos não são reconhecidos como portadores/sujeitos de direitos e, portanto, são condenados a viver na invisibilidade.

Eles vivenciam o lado obscuro e cruel da crise, visto a impossibilidade no enfrentamento contra esse vírus mortal de maneira eficaz, digna e com proteção e informações sopesadas e reais à proteção real de suas vidas, sem que haja práticas de discriminação social e julgamento de superioridade estereotipada. Partindo dessa análise, faz-se necessária a conceituação desse grupo vulnerável que está no *front*, sem nenhum cuidado ou preocupação com as suas vidas.

Assim, a população em situação de rua, portanto, é composta por sujeitos despojados de seus direitos mais básicos. Essas pessoas têm em comum a vida em condições precárias, seja por questão circunstancial, seja por questão permanente. As tentativas de caracterizar esse segmento populacional ainda são incipientes por se tratar de um grupo heterogêneo (POMPEU, SIQUEIRA & PALHARES, 2021, p.226).

Logo, crianças, mulheres, idosos, famílias inteiras que tem a rua como último alento. Verifica-se que são indivíduos que vão de encontro à personificação do que é “ser cidadão”, visto que os laços sociais são abruptamente rompidos ante a ausência de direitos, assim, constituem modo de vida e quicá existência peculiar, eles experimentam o caos social em sua total singularidade, pois a carência de direitos é radical em suas vidas.

1.1.2. Conceito

Inicialmente, cumpre salientar que, a indagação “quem são as pessoas em situação de rua?” é complexa, visto que não são um grupo uniforme presente na sociedade, mas sim um recorte de pessoas de todas

as idades, etnias, credo, etc. Dessa maneira, esclarece a Política Nacional Para a Pessoa em Situação de Rua guiada pelo decreto nº7053/2009, ao estabelecer em seu parágrafo único do artigo 1º que:

“Considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória” (BRASIL, 2009).

Para os professores Domingos Nonato e Raimundo Raiol (2018, p. 95), a expressão “pessoa em situação de rua” guarda ressonância política no sentido de acirrar a tensão entre o ideal jurídico e a realidade social diante da necessidade de uma sistemática governamental assecuratória de direitos e garantias fundamentais, para que sejam usufruídas condições de vida minimamente satisfatórias.

Desse modo, tais atores sociais são os desafortunados, os invisibilizados, os alijados de qualquer direito, pois o que lhes convém é a brutalidade advinda da rua, visto que são vítimas recorrentes de discriminação, segregação social. Desta forma, ao vivenciar a clandestinidade de sua própria existência dentro da sociedade, faz com que haja a potencialidade da sua vulnerabilidade.

Tendo tal vulnerabilidade o poder de desconstrução da própria identidade porque ela paralisa, evidenciando que nem todos possuem a mesma capacidade de resistência, então essa diminuição de capacidades está associada à determinada condição que permite identificar o indivíduo como membro de um grupo específico que, como regra geral, está em condições de clara desigualdade material em relação ao grupo majoritário (BELTRÃO, FILHO *et al*, 2014, p. 13-14).

A OXFAM Brasil aponta que a vulnerabilidade social insere-se na situação socioeconômica e relacional de parte da população, visto a escassez de recursos para administrar questões como: renda, moradia, trabalho e educação (OXFAM, 2021), observando que tais indivíduos além de serem caracterizadas como um fenômeno da globalização transformou-se num problema social, cujo problema atravessa as fronteiras do fracasso enquanto ser humano, ele, na realidade, sinaliza as gravidades pelas quais tais indivíduos sofrem diariamente.

1.2. Geograficamente invisíveis: O aumento e a nova roupagem das pessoas em situação de rua

A Pandemia de Covid-19 trouxe à baila um segundo vírus, igualmente perigoso e mortal quanto ao da síndrome respiratória aguda (ICTV, 2020), na realidade, sendo tal vírus, na realidade, um fator revelado pelas deficiências de cuidados com seus cidadãos, de modo que se reflete no aumento expressivo no número de pessoas que se encontram em situação de rua, cuja carência de conhecimento foi palco para instauração de uma ponte que contribui para o abismo da miséria que a cada dia se expande na sociedade.

Sobre o perfil da população em situação de rua, a única pesquisa nacional realizada pelo governo federal brasileiro aponta para maioria masculina, 82% são homens, dos quais 68,71% têm entre 18 e 45 anos. As mulheres na mesma faixa etária somam 75,23%. A maioria possui baixo nível instrucional, 63,5% do total não concluiu o ensino fundamental e 17,1% não sabem ler nem escrever, chegando ao ensino superior 0,7%, mesma porcentagem dos que concluíram (TIENGO, 2020, p. 49).

Entretanto, novos rostos surgiram durante a pandemia e, consequentemente, deu uma nova roupagem às pessoas em situação de rua. Assim, são famílias inteiras, especialmente mulheres e crianças que se encontram nas ruas, tendo como fato gerador para tal catástrofe o

desemprego, a ausência de arcar com sua subsistência, a falta de oportunidades, ou seja, as múltiplas crises ocasionadas pela crise sanitária.

Segundo reportagem da CNN Brasil aponta um levantamento feito pelo Cadastro Único que até setembro de 2020 havia 149.654 famílias que se declararam em situação de rua no país, observa-se, assim, a perversidade das condições de vida acirradas exclusivamente pela crise sanitária.

Fato é que a pandemia de Covid-19 imprimiu novos números para o aclave da pobreza existente no país. E foi essa constatação que o pesquisador Marcelo Machado do Núcleo de Pesquisa da População de Rua da Fiocruz observou ao asseverar que um levantamento realizado no Rio de Janeiro mostrou que 31% dessas pessoas estão na rua há menos de um ano. Outro dado mostra que 64% dos entrevistados perderam trabalho, moradia e renda.

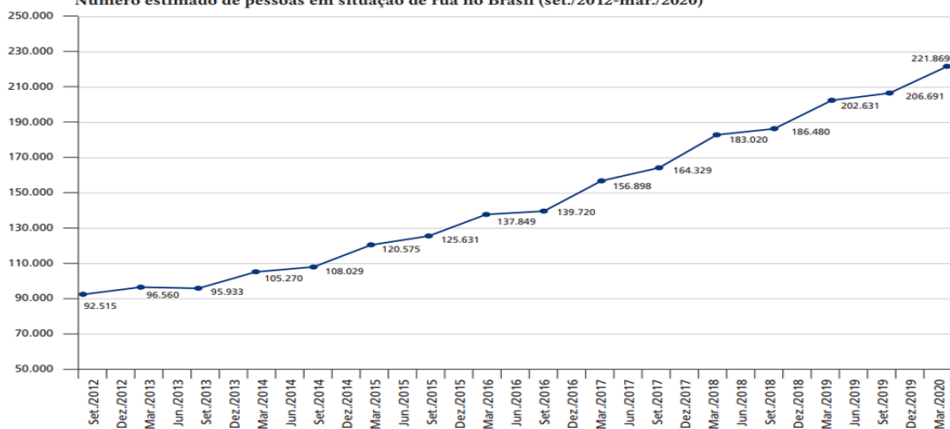
Desse modo, corrobora com tal explicação o conselheiro nacional de saúde do Movimento Nacional da População em Situação de Rua, Vanilson Torres, ao pontuar que a população de rua é composta por trabalhadores que em algum momento se viu diante da impossibilidade de arcar com aluguel, vindo a compor uma população ainda mais invisibilizada com a pandemia de Covid-19 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Afirma-se, portanto, que desde a eclosão da pandemia, a desigualdade deu saltos inimagináveis que, através de seus números são aterrorizantes. Observa-se essa realidade brutal através da pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), cuja estimativa sobre o número total de pessoas em situação de rua no Brasil gira em torno de aproximadamente 221.869 pessoas.

Conforme demonstra o gráfico abaixo, é possível verificar o aumento exponencial no número de pessoas que encontram a rua como refúgio, isto, portanto, pode ser analisado a partir da contagem do ano de 2012.

GRÁFICO 2

Número estimado de pessoas em situação de rua no Brasil (set./2012-mar./2020)



Fontes: Censo Suas; Cadastro Único; RMA; Ipea (2015); IBGE (2015).

Ainda de acordo com o IPEA, entre 2012 e março de 2020, o número de pessoas em situação de rua cresceu 140%. Do mesmo modo, outro dado nada satisfatório diz respeito à geografia na qual tais atores sociais estão inseridos e a região que mais apresenta e “acolhe” tais indivíduos é a região Sudeste que concentra 56,2% , ao passo que o Nordeste (17,2%) e o Sul com (15,1%)(IPEA). Por concentrar mais da metade dessas pessoas as cidades da região sudeste(RJ, SP, MG e ES) serão observadas.

Segundo a Secretaria Municipal de Assistência Social, o Censo de População em Situação de Rua da Cidade do Rio de Janeiro 2020, que teve o levantamento dos dados no período de 26 a 29 de outubro de 2020, identificou 7.272 pessoas em situação de rua na cidade (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Ao passo que, na maior cidade do país, São Paulo vive um paradoxo, ao mesmo tempo em que ela é rica, a pobreza impera e isto ocorre ao observar o cálculo feito pela ONG Movimento Estadual da População em Situação de Rua ao estimar que 66.280 pessoas vivam nas ruas paulistanas em 2021, conforme apurou a reportagem do site Poder 360.

Outras duas cidades da região sudeste, Minas Gerais e Espírito Santo, segundo a coordenadora da Pastoral da Arquidiocese de BH aponta que 43% das pessoas em situação de rua encontram-se na capital, enquanto que o Espírito Santo compreende 300 pessoas nessa situação, somente na capital Vitória, mas na Serra o número chega a 445, segundo registro da Pastoral do Povo de Rua da Arquidiocese de Vitória em 2021.

Resta evidente que há em curso a expansão dos elevados números de pessoas que perderam absolutamente tudo graças à estrutura perversa da pandemia e suas transformações drásticas nas condições de vida, de modo a enquadrá-las a viver numa insegurança sistemática, tendo em vista sua vulnerabilidade social.

1.3. Panorama da desigualdade: obstáculo à mobilidade social

Há uma convergência na afirmação de que a desigualdade social está intimamente ligada à globalização e isto porque esta provoca a concentração de riquezas nas mãos de uma determinada parcela. Diante disso é que se solidificam as violações de direitos. Nesse aspecto, o professor Antônio Carlos Ferreira Gomes aponta que:

O fato é que a globalização trouxe profundos impactos nas relações sociais, concentrando ainda mais a riqueza gerada no sistema e aumentando a marginalização e a exclusão social. Os 20% mais ricos da população mundial dispõem de uma renda 82 vezes maior que a dos 20% mais pobres, sendo que dos seis bilhões de habitantes do planeta, apenas 500 milhões vivem na fartura, enquanto 5,5 bilhões continuam a passar necessidades (FERREIRA, 2017, p. 74).

Fato é que a desigualdade social age como um pêndulo que tende a desequilibrar o desenvolvimento equitativo dos direitos inerentes a todos, fazendo com que impere o caos social. Não por menos, a pandemia

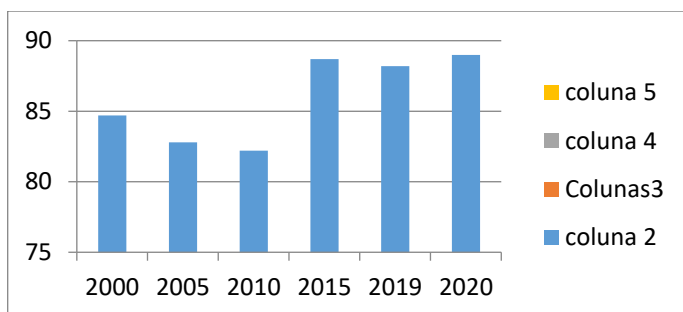
floreou a vergonha dessa desigualdade na sociedade e restou evidente que quanto mais tempo levar para amenizar tal discrepância, consistirá num obstáculo para a mobilidade social e conseqüentemente numa melhoria não só da economia, mas da qualidade de vida de seus habitantes.

Compreende mobilidade social como [...] condição indispensável à estrutura social no capitalismo, pois é justamente a partir da possibilidade de os indivíduos ou grupos de indivíduos se ascenderem nas categorias socioprofissionais que está à legitimidade dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade (OLIVEIRA, 2022) classificada em vertical, quando a pessoa muda de estrato social, ou horizontal, quando a sua renda muda, mas ele continua no mesmo estrato, mas o ocorre no Brasil é a baixa mobilidade social.

De modo que tais atores ao ser expostos a precariedade de condição de vida refletem a ampliação dos riscos provenientes de tal desigualdade. Nesse contexto, Schuch; Furtado; Sarmiento (2020) enfrenta a problemática de maneira brilhante ao estabelecer que:

“[...] a permanência de uma violência estrutural em que as formas de implementação das políticas estatais são um agente importante. [...] A ameaça da Covid-19 é coproduzida pelas condições desiguais de vida da população brasileira. Se isso é verdade, as pessoas em situação de rua, por suas condições de vida, estão bastante suscetíveis ao vírus”. (SCHUCH, FURTADO, SARMENTO, 2020, p.1)

Nessa esteira, observa-se o Índice Gini que mede a desigualdade social, saltou de 0,6279 em 2019 para 0,640 no segundo trimestre de 2021, ficando acima da média de toda série histórica pré- pandemia (Agência Brasil, 2021). Segundo o relatório global do Credit Suisse de 2021, demonstra a ascendência do país no Índice de 2000-20:



Fonte: James Davies, Rodrigo Lluberias and Anthony Shorrocks, Credit Suisse Global Wealth Databook 2021

Assim, a posição na qual o Brasil se encontra no referido índice reflete o aumento da desigualdade enquanto resultado da baixa mobilidade social, ao tecer a curva decrescente que impede os mais vulneráveis de trilharem rumo a uma vida digna, tencionando numa crise de humanidade [...] que fratura (MORIN, 2020, p. 80) as vigas das necessidades humanas e caso não haja iniciativa conjunta para amenizar essa fragmentação social, o futuro da nação está fadado a um legado de exclusão.

2. DIREITOS SOCIAIS: EFETIVIDADE DE DIREITOS AOS EXCLUÍDOS?

A Constituição Federal de 1988 é caracterizada como analítica, ou seja, é compreendida por tratar de vários temas de forma minuciosa e tomando por base o disposto no preâmbulo da Carta Cidadã no qual assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como o bem-estar, desenvolvimento como valores de uma sociedade fraterna observa a corrosão desses direitos positivados há mais de três décadas, sendo o cerne corrosivo a fraternidade social em frangalhos, a impossibilidade de direitos.

Assim, a referida constituição garante diversos direitos sociais, os quais estampam o artigo 6º da carta cidadã, bem como alguns tratados internacionais cujo Brasil é signatário. Ocorre que, há reiteradas violações

tanto a nível interno quanto internacional, pois ao não respeitar e pregar os dispostos nos referidos documentos, há implicação de transgressão aos direitos humanos.

Vale lembrar que, os direitos sociais são inseridos na 2ª dimensão dos direitos humanos relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. Assim, aduz Ingo Sarlet: “os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade” (SARLET, 2001, p.50 *apud* JUNIOR).

É nesse sentido, que os mais vulneráveis são os verdadeiros alijados de efetivação de direitos, uma vez que todos são titulares de direitos sem exceção. Diante disso, é que persiste a indagação: Como proteger esse baluarte de direitos? Eles não podem ser só proclamados, mas sim conquistados materialmente por todos, de modo que tais pessoas possam usufruir em sua plenitude e equitativamente.

2.8.Sem isolamento: direito à moradia como direito humano

O isolamento social foi uma das condições adotadas para evitar tanto a propagação quanto a da infecção pelo vírus. Isolamento é reclusão, mas é algo inimaginável para as pessoas em condição de vulnerabilidade extrema, ou seja, as pessoas em situação de rua. Elas rotineiramente disputam um canto nas calçadas, nas marquises para poderem dormir e mesmo assim é amontoado, eles se misturam com outras pessoas, o que é proibido pelas autoridades sanitárias posto à alta transmissibilidade do vírus.

O direito à moradia está consubstanciado no artigo 6º da constituição federal foi alçado como direito social através da EC nº26/2000, de modo que é pressuposto da dignidade humana. De fato, a não observância desse primado humano, evidencia falhas nas estruturais sociais que persistem no Brasil, demonstrando ser seletista e excludente no que tange aos menos favorecidos, visto que tal direito não se adequou

à dinamicidade da realidade social de povo que tem seus direitos fragmentados.

Ocorre que há incoerência na compatibilização entre teoria e prática do aludido direito, tanto em âmbito interno, no que tange o regramento da constituição federal, bem como os dispostos nos tratados, a exemplos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em seu artigo 25, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) em seu artigo 11, observando, assim, que o país se automutila ao desrespeitar tais mandamentos e ao desamparar milhares de pessoas vulneráveis.

É cristalino que o direito à moradia não se efetiva por completo, tendo em vista que constantemente pessoas menos abastadas tem tal direito desrespeitado, por conta da asfixia imposta pela pandemia ante a manutenção de aluguéis para que se tenha uma moradia (visto o alto índice de desemprego) e conseqüentemente o despejo, de modo a se tornarem vítimas dessa perversidade habitacional.

Os efeitos da pandemia são vistos por histórias como a de Thiane Ferreira, cozinheira que se viu desempregada após o restaurante em que trabalhava fechar e não poder arcar com o aluguel, a única saída foram às ruas do Centro do Rio de Janeiro, Rubens é outro afetado, com 25 anos, veio para o Rio de Janeiro em busca de oportunidade, mas quando o dinheiro acabou também foi despejado, segundo apurou a reportagem da Folha de São Paulo em 2021.

Assim, a reportagem da CNN Brasil apurou que no RJ, cerca de 20% do total de pessoas identificadas pelo censo da Secretaria Municipal de Assistência Social (SMAS) responderam ter ido para as ruas após o início da pandemia. Em suma, basta caminhar pelos principais centros urbanos (SP, RJ, BH) para constatar a cruel exposição de pessoas que outrora tinham uma vida digna, mas agora estão na penúria, estando fadados a uma indignidade ante a violação do direito à moradia.

2.9.Direito à segurança alimentar

O direito à alimentação consiste, sobretudo no direito à saúde e porque não direito à vida, sendo universalmente reconhecidos como direitos fundamentais humanos. Implementada através da EC nº64/2010 na constituição federal em seu artigo 6º. De modo que foi estendido às pessoas em situação de rua por meio da Resolução nº40 de 2020 em seu parágrafo 1º, art. 151 que assevera sobre direitos humanos e segurança alimentar:

§ 1º O direito à alimentação adequada para a população em situação de rua se realiza quando toda pessoa em situação de rua, em qualquer ciclo de desenvolvimento, sozinho/a ou em comunidade com outros/as, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, a uma alimentação adequada ou aos meios necessários para sua obtenção (MMFDH, 2020, p.5).

Mas como garantir o direito à segurança alimentar das pessoas em situação de rua numa era em que a palavra de ordem é o isolamento? Fato que a pandemia impactou negativamente a esse direito que já era escasso, mas que enfrenta um alerta crítico há mais de dois anos. Esses indivíduos se veem compelidos de encontrar alimentos ante o fechamento do comércio e suspensão nas doações. Na realidade, eles enfrentam o inimigo Covid-19 e suas variantes, Gama, Delta e atualmente, a Ômicron²⁴⁶.

Tendo os restaurantes populares fechados, eleva os efeitos de a incerteza alimentar às pessoas em situação de rua, isto porque não há um programa para proteção desse direito pelo governo, pois é só observar a segurança alimentar de 2004 a 2020 caiu de 69 está em 44,8% (R7, 2021).

Há então defensores e ONG'S auxiliam esses indivíduos, a exemplo do Pe. Julio que oferece café da manhã a cerca de 500-600 pessoas/dia ou denúncia da página @spinvisível sobre Gesualdo Pereira, catador, 45 anos que desmaiou de fome ou André, Cisarte que só há muito tempo só se alimenta de arroz e farinha.

²⁴⁶ Variantes do vírus da COVID-19 são altamente contagiosos. Há em curso, o surto de uma nova onda de contaminação pela variante Ômicron.

Assim, nocauteados pela perversidade pandêmica ante a negativa de segurança alimentar, os mais vulneráveis experimentam indiscutivelmente sentimentos dolorosos. Sentir fome é uma experiência que desperta o que há de mais primitivo no ser humano: o instinto da sobrevivência, mas a indagação a ser feita é: como sobreviver dignamente, com os recursos e nutrientes necessários para a manutenção da máquina humana?

2.3. Direito à vida: A falta de acesso à água potável, máscaras e álcool gel

A exposição pela qual as pessoas em situação de rua enfrentam é desumana e isto porque há a negativa no acesso aos direitos em sua plenitude, pois lhes faltam cuidados como as medidas de prevenção orientadas pela OMS. Como há prevenção se o básico é impossível? Água potável, máscaras limpas e álcool gel 70% são artigos de luxo para quem vive nas ruas. São direitos humanos aniquilados por sua condição de miserabilidade.

Na realidade, eles são suscetíveis de contrair o vírus de maneira cruel e desigual estando com o seu direito de viver ameaçado pela ausência desses suprimentos. É muito fácil propagar que as medidas de prevenção salvam vidas quando possui os recursos disponíveis, mas quando inexistentes, escassos, a única medida de prevenção é a sorte! De modo que o retrato de tais mazelas sociais pode ser encontrado nos versos da música “Brasis”, do Seu Jorge, que estabelece bem esse contraste social:

“Em um Brasil que é próspero
outro não muda
Um Brasil que investe
outro que suga [...]” (BRASIS, SEU JORGE).

Assim, tais versos são certos nessa época de desigualdade, basta observar a fala de Robson de Almeida, em situação de rua: “Nós agradecemos que choveu e tá cheio de poça de água, e a gente vai ter acesso para lavar as mãos” (EL PAÍS), ao passo que Padre Julio Lancelotti

denuncia a falta de informação e o inaccessão à água potável para tais indivíduos. Não há até o momento, uma estatística oficial, mas isso lembra “Os ninguéns” de Eduardo Galeano, pois são donos de nada [...], não são seres humanos [...].

2.4. Omissão Estatal: desdobramentos para o aumento da invisibilidade

A ausência de políticas públicas no Brasil é um problema crônico, mas se acirrou na pandemia e isto pôde ser verificado quanto à proteção das pessoas em situação de rua. A omissão do Poder Público demonstra o quão refém são essas pessoas, acarretando num aumento de sua invisibilidade social. De modo que, figure uma desvinculação das bases humanas, fazendo com que o pior castigo seja o desconhecimento da existência do outro [...] (CORTINA, 2020, p.118).

Já dizia Ortega: “o que ocorre é o que não sabemos o que nos ocorre [...]”, então quando há inação, no caso, estatal, compartilha a ideia de que o não saber/fazer se torne um alívio para as almas (os cidadãos rentáveis), pois só assim não florescerá o sentimento de culpa e preocupação, preservando o bem-estar social no consciente da maioria. Assim, o Estado falsamente mantém a promessa de auxiliar os que mais precisam, mas sem adentrar no verdadeiro conflito atual: o conflito de desumanidade.

A materialização da omissão estatal, em São Paulo, por exemplo, pode ser observada pelo descumprimento da recomendação do Ministério Público Federal sobre a abertura de 8 mil vagas em hotéis, mas só foram ofertas 100, o que foi fruto da lei 17.340/2020 (NIKOLAV, 2021). Pode-se afirmar que o Estado além de omisso pratica com isso técnicas de exclusão e maior invisibilidade com a sua governança antidemocrática.

Outro desdobramento da invisibilidade decorre da inércia estatal frente à proteção desse vírus como a distribuição de kits de higiene contra a Covid-19, a baixa oferta de vagas em abrigos como também a exclusão dos PSR do Censo do IBGE de 2020 (por corte orçamentário) dificulta sua contagem, estabelecendo um retrocesso. Nesse sentido, para a

deputada Erika Kokay do DF entende que é preciso romper com essa invisibilização [...] lembrando ainda da abordagem higienista do Estado.

Diante disso, urge que medidas eficazes enfrentem às de austeridade ou omissivas, a exemplo do PL 707/2020, de autoria da deputada federal Talíria Petrone que exigia o isolamento temporário- diga-se compulsório- das pessoas em situação de rua, mas que foi prontamente rechaçado pelo PL 2208/2020 ao vedar tal conduta impositiva. Outro absurdo que se expandiu foi à arquitetura hostil, são obstáculos nos logradouros visando o impedimento do acesso das pessoas em situação de rua.

Assim, vale lembrar que tal medida foi impedida através da Lei Padre Julio Lancelotti (PL 488/2021), entretanto, essas hostilidades advêm de ausências de políticas públicas de todo o tipo privando-os do mínimo existencial, há em curso posições contrárias aos direitos humanos e o descumprimento de promessas dos governantes sobre o bem-estar do povo, incluindo os vulneráveis. Devem-se resgatar os primados de uma sociedade livre, justa e solidária.

METODOLOGIA

O presente trabalho em tela segue uma abordagem de uma pesquisa *bibliográfica disciplinada* tal como proposto por Minayo (2016). Para esse objetivo que escolhemos a plataforma Scientific Electronic Library Online (SciELO) para a busca de artigos publicados entre os anos de 2020 e 2021 sobre o impacto da pandemia de COVID19 em pessoas em situação de rua. Essa escolha se deve a plataforma SciELO ser pública, gratuita e concentrar uma parte considerável da produção científica nacional. Nessa direção utilizamos as palavras chaves “Pandemia, COVID-19 e Situação de Rua”, no qual conseguimos identificar apenas 9 artigos sobre o assunto. Desse quantitativo, 2 aparecem repetidos, o que sobrou 7 artigos para análise. Desses 7, 2 contém a palavra pandemia de COVID19 no título, mas os dados da pesquisa e a discussão permeiam o ano de 2019, anterior a Pandemia. Desse modo, para nossa análise, iremos

dialogar com os 5 artigos que julgamos pertinentes com a proposta inicial dessa pesquisa.

RESULTADOS E ANÁLISE

Dos 5 artigos selecionados para a nossa análise, 4 dialogam, principalmente, com instituições que prestam auxílios as PSR, como organizações não governamentais. Seus dados e entrevistas são realizados a partir dessas instituições. Apenas um artigo é de caráter Etnográfico. Mesmo com metodologias distintas, os artigos convergem para os mesmo resultados. O quadro abaixo demonstra esse levantamento em relação aos temas dos trabalhos publicados e suas respectivas metodologias de investigação.

Título	Autor(es)	Ano	Tema/Metodologia
População em Situação de Rua: O papel da Educação Médica ante a Redução de Iniquidades	Andrea Taborda Ribas da Cunha, José Icaro Silva, Gislayne da Silva Oliveira, Rafaella Dutra Souto, Lázaro Fabrício de França Souza, Lorrainy da Cruz Solano.	2020	Impacto da Covid19 em pessoas em situação de rua/relatos de experiência

Sem isolamento: etnografia de pessoas em situação de rua na pandemia de COVID-19	Hermes Candido de Paula, Donizete Vago Daher, Fabiana Ferreira Koopmans, Magda Guimarães de Araujo Faria, Marcela de Abreu Moniz.	2020	Impacto da Covid19 em pessoas em situação de rua/Etnografia
População em situação de rua e COVID-19	Bruno Eduardo Freitas Honorato, Ana Carolina S. Oliveira.	2020	Impacto da Covid19 em pessoas em situação de rua/entrevista com organização social.
Apoio social para pessoas em situação de rua: interface com saúde, direitos humanos e dimensão subjetiva.	Verônica Moraes Ximenes, Carlos Eduardo Esmeraldo Filho, Sâmia de Carliris Barbosa Malhado, Renata Silvestre Moreno, Maria Natalia Bizerra Pimentel Monteiro.	2021	Impacto da Covid19 em pessoas em situação de rua/entrevista com organização social.
Coletivo Nós nas Ruas e Programa Corra pro Abraço: ações para o enfrentamento da COVID-19 em	Simone Santana da Silva, Lacita Menezes Skalinski, Tricia Viviane Lima Calmon, Gleide	2021	Impacto da Covid19 em pessoas em situação de rua/relatos de experiência

Salvador, Brasil.	BA,	Santos de Araújo, Joilda Silva Nery.		
----------------------	-----	---	--	--

Quadro 1 – Levantamento de artigos na plataforma SciELO.

Fonte: elaborado a partir de levantamento realizado no portal da plataforma Scientific Electronic Library Online (SciELO)

Diante da investigação dos artigos, pode ser observado que o início da pandemia, período de março a junho de 2020, foi o mais difícil para as PSR. Devido ao esvaziamento radical das ruas, a fome foi um fator relevante nesse momento. Após esse período, com o apoio da imprensa, as PSR passaram a ter uma maior assistência no que se refere a ações de doação de alimentos. Percebe-se que, desde o início da pandemia, as iniciativas principais foram realizadas por instituições de caridade ou privadas, com uma omissão do Estado em relação a isso. Os artigos analisados tendem para a mesma conclusão em relação a uma ausência especial do Estado nesse auxílio.

Destaca-se, também, o impacto da pandemia nas instituições que já prestavam auxílio às PSR. Percebeu-se que houve uma diminuição de pessoas voluntárias, o que dificultou o auxílio aos grupos marginalizados. Cabe destacar que houve o adoecimento desses voluntários e profissionais no período de atendimento.

Os principais auxílios ofertados as PSR foram em relação a alimentação e a kit's de higiene pessoal, no qual foi acrescentado itens como máscaras e álcool em gel. Cabe apontar que a questão da higiene era a mais preocupante, visto que para o combate ao vírus da COVID-19 eram necessárias diversas medidas de higiene. Os profissionais e voluntários relataram a ausência de diretrizes e orientações do Estado brasileiro em relação a esses procedimentos.

Por fim, outro ponto relatado em alguns artigos, é a dificuldade de ter acesso ao auxílio emergencial de 600 reais ofertadas pelo Estado para a população. A desinformação e a ausência das condições mínimas para ter acesso ao auxílio impossibilitaram a chegada dessa ajuda as PSR.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade se viu completamente desconstruída a partir dos impactos devastadores causados pela pandemia da Covid-19. Ela demonstrou que os problemas estruturais de uma sociedade podem atravessar a ponte da invisibilidade, garantindo que as pessoas mais atingidas por essa imprevisibilidade catastrófica sejam àquelas que não possuem aporte de nenhum setor da sociedade.

Assim, há uma retórica vazia e fragilizada, posto à observação dos elevados índices de pobreza, exclusão e desigualdade sociais nas quais as pessoas em situação de rua estão imersas. Há, na verdade, uma repaginação da segregação e negação a direitos básicos a tais indivíduos e isto porque não há comprometimento nem reconhecimento de que existem pessoas que não possuem acesso a nenhum direito.

Verifica-se que a crescente omissão do Poder Público a fim de proteger tais indivíduos que por sua própria condição já são vulnerabilizados, mas que a pandemia acentuou a extrema descapacidade de autocuidado, devendo ter um “guardião legal”. Assim, revela-se de suma importância a vigilância da sociedade civil, a exemplo do Padre Julio Lancelotti e outros, bem como a atuação incessante da Defensoria Pública a fim de concretizar a fala de Brecht de que “é preciso afirmar o óbvio”.

Por tal razão é que urge a necessidade de compreensão e agilidade na efetivação de que essas pessoas possuem direitos, sendo sujeitos de direitos, estando inseridos no seio social não como os marginalizados, os excluídos, mas como cidadãos plenamente ativos numa sociedade contemporânea, devendo, dessa maneira, lançar luz na garantia e promoção dos direitos humanos tão cotejados, mas que não são extensíveis e coesos a tal grupo, especialmente nesse período tão delicado que o mundo está submerso.

REFERÊNCIAS

AMÉRICA SOLIDÁRIA. **Benito Baranda: América Latina vive una “crisis de humanidade”**. Disponível em: <
<https://americasolidaria.org/benito-baranda-ante-nuevo-informe-de-la-cepal-america-latina-vive-una-crisis-de-humanidad/>>
Acesso em: 5 jan.2021.

ALERJ. Projeto de Lei nº2208/2020. **Dispõe sobre a busca ativa das pessoas em situação de rua durante a pandemia de Coronavírus (Covid-19) no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em:
<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1923.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/ee8201b98d4e75f50325853c004f7373?OpenDocument>> Acesso em: 15 jan. 2022.

ANADEF. Coronavírus: DPRJ tem pia comunitária na calçada para pessoas em situação de rua. *In: ASCOM/DPE-RJ*, 22 de abril de 2020. Disponível em: <
<https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=43831>> Acesso em: 16 jan. 2022.

BELTRÃO, Jane Felipe; FILHO, José Claudio Monteiro de Brito; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emílio; PAREDES, Felipe e ZÚNIGA, Yanira. **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Manual**, 2014, p.13-14. - dhes. Rede Direitos Humanos e Educação Superior. Disponível em: <
http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf> Acesso em: 4 jan. 2022.

BOCCHINI, Bruno. Pandemia afastou vulneráveis do acesso à Justiça, revela pesquisa. *In: Agência Brasil*, 4 de agosto de 2020. Disponível em: <
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-08/pandemia-afastou-vulneraveis-do-acesso-justica-revela-pesquisa>> Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL, Cristina Índio do. **Pandemia aumenta número de moradores em situação de rua no Rio.** Fonte: Agência Brasil. 19 de agosto de 2021. Disponível em: <

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-08/pandemia-aumenta-numero-de-moradores-em-situacao-de-rua-no-rio>>

Acesso em: 8 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm > Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Resolução nº40 de 13 de outubro de 2020. Diretrizes para promoção, proteção e defesa dos direitos humanos das pessoas em situação de rua, de acordo com a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-40-de-13-de-outubro-de-2020-286409284> > Acesso em: 12 jan. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Movimentos de direitos humanos alertam para o aumento de pessoas em situação de rua.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/769293-movimentos-de-direitos-humanos-alertam-para-o-aumento-de-pessoas-em-situacao-de-rua/> > Acesso em: 7 jan. 2022.

_____. Projeto de lei nº707/2020. Dispõe sobre direitos e deveres de pessoas em situação de rua em situações de pandemias e epidemias que exijam isolamento temporário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6BB0E6415AB6E2BB7709BC9CC137CCEF.proposicoesWebExterno2?codteor=1867179&filename=PL+707/2020 > Acesso em: 15 jan. 2022.

CASTOR, Caio e PONTE, Leandro Barbosa. Moradores de rua à margem da prevenção contra a Covid-19: “Lavamos as mãos nas poças quando chove”. In: **El País Brasil**. 20 de março de 2020.

- Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-03-20/moradores-de-rua-a-margem-da-prevencao-contr-a-covid-19-lavamos-as-maos-nas-pocas-quando-chove.html>> Acesso em: 13 jan. 2022.
- CORONAVÍRUS BRASIL. Painel Coronavírus. *In: Coronavírus Brasil*. 9 dezembro de 2021. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em: 13 dez 2021.
- CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia**. Adela Cortina; tradução de Daniel Fabre- São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p.118.
- CREDIT SUISSE. Reaserch Institute. **Global wealth report 2021**, p. 24. Disponível em :< <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html> > Acesso em: 10 jan. 2022.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Poder de requisição ajuda a garantir cirurgia de emergência**. 12 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11805-Poder-de-requisicao-ajuda-a-garantir-cirurgia-de-emergencia>> Acesso em: 16 jan. 2022.
- EVANGELISTA, Guillem Fernández. **Penalización de las personas sin hogar em europa. In: Violaciones de derechos humanos, poder y estado**/organização André Luiz Freitas Dias, Gonçal Mayos Solsona. -1ª ed.- Jundiaí [SP]: Paco, 2018, p. 51.
- FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. **A Eficiência do Estado no Mundo Globalizado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, pág. 74.
- FORUM. **Ao menos 26 mil moradores de rua tiveram o auxílio emergencial negado**. Fonte: Revista Forum, 3 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/noticias/ao-menos-26-mil-moradores-de-rua-tiveram-auxilio-emergencial-negado/> > Acesso em: 16 jan. 2022.
- GALEANO, Eduardo. Os ninguéns. *In: Revista Prosa Verso e Arte*. 9 de janeiro de 2022. Disponível em:

- <<https://www.revistaprosaveroearte.com/os-ninguens-eduardo-galeano/>> Acesso em: 13 jan. 2022.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DELORENZI, Jan Carlo Morais O. Bertassoni. A catástrofe global a partir da pandemia do coronavírus: algumas reflexões com base no direito internacional. *In: Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, 2020
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Necessidades humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza a interculturalidade e no reconhecimento de um justiça do bem-estar. Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** Ada Pelegrini; Gregório Assagra de Almeida ; Miracy Gustin; Paulo Cesar Vicente de Lima; Gregório Iennaco [Orgs.]—2.ed. —2. Reimp.—Belo Horizonte: Edotora D’Plácido, 2021, p. 49.
- HAJE, Lara. **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Debatedores defendem lei para assegurar direitos da população em situação de rua.** 8 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/824873-debatedores-defendem-lei-para-assegurar-direitos-da-populacao-em-situacao-de-rua/>> Acesso em: 15 jan. 2022.
- JUNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. *In: Material de apoio de Direito Constitucional.* Profa. Ma. Nuria Micheline Menezes Cabral. PUC Goiás. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/GERA%C3%87%C3%95ES%20OU%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2022.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SILVA, Elisa Bertilla de Siqueira; GUIMARÃES, Nathália Chernicharo, MORAIS, Rane Ferreira Rios Hollanda Cavalcante de e SOARES, Vanessa de Sousa. População em situação de rua e Covid-19. *In: Programa de Pós*

-graduação em Direito da PUC Minas. 13 de setembro de 2020, p. 4. Disponível em: <<https://www.pucminas.br/pos/direito/Documentos%20Gerais/Produto%20T%C3%A9cnico%20-%20Popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20Situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Rua%20e%20COVID-19.pdf>> Acesso em: 8 jan. 2022.

MARQUES, Ana Lúcia; SORRENTINO, Isa da Silva; RODRIGUES, Juliana Luiz ; MACHIN, Rosana. O impacto da Covid-19 em grupos marginalizados contribuições da interseccionalidade como perspectiva teórico- política. *In: Interface comunicação, saúde, educação.* Disponível em: <<https://interface.org.br/publicacoes/o-impacto-da-covid-19-em-grupos-marginalizados-contribuicoes-da-interseccionalidade-como-perspectiva-teorico-politica/>> Acesso em: 18 nov. de 2021.

MORIN, Edgar. **É hora de mudarmos de via:** as lições do coronavírus / Edgar Morin ; colaboração Sabah Abouessalam ; tradução Ivone C. Benedetti. - 1. ed. - Rio de Janeiro :Bertrand Brasil, 2020, p.80.

NIKOLAV, Vanessa. Movimento de população em situação de rua combate a fome no centro de São Paulo. *In: Brasil de Fato*, São Paulo, 15 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/05/15/movimento-de-populacao-em-situacao-de-rua-combate-a-fome-no-centro-de-sao-paulo>> Acesso em: 16 jan. 2022.

NONATO, Domingos do Nascimento e RAIOL, Raimundo Wilson Gama. Pessoas em situação de rua e violência: Entrelaçados em nome da suposta garantia da segurança pública. *In: Revista Direito em Debate*, V. 27, nº49, jan-jun..2018.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. Mobilidade social. *In: GESTRATO UFMG.* Disponível em:<<https://gestrado.net.br/verbetes/mobilidade-social/>> Acesso em: 10 jan.de 2022.

- OLIVEIRA, Nelson. “**Arquitetura hostil**”, a face mais cruel das cidades brasileiras. Fonte: Agência Senado/Mobilize. 27 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.mobilize.org.br/noticias/12757/arquitetura-hostil-a-face-mais-cruel-das-cidades-brasileiras.html> > Acesso em: 15 jan. 2022.
- PAHO. PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Diretrizes laborais para detecção e diagnóstico de infecção pelo vírus da Covid-19**. 8 de julho de 2020. In:< <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52523> > Acesso em: 8 jan. 2022.
- PAULA, Hermes Candido de; DAHER, Donizete Vago; KOOPMANS, Fabiana Ferreira; FARIA, Magda Guimaraes de Araújo; LEMOS, Patrícia Ferraccioli Siqueira; MONIZ, Marcela de Abreu. Sem isolamento: etnografia das pessoas em situação de rua na pandemia de Covid-19. In: **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, 2020
- PODER 360. Mais de 66.000 vivem nas ruas de São Paulo, calcula ONG. In: **Site Poder 360**. 10 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/mas-de-66-000-vivem-nas-ruas-de-sao-paulo-calcula-ong/> > Acesso em: 8 jan. 2022.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio e PALHARES, Tatiane Campelo da Silva. Vulnerabilidade de pessoas em situação de rua e Pandemia de Covid-19: Isolamento social ou sustentabilidade econômica (Amazonas-Brasil). In: **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, Janeiro-Março 2021.
- PUENTE, Beatriz; COUTO, Camille. Cerca de 20% da população de rua do Rio perdeu a casa com o início da pandemia. In: **CNN Brasil**. 19 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cerca-de-20-da-populacao-de-rua-do-rio-perdeu-a-casa-com-o-inicio-da-pandemia/> > Acesso em: 12 jan. 2022.

- RIBETTI, Gabriela. População em situação de rua aumenta na Grande Vitória durante a pandemia. *In: G1*. 3 de junho de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2021/06/03/populacao-em-situacao-de-rua-aumenta-na-grande-vitoria-durante-a-pandemia.ghtml> > Acesso em: 8 jan. 2022.
- ROCHA, Matheus. Novos desempregados aumentam número de pessoas em situação de rua no Rio. *In: Jornal Folha de São Paulo*. 24 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/riodejaneiro/2021/12/novos-desempregados-aumentam-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-rio.shtml> > Acesso em: 12 jan. 2022.
- SATIE, Anna. Mais mulheres e crianças engrossam população de rua, diz padre Julio Lancelotti. *In: Site CNN Brasil*. 13 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/especialistas-veem-aumento-de-populacao-de-rua-mas-nao-ha-dados-oficiais/> > Acesso em: 8 jan. 2022.
- SCHUCH, Patrice. FURTADO, Calvin Da Cas. SARMENTO, Caroline Silveira. **Covid-19 e a População em Situação de Rua: da saúde à segurança pública?** *In: https://www.ufrgs.br/ifch/index.php/br/covid-19-e-a-populacao-em-situacao-de-rua-da-saude-a-seguranca-publica > Acesso em: 15 jan. 2022.*
- SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. *In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). Comunicação e cultura das minorias*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 11-14.
- TIENGO, Verônica Martins. A pandemia e seus impactos para a população em situação de rua. *In: Revista de Políticas Públicas*. São Luiz, 2021.
- TONDO, Stephanie. À margem de qualquer ajuda: pessoas em situação de rua têm auxílio emergencial cortado em meio à pandemia. *In: Jornal Extra*, 15 de julho de 2020. Disponível em:

<<https://extra.globo.com/economia-e-financas/a-margem-de-qualquer-ajuda-pessoas-em-situacao-de-rua-tem-auxilio-emergencial-cortado-em-meio-pandemia-24533869.html> >
Acesso em: 16 jan. 2022.

WERNECK, Gustavo. Pobreza em expansão: pandemia multiplica a população de rua em BH. *In: Estado de Minas Gerais*. 22 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/04/22/interna_gerais,1259312/pobreza-em-expansao-pandemia-multiplica-a-populacao-de-rua-em-bh.shtml > Acesso em: 8 jan. 2022.

SEÇÃO IX - TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

LIBERDADE SOB O ESTADO DE SÍTIO: A ATUAÇÃO DE RUI BARBOSA NA REVOLTA DA VACINA

Raphaela Abud Neves²⁴⁷

Daniel Machado Gomes²⁴⁸

Tiago da Silva Cicilio²⁴⁹

RESUMO: Em novembro de 1904 a cidade do Rio de Janeiro, então capital da República, viveu o maior levante popular já ocorrido em sua história. A Revolta da Vacina teve como estopim a lei de vacinação obrigatória, mas seu pano de fundo reuniu uma plêiade de problemas que não se limitaram às questões sanitárias e de higiene. É sobre esse aspecto que o presente artigo tem como objetivo analisar a atuação dos principais atores políticos que revestiram a insurreição e fustigaram a população nas ruas, enfatizando o papel que Rui Barbosa desempenhou em relação ao evento. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa de método histórico, dividida em três capítulos. No primeiro capítulo do trabalho, o liberalismo de Rui Barbosa será brevemente analisado. Posteriormente, o segundo capítulo irá se concentrar na cena política que retrata os bastidores de uma Revolta não tão popular. Por fim, será destacado o papel de Rui Barbosa em defesa das liberdades individuais, bem como seu posicionamento em relação à decretação do estado de sítio. Como resultado, foi possível perceber que Rui Barbosa se destacou dos demais parlamentares ao defender as liberdades individuais da população e conferir à Revolta da Vacina o caráter de luta por direitos civis. No entanto, em face ao apoio de Rui à decretação do estado de sítio, é possível concluir que sua atuação foi ambígua. **Palavras-chave:** Revolta da Vacina; Liberalismo; Rui Barbosa.

INTRODUÇÃO

²⁴⁷ Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), raphaelaabud@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/9209817417639271>.

²⁴⁸ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), daniel.machado@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>.

²⁴⁹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), tiagocicilio@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/1634337283930907>.

“Sob imensa vaia popular que ecoava ao longo das estações suburbanas da Central” José Murilo de Carvalho (2019, p. 88) narra a saída de Campos Sales da presidência da República para a entrada de seu sucessor, Rodrigues Alves. De acordo com o historiador, o governo de Campos Sales foi composto por uma recessão econômica, seu ministro de Fazenda, Joaquim Murinho, conseguiu elevar o câmbio e produzir superávits orçamentários “à custa da insatisfação geral que ia dos cafeicultores aos operários, passando pelos banqueiros e industriais” (CARVALHO, 2019, p. 88), e isso deixou o país na miséria. Rodrigues Alves assumiu um governo que contou com uma explícita queda na oferta de empregos e o aumento de impostos para a população, isso o fez se enveredar por programas de intensas obras públicas e a busca pela recuperação econômica (CARVALHO, 2019, p. 88).

Não demorou muito para que as obras de saneamento e reforma urbana, prometidas em seu discurso de posse, saíssem do papel. De acordo com José Murilo (2019, p. 89), em novembro de 1904, cerca de 1800 operários terminaram o trabalho de demolição das casas - sobretudo dos cortiços - para abertura da avenida central. Todas essas ações foram legitimadas por uma ideologia de higiene que associava os hábitos de moradia das camadas populares, que viviam nas habitações coletivas centrais, aos surtos epidêmicos que assolavam a capital da República e escondiam um desejo de fazer do Rio de Janeiro a Paris dos trópicos. A Revolta da Vacina teve início no dia 10 de novembro de 1904, data que ficou marcada pela mobilização liderada pelos republicanos fêrvidos (entre eles, alguns positivistas e militaristas) que tinha como destino o Palácio do Catete. O exército e a polícia revidaram, mas, ainda que com muita truculência, o povo resistiu. Foi decretado estado de sítio, os ministros de Estado continuaram em seus cargos e o governo não caiu.

O texto que segue tem por objetivo analisar a cena política e a atuação dos principais atores políticos que revestiram a insurreição e incentivaram a população a tomar as ruas da capital, enfatizando o papel que Rui Barbosa desempenhou em relação ao evento. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa qualitativa, de método dedutivo e que foi desenvolvida em três etapas. Inicialmente, foram analisados o

ideário liberal democrata de Rui Barbosa e o contexto político e ideológico em que seu pensamento foi construído. Posteriormente, a pesquisa se debruçou sobre o cenário que compôs as duas faces da insurreição - a política e a popular - e teve como fontes primárias os *Anais do Senado* (1904) e o discurso presidencial de Rodrigues Alves (1902). Por fim, a pesquisa se concentrou sobre a ambígua atuação de Rui Barbosa na defesa das liberdades individuais concomitantemente à defesa do estado de sítio, para isso foi utilizado o Tomo I das *Obras Completas de Rui Barbosa* (1904). Ressalta-se que a utilização das fontes primárias possibilitou uma interpretação complementar dos elementos que envolveram o evento e que foram analisados por meio de pesquisa bibliográfica.

I. O LIBERALISMO DE RUI BARBOSA

Na obra *Da Monarquia à Oligarquia: História Institucional e Pensamento Político Brasileiro (1822-1930)* Christian Lynch enfrenta a formação do ideário liberal democrata de Rui Barbosa e o contexto político e ideológico palco de seu desenvolvimento, onde afirmando e tentando realizar seu idealismo político constitucional foi deputado, ministro e candidato à presidência. Ainda que a história nos revele que a democracia à Rui Barbosa mostrou-se impossível no caso concreto, é fundamental para compreender sua posição e atuação política (LYNCH, 2014, p. 203-247). Atuação que o fez mobilizar “sua erudição e oratória para criar uma *teologia política liberal*, cívica e religiosa, destinada a mobilizar as massas e denunciar-lhes a hegemonia conservadora e oligárquica da República” (LYNCH, 2014, p. 204).

O ideário moral e político de Rui Barbosa, como afirma Lynch (2014, p. 205), possui bases na tradição anglo-americana (constitucionalismo antiquário inglês²⁵⁰ da Idade Média e o

²⁵⁰ Moralidade nos costumes e culto a lei e liberdade do povo como fundamental para o autogoverno na *polis*

republicanismo cívico²⁵¹ da Roma Antiga), principalmente firmado na hipótese da justiça presente na realidade. “Essa concepção das relações de poder se refletia num respeito quase religioso às formalidades jurídicas, na supressão quase absoluta do recurso ao poder discricionário, na divisão dos poderes e no papel do Poder Judiciário, como moderador político” (LYNCH, 2014, p. 206). Nessa religião seu messias era John Stuart Mill e sua mensagem era que o movimento histórico só se justificava pelo aperfeiçoamento da civilização por meio do conhecimento e o progresso, sendo a perfeição proveniente do caráter (LYNCH, 2014).

“O governo representativo ou parlamentar era o pináculo das formas de governo justamente porque conciliava a participação da maioria ignorante com a direção da minoria esclarecida” (LYNCH, 2014, p. 207). E para evitar o retrocesso perpetrado pela maioria ignorante, essa participação era destinada às pessoas mais evoluídas que governariam toda a sociedade. Mas não bastava a entrega irrestrita nas mãos da minoria ilustre, havia de ter fiscais representantes do povo capazes de manter aceso os interesses sociais que garantiriam o desenvolvimento intelectual e a livre iniciativa (LYNCH, 2014, p. 207). Como se vê, o intelecto político e os elementos que contribuíram para a idealização do ‘bom governo’ norteavam a vida pública de Rui Barbosa.

Christian Lynch diz que para Rui Barbosa a base fundamental da política é a moral (política e moral como campos indissociáveis) e, portanto, “o papel do direito na política não se [limita] ao cumprimento juspositivista da lei como produto da vontade soberana”, pois há um direito acima da legalidade estrita, o qual resulta do desenvolvimento humano (2014, p. 208). Nele, a lei não é simples texto, mas tem caráter transcendente de justiça capaz de orientar o indivíduo para o bem. Assim sendo, “a obediência à ordem jurídica decorria, pois, do imperativo ético contido na norma” (LYNCH, 2014, p. 208). Nesse sentido, Lynch entende que para Rui, “salvaguarda das liberdades individuais, a lei constituía o limite intransponível da democracia e da soberania popular, pois permitia à justiça, isto é, à razão e à liberdade, triunfarem sobre a

²⁵¹ Direitos e liberdades dos cidadãos ingleses e oposição ao poder arbitrário.

vontade irracional do povo ou do tirano” (2014, p. 208).

Contudo, se por um lado a lei, como imperativo ético de liberdade, poderia combater o impulso irracional da maioria e das ditaduras (inclusive os estados de exceções), por outro, pode delinear o ‘mau governo’, “onde a imoralidade, associada à injustiça, à opressão e ao desprezo da lei, resultavam num governo arbitrário, patrimonial e militarista” (LYNCH, 2014). A concepção francesa de Estado de direito, cuja limitação do poder privilegiava a soberania do príncipe em detrimento da do povo, também era tida como mau governo porque se a lei se subordina à soberania, o judiciário presta serviço para os poderes políticos. Nessa servidão, castra o judiciário no exame de constitucionalidade dos atos e fatos públicos, substituindo-o pela jurisdição administrativa.

Para Rui Barbosa os povos eram governados pelo direito ou pela força e se houvesse ênfase demasiada no poder soberano a sociedade seria atraída para o autoritarismo. Tão grave que a democracia sem direito é a pior das expressões de força. Segundo Lynch (2014, p. 210), Rui Barbosa alinhava-se aos constitucionalistas americanos e aos juristas ingleses, diferenciando bastante dos franceses. Já o Império brasileiro abraçava o liberalismo da tradição gálica²⁵² desde seu início, ainda que o governo parlamentar britânico servisse como modelo institucional imperial. O *modelo político saquarema* (autonomia do Estado imperial sobre a sociedade como condição de liberdade e estabilidade) se justificava pelos argumentos de natureza (i) bonapartista, “reivindicando a preeminência democrática do imperador”, e (ii) sociológico, “o fato concreto da invertebração da sociedade nacional, cuja pobreza e atraso intelectual se refletiam na vacuidade da vida política e no individualismo de seus estadistas”; mas as teorias foram substituídas pela democracia e pelo parlamentarismo, tirando a Coroa do centro decisório político inicialmente na Europa e refletindo na civilização brasileira (LYNCH,

²⁵² “O liberalismo não implicava a rejeição do unitarismo, da justiça administrativa e de um governo parlamentar baseado na confiança da Coroa e do Parlamento” (LYNCH, 2014, p. 210).

2014, p. 211).

A partir desse contexto, a esquerda dos liberais adotou o radicalismo “acreditando representarem uma consciência pública democrática, gerada pelo conhecimento científico” e que reivindicavam separação entre Estado e Igreja, sufrágio democrático e instrução pública universal (LYNCH, 2014, p. 212). Entre essa leva de liberais radicais se encontrava o deputado Rui Barbosa, com sua concepção política constitucional, que vislumbrava reformas para aproximar o país dos países cultos (LYNCH, 2014, p. 212-213). Rui mobilizou a opinião pública pela imprensa e pela defesa pública de suas ideias em conferências e comícios, e os radicais, que tinham a figura de Rui como central, queriam mudar a ordem constitucional para colocar o Brasil ‘à altura do século’. Não por meio da subversão e sim pela reforma dentro da lei, tornando o radicalismo um elemento de ordem e paz capaz de viabilizar o progresso e o equilíbrio do Estado (LYNCH, 2014, p. 213). A necessidade material, a inexperiência e a falta de realismo político levaram Rui Barbosa a “ignorar ou relevar os interesses práticos que lutavam pela implantação de algumas daquelas reformas” (LYNCH, 2014, p. 214).

Rui Barbosa defendia a prática do parlamentarismo democrático em que não houvesse eleição direta, ou seja, nada de analfabetos ou democracia selvagem, mas um sistema de democracia racional, o que na prática tornou-se num parlamentarismo aristocrático. E por esse pensamento ‘racional’ abraçou causas sociais ao decorrer da sua trajetória, como na abolição escravocrata, porém, deixava de lado a pauta social assim que se concretizava, voltando-se para as reformas políticas (LYNCH, 2014, p. 215-216). O anglófono convicto e exagerado até considerava pontos fortes no instituto Poder Moderador, já que era chefiado por uma liderança liberalista, mas tinha mais características negativas, porque, no fundo, não passava de um poder pessoal que não conteria um possível domínio oligárquico ou tirania partidária (2014, p. 216).

Esse distanciamento do ideário monárquico foi progressivo e o raciocínio de Rui Barbosa passou a divergir das investidas da monarquia

(a monarquia creditava a salvaguarda do povo contra as opressões, já que os democratas estavam privados da liberdade de expressão), pois o sistema monárquico parecia ter atingido seu limite na condução à modernização democrática e aquele momento significava a saída de uma possível fórmula inglesa para uma estadunidense – forma adiantada de liberalismo.

Como ministro do primeiro governo republicano, de dentro podia lutar contra a república autoritária sonhada pelos militares e a favorecer a plataforma liberal. Mas seria preciso achar uma fórmula para a transição, para que o povo pudesse praticar os valores morais de justiça universais que glorificava (LYNCH, 2014, p. 222). Rui Barbosa creditou o futuro do Brasil no direito constitucional comparado, sem, portanto, considerar a história e a sociologia. Ainda que inconformado com o que veio a se tornar a Constituição, o anteprojeto de Rui passou quase sem alterações e entre outras características não continha sufrágio universal - por desconfiar da capacidade de escolha do povo -; as eleições aconteciam de seis em seis anos - para evitar o tumulto- ; a União forte; reformulação de todas as normas, agora de forma técnica; melhora dos institutos da intervenção federal, “para permitir que os poderes judiciários e legislativos dos Estados pudessem requisitá-la”, e estado de sítio, “frisando a necessidade de que o Congresso Nacional fiscalizasse os atos do governo”; o Supremo Tribunal funcionando como neutro, arbitral, terminal, restabelecedor do domínio da Constituição (LYNCH, 2014, p. 223-226).

Encerrada etapa normativa com a promulgação da Carta republicana, Rui almejava os próximos passos: “a prática cotidiana da Constituição e o esforço de difusão e aprendizagem dos seus valores”. O aprendizado constitucional era constituído da educação da elite política e jurídica e depois do eleitorado, esse através da influência dos esclarecidos e da instrução pública, dos valores de justiça e moralidade (LYNCH, 2014, p. 227). O pedagogo do regime republicano viu acontecer o que não calculou, de modo que “o exercício do poder político da Primeira República foi marcado pelo autoritarismo que sucessivamente lhe imprimiram as forças que derrubaram a monarquia”, regime marcado por

tentativas de golpe e três insurreições armadas: Armada; Vacina; Chibata (LYNCH, 2014, p. 228).

Em praticamente todos os estados, quando não se resolvia pela fraude, a violência da luta política se manifestava em conflitos entre milícias privadas ou privatizadas, bombardeios navais às capitais (como em Salvador, em 1911, e Manaus, em 1912) e por massacres de autoridades pelas mãos inimigas, com a conivência das forças federais (como no Mato Grosso, em 1906) (LYNCH, 2014, p. 228).

Os três institutos que eram previstos na Constituição republicana se mostraram prejudiciais à justiça de Rui. O estado de sítio era de competência do Congresso e do Executivo, declarado quando houvesse ameaça de invasão externa ou de comoção interna, com suspensão por até 30 dias de garantias constitucionais²⁵³. A intervenção federal cabia na hipótese de invasão externa ou de um estado em outro, para manter a forma republicana, para estabelecer a ordem e a tranquilidade e assegurar a execução de leis e sentenças. E a jurisdição constitucional competia ao Supremo Federal. Todavia, eram normas de eficácia limitada e a regulamentação desses institutos era veemente recusada: diziam que a intervenção federal era um ataque contra o corpo político; e o estado de sítio um mecanismo para a ditadura, por deixar o governo livre para agir como bem entender (LYNCH, 2014, p. 229).

O Executivo era considerado principal responsável pela ordem pública, por isso era visto como o poder capaz de conhecer a conveniência e oportunidade para decretar a excepcionalidade, devendo o Congresso anuir e prorrogar o querer presidencial. Tanto que “durante todo o período [da república velha], o estado de sítio foi decretado onze vezes, não se computando aí as inúmeras prorrogações para além do prazo legal. Seus prazos de vigência tornaram-se cada vez mais longos, ocupando sete dos 38 anos de período constitucional” (LYNCH, 2014, p. 229). Nesses

²⁵³ Esse estado de coisas justificou a criação do estado de sítio preventivo, para tratar das situações em que a ameaça interna, a critério do Executivo (LYNCH, 2014, p. 229).

períodos de exceção, que variavam a gosto do governo, eram suspensas garantias constitucionais e imunidades dos parlamentares e proibido a concessão de *habeas corpus*, o que incentivava o abuso estatal, como a repressão policial.

É claro que Rui Barbosa posicionava-se contrário à tal ditadura e abusos do Executivo com a decretação dos estados de exceção, mas as irregularidades converteram-se em laboratório para os mecanismos de defesa da república liberal por ele criado (LYNCH, 2014, p. 229). Impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal em favor de políticos e militares presos ilegalmente e ajuizou ações para reintegração de servidores demitidos injustamente, pois entendia que o Supremo era o guardião dos direitos dos cidadãos e que não podiam ser impedidos de conceder o remédio, alegando que o estado de sítio não é guerra, como confundiam os governantes (LYNCH, 2014, p. 230). Mas o judiciário se mostrou distinto do papel e da legitimidade que Rui Barbosa esperava que ele tivesse, não sendo um poder moderador e se rendendo à pressão da ditadura, negando-lhe o remédio.

Diferente do que acontecia nos modelos que inspiraram Rui Barbosa, na República brasileira as decisões judiciais não eram seguidas pelos outros poderes sob o argumento de que a matéria julgada extrapolava a competência da corte judiciária, invadindo o território político; o controle de constitucionalidade não produzia efeito *erga omnes*, nem criou-se jurisprudência obrigatória, de modo que os juízes, mesmo em casos idênticos, podiam decidir diversamente; os próprios ministros agiam conforme o interesse das suas facções, pois todos eram escolhidos pelo presidente (LYNCH, 2014, p. 232).

Esse cenário fez com que Rui Barbosa voltasse para a política a fim de combater a ditadura republicana. O intento começou com a estratégia de desvencilhar o liberalismo da monarquia para que o público aderisse a república conservadora (democracia liberal). Além disso, afirmava que aquela ditadura travestida de República não era causa do positivismo. “Rui concluía assim que a solução política não estava nem na restauração da monarquia, nem no autoritarismo positivo-jacobino. Era a República que tinha de ser conservadora” (LYNCH, 2014, p. 235).

Mas os aliados da época do Governo Provisório abandonaram Rui Barbosa nesse novo projeto, inclusive, colocando abaixo o cientificismo proposto inicialmente para reatar o espiritualismo como base para o governo brasileiro. Mas sua posição de liberal monarquista resultou em exílio na Inglaterra durante a Revolta Armada e da Revolução Federalista (LYNCH, 2014, p. 239).

Rui Barbosa foi o único esquerdista liberal na nova cena republicana e passou a militar pela liberdade de expressão, que o governo tinha minado. Não só, seu discurso soava, ainda que sem defender abertamente, como defesa da monarquia, no sentido de que esse regime ascenderia naturalmente ao liberalismo e formaria a tal democracia barbosiana, apontando para o modelo inglês com sua jurisprudência, codificação e educação liberal (LYNCH, 2014, ps. 240-241). Lynch diz que “em plena Revolta da Vacina, da qual participavam os monarquistas, ele declararia sem rebuços que eram estes os que davam os melhores republicanos” (2014, p. 241). A decepção e arrependimento de Rui o fez concluir que na realidade o problema não estava na forma de governo, mas na falta de amor à liberdade por parte do povo (LYNCH, 2014, p. 243).

II. A CENA POLÍTICA NA REVOLTA DA VACINA

A capital da República estava sendo assolada pela varíola quando Rodrigues Alves identificou a urgência de levar a questão da vacinação em massa para os debates parlamentares. Conforme explica Neves (2020, p. 20), tendo em vista que o “saneamento pleno e a extinção das endemias eram projetos fundamentais de seu mandato”, que já se aproximava da metade, o presidente resolveu então “aproveitar o apoio majoritário de seu governo para implementar as medidas que objetivavam vacinar a população”. Em seu Manifesto Inaugural, de 15 de novembro de 1902, Rodrigues Alves (BRASIL, 1902, p. 5) mencionou o apoio de uma leal cooperação e incessante patriotismo de todas as classes sociais que recebeu para “promover o bem geral da Republica”. O presidente eleito, inspirado “nas invariáveis normas da justiça, respeitando e fazendo

respeitar todos os direitos” (1902, p. 5) destacou “a necessidade do saneamento desta capital, trabalho sem duvida difficil porque se filia a um conjuncto de providencias” (BRASIL, 1902, p. 11-12). Rodrigues Alves caracterizou o melhoramento do porto do Rio como um “empreendimento grandioso”, parte de um projeto que quando se concretizasse, retrataria que “a capital da republica libertou-se da maior dificuldade para o seu completo saneamento” (BRASIL, 1902, p. 12). Christian Lynch (2014, p. 263) destaca que no período da primeira República, o Rio de Janeiro era tido como ameaça ao poder, pois na cidade funcionava o centro político e ali vivia uma larga população mestiça, pobre, sem ocupação e monarquista. Nas palavras de Lynch, o Rio era “a única urbe que reunia os elementos que poderiam pôr em verdadeiro risco o projeto federativo oligárquico. Ela possuía uma opinião pública atuante que podia a qualquer tempo despertar o monstro terrível da multidão” (LYNCH, 2014, p. 263). E foi exatamente isso que aconteceu.

A lei que tornou a vacina obrigatória foi aprovada em 31 de outubro, “mesmo com a opposição tentando, a todo custo, postergar o projeto e ganhar reforço na resistência à medida” (NEVES, 2020, p. 21). Mas a matéria dividiu o Senado Federal meses antes de sua aprovação. Em 12 de julho de 1904, Barata Ribeiro, Senador do Distrito Federal, e Manoel José Duarte, Senador de Alagoas, protagonizaram uma troca de farpas em relação à vacinação e à revacinação. Ao contrário de Manoel Duarte, Barata Ribeiro defendia que a lei deveria “atender ao interesse geral das populações” (BRASIL, 1904, Livro I, p. 453), não podendo o Congresso decretá-la “porque ella é attentatoria de direito e de liberdades publicas” além de “attentado contra a integridade moral e politica dos cidadãos” (BRASIL, 1904, Livro I, p. 444) da República.

Após a aprovação da lei, houve a regulamentação pelo Departamento de Saúde, onde Oswaldo Cruz trouxe um conjunto de procedimentos que foram transformados em decreto por Rodrigues Alves. A regulamentação da aplicação da vacina obrigatória contra a varíola, publicada no dia 9 de novembro de 1904, foi um marco importante e considerado o combustível para a Revolta da Vacina. À

época, um jornal da cidade publicou o decreto feito pelo médico e acabou disseminando a indignação e o pânico entre a população, no mais “toda a agitação foi ainda mais estimulada por um órgão fundado dias antes do evento, sob presidência de Lauro Sodré: a Liga contra a Vacinação Obrigatória” (NEVES, 2020, p. 21). Em seu discurso no Senado, o Senador do Distrito Federal enfatizou que:

A liga contra a vacinação obrigatoria está fundada; e o que desejo, de acordo com o sentimento da população deste districto, que é manifestamente adversa, visceralmente contraria a esta lei, é que esta liga, esta força organizada de resistencia, não desapareça sinão no dia em que puderem entoar o hymno da victoria ao direito, pela quêda desta monstruosidade juridica, que tanto os bons republicanos devem desejar ver espungida do acervo de decretos da Republica (BRASIL, 1904, p. 73).

Dentre os problemas presentes na cena política, estavam a “luta para evitar o retorno da febre amarela ao Rio de Janeiro; o combate à varíola; os políticos e militares de oposição ao governo; e os positivistas” (NEVES, 2020, p. 21). Para a historiadora Cintia Crescêncio (2009, p. 177), a Carta Constituinte responsável por inaugurar a República dava margens para as contestações que ocorreram e foi, efetivamente, manipulada como fundamento de um verdadeiro levante e uma tentativa de tomada de poder. Dentro desse contexto, Crescêncio salienta que “A Liga seria, portanto, a expressão política da Revolta, extrapolando seu caráter popular” (2009, p.179).

A Liga contra a Vacina Obrigatória desempenhou um papel crucial para a eclosão da revolta, uma vez que seus líderes perceberam que a população ainda se encontrava vacilante diante do decreto elaborado por Oswaldo Cruz e se aproveitaram para fustigar a multidão nas ruas. Na manhã do dia 12, na sede do Centro das Classes Operárias, Lauro Sodré e Barbosa Lima “tentaram assumir o comando do movimento popular e politizar a revolta” (NEVES, 2020, p. 23).

Na visão dos parlamentares, a insurreição retratava um esgotamento do programa político e econômico dos sucessores de Floriano Peixoto, “sendo, portanto, uma manifestação popular pela volta do republicanismo fêrvido e consagração de seus próprios projetos políticos” (NEVES, 2020, p. 23). Para o historiador Nicolau Sevcenko, (2018, p. 17), o drama vivido pela população se distanciava das causas que os líderes queriam imputar ao motim, uma vez que promoviam a revolta como uma espécie de luta por respeito às suas condições enquanto indivíduos e seres humanos. Esse distanciamento de causas e objetivos foi crucial para que a Liga perdesse sua força de atuação, enquanto a ira da população se intensificou.

Nicolau Sevcenko (2018, p. 22) clarifica que toda arquitetura de tomada de poder era liderada por jacobinos e florianistas, além de, nas escondidas, contar com o aporte monárquico, que financiou parte da imprensa para que promovesse a agitação popular em seus jornais. A manchete de título “VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA REAÇÃO DO POVO” do *Correio da Manhã*, narra o cenário de miserabilidade e mortalidade em que a população se encontrava, e fazia menção a um governo “impatriótico e cobarde” que deixava o país preso pelas “algemas da miséria”, diante de uma imposição feita ao povo que nada mais era do que uma verdadeira extorsão (1904, n. 1250).

Segundo Sevcenko (2018, p. 22-23), um golpe militar estava previsto para o dia 15 de novembro, tendo em vista que a data comemorativa seria um marco também para o início de uma nova República fundada pelos positivistas. Os militares e políticos decidiram aproveitar a atmosfera de instabilidade causada pela população para, junto com os jovens das escolas militares, marcharem em direção a sede da República para depor o presidente e instaurar um regime ditatorial militar, sugerido pelos positivistas. Na tentativa de insubordinar os cadetes da Escola do Realengo, Gomes de Castro foi preso pelo comandante da instituição, Hermes da Fonseca. Os demais líderes depuseram Macedo Costallat e obtiveram o apoio dos alunos da Escola da Praia Vermelha. Contudo, a demora para a marcha ao Catete permitiu que o governo, já informado, intensificasse a proteção de sua sede.

A infantaria comandada pelo general de brigada Antônio Carlos Piragibe entrou no combate contra os que vinham da praia vermelha. Ao se aproximarem, o general ordenou os disparos da tropa, e prontamente os alunos responderam ao ataque, formando um enérgico tiroteio pelas ruas escuras do centro da cidade (NEVES, 2020, p. 25).

Em face do enorme fracasso e de alguns mortos e feridos, entre eles, respectivamente, Silvestre Travassos e Lauro Sodré, a tropa fugiu da rua da Passagem e os alunos retornaram à praia vermelha “onde passaram a noite sob o fogo dos canhões do encouraçado *Deodoro* e das metralhadoras das lanchas torpedeiras da Marinha, depondo as armas na manhã seguinte” (SEVCENKO, 2018, p. 24). Temendo que a fuga servisse como incentivo para os revoltosos, os governantes chegaram a sugerir que Rodrigues Alves fosse conduzido a uma embarcação da Marinha de Guerra para se salvar do conflito, o que foi recusado pelo presidente que assumiu pessoalmente o comando de defesa do Palácio do Catete e contenção da revolta.

Considerando que a revolta continha um movimento que buscava entregar o poder a uma ditadura militar, no dia 16 de novembro foi votado e sancionado o projeto que estabeleceu o estado de sítio por 30 dias no Distrito Federal. Diante da catástrofe vivida durante dias intensos, o governo resolveu revogar a obrigatoriedade da vacina contra varíola, fazendo com que, aos poucos, as ruas da capital ressurgissem dos estragos causados pela insurreição.

Apesar da atuação popular, os atores políticos que protagonizaram a cena revoltosa e atizaram o ímpeto do povo no motim, pertenciam a determinados grupos que possuíam seus próprios projetos de ascensão ao poder, como era o caso dos militares, dos positivos e dos opositores ao governo de Rodrigues Alves. Dentro desse cenário, a cena se dividia entre aqueles que se aproveitaram e usaram o momento de tensão e instabilidade politicamente, e os que resistiram às tentativas do governo de tornar a vacina obrigatória por entender que tal medida se

caracterizava em abuso do poder público e uma violência por parte do Estado, como era o caso do intelectual e liberal Rui Barbosa.

III. O LIBERALISMO AMBÍGUO DE RUI BARBOSA NA REVOLTA DA VACINA

Na sessão de 16 de novembro de 1904, as questões em debate e votação eram a (i) revogação da obrigatoriedade da vacina e a (ii) decretação do estado de sítio, para então apurar a responsabilidade dos militares e civis que se envolveram nos movimentos revoltosos dos dias anteriores. Em seu discurso, Rui Barbosa acolheu a urgência do projeto em discussão, no intuito de logo vê-lo reduzido a lei e por esse “sancionar uma realidade manifesta e irremediável” (BARBOSA, 1952, p. 44), tendo em vista que a lei da vacina obrigatória, para o intelectual, já nasceu fadada a ruir. Previsível e calculável, o discurso de Rui já demonstrava a força de sua visão sobre um direito que estava para além do juspositivismo e da legalidade estrita, mas que era alicerçado do imperativo ético que a norma e a ordem jurídica carregavam.

Mesmo estando licenciado quando o projeto que regulamentou a vacinação obrigatória foi votado, Rui era declaradamente contra a lei que trouxe tanto dissabor, ressentimento e intranquilidade para a população. Apesar de seguir o método jenneriano, Rui Barbosa (1952, p. 44) entendia que sua experiência e o fato de sua família confiar na vacina para combater a varíola não o autorizava a votar para que a mesma fosse imposta sob forma de lei ao povo, principalmente por não se considerar legítimo para legislar coercitivamente para com os cidadãos.

Minha antiga confiança nesse preservativo contra a varíola não me autoriza a impô-lo sob forma de lei aos meus semelhantes. Eu não tenho o direito de legislar coercitivamente para os meus concidadãos a terapêutica do meu uso, por mais que seja com bons fiadores nacionais e estrangeiros (BARBOSA, 1952, p. 45).

Após os estudos científicos terem incrementado os debates entre os parlamentares e agitado as discussões e os opositores à medida, Rui (1952, p. 45) passou a buscar informações seguras sobre a vacina, onde percebeu que havia inconsistência na obrigação imposta pelo governo, tendo em vista que não havia nenhum consenso comprovado sobre o método, sendo este apenas uma hipótese controversa. Para o intelectual, era facilmente questionável o fato do governo impor uma lei que ainda despertava a dúvida científica, tendo como única certeza o fato que o Estado cometia uma violência, exorbitava suas funções constitucionais e agia com uma arbitrariedade que não condizia com uma República Liberal.

No longo processo de verificação, que tem atravessado, as mais sérias objeções a desmentem. E, se a certeza científica ainda a não reveste, como é que a acolhem e impõem sob o império da lei ? Os sábios contendem. Como é que o legislador resolve, tomando voz por uma das partes ? A ciência duvida. Com que direito o poder leigo afirma ? Na esfera profissional o caso ainda se discute livremente. Que autoridade nos assiste, então, na esfera política, para fechar a questão e reduzir, a golpes de penalidade, os dissidentes ? (BARBOSA, 1952, p. 45).

Para o liberal (1952, p. 46), apesar da dúvida recair sobre a verdade científica, esta não poderia ser acatada na esfera jurídica. Sobretudo, porque cumpria ao Estado a função de preservar o direito do cidadão sem invadir seu direito de consciência e sua região fisiológica, não podendo este ultrapassar o limite da pele, mesmo que isso significasse a introdução de substâncias – inofensivas - nas veias dos cidadãos em nome da higiene pública. O ponto era justamente que sobre a nocividade da vacinação, havia as mais fundadas dúvidas, o que fortalecia o direito incontestável de oposição à ela. Sendo assim, para Rui (1952, p. 48), o Estado não poderia impor o “suicídio aos inocentes” em nome da saúde pública.

A vacinação não é um tratamento externo. Seu campo de ação é a própria vida humana no elemento capital de seu organismo : o sangue em circulação. Admitamos que o ingresso desse elemento estranho no sangue lhe traga germens de corrupção e morte. O mal será irremediável. Logo, na dúvida, tenho o direito de me opor a que a minha saúde e a minha vida sirvam de matéria a essa experiência *in anima vili*, ainda que ela se me imponha com a autoridade venerável de uma sentença judicial (BARBOSA, 1952, p. 48).

A ânsia pelo bem público fez com que o governo transcendesse à medida que Rui considerava razoável e prudente. Isso porque, segundo Rui, a lei poderia servir como uma orientação para o bem, e conseqüentemente educar, encaminhar ou modificar os sentimentos da população, mas “não os pode levar de rojo” (BARBOSA, 1952, p. 49). De tal forma, por óbvio, a aprovação da lei encontraria invencíveis resistências, pois não atendia à sua função fundamental, se tornando inexecutável.

Tal premissa foi corroborada pelo próprio governo, que assumiu o intuito de suprimir do regulamento as asperezas impostas, objetivando um sistema de vacinação compatível com os anseios gerais da população. Dentro dessa perspectiva governista, Rui (1952, p. 50) questionou e sustentou que tal posicionamento deveria ser o consagrado em lei, não havendo nenhuma fundamentação para que se instituisse a obrigatoriedade da vacina, para que, posteriormente, o regulamento viesse consagrar sua facultatividade. Sinalizando, portanto, que se este tivesse sido o posicionamento adotado inicialmente, as medidas para contenção da moléstia não teriam sido tão questionadas pela população, tampouco o povo teria se levantado tão energeticamente contra a vacinação.

Dessa forma, “não se imporia ao Congresso o papel ingrato de organizar uma lei condenada imediatamente pelo Governo, que a solicitara” (BARBOSA, 1952, p. 51). Justamente diante da urgência de compatibilizar o sistema de vacinação aos anseios do povo, que não

poderia haver demora por parte do governo em satisfazer esse desejo da população, “porque, neste particular, os desejos da população têm por si a justiça e convém que se respeitem” (BARBOSA, 1952, p. 51).

No entanto, para Rui Barbosa, apesar do dever de respeito às liberdades dos cidadãos, não era plausível separar a insurreição do povo e o movimento militar, diante de tamanha agitação que instaurou o temor na capital da república. Para o intelectual, a resistência popular era justa, bem como a reação revolucionária diante do esgotamento dos meios legais e constitucionais, onde todo o respeito às liberdades não contava com nenhuma força, senão o “apelo às armas [...] ao combate em todos os campos contra o arbítrio dominante” (BARBOSA, 1952, p. 51).

Não seria Rui “jamais quem venha pôr em questão esse direito natural, que precede a todos os regimens organizados, e dorme na base de todas as Constituições. [...] quem levante nunca dúvidas sobre esses foros do povo, da nação, da sociedade [...]” (BARBOSA, 1952, p. 52) de se insurgir contra as violências que furtam as condições essenciais de uma nação livre e com garantias constitucionais de uma democracia. No entanto, era preciso se ater aos abusos

dessa faculdade que, segundo o jurista, era tão extraordinária, delicada e perigosa que, assim sendo, não poderia ser exposta a uma multidão confusa, sob risco de ficar “à mercê de interesses inconfessáveis, paixões rasteiras e cobiças desnorteadas” (BARBOSA, 1952, p. 52).

Se o direito de levantar as armas contra os governos demandava que se pudesse afirmar os títulos das reivindicações na Revolta da Vacina, Rui (1952, p. 52) não identificava esse traço de despertar nacional, mas sim o que ele denominou de “as bodas adúlteras da arruaça” que direcionavam o evento a outro fim, completamente alheio à repulsa da vacina.

Antes, porém, de tentados sequer os meios legais, antes que chegasse ao menos o ensejo de tentá-los, vimos rebentar, crescer, propagar-se nesta capital, a título de luta contra a vacina, essa comoção violenta, cuja verdadeira fisionomia se declarou ante-ontem na

sublevação militar e na revelação dos nomes políticos a ela associados. Rasgou-se o véu dos pretextos. Descobriu-se a realidade das ambições e das ciladas (BARBOSA, 1952, p. 55).

Todo esse contexto, deixou Rui Barbosa em uma situação considerada pelo mesmo “singular” e “delicada”, pois o parlamentar era manifestamente contrário ao estado de sítio, uma vez que a ele [Rui] se dava a autoria da resistência constitucional mais ampla contra o instituto. Rui Barbosa posicionava-se contrário à tal ditadura e abusos do executivo com a decretação dos estados de exceção.

Contudo, ao mesmo tempo em que o parlamentar defendia as liberdades individuais e garantias constitucionais, na Revolta da Vacina, Rui também buscou preservar a ordem pública. E foi justamente esse motivo que o levou a votar a favor do estado de sítio. Para Rui Barbosa, governar no estado de sítio não apresentava nenhuma dificuldade, pois nas palavras do parlamentar: “Está no mesmo caso que administrar sem lei. nem orçamento. Sob o regimen do arbítrio não há dificuldades administrativas” (BARBOSA, 1952, p. 87). Mas diante da situação grave instaurada, o intelectual se perguntava como haveria de negar os meios de defesa necessários à ordem pública.

Se a desordem lavrasse no elemento civil unicamente, poderíamos, deveríamos resistir a essas apreensões do Governo. Porque, estando incontaminado o elemento militar, o edificio social não vacila. O prestígio da força armada, firme, resoluta, leal à autoridade lhe asseguraria a volta à paz mediante os recursos ordinários da administração e da justiça. Esta regra não varia, senão quando o povo empunha as armas. Mas o espetáculo de agora não é o de uma reivindicação popular. Estas não se operam com as guerrilhas de turbulentos, destruindo, incendiando e pilhando. [...] Mas, para coibir distúrbios desse caráter, basta a policia ativa e a tropa fiel. Com esse fim o estado de sítio não se justificaria.

No caso atual, porém, uma parte do elemento militar se conluiou com a desordem (BARBOSA, 1952, p. 88).

Diante da severidade com que o evento interferiu na liberdade, na honra e na própria vida, diante da catástrofe e do triunfo dos “tiranos”, e sob pena de “recusar o meu voto à fórmula da maior energia na repressão constitucional, seria colaborar moralmente no crime” (BARBOSA, 1952, p. 89), que Rui Barbosa fundamentou seu voto em favor do instituto.

Em seu discurso, o parlamentar (1952, p. 68) se declarou portador de um espírito que cultuava de forma instintiva e fervorosa a ordem, uma vez que reprovava qualquer desobediência às leis e aos elementos componentes dessas subversões. Para Rui (1952, p. 68), sua natureza era conservadora, e esse motivo o fazia encarar o ofício de advogado da liberdade como fonte de organização e conservação da sociedade. Entendendo que o povo não admitiria a “substituição da soberania nacional pela soberania da espada” (BARBOSA, 1952, p. 68), que se posicionava a favor da ordem e contrário às revoluções. No entanto, Rui também enxergava uma motivação plausível para que as revoluções ocorressem, pois o intelectual reconhecia o direito de revolução enquanto ato social de legítima defesa, isto é, “reações conservadoras da lei contra as desordens do despotismo” (BARBOSA, 1952, p. 68).

Apesar desse posicionamento antagônico em relação às liberdades individuais e a preservação da ordem pública, Rui acabou se destacando genuinamente dos demais atores políticos da Revolta da Vacina, pois diante dos mais diversos pleitos que sustentaram e fustigaram os cariocas a partir para o confronto, Rui ressaltou firmemente a importância de não transgredir as liberdades individuais dos que se revoltaram de forma defensiva e legítima contra as arbitrariedades do Estado.

CONCLUSÃO

A maior parte dos estudiosos da revolta entende que a vacina foi um verdadeiro pretexto para uma insurreição que contemplava outros

motivos de maior relevância. Dessa forma, nota-se que apesar da atuação popular, os atores políticos que protagonizaram a cena revoltosa e atiçaram o ímpeto do povo no motim, pertenciam a determinados grupos que possuíam seus próprios projetos de ascensão ao poder. Ressalta-se, contudo, que o discurso ruiano centrava-se em que deveria o Estado preservar o direito de uma epiderme impenetrável, tendo em vista que a pele se constituía em um verdadeiro limite da ação estatal. Foi percebido que a atuação de Rui Barbosa não foi a única a compor o pano de fundo do movimento revoltoso, já que a revolta teve como causa um conjunto de fatores sociais, como insatisfações populares e interesses políticos na tomada do poder, sua atuação esteve focada na luta por direitos civis.

Apesar da diversidade de discursos que foram produzidos para justificar por motivações jurídicas a Revolta da Vacina, as alegações de Rui Barbosa que apoiaram a insurreição foram baseadas em razões jurídicas que deveriam ser preservadas. O parlamentar trouxe o foco da discussão para os direitos, indicando que deveria o Estado preservar o direito de uma epiderme impenetrável, tendo em vista que a pele se constituía em um verdadeiro limite da ação estatal. Mesmo que a insurreição tenha tido como causa um conjunto de fatores que envolveram insatisfações populares e interesses políticos na tomada do poder, a atuação de Rui Barbosa na Revolta da Vacina foi movida por sua concepção acerca do papel das liberdades civis na vida política. No entanto, é possível concluir que a própria justificativa que levou Rui a priorizar o restabelecimento da ordem em detrimento de garantias individuais foi sintomática de um contexto em que os direitos fundamentais assegurados na lei, quando reivindicadas pelo povo, eram associadas a desordem e, conseqüentemente, impossibilitados na prática.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. Obras completas: Discursos Parlamentares. Vol XXXI, T. I. Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Saúde, 1952.
- BRASIL. *Anais da República*. 1904. Brasília: Senado Federal. Livro I.
Disponível em:

- <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1904/1904%20Livro%201.pdf> Acesso em: 04 agosto 2021.
- BRASIL. *Anais da República*. 1904. Brasília: Senado Federal. Livro 3. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1904/1904%20Livro%203.pdf> Acesso em: 04 agosto 2021.
- BRASIL. Biblioteca Presidência da república. *Discursos Presidenciais*. 1902. Portal do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/rodrigues-alves/discurso>>
- CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- CORREIO DA MANHÃ. Biblioteca Nacional. *Acervo Digital Biblioteca*. Disponível em: <<http://hemerotecadigital.bn.br/acervo-digital/correio-manha/089842>>. Acesso em: 14 jul 2021.
- CRESCÊNCIO, Cintia Lima. “Abaixo a vacina!” a fundação da Liga de Combate à Vacinação Obrigatória e sua relação com a Constituição de 1891. *BIBLOS: Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação*, v. 23, n. 2, p. 177-188, 2009.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. 1 a ed. São Paulo: Alameda, 2014. E-book.
- NEVES, Raphaela Abud. *O discurso de resistência na Revolta da Vacina: direitos civis em foco*. 2020. 46 f. s/Rodrigues%20Alves%20-%20Manifesto%20Inaugural%201902.pdf> Acesso em 02 agosto 2021
- SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: UNESP, 2018.

SECULARIZAÇÃO, DESENCANTAMENTO E LIBERDADE RELIGIOSA

Alexandre de Almeida Bandeira²⁵⁴

Resumo

Estudar secularização e desencantamento do mundo enquanto mudança de paradigma requer compreensão sobre as lições deixadas por Max Weber, compreendendo o contexto onde surgiram, qual seja os séculos XVI e XVII. Em seguida, enquanto tais, é preciso verificar as consequências que ambos desencadearam na sociedade, inclusive se a religião ainda possui alguma relevância em meio a significativas mudanças. Superada essa questão, trabalhe-se o seu conceito e como ela desempenhará o seu novo papel numa nova realidade dotada de algumas características distintas, a iniciar pelo pluralismo em potencial. Obtida essa base, será viável a análise acerca de liberdade e tolerância religiosas, enaltecendo o conceito e as características de ambas, e se, de fato, existe relação de causa e efeito com as rupturas paradigmáticas ora supracitadas, com leitura de bibliografia adicional.

Palavras-chave: Heteronomia. Autonomia. Empirismo. Razão Humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a análise dos processos de secularização e desencantamento do mundo enquanto fatores decisivos para a existência de liberdade e tolerância religiosas como bens dos indivíduos e, portanto, objeto de tutela jurídica. No entanto, é preciso reconhecer o contexto fático no qual ambos surgiram, os seus motivos e quais consequências acarretaram para a sociedade.

A princípio, no decorrer da Idade Média, a tradição canônica decorrente da Igreja Católica detinha um monopólio sobre a sociedade civil, servindo-se de referência universal no aspecto político-axiológico e

²⁵⁴. Advogado e no exercício da função de juiz leigo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJERJ, é também mestre em curso pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP, alexandre.42140001@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/7837228610550196>.

também estabelecendo um domínio epistemológico sobre o conhecimento do mundo e dos seres que nele habitam, inclusive o ser humano. De fato, isso resultava num monismo, cujo contexto não abria a mínima brecha para se discutir a pertinência acerca de liberdade e tolerância religiosas, sendo necessário, para tanto, uma ruptura de paradigmas. As transformações desse contexto somente ocorreriam durante os séculos XVI e XVII, com o surgimento da Reforma Protestante enquanto movimento inovador e crítico à ascese monástica, logo, tendo cunho religioso.

No começo, foi enaltecida a importância do cumprimento de deveres mundanos, com destaque para o exercício laboral como uma vocação, principalmente Calvino, quem defendeu o livre arbítrio na escolha de profissões e especialidades. Além disso, a doutrina calvinista defendia a salvação através de uma autocorreção holística de conduta, orientada apenas pelo estudo das escrituras sagradas e considerando contraditória a forense eclesiástica, cuja praxe consistia-se num ciclo vicioso de pecado, confissão, arrependimento, penitência e novo pecado. Cumulativamente, seitas anabatistas e batistas, assim como o calvinismo, reprovavam a avaliação espiritual dos elementos mundanos através da alcunha “divinização da criatura”, pois o divino não estava no mundo, e o sagrado estava apenas nas escrituras.

Assim, a ascese foi gradativamente retirada dos mosteiros para o meio social, advindo a chamada ascese intramundana, proporcionalmente esvaindo a autoridade eclesiástica. Demais segmentos da sociedade, inspirados na Reforma, também refletiram criticamente sobre a heteronomia dogmática clerical, e foi justamente nesse cenário que ocorreram a secularização e o desencantamento do mundo, tratando-se de significativas transformações a ponto de ocasionar ruptura de paradigmas.

A partir da secularização, os elementos mundanos e o cumprimento de deveres inerentes à rotina não seriam valorados segundo o dualismo entre o sagrado e o profano, mas considerados conforme a sua natureza. Quanto ao desencantamento, trata-se de uma nova forma de compreensão acerca do homem e da realidade em seu entorno. Prioriza-

se o empirismo e a técnica para a formação do conhecimento, ao passo que são refutadas as explicações com base na magia, cujo fundamento é a metafísica.

Ambos possibilitaram a efetiva quebra do monopólio monástico sobre a sociedade civil, promovendo um pluralismo em potencial decorrente do advento de múltiplas especialidades em variados ramos de conhecimento humano. A pluralidade se deu também em matéria de religião, que subsistiu nesse novo contexto, pois, mesmo nas sociedades secularizadas e desencantadas, ainda existem inquietações no íntimo dos indivíduos por uma sensação de falibilidade, a qual seria corrigível o atenuável pela prática da fé. No entanto, seria entidade formadora de virtudes privadas e, apesar de subsistir a heteronomia de modelos de vida boa, a submissão do indivíduo era voluntária.

Considerando o pluralismo potencial e a autonomia dos indivíduos como consequências de mudanças paradigmáticas ocorridas na época, é pertinente considerar primeiro o conceito de religião e, em seguida, os de liberdade e tolerância religiosas, assim como os direitos delas decorrentes. Não se tratam de objetivos previamente delineados, pois sequer secularização e desencantamento do mundo o foram, mas sim uma necessidade diante de inovações políticas, econômicas e epistemológicas.

Ressalte-se, ademais, alguns princípios inerentes a igualdade formal e material como um meio razoavelmente eficaz de soluções de alguns conflitos existentes nesse conjunto de variedades, servindo até mesmo de base para a solução de possíveis novas divergências. Afinal, cabe ao Estado conciliar oposição de interesses ao invés de acirrá-la e comprometer os alicerces de uma sociedade democrática. Para o cumprimento do propósito do presente estudo, foram utilizados os raciocínios dedutivos e indutivos, com leitura de fontes bibliográficas, com propósito de desenvolvimento do método de pesquisa qualitativa.

1. SECULARIZAÇÃO E DESENCANTAMENTO DO MUNDO ENQUANTO MUDANÇA DE PARADIGMA

O mínimo entendimento sobre secularização e desencantamento do mundo requer o conhecimento sobre o contexto histórico no qual surgiram, os motivos do seu advento e consequências acarretaram para a sociedade. Em meio a esse estudo, fundamental também verificar a relação de ambos com as causas as quais lhes favoreceram, ou seja, se decorreram direta ou indiretamente delas.

Durante da Idade Média, a tradição canônica detinha não só um monopólio sobre a base político-axiológica da sociedade, mas também era determinante quanto aos meios de produção e estabelecia um império epistemológico sobre o conhecimento do ser humano, do meio onde vive, dos demais seres e da interação entre todos. Esse monopólio era mantido através do policiamento eclesiástico, que regulava desde a convivência social entre os indivíduos até o cotidiano de sua vida privada²⁵⁵. De fato, a simbiose entre sociedade civil e Igreja resulta num contexto caracterizado pelo monismo, cuja base é a doutrina cosmopolita oriunda da ascese monástica. Seria preciso, então, uma mudança paradigmática, pois somente assim é possível cogitar a ideia de liberdade e tolerância religiosas.

A princípio, surgiu como estrita reflexão crítica ao exercício da fé a Reforma Protestante. Através dos conceitos de *beruf*, vocábulo de origem alemã, ou *calling*, de procedência anglicana, Martinho Lutero, precursor do movimento, valorizava o exercício do trabalho mundano enquanto uma vocação ou uma missão religiosa. Embora a doutrina luterana ainda defendesse o controle estamental enquanto desígnio divino e um senso de altruísmo comunitário, à semelhança das lições de Tomás de Aquino, havia como diferencial a origem do fator ético implícito no

²⁵⁵. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 6ª ed. Antonio Flávio Pierucci. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 29-37. O policiamento eclesiástico utilizava os sermões “estranhamento do mundo” e “heresia” como meio de censura a qualquer ato contrário às bases tradicionais católicas fundadas na ascese monástica, com destaque para o trabalho mundano enquanto dever ético, mas livremente desempenhado, e eventual acúmulo de capitais utilizado também conforme diretriz ética, segundo doutrina calvinista.

exercício laboral em si, distanciando-o da concentração na autoridade eclesiástica²⁵⁶.

Apesar de o pensamento luterano ainda conservar muitas características dos estamentos, já surgiam a partir desse as primeiras noções de autonomia no controle individual da vida privada. Assim, advinham os primeiros sinais de retirada da ascese dos monastérios para o mundo, favorecendo o que posteriormente seria a ascese intramundana²⁵⁷.

A efetiva transformação somente veio a partir de João Calvino, com a doutrina da predestinação, a qual já determinava prévia e divinamente a salvação ou a condenação de um ser humano, sendo impossível alterar a decisão de Deus na escolha entre os eleitos. Imerso à incerteza da eleição, somente restava ao homem o agir conforme eleito fosse²⁵⁸, devendo seguir fielmente uma determinada diretriz de conduta cotidiana.

Ainda segundo o calvinismo, havia um dever ético na realização do trabalho mundano, tal como em Tomás de Aquino e Lutero. Contudo, diferenciava-se dessas doutrinas porque conferia ao indivíduo maior autonomia na escolha de uma vocação profissional, contrapondo-se à ideia de *lex naturae* e o senso de altruísmo imprescindível ao fomento incondicional do bem comum, característicos dos estamentos. Além disso, os frutos podiam ser livremente percebidos, pois oriundos de uma ação obediente a um mandamento moral²⁵⁹. Somente cabia ao fiel observar o

²⁵⁶. Ibidem, p. 71-73/185-198.

²⁵⁷. Ibidem, p. 199. “É verdade sim que a Deus agradam a assiduidade e a operosidade na profissão mesmo da parte dos ímpios. (...) Mas a incredulidade e a vanglória impedem que suas boas obras possam reverter para a glória de Deus. (...) ‘Cada qual é chamado a exercer alguma profissão’. Ele deve esperar essa vocação e aí servir a Deus. A Deus não se contenta com o fato de trabalhar, mas com a obediência nele implícita.” O descrente, segundo Lutero, também era capaz de cumprir o mandamento moral inerente ao trabalho e obter o produto dele advindo, com a ressalva da vedação à recompensa espiritual enquanto admoestação decorrente da descrença.

²⁵⁸. Ibidem, p. 94-95.

²⁵⁹. Ibidem, p. 98-99/248-251. Na doutrina calvinista, o trabalho era visto enquanto uma forma de agir conforme a eleição divina, pois o agrado a Deus significa o cumprimento de deveres mundanos. O enclausuramento monástico, limitando o fiel a uma rotina de

uso do labor e de seus rendimentos em prol da glória de Deus no mundo enquanto conduta eticamente correta.

Ademais, confiar a eleição à forense eclesiástica, cuja praxe se consistia na outorga do perdão, seria uma maneira contraditória de exercício da fé, pois acarretaria um ciclo vicioso de pecado, confissão, recompensa psicológica através de um sermão, arrependimento, penitência e novo pecado. A doutrina calvinista buscava um comportamento mais coerente sob aspecto holístico, devendo o fiel almejar a salvação através da compreensão da palavra, única origem do sacramento, e uma efetiva mudança de conduta pela constante autovigilância²⁶⁰.

Além disso, tal como as lições de Calvino, as seitas anabatistas e batistas reprovavam a “divinização da criatura”, pois o adjetivo divino, ou sagrado, somente cabia às escrituras, cujo conteúdo era a palavra de Deus, sobre a qual cabia o estudo racional para melhor autocorreção²⁶¹. A santificação era uma busca interminável, mas somente nessa e com uma fé inabalável no cumprimento de deveres mundanos o indivíduo seria capaz de obter a tão esperada salvação.

O calvinismo, juntamente com as ideologias anabatistas e batistas, promoveu a retirada da ascese dos mosteiros para a vida cotidiana, podendo os indivíduos dela se valerem em busca de uma vida santa. Isso esvaziava cada vez mais a concentração de poderes na autoridade eclesiástica em determinar padrões de conduta moral. De fato, tanto o preceito Protestante como o direito canônico estabeleciam modelos de vida boa heterônomos a adeptos e fieis. No entanto, a diferença entre ambos é notável a partir do momento em que o primeiro prioriza a autonomia do indivíduo no mundo onde habita, promovendo o que se pode denominar de ascese intramundana, enquanto o segundo concentra a capacidade de determinação do ideal de conduta no interior dos mosteiros, perfazendo a ascese monástica.

preces, era visto por Calvino como uma forma indolente de fuga da satisfação desses deveres e, por isso, pecaminosa.

²⁶⁰. Ibidem, p. 100-114/200-205.

²⁶¹. Ibidem, p. 130-133/222.

Essa ética inovadora surgida na Europa durante os séculos XVI e XVII trouxe consequências que extrapolaram a proposta do refletir crítico sobre religião. Afinal, foi aproveitada como inspiração por outros segmentos da sociedade, promovendo ruptura de paradigmas, e essas mudanças são denominadas secularização e desencantamento do mundo.

Na perspectiva de Max Weber, secularização, inspirado na premissa calvinista e anabatista de evitar a “divinização da criatura”, seria o reconhecimento do homem, do mundo e dos demais seres que nele habitam como parte de um contexto e desprovido de valoração²⁶². Seria impertinente ao indivíduo santificar ou demonizar qualquer desses elementos, os quais devem ser considerados vulgares em sua natureza. Sendo assim, significa reconhecer a realidade e os seres nela inseridos em sua essência, e como o ser humano com interage com todos eles, sem qualquer juízo de valor. O trabalho, o seu produto, a busca por conhecimento pelo exercício do livre arbítrio e a vida privada não mais passam pelo controle eclesiástico exercido através do dualismo entre o sagrado e o profano.

Obtido esse entendimento, pertinente é a compreensão sobre o conceito de “secular”, o qual, provindo do latim *saeculum*, significa a duração de cem anos ou, em sentido figurado, longo e indeterminado período de duração para aquilo que se repete ordinariamente. Juntamente a esse, cita-se o vocábulo “leigo”, o qual, advindo do latim *laicu* e do grego *laikós*, que significa justamente retirar o ser do domínio do sagrado, vulgarizando-o. Não induz necessariamente à ideia de oposição religiosa, mas sim o recuo da religião perante o mundo e os seres que o compõem, gozando esses de relativa autonomia em relação àquela²⁶³.

Obtido esse entendimento, fundamental a análise do desencantamento do mundo, expressão também utilizada por Weber num

²⁶². Ibidem, p. 208-213. O sagrado, segundo o protestante, consta na palavra que vem das escrituras, não dos seres.

²⁶³. RIVERA, Paulo Barrera. *Desencantamento do mundo e declínio dos compromissos religiosos*: a transformação religiosa antes da pós-modernidade. Disponível em: <https://www.academia.edu/52698879/Desencantamento_do_Mundo_e_Decl%C3%A9nio_dos_Compromissos_Religiosos_A_Transforma%C3%A7%C3%A3o_Religiosa_Antes_da_P%C3%B3s_Modernidade>. Acesso em: 27 out 2021.

sentido peculiar. A partir do momento que o núcleo eclesiástico perde o poder de interferir na realidade, esse também se mostra inócuo para explaná-la através da magia, cujos padrões se encontram na metafísica. Prioriza-se, a partir desse momento, o uso da razão como método epistemológico de explicação acerca do homem, dos fatos, dos seres em seu entorno e da sua interação para com esses²⁶⁴. Dessa forma, a elaboração cognitiva deve se submeter a um teste de prova através do empirismo e, uma vez bem-sucedida, será aceita enquanto conhecimento válido. Do contrário, não teria essa qualificação, limitando-se à mera teoria não confirmada ou mesmo a uma simples superstição.

Em consequência disso, um contexto antes explanado através de uma visão universal, decorrente da metafísica religiosa, passou a ser, numa perspectiva moderna, cindido em unidades autônomas e específicas de conhecimento. Devido à autonomia e à especificidade, essas unidades passaram a expressar verdades fragmentadas e restritas a pontos de vistas específicos, justificáveis segundo a aplicação racional de determinada técnica empiricamente compreensível²⁶⁵. Por conseguinte, secularização e desencantamento do mundo acompanharam o advento da modernidade, ressaltando as transformações as quais deram causa no seio da sociedade sob três aspectos, quais sejam político, epistemológico e econômico.

No aspecto político, percebia-se que o Estado ou qualquer forma de autoridade não podia, no exercício de suas funções, apreender matérias envolvendo os assuntos da fé. A punição da heresia não se deve ocorrer

²⁶⁴. WEBER, op. cit., p. 96/106/139. Num mundo encantado, o padre se apresentava como mago apto a conceder a salvação e operar o milagre, assim como esclarecer dúvidas e angústias do homem enquanto fonte inesgotável de conhecimento e sabedoria. Com o desencantamento, até mesmo a religião se torna mais racional, no sentido de a ascese ser buscada autonomamente através de conduta metódica inerente ao cumprimento de uma rotina mundana, não mais confiada no mago que habita o interior do monastério.

²⁶⁵. VASCONCELOS, Sérgio Sezino Douets. LIMA, Hélio Pereira. *Entre o mito e o desencantamento: a religião em Weber, Adorno e Horkheimer*. Disponível em: <https://www.academia.edu/52698879/Desencantamento_do_Mundo_e_Decl%C3%ADnio_dos_Compromissos_Religiosos_A_Transforma%C3%A7%C3%A3o_Religiosa_Antes_da_P%C3%B3s_Modernidade>. Acesso em: 9 nov 2021.

por meio da heteronomia dogmática de um modelo de vida boa pregado pelo clero, mas pela busca voluntária do fiel²⁶⁶. Na vertente epistemológica, significou a quebra do monopólio da Igreja sobre produção cognitiva, sendo desenvolvidas as ciências através do método, da técnica, do empirismo e da razão, e axiológica, pois não mais seria a única formadora de valores para os ideais da vida humana²⁶⁷. Por fim, no quesito econômico, a ética desenvolvida no trabalho, precisamente a vocação profissional, tão enfatizada por Calvino no princípio, acarretou a especialização das profissões, não enquanto um mandamento moral, mas para fins de atender à nova demanda produtiva que valorizava livre iniciativa e acúmulo de capitais²⁶⁸.

Portanto, uma sociedade secularizada e desencantada significa o resultado de uma transformação, o término do monopólio religioso sobre a diretriz de comportamento do homem em sociedade. Todavia, isso não significa um repúdio à religião, mas tão somente um modo de refletir sobre a sua nova função, qual seja o de entidade formadora de virtudes

²⁶⁶. WEBER, op. cit., p. 229/243-244. Aplicar a vigilância sacerdotal se tornava cada vez mais dispendioso, principalmente porque a provisão de cargos eclesiásticos era feita a estudantes de teologia ainda sem qualificação para tanto. Ademais, na Igreja, somente Jesus deve imperar. Não cabe ao ser humano fazer as vezes, sob pena de “divinização da criatura”, o que, segundo os protestantes, ocorria frequentemente na forense eclesiástica.

²⁶⁷. *Ibidem*, p. 236-237.

²⁶⁸. *Ibidem*, p. 163-165/176-177/242-246. Novos domínios sobre técnicas produtivas e maquinário permitiram produção de bens em larga escala e, conseqüentemente, maior acúmulo de capitais, promovendo a ascensão da burguesia. Isso, de fato, desencadeou mudanças nas relações inter-humanas de trabalho e percepção de seus frutos. Um artesão ou tecelão, antes exercendo seu ofício em regime de economia familiar e, por vezes, gozando de uma pacata vida campestre, passou a vender o resultado de seu esforço laboral em prol dos burgueses, advindo assim a formação também do proletariado. Quanto a essa alteração para fins de atender às exigências de uma demanda imposta pela praxe da produção de capital excedente, Weber conceituou-a como “jaula de ferro”, pois metaforicamente aprisiona a pessoa do profissional a essa praxe, devendo ele contribuir para o seu fomento, sob pena de enfrentar as dificuldades oriundas da escassez e da penúria. O capitalismo, pondere-se, não mais se restringia aos limites morais na ascense intramundana, na qual se inspirou para superar o feudalismo enquanto modo de produção.

em âmbito privado²⁶⁹, cuja fidelização se dá voluntariamente diante de um contexto novo, fragmentado e potencialmente dotado de pluralismo.

Partindo do princípio de que a crença não faz as vezes do Estado em questões de lei ou de ordem, e vice-versa, bem como o pluralismo é mais viável a partir dessa mudança de paradigma, é possível uma abordagem sobre liberdade e tolerância religiosas. Não se trata de um objetivo ou um propósito claramente delineado desde o princípio, mas, antes de tudo, uma necessidade diante de significativas alterações.

2. AS DEMANDAS POR LIBERDADE E TOLERÂNCIA RELIGIOSAS

Havendo a premissa de que as transformações citadas no capítulo anterior acarretaram um provável pluralismo, assim como ainda subsiste um fundamento de existência para a religião nesse novo cenário, cabe uma reflexão acerca do seu conceito. Isso possibilitará a melhor aplicação do instituto protetivo de liberdade e tolerância religiosas, indicando com um mínimo de precisão o titular e eventuais agressores.

Conceituar religião é uma tarefa complexa, visto a extensa variedade de características que podem compor uma crença, quais sejam monoteísmo, politeísmo, ateísmo, pensamento livre, agnosticismo, maiorias, minorias e tempo de fundação. Evita-se um conceito altamente restritivo, pois acarretaria a exclusão de comunidades merecedoras de tutela jurídica. Por outro lado, a vagueza de conceito poderia englobar realidades incompatíveis com o instituto protetivo, banalizando assim o seu sentido.

Apesar da ampla variedade, nos indivíduos que formam a comunidade religiosa, existe em comum um sentimento compartilhado de

²⁶⁹. RIVERA, Paulo Barrera. *Desencantamento do mundo e declínio dos compromissos religiosos*: a transformação religiosa antes da pós-modernidade. Disponível em: <https://www.academia.edu/52698879/Desencantamento_do_Mundo_e_Decl%C3%ADnio_dos_Compromissos_Religiosos_A_Transforma%C3%A7%C3%A3o_Religiosa_Antes_da_P%C3%B3s_Modernidade>. Acesso em: 27 out 2021.

imperfeição e a existência de um ideal de vida boa, emanado por uma entidade metafísica superior, por personalidades altamente estimadas ou ambos. Esse ideal seria capaz de orientar a conduta humana afim de corrigir essa falibilidade, trazendo dessa forma conforto para as inquietações pessoais e servir de aspiração²⁷⁰. Numa sociedade secularizada e desencantada, ainda subsistem questões e perturbações de caráter íntimo, motivo pelo qual a crença, propondo trazer respostas a essas dúvidas, subsiste relevante e, portanto, merecedora de um tratamento jurídico.

Por isso, nas palavras de Sara Guerreiro²⁷¹, religião pode ser definida como “conjunto mais ou menos coerente e profundo de ideias sobre o mundo e sobre o homem, das quais derivam determinadas consequências éticas, destinadas a orientar a conduta do indivíduo com um carácter normativo”. Seguindo esse entendimento, religião teria carga cognitiva, possibilitando autocompreensão e conhecimento sobre o universo, o mundo, os seres que neles existem e a interação entre todos. Ademais, teria carga axiológica, enquanto orientadora heterônoma de condutas do indivíduo, não só no seio comunitário, mas também na sociedade como um todo. Variações de fiéis que perfazem maiorias ou minorias não se relacionam com o conceito, mas eventualmente para fins de reconhecimento estatal.

Obtida essa compreensão basilar acerca de religião, salientando o conceito, a sua significância enquanto bem jurídico e o pluralismo em potencial nas sociedades secularizadas e desencantadas, vale citar a proteção do direito de liberdade religiosa no art. 5º, VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88²⁷² enquanto garantia

²⁷⁰. GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 4-8/15-16.

²⁷¹. *Ibidem*, p. 16-17.

²⁷². BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

fundamental. No entanto, o tratamento jurídico não se limita ao ordenamento interno, sendo esse também reservado no direito internacional, seja na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – DUDH²⁷³, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR²⁷⁴, e na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 – CEDH²⁷⁵.

Em suma, não existe tão somente preocupação interna no Brasil quanto à proteção do direito à liberdade religiosa, mas a comunidade internacional também se mostra empenhada na tutela dessa. No entanto, é preciso também conceituá-la, considerando as muitas variantes existentes,

nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”.

²⁷³. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=EAIAIQobChMIsaGZga2q9QIVVgiRCh3vTgKzEAAYASAAEgJsJfD_BwE>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. XVIII: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.”

²⁷⁴. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 jan 2022. Artigo 12: “Liberdade Religiosa. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.”

²⁷⁵. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. 9º: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.”

e, posteriormente, compreender quais atos estão englobados no exercício de tal direito e quais estão excluídos para fins de uma aplicação minimamente satisfatória do instituto.

O conceito de liberdade religiosa seria o direito à autonomia do indivíduo na escolha acerca da fé, seja ela positiva ou negativa. A descrença, nesse último caso, também é uma forma de exercício de tal liberdade²⁷⁶, contudo, havendo uma escolha positiva, outros direitos dela derivam, pois, do contrário, seria inócuo a defesa institucional dessa liberdade, sendo até questionável existir autonomia nesse sentido.

No aspecto individual, destacam-se os direitos de mudar ou de se manter em determinada religião, de manifestar em público, de educar e ensinar os filhos ou aqueles sob cuidados. Isso significa que o titular pode livremente fazer a sua escolha no ambiente plural e essa não seria vitaliciamente vinculante²⁷⁷, assim como, uma vez obtida a convicção acerca da crença, poderia nela se manter, não cabendo ao Estado a prerrogativa de impor-lhe eventual mudança²⁷⁸. A manifestação em público, guardando algumas semelhanças com o direito de liberdade de expressão, significa expor a crença no ambiente social, fora dos limites institucionais necessários à sua organização. Além disso, a educação e o ensino possibilitam passar o conhecimento religioso para as gerações futuras enquanto tradição familiar²⁷⁹.

Sob enfoque coletivo, porque o seu exercício requer uma participação transindividual, verificam-se os direitos de cultos, rituais e cerimônias religiosas, incluindo a adoção de costumes, a exposição de símbolos, o uso de fórmulas e objetos necessários, assim como o gozo de feriados e dias de descanso. Há também o uso de roupas típicas, o cumprimento de regras heterônomas de condutas, a aplicação de linguagem particular. Além disso, verifica-se a organização institucional,

²⁷⁶. GUERREIRO, op. cit., p. 31-32.

²⁷⁷. Ibidem, p. 201.

²⁷⁸. Ibidem, p. 205.

²⁷⁹. Ibidem, p. 32-36.

com escolha de líderes, fundação de estabelecimentos de ensino religioso e publicação de conteúdos em geral²⁸⁰.

Diante de todos esses direitos, cabe ao Estado recuar, tal como ocorreu em organização de processo seletivo para a ocupação de cargo público e o exercício da fé. Havia um conflito entre a data da realização de uma das etapas do certame, mais precisamente testes físicos, e a reserva dos sábados, segundo determinada crença, para fins de descanso, adoração e ministério. Conciliando os interesses em conflito, o Poder Judiciário Brasileiro, através de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, entendeu ser perfeitamente possível a alteração do cronograma sem prejuízos à atividade administrativa²⁸¹.

Somente para fins de esclarecimento, desde a Reforma Protestante já ocorrem manifestações de liberdade religiosa através da cisão entre Estado e Igreja, consequência das transformações no cenário político da época. Segundo a “resolução dos batistas ingleses em Amsterdã de 1612 ou 1613”²⁸², a matéria envolvendo religião ou consciência em geral não seria apreensível, tampouco exequível por autoridades estatais, sendo questão completamente alheia aos seus interesses. Isso reforça a tese de que secularização e desencantamento do mundo foram decisivos para a liberdade religiosa.

Seguindo esse entendimento, vale citar a existência dos chamados Estados confessionais, estabelecendo uma religião preferencial segundo o seu ordenamento interno. Uma preferência nesse sentido não significa necessariamente ausência de liberdade religiosa, desde que seja reservado

²⁸⁰. Ibidem, p. 35-36.

²⁸¹. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611.874 – DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RE_611874_b93fe.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1642431793&Signature=ILBurCcl%2BiFhPvMWJmmsdMIazyw%3D>. Acesso em: 17 jan 2022.

²⁸². WEBER, op. cit., p. 230. “*The magistrate is not to meddle with religion or matters of conscience (...) because Christ is the King and lawgiver of the Church and conscience*”. Não cabe ao magistrado se imiscuir com religião ou questões de consciência (...) porque Cristo é o Rei e o legislador da Igreja e da consciência – tradução livre.

ao indivíduo o exercício de sua autonomia de sua vontade e a proteção interna do direito de minorias. Caso contrário, o Estado confessional guardará características marcantes de uma sociedade não secularizada e não desencantada²⁸³.

Contudo, adotar uma postura mais passiva diante do exercício de um direito não significa que esse seja absoluto, havendo ainda ao Estado uma reserva de poder em prol da manutenção da ordem pública. Quando existe conflito entre a livre crença e outro direito de caráter fundamental, como a vida e a integridade física, cumprimento de um dever legalmente previsto, ou mesmo a ofensa à moral, as limitações são perfeitamente cabíveis²⁸⁴. Com destaque ao direito à vida, a recusa de procedimento médico com fundamento em convicção religiosa somente é plausível aos adultos em condições de emitir declaração de vontade²⁸⁵.

²⁸³. GUERREIRO, op. cit., p. 52-57/143. O judaísmo foi o motivo da fundação do Estado de Israel, de forma que a religião funciona como uma agência reguladora perante a sociedade civil. Contudo, Malta e Mônaco, embora sendo Estados confessionais da religião Romana Católica e Apostólica, ainda é reservado autonomia individual para a recusa do ensino religioso e também é vedada a discriminação religiosa, assegurado o direito de minorias.

²⁸⁴. *Ibidem*, p. 36-41/125-129. São reprováveis as crenças que incentivam sacrifícios humanos, mutilações, a recusa ao pagamento de tributos, a redução de indivíduos à escravidão, à servidão ou afins. Acerca do cumprimento de dever legal, o imperativo é legítimo quando, em abstrato, visa a manutenção da ordem e da segurança pública. O uso de capacetes na condução de motocicletas, por exemplo, deve prevalecer em detrimento do uso de um turbante enquanto manifestação da liberdade religiosa. Mesmo a moralidade enquanto padrão ético de conduta serve como referencial a repreender determinadas práticas por serem consideradas ofensivas, observados os usos e os costumes de determinada sociedade.

²⁸⁵. *Ibidem*, p. 129-132. A autora cita testemunhas de Jeová, cuja crença reprovava a transfusão de sangue em procedimentos médicos. Seria inválida juridicamente a recusa advinda de uma criança ou de terceiros, mesmo havendo vínculo de parentesco, em nome de indivíduo inconsciente ou incapaz de exprimir a sua vontade, devendo prevalecer o direito à vida.

Todas as limitações supracitadas constam na DUDH²⁸⁶, no PSJCR²⁸⁷ e na CEDH²⁸⁸ como um reconhecimento da comunidade internacional na limitação com propósito de prevenir abusos. Contudo, em se tratando especificamente de restrições legais, é preciso, como critério de razoabilidade, conter fundamento na legislação, haver efetiva necessidade do fator impeditivo a assegurar outros direitos em conflito e a restrição seja proporcional a ponto de manter a autonomia do indivíduo²⁸⁹.

Infelizmente, isso não ocorreu no ordenamento francês que, em defesa da laicização estatal, aplica uma lei de vedação a uso de símbolo religioso conspícuo em espaços de instituições públicas, principalmente instituições de ensino, vedando o uso de véu muçulmano por mulheres. Apesar de o propósito ser adequado, a maneira com que a Administração Pública Francesa procedeu se mostrou desnecessária, pois o uso do véu não impede o exercício da liberdade religiosa pelos não-muçulmanos, e desproporcional porque retira a autonomia das fiéis muçulmanas. Submetida a questão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH,

²⁸⁶. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIsaGZga2q9QIVVgiRCh3vTgKzEAAAYASAAEgJsJfD_BwE>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. XXIX: “2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

²⁸⁷. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 jan 2022. Artigo 12, alínea 3.

²⁸⁸. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. 9º, alínea 2.

²⁸⁹. GUERREIRO, op. cit., p. 211/226-229.

a corte entendeu legítima a restrição, todavia, esse entendimento é passível de críticas, observado o desenvolvimento do presente estudo²⁹⁰.

Sendo assim, liberdade religiosa existe num ambiente pluralista, entretanto, o pluralismo é um ambiente propício à intolerância, não obrigatoriamente por deficiência de qualidades ordinárias à vida humana, mas por conflitos devido às divergências de pensamento, opinião, valores ou dogmas. Logo, tolerância surge como uma abstenção de perseguir, complicar, destratar ou criticar em virtude de uma conduta ou compreensão em desacordo com determinado princípio ou valor individual²⁹¹.

Tolerância religiosa não seria um fator de eliminação das diferenças, até mesmo porque monismo e monopólio são incompatíveis com qualquer forma de exercício da autonomia. Ao contrário, seria um meio para uma coexistência minimamente harmônica entre diferentes ideais, modelos de vida boa e visões sobre a verdade acerca da realidade, podendo-se exercerem livremente os direitos num ambiente plural, sem risco de repreensões ou críticas.

Nunca é exagerado citar a Reforma Protestante nos séculos XVI e XVII como um movimento inovador disposto a uma reflexão crítica acerca da fé, questionando-se a ascese monástica e defendendo-se a ascese intramundana. No entanto, como efeito transversal, adveio a secularização e o desencantamento do mundo, promovendo enquanto mudança política a cisão entre sociedade civil e religião²⁹². Assim, passaram a existir fragmentos de verdade, inclusive no que tange à crença, cada qual defendendo sua visão sobre verdade e ética, enfim, perfazendo um ambiente plural. Cabe à tolerância religiosa estabelecer limites em prol de uma convivência pacífica, minimizando as disparidades aptas a gerar conflitos.

²⁹⁰. Ibidem, p. 135-140. Somente restaria aos indivíduos da comunidade muçulmana, principalmente as mulheres, exercer seus costumes em escolas confessionais, contribuindo ainda mais para a discriminação.

²⁹¹. Ibidem, p. 64-69.

²⁹². Ibidem, p. 18-24.

A partir dessa premissa, o Poder Judiciário Brasileiro entendeu por violação à tolerância religiosa manifestações com intuito de ataque, menosprezo ou demérito à crença alheia, rebaixando-a como inapta à salvação espiritual²⁹³. A decisão entendeu se tratar de uma discriminação com fundamento religioso, fato tipicamente considerado crime, segundo legislação interna, com o adendo do uso de publicações, tratando-se de uma forma qualificada²⁹⁴.

Além desse julgado, houve a censura a um filme na Áustria de conteúdo satírico à Igreja Católica, pois considerado ofensivo ao sentimento religioso, conhecido como caso Otto-Preminger. O TEDH apreciou a questão e a licitude do ato das autoridades austríacas, pois, reputando-o um ataque gratuito à crença, entendeu que o conteúdo era uma manifestação de intolerância religiosa²⁹⁵.

Em ambos os fatos, sendo o primeiro submetido a julgamento perante cortes nacionais e o segundo a uma corte internacional, verificava-se como conduta basilar da intolerância religiosa a discriminação. A partir dessa, o agressor avança às mais variadas formas de hostilidade, quais sejam o ataque, a crítica, o insulto e a perseguição, sendo um risco ao pluralismo típico de um estado democrático de Direito.

Após esse estudo, conclui-se que liberdade religiosa ocorre numa dimensão vertical, pois perceptível a relação entre Estado e particular, e a

²⁹³. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303 – RJ. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 17 jan 2022. “Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito.”

²⁹⁴. BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/17716.htm>>. Acesso em: 17 jan 2022. Art. 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. (...) § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.”

²⁹⁵. GUERREIRO, op. cit., p. 111/134-135.

sua observância incumbe o dever de abstenção estatal, ou seja, uma postura mais passiva, sendo-lhe permitido a atuação para manter a aplicação da lei, da ordem e a garantia de outros direitos. Quanto à tolerância religiosa, a relação ocorre numa dimensão horizontal, entre particulares, e a sua tutela em situações de conflito requer atuação proativa das autoridades para fins de conservar os direitos inerentes à crença.

2.1. Proselitismo no contexto de liberdade e tolerância religiosas

Conforme já foi exposto, a liberdade religiosa envolve uma série de direitos porque são inerentes à sua essência, logo, privar o indivíduo deles a tornaria inócua, salvo alguns limites reservados ao Estado no exercício legítimo do poder e aqueles determinados pela tolerância. No entanto, ainda vale ressaltar uma prática intrínseca aos atos da fé, qual seja o proselitismo, não se restringindo ao mero ato de manifestação pública, sendo algo mais complexo e, por isso, merecendo uma análise mais cuidadosa a respeito.

Em vista disso, trata-se de um conjunto de atos, com objetivo de persuasão à aderência sobre determinada fé, no sentido de que o fiel, seja em âmbito individual ou coletivo, expõe a outrem o quanto sua crença é melhor capaz de expor a verdade e de responder às inquietações e aos anseios do ser humano. Sendo inerente ao livre credo, é preciso delinear as diferenças entre o ato admissível, ou proselitismo próprio, e o ilícito, também chamado de proselitismo impróprio ou abusivo. Cabe ao Estado, nessa perspectiva, o esforço para zelar pela ordem, pela paz e pelo diálogo, minimizando os conflitos decorrentes das diferenças num ambiente pluralista ao invés de acirrá-los²⁹⁶.

Cada Estado tem uma forma peculiar de resolver a questão envolvendo o proselitismo, sendo uns mais restritos, enquanto outros mais permissivos. Contudo, em busca de um entendimento mais sólido, analisa-se o caso Kokkinakis contra a Grécia, apreciado pelo TEDH. Segundo informações do Poder Judiciário Grego, em 2 de março de 1986, o senhor Minos Kokkinakis, testemunha de Jeová, junto com sua mulher,

²⁹⁶. Ibidem, p. 149-154/244.

teria interferido na crença alheia através da persuasão da senhora Kyriakaki, cristã ortodoxa, que acabou mudando de religião.

As autoridades gregas entenderam que o senhor Kokkinakis teria se valido de explicações artificiosas e meios enganadores para induzir uma vítima em situação vulnerável, devido ao baixo intelecto, à inexperiência e à ingenuidade. O réu, naturalmente, defendeu-se, arguindo que a sua conduta seria um exercício legítimo de liberdade religiosa, prevista no art. 9º da CEDH de 1950.

Depois de ouvidas as partes, houve condenação criminal por proselitismo, conforme definido na legislação grega. Entendendo haver violação de um direito, os fatos foram submetidos à apreciação perante a corte europeia que, enfrentando a questão, entendeu haver ofensa ao direito à liberdade de crença. A lei utilizada como fundamento para a decisão judicial, em verdade, tem por escopo a proteção da crença alheia de agressões que afetem a sua integridade, limites esses estabelecidos pela tolerância religiosa. No presente caso, foi utilizada como um meio coator, sendo completamente desproporcional e supressor da liberdade religiosa²⁹⁷.

Prosseguindo na análise, pertinente também é citar o caso Larissis e outros contra a Grécia. Foi verificado que três oficiais da Força Aérea Grega, Dimitrios Larissis, Savvas Manadlarides e Ioannis Sarandis, fiéis da Igreja do Pentecostes, foram acusados de proselitismo. Os fatos apurados pela justiça interna do país concluíram que os três militares agiram no interior dos regimentos das forças armadas e tendo como destinatários outros membros de patentes mais baixas, bem como a alguns civis num ambiente fora do regimento.

Após os trâmites processuais em todas as instâncias, os réus foram condenados por crime, segundo a legislação grega, motivando a queixa perante o TEDH, por violação do art. 9º da CEDH de 1950. O tribunal europeu, a princípio, mencionou o caso Kokkinakis enquanto paradigma para a defesa da liberdade religiosa, sem, contudo, interferir na soberania do Estado, questionando a validade da lei grega que faz restrições ao

²⁹⁷. Ibidem, p. 161-171.

proselitismo, mas apenas fornecendo diretrizes para uma aplicação em harmonia com o tratado de direitos humanos.

Sendo assim, o TEDH entendeu ser legítima a condenação pelo proselitismo destinado aos oficiais de patentes mais baixas no interior de estabelecimento sob administração das forças armadas, pois a superioridade hierárquica causava o chamado temor reverencial, limitando ou até mesmo anulando a autonomia da vontade dos destinatários. Porém, o mesmo não aconteceu quando a prática visou os civis, pois ela ocorreu em ambiente alheio ao domínio militar e os queixosos não estavam exercendo suas funções ou agindo em razão delas²⁹⁸.

Dessarte, conclui-se que, nos Estados onde há liberdade religiosa, mas consta simultaneamente restrição ao proselitismo, tal como a Grécia, é possível a aplicação harmônica dos dois institutos. Deve-se analisar as condições pessoais tanto do emissor como do destinatário, assim como o contexto em que ambos se inserem. Se algum desses elementos ensejar dificuldade, restrição ou impedimento no exercício o livre arbítrio do receptor, estar-se-á diante de um proselitismo impróprio, abusivo ou ilícito, violando a tolerância religiosa. Do contrário, será um proselitismo próprio, admissível ou lícito²⁹⁹.

2.2.O direito de igualdade no livre exercício da fé

O estudo ora desenvolvido induz que, ao tratar de liberdade e tolerância religiosas, é inevitável uma análise sobre o direito de igualdade, tendo em vista as muitas variantes num contexto dotado de pluralismo

²⁹⁸. Ibidem, p. 183-189.

²⁹⁹. Ibidem, p. 212-216. Não cabe ao Estado infantilizar os destinatários da prática de proselitismo, tal como ocorreu no caso Kokkinakis contra a Grécia, em especial quando o Poder Judiciário interno qualificou a receptora como ingênua, pessoa de baixo intelecto e inexperiente. A princípio, não se trata de uma violação dos limites impostos pela tolerância religiosa, devendo-se verificar, antes de qualquer tratamento diferenciado, se o destinatário possui capacidade de discernimento e pode livremente exercê-la no contexto onde é praticado o ato.

enquanto herança cultural da secularização e do desencantamento do mundo. Uma compreensão acerca desse instituto proporcionará um melhor embasamento para diferenciar o legítimo exercício de um direito de um ato ilícito.

A sua previsão consta não apenas no *caput* do art. 5º da CRFB/88, mas também expressamente no Art. I da DUDH³⁰⁰. Através da leitura desses dispositivos, existe uma presunção de condições equitativas entre indivíduos, determinados grupos e instituições às quais estejam ligados, inclusive religiões. No entanto, é óbvio que tal presunção é relativa, pois, numa sociedade pluralista em potencial, não se verifica uma homogeneidade, aflorando, ao contrário, muitas diferenças e, decerto, desigualdades por motivos fáticos, as quais merecem um tratamento jurídico adequado, conciliando as igualdades formal e material. Somente assim será aplicada a máxima prevendo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Realizando a precisa identificação desses e os motivos de suas condições díspares, previne-se o risco de se estabelecerem privilégios ou restrições arbitrárias³⁰¹.

A princípio, um tratamento diferenciado requer um traço específico inerente à própria pessoa beneficiária, mas esse não deve ser fator de singularização no momento presente e de caráter absoluto. A disciplina específica também não pode enaltecer um critério abstrato, mas sim uma situação jurídica existente em potencial para sujeitos futuros que, embora indeterminados ou indetermináveis, são identificáveis, mas não identificados. Cumulativamente, a regra, além de concreta, deve ser geral, sob pena de estabelecer preferência sobre indivíduos ou um certo grupo. Por fim, o diferenciador deve guardar uma justificativa lógica para a sua

³⁰⁰. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=EA1aIQobChMIsaGZga2q9QIVVgiRCh3vTgKzEAAYASAAEgJsJfD_BwE>. Acesso em: 15 jan 2022. Art. I:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

³⁰¹. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 11-19.

razão de existência, ou seja, a discriminação é positiva quando guarda nexos com o cumprimento de um propósito delineado³⁰².

Uma vez entendido os parâmetros que autorizam a aplicação de institutos em prol da igualdade material, cabe a análise da sua compatibilidade com liberdade e tolerância religiosas. Isso possibilitará uma conclusão mais segura de quando é insuficiente o mero enquadramento no instituto genérico da igualdade formal, justificando um tratamento diferenciado.

Analisando o caso *Larissis contra Grécia* e o julgado do STF tratando do adiamento de uma das etapas de um processo seletivo destinado à provisão de cargo público, concluiu-se pela existência de um fator diferencial apto a justificar o tratamento específico decorrente de igualdade material. No primeiro, restringindo-se ao proselitismo destinado a militares hierarquicamente inferiores e no interior do domínio das forças armadas, havia uma vulnerabilidade dos destinatários do ato, e o objetivo lógico era impor os limites da tolerância religiosa. No segundo, a alteração do cronograma seria para garantir uma forma peculiar do direito de manifestação, inerente à liberdade religiosa, que era a reserva dos sábados para cultos e orações, propósito esse atingível sem risco à atividade administrativa. Em ambos, não houve foco nos titulares do direito violado, mas sim na situação de desigualdade fática.

Quanto ao caso *Kokkinakis contra a Grécia*, o julgamento pelas cortes nacionais foi baseado em critério abstrato e com foco num sujeito em específico. Partiu-se da presunção de que a destinatária do proselitismo era pessoa vulnerável, qualificando-a como inexperiente, ingênua e dotada de baixo intelecto. Em verdade, a decisão, além de violar liberdade religiosa, contrariou também o Art. I da DUDH, que prevê igualdade entre indivíduos enquanto detentores de razão e consciência,

³⁰². *Ibidem*, p. 25-40. O autor, ao tratar da justificativa lógica, menciona a hipótese de afastamento remunerado de funcionários gordos para assistir a congresso religioso, vedando o direito aos magros. Não haveria qualquer lógica nessa diferenciação, pois o elemento fático de compleição corporal não guarda nexos com qualquer objetivo, seja o tratamento do excesso de peso ou a garantia da liberdade religiosa. No entanto, é possível restrição à candidatura para o serviço militar quando o candidato apresenta certo sobrepeso, pois incompatível com desempenhos físicos inerentes à função.

sendo um autoritarismo qualquer argumento em contrário sem embasamento fático. Nesse ponto, desnecessário qualquer tratamento diferenciado, sendo suficiente o instituto da igualdade formal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no presente trabalho, secularização e desencantamento do mundo foram processos que ensejaram mudanças nos aspectos político, econômico e epistemológico da sociedade, cuja inspiração decorreu da Reforma Protestante nos séculos XVI e XVII. O monismo cedeu lugar ao pluralismo, a magia à razão e a heteronomia dogmática de um modelo universal de vida boa à autonomia. Ao Estado não cabia mais fazer as vezes em assuntos decorrentes do espírito, pois a matéria em questão era de interesse alheio à sua competência e, portanto, inapreensível e inexecutável por autoridades estatais.

Apesar das rupturas de paradigmas, inquietações de caráter íntimo ainda subsistiram, e até subsistem, por causa da falibilidade humana, sendo preciso algo capaz de corrigir esse aspecto errôneo. Somente a religião seria apta nesse sentido, pois ainda enfrenta essa problemática, não pelo policiamento eclesiástico, mas enquanto entidade formadora de virtudes privadas. Por isso, buscando abranger as variantes de um ambiente pluralista, seu conceito foi definido como um conjunto de ideias sobre o homem e o mundo, com bases éticas, cognitivas e axiológicas, orientando o comportamento do indivíduo com caráter dogmático. Apesar da heteronomia, a submissão é voluntária, tendo em vista o exercício da autonomia individual.

Uma vez compreendidas as transformações desencadeadas por secularização e desencantamento do mundo, e entendido o conceito de religião, foram analisadas as definições de liberdade e tolerância religiosas, sendo enaltecidas as suas características. A primeira se consiste no direito do indivíduo de optar negativa ou positivamente pelo exercício

da fé. Caso a escolha seja positiva, outros direitos dela decorrem, pois inerentes à sua essência enquanto bem jurídico, a qual restaria inócua em caso de privação, e podem ter caráter individual ou coletivo. Quanto à segunda, trata-se da abstenção de perseguir, complicar, destratar ou criticar devido a alguma divergência que pode aflorar num ambiente pluralista, não necessariamente por deficiência de qualidades ordinárias à vida humana.

Sendo assim, liberdade tem dimensão vertical, envolvendo relação entre Estado e particular, e observá-la incumbe um recuo estatal, ou uma postura mais passiva, sendo-lhe reservado apenas a manutenção da ordem em sociedade e a garantia de outros direitos, observado o caso em concreto. Tolerância, por sua vez, possui uma dimensão horizontal, entre particulares, e a sua tutela em requer atuação proativa das autoridades, um dever de agir, conservando os direitos inerentes ao exercício da fé e apaziguando conflitos decorrentes das diferenças.

Foi verificado também a possibilidade de ambas existirem em Estados confessionais, pois haveria um relativo pluralismo, desde que respeitada a autonomia individual e fosse prevista a tutela do direito de minorias. Do contrário, caso a religião atuasse como uma agência reguladora da sociedade civil, caracterizar-se-ia um monismo, típico do controle exercido pela forense eclesiástica durante o medievo, período anterior à secularização e ao desencantamento do mundo.

Acerca do proselitismo, foi feito um estudo específico, por se tratar de um conjunto complexo de atos, seja em âmbito individual ou coletivo, com finalidade de persuasão de aderir à crença. A princípio, divulgá-la com intuito de atrair novos adeptos, enaltecendo-a em si, é inerente ao exercício da liberdade religiosa, sendo um proselitismo lícito ou próprio, respeitada a autonomia da vontade do destinatário. Todavia, isso não ocorre quando o praticante do ato se beneficia de alguma vantagem ou superioridade num determinado contexto, restringindo a autonomia individual alheia, tratando-se assim da forma ilícita ou imprópria.

Considerando toda essa análise, foi concluído que tanto liberdade e tolerância, com o adendo do proselitismo, devem ser estudadas segundo

o direito de igualdade. Num primeiro momento, existe uma presunção de capacidade de razão e discernimento de todos os indivíduos, habilitando-os ao livre exercício dos atos na vida civil, ao que se denomina igualdade formal. Tal presunção é elidida se houver elemento fático capaz de afetar esse equilíbrio e cause limitações a livre prática desses atos, exigindo assim um esforço de uma medida que não beneficie apenas indivíduos identificados no momento presente, mas identificáveis no futuro. Não satisfeito, a medida em questão deve guardar um nexo de lógica e eficiência entre o fator de desequilíbrio e o propósito de atenuá-lo. Somente assim será aplicado o instituto da igualdade material, evitando-se estabelecer preferências ou arbitrariedades incompatíveis com o estado democrático de Direito.

Concluiu-se que os institutos da igualdade formal eram satisfatórios na solução do caso Kokkinakis contra a Grécia, pois o destinatário do proselitismo estava em plena capacidade do exercício da autonomia. O mesmo não ocorreu no caso Larissis contra Grécia, pois foi verificada uma desigualdade entre emissor e receptor de proselitismo, pelo temor reverencial decorrente de superioridade hierárquica do ambiente militar, sendo sanável a questão através da igualdade material. Dessa forma, a igualdade não seria um direito das religiões em face do Estado ou mesmo entre si, mas também considerado fatores inerentes aos destinatários da prática de persuasão para se converter à fé.

Portanto, percebeu-se que o monismo típico do monopólio religioso sobre a sociedade não deixa margem para liberdade e tolerância religiosas, tal como ocorre nos Estados confessionais sem previsão do direito de minorias. No entanto, sociedades que assimilaram secularização e desencantamento do mundo abrem uma brecha nesse sentido, pois possibilitam o pluralismo essencial à suas razões de existência enquanto bens jurídicos.

Apesar do excesso de laicismo conduzir a um monismo às avessas, tal como a França com a vedação de uso de símbolos religiosos conspícuos, determinado grupo comunitário eventualmente restringido pela regra ainda busca a autoafirmação nesse cenário. Isso tão somente confirma o quanto Estados secularizados e desencantados tendem a um

ambiente mais favorável ao pluralismo, e esse é fundamental ao necessário surgimento de liberdade e tolerância enquanto atenuadores de conflitos de interesses.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan 2022
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 jan 2022
- BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/17716.htm>>. Acesso em: 17 jan 2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611.874 – DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RE_611874_b93fe.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEA067SMCVA&Expires=1642431793&Signature=ILBurCcl%2BiFhPvMWJmmsdMIazyw%3D>. Acesso em: 17 jan. 2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303 – RJ. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 17 jan 2022
- CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 15 jan 2022

- GUERREIRO, Sara. *As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2004
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIsaGZga2q9QIVVgiRCh3vTgKzEAAYASAAEgJsJfD_BwE>. Acesso em: 15 jan 2022
- RIVERA, Paulo Barrera. *Desencantamento do mundo e declínio dos compromissos religiosos: a transformação religiosa antes da pós-modernidade*. Disponível em: <https://www.academia.edu/52698879/Desencantamento_do_Mundo_e_Decl%C3%ADnio_dos_Compromissos_Religiosos_A_Transforma%C3%A7%C3%A3o_Religiosa_Antes_da_P%C3%B3s_Modernidade>. Acesso em: 27 out 2021
- VASCONCELOS, Sérgio Sezino Douets. LIMA, Hélio Pereira. *Entre o mito e o desencantamento: a religião em Weber, Adorno e Horkheimer*. Disponível em: <https://www.academia.edu/52698879/Desencantamento_do_Mundo_e_Decl%C3%ADnio_dos_Compromissos_Religiosos_A_Transforma%C3%A7%C3%A3o_Religiosa_Antes_da_P%C3%B3s_Modernidade>. Acesso em: 9 nov 2021
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 6ª ed. Antonio Flávio Pierucci. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

DIREITO À MORTE DIGNA E A AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Bruna Vaz del Blanco³⁰³

Palavras-chave: Direitos Humanos. Autodeterminação. Ponderação. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A morte é um tabu, principalmente em um Estado tão paternalista e conservador como o brasileiro, mas não deveria sê-lo, principalmente pelo fato de se tratar de um evento certo e inevitável. Durante a década de 70, houve um significativo desenvolvimento da medicina, proporcionando a evolução de diversas técnicas de tratamento e métodos de diagnóstico, o que gera o aumento da expectativa de vida da população. Entretanto, tal fenômeno tem amparo no conceito de vida quantitativa, muitas vezes deixando de lado a questão qualitativa.

O Título II da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais, sendo contemplados no caput do art. 5º direitos considerados invioláveis, dentre eles, o direito à vida. No entanto, é sabido que a análise dos direitos fundamentais, principalmente do direito à vida, deve ser feita sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, contemplado no art. 1º, III da Carta Magna como fundamento da República Federativa do Brasil. Com isso, surge o questionamento sobre a possibilidade de existência de um direito fundamental à morte digna para pacientes terminais ou em quadros médicos irreversíveis.

O objetivo deste trabalho é o estudo dos direitos fundamentais sob um prisma hermêutico-filosófico, questionando a possibilidade de

³⁰³ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. brunadelblanco@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/7459429458345098>

existência de direitos fundamentais implícitos, mais especificamente se haveria no ordenamento jurídico brasileiro um ‘direito fundamental à morte digna’, utilizando como base a teoria de Robert Alexy, com enfoque em seus ensinamentos acerca dos Direitos Humanos e Fundamentais, do instituto da ponderação e dos modelos de regras e princípios.

Buscou-se realizar este estudo através de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, na medida em que há necessidade de se tratar subjetivamente do tema proposto, analisando teórica e explicativamente os direitos fundamentais e sua construção em princípios.

Para isso, o trabalho foi dividido em quatro etapas: a primeira abordará brevemente o contexto histórico dos direitos humanos; posteriormente, tratar-se-á da inclusão de tais direitos ao ordenamento jurídico pátrio, passando a ser considerados direitos constitucionais fundamentais; em seguida, serão trazidos importantes conceitos bioéticos e jurídicos referentes ao fim da vida, e por fim, analisar-se-á a possibilidade de existência de um direito fundamental à morte digna em decorrência da contraposição dos direitos fundamentais à vida e à liberdade de autodeterminação.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

A Segunda Guerra Mundial foi um período de intensa degradação física e moral dos seres humanos, cuja motivação se deu por inúmeras questões como política, religião, cor, raça, etc. Tal momento histórico fora marcado por extremo autoritarismo, onde não havia espaço para conceitos como liberdade, dignidade, autonomia, igualdade e democracia.

Diante dessa grave situação vivida e seus diversos danos em variados contextos, no período pós guerra fez-se necessária maior proteção à integridade dos indivíduos, momento em que matérias como a dignidade da pessoa humana e Direitos Humanos ganharam forças. A liberdade e a dignidade passam a serem tratadas com mais

seriedade, a autonomia e a democracia ganham espaço e a igualdade é repensada. As barreiras do autoritarismo e todas suas limitações começam a ceder, abrindo espaço para o debate acerca de direitos individuais e sociais.

Trata-se, portanto, de uma grande evolução filosófica, social e jurídica, que possibilitou o avanço de diversos estudos e adequações indispensáveis ao ordenamento jurídico e à evolução da sociedade como um todo, concretizando a importância dos Direitos Humanos (ALEXY, 2014, p. 392-3).

Foram criados e alterados diversos tratados e documentos internacionais, dentre eles a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Ao analisarmos o documento, observamos uma evolução trazida por ele, que inclusive trata do conceito de liberdade. Vejamos:

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Vemos que o único obstáculo para o exercício do direito à liberdade seria a própria liberdade, nesse caso, a liberdade de um terceiro. Aqui valeria a máxima popular “minha liberdade termina onde a do outro começa”. Posteriormente, a respeito do mesmo tema, traz a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948:

Artigo 29, 2 - No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da

ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática

A referida Declaração foi marcante no processo de aperfeiçoamento dos direitos humanos, após as barbaridades cometidas durante o período de guerra, cujo processo de atualização continua até os dias atuais.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Alexy (2014, p.163-4) reforça as referidas modificações e a reestruturação de preocupações com questões até então preteridas no ordenamento jurídico alemão, trazendo como marcos históricos a queda do socialismo no mundo, em geral, e a Segunda Guerra Mundial. De acordo com o renomado autor, após esse período conturbado surge o Estado Democrático Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia e no Estado social.

Os Direitos Humanos passam a estar regulamentados na Carta Maior do Estado, e com isso, tornam-se Direitos Fundamentais, gozando de status constitucional e prioritário, o que significa dizer que tais direitos não só não podem ser invalidados por normas jurídico-positivas, mas também norteiam toda a interpretação e aplicação das mesmas. Uma vez que se encontram no topo do ordenamento jurídico, passam a deter eficácia irradiante para as demais normas e, conseqüentemente, maior força executória (ALEXY, 2014, p.165-6).

Merece atenção o alerta feito pelo renomado autor sobre a possibilidade de o Direito positivado não ser suficiente para garantir todos os direitos e proteções necessárias ao indivíduo. Sua teoria jurídica abre-se para a realidade social, buscando respostas fundamentadas e racionais para questões axiológicas, fenômeno que traz à baila a importância dos princípios para que se consiga êxito nesta empreitada.

Para Alexy, os Direitos Fundamentais são dotados de uma maior medida de abertura, cujo conteúdo vai além em extensão,

precisão e detalhamento do que o trazido expressamente no texto da Lei Maior, que é geral e abstrato (ALEXY, 2014, p.167-8). Com o pós-positivismo, a razão passa a ser dialógica e o sentido do texto legal torna-se precário e falível. Não é possível, via de regra, reproduzir a verdade dos fatos; pelo contrário: os fatos, do modo como serão percebidos, é que possibilitarão a criação de uma norma.

Partindo do pressuposto de que o texto é, então, uma arte alográfica (GRAU, 2013), fica clara a necessidade dessa complementação do enunciado normativo através da interpretação, possibilitando a captação do real sentido do texto e aplicação condizente ao caso concreto. Assim sendo, entende-se que a interpretação é atividade constitutiva, e não meramente declaratória. O texto legal servirá de orientação para que o juiz possa, através da subsunção, aplicá-lo da forma devida à realidade.

Interpretar um texto normativo significa optar por uma dentre várias interpretações possíveis, de modo que a aplicação seja aquela mais adequada, tendo em vista que não há apenas uma opção correta de entendimento. Neste mesmo sentido, podemos citar o grande mestre Aristóteles, quem ensina que “não [se deve] perseguir a exatidão da mesma forma no que diz respeito a todos os objetos [...], mas em cada caso do modo que o material dado permita” (ARISTÓTELES apud ALEXY, 2014, p.173).

Com isso, surge a problemática da necessidade de delimitação e regulamentação, pois a interpretação da matéria não é literal. Diversos Direitos Fundamentais surgem através da interpretação e da junção de enunciados gerais, e ao mesmo tempo, dois ou mais deles podem colidir em um caso concreto

3. CONCEITOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

Os estudiosos da área de bioética têm procurado determinar alguns conceitos relacionados ao final da vida e à autonomia nesse momento, e aqui se faz necessário analisar alguns conceitos importantes por eles elencados, bem como outros positivados em

nossa legislação.

A ortotanásia consiste em deixar a morte acontecer em seu tempo natural, sem combatê-la ou apressá-la, sendo primordial neste processo o cuidado paliativo, voltado a amenizar o sofrimento do enfermo através da utilização de métodos disponíveis para oferecer o máximo de conforto possível ao paciente no final de sua vida e evitar maiores danos (MARTEL, 2010, p.336-7).

A eutanásia, por sua vez, compreende a forma ativa, caracterizando-se por uma ação praticada por médicos a doentes cuja morte é inevitável, antecipando-a de forma benevolente devido ao intenso sofrimento do paciente (MARTEL, 2010, p.336-7).

Outro conceito relevante para o debate é o suicídio assistido, que versa sobre um auxílio, seja ele moral ou material, para que uma pessoa ponha fim à própria vida. Importante pontuar que, nesse caso, a ação é praticada pelo próprio indivíduo que deseja o fim de sua existência, como o próprio termo já esclarece.

Muitas vezes o termo é utilizado como sinónimo de suicídio medicamente assistido, no entanto, a equiparação é errônea, pois um é o suicídio praticado com a ajuda de um médico e o outro não. O suicídio medicamente assistido é feito pelo profissional que, intencional e voluntariamente, disponibiliza as informações ou os meios necessários para que o indivíduo possa cometer suicídio, incluindo aconselhamento sobre doses letais de fármacos ou até mesmo sua prescrição ou fornecimento.

O suicídio medicamente assistido também é comumente confundido com a eutanásia, porém, conforme já explicitado, na eutanásia quem administra o meio pela qual se dá a morte é o médico, enquanto no suicídio medicamente assistido é o próprio paciente. Em ambos os casos, é primordial que o enfermo tenha plenas suas capacidades mentais, expresse voluntária e repetidamente o desejo de morrer e requisite um meio de pôr fim à vida.

Já a distanásia diz respeito ao emprego de todos os métodos de tratamento disponíveis, ainda que desproporcionais, para gerar um

prolongamento artificial da vida do paciente incurável, ainda que isso significa agravar seu sofrimento.

No que concerne à responsabilidade penal na atual legislação brasileira, a eutanásia e o auxílio ao suicídio configuram crime, estando tipificados no Código Penal brasileiro. Quando da realização da eutanásia ativa, ou seja, aquela cujo pressuposto é uma ação, aplica-se a pena prevista para o crime de homicídio, mas com redução de pena caso reste claro que a motivação do agente foi impulsionada por forte e relevante valor moral, conforme disposição do Art. 121, §1º, CP.

Quanto à eutanásia passiva, que se resume à interrupção do tratamento realizada pelo profissional da área da saúde, aplica-se o previsto no artigo 135 do Código Penal, tipificação do crime de omissão de socorro. O crime relacionado ao suicídio resta tipificado no artigo 122 do Código Penal, sendo a conduta crimiosa ‘induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça’, conforme a letra da lei.

Nesta discussão vislumbra-se claramente os problemas da construção em regras apontados por Alexy, que aparecem, por exemplo, quando tratamos de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sem reservas. O autor toma como exemplo a liberdade de religião e proibiçã o opressão religiosa: se uma religião determina sacrifícios ou experimentos em seres humanos, não haveria o que fazer para evitar tais danos, pois estar-se-ia a violar o texto legal (ALEXY, 2014, p.187-8).

De outro lado, tratando-se da colisão de direitos e buscando evitá-la, existe a possibilidade de instituição de um reserva de lei ordinária, quando o legislador recebe o poder de interferir em um direito fundamental caso haja alguma exceção legalmente prevista. Neste caso, a disposição normativa garante o direito fundamental, mas estabelece cláusulas de exceção; por exemplo: garante-se o direito fundamental à vida ou à inviolabilidade corporal, mas coloca-se uma cláusula como ‘nesse direito só se pode interferir com base em uma lei’ (ALEXY, 2014, p. 187-8). Não é o que ocorre no caso da

eutanásia, pois a motivação de forte e relevante valor moral não é considerada uma exceção à proibição, mas tão somente uma circunstância de diminuição de pena.

A construção supramencionada é considerada problemática por Alexy, pois garante ao legislador demasiados poder e liberdade para a criação das exceções ou cláusulas de reserva, e daí emerge a possibilidade de uma nova via: a ponderação. Quando se usa um direito fundamental (no caso, a liberdade) para restringir outro (vida ou integridade corporal), cai-se em ponderação.

Os princípios norteiam a interpretação, sendo normas que determinam que algo seja feito na maior medida possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas – por isso, são considerados comandos de otimização *prima facie*, cuja construção é ampla e extensa.

A interpretação, sobretudo do direito constitucional, tem o caráter de um discurso, em que não são apresentados, através de um trabalho metodologicamente perfeito, enunciados absolutamente corretos e incontestáveis do ponto de vista técnico, mas sim afirmadas razões, razões opostas e, por fim, as melhores razões que devem decidir a questão (BVerfGE, 82, p. 30 e ss, *apud* ALEXY, 2014, p. 174).

A nossa própria Constituição Federal estabelece, no §2º de seu Artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

A constituição de 1988 elenca um rol de direitos fundamentais notadamente em seu artigo 5º, sem, contudo, como já discutimos, criar impedimentos para que existam outros direitos fundamentais para além desse dispositivo normativo. Também, lembramos, que não é possível afirmar

hierarquização prévia, in abstrato, entre direitos fundamentais, já que a aplicação dos mesmos somente pode se verificar caso a caso (GONÇALVES, 2014, p. 353).

Conjeturamos, assim, a possibilidade de surgimento *in concreto* de um novo direito fundamental em decorrência da contraposição de dois direitos conflitantes, através da ponderação baseada em princípios.

4. DIREITO À MORTE DIGNA

Passemos, portanto, ao questionamento proposto: seria possível vislumbrar a existência de um direito fundamental à morte digna? Com base no exposto, podemos refletir sobre a existência de direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos em leis, tratados e outros documentos jurídicos de força vinculante. Quando a Constituição admite a existência de direitos fundamentais decorrentes dos princípios por ela adotados, está a contemplar a possibilidade de surgimento de direitos como resultado da ponderação, no caso concreto.

Entram em choque, no caso proposto neste estudo, os direitos à vida e à liberdade de autodeterminação, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual, devendo ser ponderado o que deve prevalecer no caso concreto em questão. Assim sendo, é possível que desse conflito surja um direito fundamental à morte digna, levando em conta a situação concreta do indivíduo e sua capacidade de autodeterminação.

Martel bem pontua que é considerável o aparecimento de outros direitos e interesses a fim de impedir que o direito à vida se transforme em um insuportável dever à vida. A dignidade é o fundamento de valorização da vida, mas também pode ser fundamento para a morte com intervenção, buscando evitar um prolongamento irracional da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou reversão, contra a sua vontade ou de seus

responsáveis legais (MARTEL, 2010, p. 247).

Para esta construção, o princípio da dignidade da pessoa humana, contemplado no Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 como fundamento da República, detém um papel deveras relevante, conforme elucida o Ilmo. Ministro Barroso:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral tanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2012, p.64).

Gonçalves enuncia ser o referido princípio dotado de normatividade jurídica, sendo inclusive este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como derivação da fórmula do imperativo categórico de Kant, que defende a proteção de toda pessoa como sujeito de direitos e como fim em si mesma, nunca como meio para obtenção de metas estipuladas por terceiros (GONÇALVES, 2014, p. 353).

Levando em consideração o avanço da medicina e suas tecnologias, que possibilitam o prolongamento da vida mesmo para pacientes terminais ou comprometidos por um vasto período, Dworkin (2003) se atenta à problemática da dignidade nesse processo. A manutenção artificial de uma vida, muitas vezes, compreende tratamentos invasivos e uma baixa qualidade de vida para o enfermo, medidas questionáveis quando avaliadas sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, abre-se uma nova questão extremamente complexa: a conceituação de dignidade e sua ligação com a pessoa. Em sua obra “O Ser e o Tempo”, Heidegger deixa clara a diversidade do Ser, o intitulado *Dasein*, explorando a questão da fenomenologia. O autor nos ensina que nenhum conceito pode ser tido como absoluto, uma vez que a ótica dos indivíduos jamais será idêntica, ainda que diante da mesma situação, tendo em vista que suas vivências não foram idênticas e jamais serão (HEIDEGGER, 2008, p. 324-5).

Levando isso em consideração e interpretada como princípio, a dignidade não pode ser entendida como um conceito de caráter absoluto, mas sim como uma cláusula aberta que admite inúmeras interpretações.

Seu conceito pode, portanto, variar de indivíduo para indivíduo; o que é digno para X pode não ser digno para Y e vice-versa, e é isso o que nos diferencia como seres humanos: as diversas personalidades formadas de acordo com as experiências.

Dworkin analisa os argumentos contrários às práticas de eutanásia e suicídio assistido, mostrando que se baseiam, majoritariamente, em fundamentos religiosos que defendem a valorização da vida como um bem supremo. Vemos, portanto, que a problemática e as divergências têm origem nas diferentes concepções do valor da vida para um ser humano e seu valor universal inerente.

Ao longo desse livro, uma das minhas principais afirmações tem sido a de que existe tanto uma interpretação secular quanto uma interpretação religiosa da ideia de que a vida humana é sagrada. Os ateus também podem sentir, instintivamente, que o suicídio e a eutanásia são problemáticos porque a vida humana tem valor intrínseco. Esses dois fatos – que os grupos religiosos se dividem quanto à eutanásia e que a santidade tem uma dimensão secular – sugerem que a convicção de que a vida humana é sagrada pode acabar fortalecendo um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela (DWORKIN, 2003, p. 276).

Ainda sobre a fundamentação dos argumentos contrários, invoca-se que a proibição de determinadas medidas leva em consideração questões como: a necessidade de proteção a pessoas vulneráveis e depressivas que podem ser tratadas, dores e sintomas controláveis, pressões externas e eventuais abusos, dentre outros (GODINHO; HOGEMANN, 2018, p. 497-8). Todos os pontos são deveras válidos e dignos de atenção, e é por isso que se faz inquestionavelmente um acompanhamento psicológico durante todo o processo de diagnóstico, tratamento e tomada de decisão informada.

O respeito à pluralidade de crenças e valores revela íntima ligação com a liberdade e a democracia, devendo o Estado manter a neutralidade diante de determinadas questões e evitar influências (por exemplo, religiosas) no âmbito governamental.

Apesar disso, é importante ter em mente que o Estado brasileiro é laico, pressupondo uma separação entre Igreja e Estado, o que significa

dizer que não há determinações religiosas na ordem política e social do país, inclusive na legislação pátria.

Na prática, entretanto, a laicidade enfrenta alguns desafios. Ainda há, em alguns momentos, influência religiosa em nosso ambiente democrático e nos debates sociais brasileiros, desrespeitando-se a laicidade proposta, o que se dá pelo fato de o Brasil ser um país majoritariamente crente.

O Estado propõe-se a ser laico, todavia, as inconsistências da laicidade absoluta se revelam ao passo que em um sistema democrático a vontade popular é predominante – vontade popular se entende como aquela que é compartilhada pela maior parcela da população. Assim, com essa hegemonia sócio-religiosa que possuímos, é possível afirmar que hora o país será gerenciado/legislado de maneira mais tendenciosa aos valores de determinada religião, outrora pelos de outra (VIEIRA DE SOUZA, 2019).

Por mais que seja desafiador para os governantes que possuem suas crenças despirem-se das mesmas no espaço público, seria equivocado considerar aceitável a imposição de determinadas convicções a todos os indivíduos da nação. O Estado brasileiro propõe-se a ser laico e isso deve ser observado na prática, cabendo a cada um refletir e decidir sobre as batalhas que deseja ou não travar, com base em seus conceitos subjetivos e suas interpretações de determinada situação.

Recentemente, em dezembro de 2021, a Áustria legalizou o suicídio assistido após a Justiça considerar a proibição da prática como um ato de violação de direitos humanos. Apesar da grande oposição religiosa manifestada por diversos bispos do país, o parlamento aprovou por maioria a legislação, que prevê diversos requisitos para a autorização da prática, dentre eles: idade mínima de 18 anos, terminalidade ou permanência da condição debilitante, oitiva de ao menos 2 (dois) médicos sobre o caso e período de reflexão entre a tomada da decisão e a prática (ISTOÉ, 2021).

De forma a prevenir abusos e proteger vulneráveis, a lei aplica-se somente a adultos que, comprovadamente, tenham autonomia para a decisão. Dessa forma, crianças e pessoas que sofrem de alguma

vulnerabilidade na saúde mental não podem se valer da legislação (ISTOÉ, 2021). Além disso, a pessoa deve formalizar sua manifestação de vontade mediante registro perante um órgão oficial, com assistência de advogado ou notário, procedimento similar ao que temos designado como testamento vital no Brasil.

Outros países da Europa também já descriminalizaram o suicídio assistido, como Bélgica, Holanda, Espanha e Luxemburgo. Na França e na Alemanha, a prática foi aprovada por decisão judicial, mas ainda não está regulamentada. Resta clara a possibilidade de conciliação entre garantir o direito à morte digna para pacientes terminais ou em quadro médicos irreversíveis e proteger vulneráveis de tomadas de decisões precipitadas ou influenciadas por um quadro de saúde mental debilitada.

Para Camus, “só existe um problema filosófico realmente sério: o suicídio. Julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida é responder à pergunta fundamental da filosofia” (CAMUS, 2019, p. 9). Em O Mito de Sísifo, o filósofo explora o tema, utilizando-se do absurdo para refletir sobre a existência humana.

Segundo ele, a decisão pelo fim da vida relaciona-se também à ausência de esperança, ainda que seja difícil especificar o momento exato em que a decisão se consuma no interior do indivíduo, uma vez que é uma soma de fatores.

“(…) se é difícil fixar o instante preciso, o percurso sutil em que o espírito apostou na morte, é mais simples extrair do gesto em si as consequências que ela supõe. Matar-se, em certo sentido, e como no melodrama, é confessar. Confessar que fomos superados pela vida (...)

Morrer por vontade própria supõe que se reconheceu, mesmo instintivamente, (...) a ausência de qualquer motivo profundo para viver, o caráter insensato da agitação cotidiana e a inutilidade do sofrimento (CAMUS, 2019, p.10).

O autor faz um retrato do mundo em que vivemos e do dilema enfrentado pelo homem contemporâneo após o triunfo da violência e da injustiça, retomando ilustrativamente o mito de Sísifo, condenado pelos deuses a empurrar incessantemente uma pedra até o alto da montanha, de onde ela tornava a cair, tornando vão todo seu esforço até então despendido e anulando toda e qualquer esperança.

Sísifo é o herói absurdo. Tanto por causa de suas paixões como por seu tormento. Seu desprezo pelos deuses, seu ódio à morte e sua paixão pela vida lhe valeram esse suplício indizível no qual todo ser se empenha em não terminar coisa alguma. É o preço que se paga pelas paixões dessa terra (CAMUS, 2019, p.138).

Seria o prolongamento artificial da vida a pedra na montanha dos doentes terminais e em quadros irreversíveis? Por que não poderia esse paciente optar pelo fim da vida para dar cabo ao sofrimento, por ele considerado o oposto de uma vida digna? Considerando a perspectiva de dignidade correlacionada à individualidade sugerida por Heidegger, certo é que a ninguém mais cabe a decisão e a reflexão acerca da vida, senão ao seu titular.

Primordial se faz uma rede de apoio de pessoas queridas e suporte profissional, no entanto, a palavra final deve ser sempre do paciente, de forma a possibilitar o sopesamento entre vida e liberdade pelo mesmo, observando o caso concreto. Conforme já explicitado anteriormente, para Alexy este é o ponto chave da construção dos Direitos Fundamentais, uma vez que a colisão de direitos no plano real é inevitável e a ponderação dos mesmos seria a solução.

Reforça-se o ensinamento do autor de que nenhum direito se sobrepe a outro no plano abstrato, motivo pelo qual é importante que se dê espaço para questões como esta, ditas polêmicas, a fim de que possamos refletir e instigar o debate para buscarmos uma constante adaptação do Direito à realidade social atual, concretizando os direitos fundamentais da melhor forma possível em cada caso.

5. O DILEMA NO CINEMA

Inúmeras produções cinematográficas já abordaram o dilema: Uma prova de amor, Como eu era antes de você, Menina de Ouro, A Despedida e mais recentemente *Tout s'est bien passé*. Nesta produção francesa, François Ozon retrata Andre, um senhor de 85 anos de idade que subitamente sofre um AVC e se vê preso a uma cama de hospital durante meses, doente e com parte do corpo paralisado. Em grande sofrimento e dependente de ajuda da família ou da equipe médica para as tarefas simples do cotidiano, o senhor pede à filha que o ajude a pôr fim à sua vida.

Emanuelle, por óbvio, se vê em um sério dilema, mas decide honrar o pedido do pai e inicia pesquisas para conseguir o direito a uma morte assistida e indolor para ele. Durante as buscas da filha, o filme retrata as dificuldades legais e as burocracias que o assunto envolve. Após muitos entraves, a família, dotada de significativo patrimônio, consegue vaga em uma clínica na Suíça, onde a legislação acerca do suicídio assistido é mais branda que em seu país, França.

Ao tomar ciência de todo o complicado processo que a filha precisou enfrentar para atender seu pedido, Andre questiona “como as pessoas comuns lidam com isso”. Pessoas comuns, neste caso, sendo aquelas que não possuem recursos financeiros suficientes para tomarem o caminho de irem a outro país para morrerem com dignidade e pagarem pela assistência médica nesse momento tão delicado. A resposta de Emanuelle ao questionamento do pai é sutil e forte: “elas apenas esperam pela morte”.

Levanta-se, assim, uma outra problemática acerca da proibição de tais práticas: a quem essa proibição é dirigida e eficaz? É sabido que pessoas com determinadas condições não serão impedidas de realizar determinado ato pela simples proibição legal; quem pode, acha uma rota alternativa, conforme retratado na produção de Ozon. Seria justo as pessoas que não possuem tal privilégio simplesmente terem que aguardar a morte em sofrimento?

O filme aborda com perfeição o tema tão controverso, utilizando pequenas simbologias do cotidiano e mostrando respeitosamente que a morte é inerente à existência humana; apesar de tudo, a vida continua e

todos têm seus afazeres e demais preocupações. Dessa forma, buscou-se quebrar o tabu com que o final da vida é tratado, independentemente de tempo e espaço.

A sutileza com que os últimos momentos são retratados é leve e tocante: o último encontro com o neto, o último jantar, o último abraço... Ao final, deixa-se o questionamento: quais os verdadeiros objetivos e ganhos em se forçar um enfermo irreversível e em sofrimento a continuar nessa condição, contra sua vontade?

Retomando os ensinamentos de Heidegger acerca da hermenêutica e da diversidade da existência humana, deve-se sempre ter em mente que as visões de mundo de cada indivíduo são formadas com base nas experiências por ele vividas, em um processo infinito e único que molda sua identidade e sua interpretação dos conceitos com que se depara.

Dessa forma, se o conceito de dignidade humana deve ser tido como abstrato, que varia de Ser para Ser, e sendo o mesmo um princípio constitucional presente em nosso ordenamento, inclusive como fundamento da República, percebe-se que a liberdade é primordial para sua concretização. Cabe ao indivíduo, gozando de tal liberdade, refletir sobre o que o referido conceito significa para si e como a dignidade pode ser alcançada.

Conforme já explicitado com base na teoria de Alexy, no caso dos pacientes em quadros graves e irreversíveis ou terminais, estão envolvidos diversos direitos fundamentais como vida, dignidade, integridades física e psíquica e liberdade. Inevitavelmente tais direitos colidirão, de formas diversas a depender do caso concreto, e para a solução desse problema têm-se a ponderação.

Se para o paciente, feita a ponderação dos direitos, valores e princípios em questão, surgir a morte assistida como resposta para o impasse da concretização de sua dignidade, não cabe ao Estado interferir nessa decisão, mas sim dar o devido respaldo para que seja tomada de forma sã, informada, refletida e segura, garantindo ao cidadão todo o suporte legal, médico e psicológico necessário.

CONCLUSÃO

Com este estudo pudemos perceber que a classificação dos princípios como norma jurídica é amplamente aceita nos ordenamentos contemporâneos, enquadrando-se na visão pós-positivista, a qual reconhece a existência de conteúdos jurídicos não positivados explicitamente nas legislações. Vislumbramos ser viável a utilização de um direito fundamental para restringir outro, tratando-se da ponderação sob a ótica de Robert Alexy, exercendo os princípios papel de norteadores da interpretação no caso concreto.

Feita esta análise, concluímos que a partir do conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade de autodeterminação, é possível verificar *in concreto* o surgimento de um direito fundamental à morte digna, utilizando na referida ponderação os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual, levando em consideração a situação concreta do indivíduo e sua capacidade de autodeterminação, podendo o paciente em estado terminal ou em quadro médico irreversível decidir como prosseguir – ou não – com seu tratamento.

Apesar de delicado e polêmico, o assunto é importante e o debate deve ocorrer em diversos cenários, sendo certo que diversos países já consideraram a proibição da eutanásia e do suicídio assistido como um ato de violação de Direitos Humanos e procederam a adequações em seu arcabouço jurídico de forma a remediar o problema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed.: Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40).

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. 1 Ed. São Paulo: Fórum, 2012.

- BRASIL. Código Penal de 1940. Vade Mecum 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAMUS, Albert. **O Mito de Sísifo**. Tradução: Ari Roitman, Paulina Watch – 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- DWORKIN, Robert. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GODINHO, Adriano Marteleto; HOGEMANN, Edna. **Entre a vida e a morte: a questão da eutanásia e o pensamento de Ronald Dworkin** in Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana – 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6.Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2008.
- ISTOÉ. **Áustria legaliza suicídio assistido**. Deutsche Welle: Dezembro, 2021. Disponível em: < <https://istoe.com.br/austria-legaliza-suicidio-assistido/>>. Acesso em 05/01/2022.
- MARTEL, Letícia de Campos. **Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Universidade do Estado Do Rio De Janeiro - Centro De Pós-Graduação em Direito. Rio de Janeiro, 2010.
- SOUZA, Leonardo Vieira de. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. Justificando, 2019. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em 05/01/2022.

ENTRE CONSTITUCIONALISMO E ESCRAVIDÃO: A ORDEM POLÍTICA DO BRASIL OITOCENTISTA

Daniel Machado Gomes³⁰⁴
Tiago da Silva Cicilio³⁰⁵
Raphaella Abud Neves³⁰⁶

Palavras-chave: liberalismo; Machado de Assis; Memórias Póstumas de Brás Cubas; igualdade formal.

INTRODUÇÃO

No século XIX, a ordem político-jurídica brasileira repousava sobre a contradição de ser regulada por uma constituição que assegurava liberdades individuais e a igualdade formal, ao mesmo tempo em que a sociedade convivia com a escravização. Esse quadro implicou em consequências que se estendiam por diferentes campos da vida política e que se traduziram na precariedade dos direitos daqueles que eram então chamados de “*peçoas de cor*” – pretos e pardos, ainda que não fossem escravizados. O presente texto tem o objetivo de expor a incoerência que residia na fragilidade da experiência de liberdade dessa parte da população no Brasil oitocentista, em que pese o fato de a Constituição de 1824 preconizar a igualdade formal a todos os brasileiros. O estudo se justifica na medida em que colabora com uma compreensão mais ampla sobre a história do constitucionalismo liberal e sua absorção no sistema imperial brasileiro.

³⁰⁴ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), daniel.machado@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>.

³⁰⁵ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/RJ; bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis/RJ; lattes:<http://lattes.cnpq.br/1634337283930907>.

³⁰⁶ Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), raphaelaabud@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/9209817417639271>.

O texto empregou metodologia qualitativa, histórica e dedutiva, considerando os métodos próprios da Nova História e da História Social. Nesta ótica, surgem novos paradigmas para a historiografia jurídica que podem auxiliar uma melhor compreensão do direito enquanto fenômeno contextualizado na época a qual ele pertence (HESPANHA, 1986, p. 33). Para as respectivas fronteiras conceituais, usou-se os preceitos da história dos conceitos de Koselleck (1997, p. 93), já que conceitos não têm conteúdos estáveis, sendo possível analisar uma história dos conceitos que pode auxiliar na compreensão do presente por meio do estudo do passado. Além disso, a abordagem dedutiva e qualitativa do tema se deu eminentemente pela investigação em livros e artigos de periódicos.

O artigo que segue está dividido em três partes. A primeira descreve o impacto da exigência do registro civil em 1852, contextualizando a experiência de liberdade de pretos e pardos (*pessoas de cor*) durante o Brasil Império. Na sequência, a segunda seção prossegue delineando os aspectos definidores da ordem político-jurídica moderna que repousava sobre o constitucionalismo liberal adotada pelo Brasil na Carta Imperial de 1824. O texto discorre sobre as peculiaridades que o constitucionalismo assumiu ao ser transplantado para o solo brasileiro juntamente com o liberalismo e seus desdobramentos nos campos social, econômico e político, indicando a importância fundamental das ideias liberais na formação de quadro teórico de sustentação do Império.

Ao final, a partir de uma interpretação do romance *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, de Machado de Assis, retoma-se a questão da incongruência da permanência da escravidão em meio a uma ordem constitucional liberal que reconhecia direitos e garantias individuais. Considerado uma obra prima da literatura nacional, o romance machadiano pode ser entendido como metáfora das contradições presentes na sociedade brasileira oitocentista, que buscava conjugar forças políticas aparentemente antagônicas como o constitucionalismo liberal e os interesses de contrabandistas de africanos e proprietários de gente ilegalmente escravizadas.

1. O GRANDE MEDO DE 1852

Em *A Força da Escravidão*, Sidney Chalhoub descreve a situação que ficou conhecida como “o grande medo de 1852”. Naquele ano, devido à escassez de informações precisas e confiáveis sobre a população, o governo brasileiro editou dois decretos visando melhorias para a administração e o exercício do controle estatal, que renderam efeitos sociais inesperados. Ficava então determinado que todo nascimento deveria ser registrado, apontando-se no ato registral grande quantidade de dados pessoais, como, por exemplo, se a pessoa nascida era livre ou escravizada. Estabelecia-se também a obrigatoriedade de certidão de óbito, para que fossem feitos os enterros.

Sem a certidão de nascimento, o clérigo estaria impedido de realizar o batismo do nascido. Sem certidão de óbito, os sepultadores não poderiam enterrar quem quer que fosse nos cemitérios públicos. No entanto, pairavam desconfianças sobre a obrigatoriedade das certidões de nascimento e de óbito que acabaram se traduzindo em manifestações populares contrárias à exigência e às penalidades para quem não tivesse o documento, conforme Chalhoub menciona (2012, p. 13). Então, ao invés do cumprimento dos decretos, uma insurreição popular tomou conta das ruas no ano de 1852, vertendo-se em calamidade pública.

Chalhoub (2012, p. 18) indica que o povo acreditou no boato de que as medidas governamentais tinham por finalidade a escravização de “pessoas de cor” e isso fez com que grande parcela da população fosse contrária às iniciativas, se levantasse em protesto e impedisse sua execução. A “população agiu de forma deliberada para obstar a entrada em vigor da exigência dos registros”, por isso igrejas foram invadidas e padres impedidos de lerem os decretos, porque eram eles quem anunciavam as leis; juízes e escrivães ameaçados e coagidos a não cumprir; as polícias desarmadas e trancafiadas; e as autoridades que puderam, correram em debandada (CHALHOUB, 2012, p. 14-15).

Os motins duraram semanas, juntaram classes e inverteram as hierarquias sociais até que os ânimos se acalmaram depois da revogação das obrigatoriedades de registro civil e com a interrupção dos planos de recenseamento geral. Mas até ali o governo não sabia o motivo das

reações populares. O ministro da justiça Eusébio de Queiroz depositou seus achismos no partido liberal, dizendo ser os liberais culpados de incitar a multidão para implementar seus ideais. Outros acreditaram que seria uma revolta por causa da dificuldade em sair do campo para ir às repartições que ficavam na capital, eram elas quem emitiriam as certidões. Entretanto, a questão do boato foi confirmada por pesquisa ministerial que levou o ministro Mont’Alegre a reconhecer que as *gentes de cor* livres se levantaram por medo de serem reduzidas ao cativeiro.

O medo da escravização provinha da condição de suas liberdades individuais que, mesmo sendo um direito constitucionalmente garantido, eram fragilizadas, precarizadas. Essa parte da população tinha sua vida pautada pelas constantes ameaças do jugo escravista. Uma realidade que se relaciona com os efeitos e reações à proibição do tráfico internacional e nacional de escravizados, segundo identificou o juiz de direito de Pernambuco em mensagem ao presidente da Província em 6 de janeiro de 1852 (CHALHOUB, 2012, p. 20).

Na primeira metade do século XIX, esforços internacionais capitaneados pela Inglaterra miravam a descontinuidade do tráfico transatlântico de africanos. Neste contexto de pressão, Brasil aderiu formalmente às normas supranacionais antiescravistas e na década de 1830 adotou uma legislação que proibia o tráfico de africanos. Entretanto, ao censurar tal prática, o Estado brasileiro só fez mudar o *status* do tráfico de legal para ilegal, porque a introdução e comercialização de escravizados continuou. Pior, ao invés de diminuir ou acabar com o negócio ilegal e desumanizante, coincidiu com um salto da recorrência. Algo que teve um efeito perverso sobre as *pessoas de cor* livres e libertas ou alforriadas, que entraram na mira dos traficantes, ‘fazendeiros’, ‘latifundiários’, autoridades públicas, às vezes todos em conluio.

Um grande comércio interno ilegal de pessoas pretas e mestiças se formou inclusive com sequestro e venda de crianças. Chalhoub (2012, p. 263, 294-296) explica que esses grupos exploradores criaram inúmeros mecanismos e estratégias para fragilizar as estruturas antiescravagistas e, simultaneamente, buscaram blindagens para contrapor investidas legalistas ou punitivistas. Essas blindagens aconteciam em muitos

âmbitos, no legislativo não faltaram propostas para revogar a proibição do tráfico e/ou a anistia dos escravistas e traficantes e contrabandistas. Os mecanismos e estratégias eram, por exemplo, a emissão de certidões de nascimento que serviam de “título de propriedade”; alforrias ainda mais tecnicamente frágeis e facilmente revogáveis; simulações de morte dos escravizados chegados no Brasil, os quais eram ‘rebatizados’ com a identidade de outro escravizado; o atraso dos desembarços aduaneiros dos ‘navios negreiros’ atracados no litoral brasileiro; entre outros. Assim se estabeleceu uma rede de corrupção que envolvia traficantes, juízes, polícia e ministérios de Estado.

Segundo a obra *A Força da Escravidão*, esse cenário se radicalizou mais com a manutenção do mercado aberto na cidade, onde as pessoas escravizadas eram vendidas ou submetidas a trabalhos públicos forçados. Além disso, a situação se agravou com política empregada por Eusébio de Queiroz que, enquanto chefe de polícia, fundou a instituição sob a égide do seguinte preceito: um preto é escravo até que se prove o contrário. Presumia-se que pessoas pretas e mestiças não eram livres, se estivessem na rua “fora de hora” seriam presas, por motivos próprios ou sem qualquer motivo aparente. Quando presas, a polícia publicizava sua prisão para que seu “dono” aparecesse e a recolhesse. Não aparecendo o suposto dono, as pessoas presas passavam a servir à burocracia, ao Estado, nos mais variados serviços, até que fossem leiloadas e “retornassem” à propriedade de um ‘cidadão de bem’.

Este, portanto, é o quadro mais amplo que escancara o que se chama aqui de contradição, ou seja, a produção e manutenção de experiências de não liberdade e escravização de grande parte da nação, juntamente, com uma estrutura que proporcionava a impunidade dos abusadores e a perpetuação dos seus abusos, dentro de uma ordem político-jurídica pautada pelo constitucionalismo liberal. Em outros termos, embora a Carta constitucional outorgada em 1824 garantisse a liberdade como direito fundamental e preconizasse a igualdade formal a todos os brasileiros, pretos e pardos livres e libertos vivenciavam uma experiência precária de tais direitos na prática, como revela o “grande o medo de 1852”.

2. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL BRASILEIRO

O constitucionalismo liberal é uma doutrina que se assentou em solo brasileiro com a Revolução do Porto de 1820, movimento que legou paradigmas de liberdade política e individual, cujos desdobramentos tiveram grande importância na formação do quadro político-jurídico de sustentação da monarquia constitucional brasileira. Como ensina Bobbio (1998, p. 247), a doutrina oitocentista do constitucionalismo liberal consiste em uma “técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”. A consistência dessa técnica pressupõe a ideia segundo a qual haveria necessidade de traçar princípios ideológicos basilares para que o Estado pudesse garantir sua finalidade última: o ideal das liberdades individuais.

Dentre os princípios basilares do constitucionalismo, destacam-se o poder constituinte do povo, que possibilitou à população reorganizar o Estado e haurir o seu poder político por suas próprias vias; o estabelecimento de direitos individuais naturais, inalienáveis e imprescritíveis; e a consolidação de um governo capaz de salvaguardar esses direitos, o que significava dizer uma organização com separação dos poderes e os freios e contrapesos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – um dos principais instrumentos político-jurídicos que nos oportunizou enxergar a nós mesmos como titulares de direitos individuais na modernidade (PALIOLOGO *et al*, 2018, p. 36) – deixa isso claro, posto que no artigo 2º menciona que a associação política tem por finalidade a conservação de direitos naturais e imprescritíveis do homem – ou seja, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Já o artigo 16 preconiza que não tem propriamente uma constituição uma sociedade que não assegure nela direitos fundamentais e determine a separação dos poderes.

Como se pode perceber, tal reestruturação parte da hipótese contratualista, rompendo com o direito divino e com demais princípios legitimadores do Antigo Regime, para fundar um novo arranjo sociopolítico, cuja criação é consensual e voluntária de homens livres e

iguais que, por meio de representantes investidos na função constituinte, determinam as regras essenciais para a perfeita estruturação do Estado, as quais são fixadas num documento escrito, encarnando o contrato social (BOBBIO, 1998, p. 61). Por isso, está correto afirmar que o constitucionalismo moderno significa a junção entre a divisão horizontal (entre os poderes políticos) e vertical (federalismo) dos poderes para frear o arbítrio e o estabelecimento do governo das leis e da racionalidade do direito, ao invés do governo do homem e do mero poder (BOBBIO, 1998, p. 248).

Nesse contexto, a lei se revela a expressão máxima de toda a autoridade, emanada por um poder independente que é delegado por meio de convenção livre dos destinatários do poder supremo: o povo. Tal modelo político-jurídico se arquiteta em consonância com os princípios e mecanismos montesquianos preconizados em *Dos Espíritos da Lei*, configurando partes do instrumental capaz de tonar um Estado livre. Ocorre que, mesmo seguindo o ideário constitucionalista, a experiência política revelou brechas que possibilitavam a usurpação do poder, a opressão dos indivíduos, a desarmonia entre os poderes e a concentração de prerrogativas.

A limitação do poder proposta pelo constitucionalismo consistia numa das diferenças intrínseca entre a monarquia absolutista e a constitucional, conforme se percebe pelas ideias formuladas pelo francês Benjamin Constant, que influenciaram profundamente o modelo constitucional de 1824. Enquanto no absolutismo “o monarca pode substituir em sua ação a ação dos demais poderes”, na monarquia constitucional os poderes políticos “não podem ultrapassar os limites fixados pela própria constituição” (CONSTANT, 2014, p. 19). O constitucionalismo procurava impedir que um dos poderes se tornasse predominante no sistema, abusando das suas prerrogativas e oprimindo o povo.

Segundo Constant, era necessário um poder neutro para moderar o sistema, pois a história revelava que a ausência desta instância revestida de atribuições especiais para a guarda do sistema desaguava em despotismos e tiranias, ou em autoridades que se juntaram em coalisão

para formar supremacia, não restando qualquer mecanismo ou estratégia para os impedir os detentores do poder de fazerem o que quisessem. Assim, Constant desenvolveu uma estrutura de governo com poderes limitados e princípios aptos a lidar com a usurpação. Trata-se do poder real ou neutro atribuído a um seguimento reconhecido como superior na estrutura estatal, que atua na contensão dos demais poderes – uma espécie de âncora.

A função do poder neutro era velar pela liberdade, a fim de se evitarem possíveis abusos decorrentes da quebra na harmonia no sistema. Segundo a teoria de Constant, este poder nunca agia em relação aos indivíduos, mas tinha atribuições suficientes para evitar alargamentos de um ou mais poderes políticos sobre os demais, bem como impedia quaisquer abusos e, conseqüentemente, barrava as investidas que resultariam em opressão do povo.

As ideias de Benjamin Constant serviram de inspiração para a estruturação do sistema constitucional que vigorou durante todo o período imperial brasileiro. Enquanto nação independente, o Brasil nasce como um Estado moderno que consubstanciou num documento escrito, superior as demais leis, as funções essenciais clássicas (o executivo, o legislativo com duas câmaras e o judiciário), um poder neutro, chamado moderador, e as garantias individuais, como as liberdades. Vale ressaltar que o poder moderador era atribuído ao imperador para atuar como árbitro do sistema político, mantendo cada um em sua devida circunscrição constitucional e velando pelas liberdades dos cidadãos. Este regime misto de monarquia constitucional situava-se entre o despotismo do governo e a anarquia das massas, sendo considerado uma das formulações mais modernas e liberais daquele momento.

O Estado moderado, liberal e garantidor de direitos fundamentais desenvolve-se na esteira do liberalismo, fenômeno histórico complexo de definir que abrange uma infinidade de vertentes, como é o caso da jurídica, da política e da social. Norberto Bobbio ensina que a concepção liberal do Estado tem como ponto de partida o célebre discurso de Benjamin Constant, *A Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos*” (1998, p. 323). Na obra, Constant confronta a democracia direta dos

antigos – que vigorou em Atenas – com a democracia representativa dos modernos, empreendendo um esforço para caracterizar a liberdade moderna como essencialmente privada.

A diferença entre as formas de democracia dos antigos e dos modernos caracterizava-se, fundamentalmente, pela relação entre as pessoas e o Estado. Na modernidade essa relação tinha como fim a promoção e o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo, tudo que pudesse ser praticado ou compreendesse sua liberdade individual. Assim, a concepção moderna manifesta-se concretamente nas liberdades civil e política, sendo que essa segunda em grande medida exercida por representantes. Nesse sentido, a democracia moderna difere da democracia dos antigos, na qual a liberdade significava especialmente a participação direta nas decisões que dissessem respeito à sociedade ou ao Estado, como, a produção de leis, a declaração ou não de guerra, o julgamento das pessoas. Esta é a liberdade propriamente política, a qual se tornou impraticável na modernidade, até danosa, por isso exercida por meio de delegados.

No que tange à vertente política, Bobbio menciona que o liberalismo se apresenta “como defensor das autonomias e das liberdades da sociedade civil, ou seja, daquelas camadas intermediárias, mediadoras entre as reais exigências da sociedade e as instâncias mais especificamente políticas” (1998, p. 698). Do ponto de vista sociológico, Bobbio considera que o liberalismo insere na lógica do Estado “o objetivo da ordem ou do bem-estar ou da justiça social”, confinando, por assim dizer, “os indivíduos na sua vida particular enquanto o Estado burocrático proporciona um máximo de despolitização da sociedade e de neutralização dos conflitos” (1998, p. 698).

Os ideais do constitucionalismo liberal oitocentista circularam no mundo ibérico por meio de livros, panfletos e jornais; tendo sido apropriados por intelectuais que capitanearam um movimento de matiz e destino próprio dos trópicos. Um processo que em essência promoveu uma intensa disputa entre o liberalismo (identificado com as Luzes) e o Antigo Regime (as Trevas), inaugurando uma nova visão de mundo que se traduziu em possibilidades político-jurídicas improváveis até o

momento. Com a ascensão do liberalismo, os valores e crenças que sustentavam o Antigo Regime passaram a ser radicalmente questionados. A superação da ordem até então vigente dependia de se assegurarem direitos e liberdades individuais, em consonância com a concepção esposada por Benjamin Constant sobre a liberdade dos modernos, bem como da existência de uma lei superior às demais que fosse capaz de, ao mesmo tempo, limitar poderes do soberano e proporcionar a participação dos indivíduos por meio de representação.

Essa era a intenção dos reformadores que se chocaram com os tradicionalistas, ao iniciarem o movimento que começou em Portugal com a Revolução do Porto e atravessou o Atlântico para mudar, completamente, o Reino do Brasil. Os ideais revolucionários reverberaram no Brasil gerando a substituição do Antigo Regime pelo horizonte iluminista, a partir de pressupostos liberais que propiciaram a construção do Império brasileiro. Em outros termos, surge um ideário político que pretendia o rompimento com o passado para a construção do futuro liberal sob o comando de uma constituição. Este ideário foi efetivamente posto em prática com a independência do Brasil, porém de modo paradoxal o constitucionalismo liberal brasileiro do século XIX conviveu com contradições profundas ditadas pela manutenção de estruturas socioeconômicas herdadas do Antigo Regime, como, a escravização, o tráfico negreiro e o contrabando de escravizados.

3. BRÁS CUBAS E A METÁFORA DA ESCRAVIDÃO

Conforme foi indicado na primeira seção, ao longo do século XIX, a influência do instituto da escravidão na vida de pretos e pardos se manifestava, dentre outros meios, pelo temor das práticas deliberadas de escravização e reescravização, que colocavam em risco permanente a liberdade desta parte da população. As ameaças se materializavam por meio das brechas ocasionais e iniciativas legiferantes que desafiavam o *status* das normas antiescravistas, como, as defesas públicas da manutenção da escravidão e do livramento dos algozes. Tal fato escancara uma realidade política e social repleta de contradições que conflitava com a lógica do constitucionalismo liberal consagrada em 1824. Esta

contradição manteve-se com a convivência daqueles que fingiam não ver e/ou tiraram proveito de um crime hediondo cometido em todos os lugares e de várias formas: a manutenção da escravidão.

Segundo Sidney Chalhoub, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, de Machado de Assis pode ser lida como metáfora da sociedade brasileira oitocentista que se rendia à cultura e aos costumes europeus, mas era envolta por muitas incongruências. Na obra realista machadiana, um defunto-autor narra sua trajetória terrena com franqueza, afirmando que esta é uma virtude de defunto porque em vida há certa preocupação a respeito das opiniões, da diferença de interesses, da luta pelas cobiças, tudo fazendo esconder ou disfarçar aos outros e a si; o que não acontece na morte, onde há indiferença e liberdade (ASSIS, 1999).

Através das memórias de Brás Cubas é possível se perceber a convivência da sociedade brasileira com o tráfico de africanos e a escravização durante o século XIX. Há no livro inúmeras referências diretas que podem ser destacadas, como a imagem que Brás tem sobre seu cunhado Cotrim, a noção que passa em sua narrativa de que era possível ser traficante e honrado ao mesmo tempo, até sua naturalidade em conviver com essas questões em diversas situações do dia a dia. Entretanto, segundo Sidney Chalhoub (2012, p. 284), é possível enxergar na relação adulterina de Brás Cubas e Virgília a alegoria do tráfico e contrabando de africanos, bem como da propriedade escrava no período imperial brasileiro.

Chalhoub (2012, p. 284) defende que a escravidão - crime hediondo contra a humanidade - é o princípio organizador da matéria ficcional das *Memórias*, pela maneira como Machado de Assis seleciona os sintomas da configuração histórica do tempo e sociedade referidos no romance. De acordo com a interpretação de Chalhoub, o crime de adultério cometido por Virgília é uma metáfora do crime da escravidão que determinava a vida política brasileira. A fim de demonstrar a coerência da tese, Chalhoub destaca a postura de Virgília que, diante da proposta de Brás Cubas - solteiro e abastado - para fuga e transposição, preferia outra coisa. Virgília - uma mulher casada, mãe, com status social

consolidado e um marido que gostava dela – contrapropôs-se, sugerindo encontros a escondida “para sempre”, num lugar só deles, afastado.

Virgínia não estava disposta a abrir mão, nem de um nem de outro, mas queria manter ambos os mundos, queria ao mesmo tempo a consideração pública e a clandestinidade. Chalhoub correlaciona a trama do romance com a história do Brasil: “era preciso conciliar o cativo do coração e a convivência das regras sociais, a força da escravidão e a aparência de domínio da lei, o contrabando de africanos e a vigência formal da lei de abolição do tráfico” (2012, p. 291). No romance, Brás Cubas aceitou os termos de Virgília, não sem continuar desejando eliminar essa ambiguidade, na ilusão de um mundo em que pudesse assumir tudo sem ter que abrir mão, ter ao mesmo tempo a moral social e o amor clandestino.

Machado de Assis também tece referências diretas ao local de desembarque dos navios negreiros – Valongo – e, noutra ocasião, narra o episódio em que Brás Cubas se encontra com um ex-escravizado que servira sua família e que, naquele momento, escravizava e descontava no pobre coitado o que recebeu dos seus algozes no cativo, mas, ao que tudo indica, não era o único motivo para levar outros à reclusão. Chalhoub (2012, 194) defende que esse episódio faz perceber que o instituto da escravidão indicava a conformação da prática escravista e contrabandista nas relações sociais em todos os níveis sociais.

Na mesma medida em que o adultério de Virgília e Brás Cubas era facilitado e acobertado pela senhora que foi morar na casa onde o casal se encontrava, a escravização cooptava e corrompia todos os níveis sociais a ponto de ser vista como “normal” e com o tempo nem causar qualquer remorso. Nesta linha de raciocínio, arremata Chalhoub: “falta de remorso, leveza moral, cá está outro ponto a permitir que a história do adultério de Brás e Virgília alegorize aspectos da sociedade criada por contrabandistas de africanos e proprietários de gente ilegalmente escravizadas” (2012, p. 295). Não foi de outro modo que a persistência criminosa da escravidão se manteve nas variadas esferas do Império, tanto no campo doméstico quanto na burocracia.

Assim, ao arrepio do ideário liberal, no século XIX, percebe-se uma permanente omissão das elites políticas em relação à injustiça perpetuada pela escravidão, seja atenuando, seja justificando a escravização de pretos e pardos e o tráfico negreiro ao sabor das circunstâncias e lugares, sem se importar com a incoerência deste quadro social subsistir em meio à moldura de uma ordem constitucional moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho demonstrou a existência de uma contradição sobre a qual repousava a vida política e jurídica do Brasil oitocentista, posto que se adotava uma ordem constitucional liberal e, ao mesmo tempo, mantinha-se a escravização, cuja força produzia uma experiência precarizada da liberdade de parte da população composta por pessoas pretas e mestiças. Nesse sentido, a importação de princípios liberais burgueses da Europa e dos EUA gerou efeitos paradoxais em um país escravocrata, visto que a letra da lei estabelecia a igualdade formal entre todos os brasileiros e assegurava diversas liberdades, todavia a existência desses preceitos constitucionais não impedia uma experiência de precariedade da liberdade vivida por pessoas negras pobres não-escravizadas. O medo de ser feito cativo era um sentimento concreto de toda uma parcela da população, embora existissem liberdades constitucionalmente garantidas e, até mesmo, a proibição do tráfico negreiro, por normas nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Moderna, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Ed. 11. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CHALHOUB, Sidney. **A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2012.

- CONSTANT, Benjamin. **A liberdade Política dos Antigos Comparada à dos Modernos: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819.** Trad. Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019.
- CONSTANT, Benjamin. **Princípios Políticos Constitucionais: Princípios Políticos Aplicáveis a todos os Governos Representativos e Particularmente à Constituição atual da França (1814).** Aurélio Wander Bastos (org. e trad.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- CONSTANT, Benjamin. Reflexões sobre as constituições e as garantias. In: QUIRINO, Célia Galvão (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. Nova história e a história do direito. **Vértice:** Coimbra, V. 46, p. 17-33, 1986.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos P. Liberalismo Político no Brasil: Ideias, Representações e Práticas. In PEIXOTO, Antônio Carlos *et al.* *O liberalismo no Brasil: origens, conceitos e prática.* Ed. 2. Rio de Janeiro: Revan/UERJ, 2013.
- KOSELLECK, Reinhart. **Historia y hermenéutica.** Barcelona: Paidós, I.C.E. De la Universidad Autonoma de Barcelona, 1997.
- PALIOLOGO, Nicholas Arena; GOMES, Daniel Machado; SOUZA, Felipe César Santiago; CICILIO, Tiago da Silva. **A Subjetividade Moderna e o Surgimento dos Direitos Humanos.** In: Anais do X Encontro ANDHEP, 2018. v. 1. p. 23-38.

VINGANÇA, SACRIFÍCIO E JUSTIÇA: AS EUMÊNIDES NA PERSPECTIVA DE RENÉ GIRARD

Daniel Machado Gomes³⁰⁷
Marco Antônio S. Monteiro³⁰⁸

RESUMO

Com base na interpretação de René Girard para a peça *Eumênides* de Ésquilo, o presente estudo analisa o simbolismo contido na transformação das Erínias, deusas vingadoras, em Eumênides, protetoras da cidade de Atenas. Buscou-se perquirir correspondências entre dados da tragédia e o modelo de justiça institucionalizado pelo Estado. Concluiu-se que a transformação das Erínias em Eumênides expressa o fim da “ética da vingança” como método de resolução de conflitos, mas as Eumênides ainda permanecem responsáveis por estimular o “ódio unânime” sacrificial em relação ao inimigo de guerra estrangeiro. Também constatou-se que o estabelecimento do tribunal do Areópago representa a absorção pelo Estado do dever de punição aos homicidas, antes uma prerrogativa das Erínias, agora dever das instituições judiciais.

Palavras-chave: Ésquilo; Oresteia; Bode Expiatório.

INTRODUÇÃO

Composta por Ésquilo no século V a. C., *Eumênides* é a parte final da *Oresteia*, trilogia apresentada ao público ateniense em 458 a.C. (Lesky, 1996, p. 99) que venceu a competição anual de drama trágico realizada durante o festival ao deus Dioniso. *Eumênides* narra o desfecho da série de desgraças que acontecem na Casa de Atreu, com a perseguição sofrida por Orestes e sua consequente absolvição. Temos como algozes as Erínias, também conhecidas por Fúrias, que tentam a todo custo condená-lo sumariamente pelo matricídio que havia cometido. Orestes conta com a defesa de Apolo e com o senso de justiça de Atena, esta responsável por perceber a necessidade de um

³⁰⁷ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), daniel.machado@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>.

³⁰⁸ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), marco.42040015@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/6536095430059645>.

juízo justo no qual será avaliada a culpabilidade do réu. A peça mostra a inauguração do Tribunal do Areópago, local onde Orestes é julgado, e a conseguinte transformação das Erínias, deusas da vingança, em Eumênides, as benevolentes, deusas protetoras do solo ateniense.

O presente trabalho se estrutura tomando como referencial teórico o pensamento de René Girard sobre a tragédia e a ficção literária. Em *A Violência e O Sagrado* (1972), o filósofo francês apresenta um estudo monumental a respeito dos mitos e rituais sacrificiais, além de interpretar várias tragédias gregas como forma de ilustrar suas descobertas. Já em *A Rota Antiga dos Homens Perversos* (1985), temos uma breve análise de *Eumênides*, que se mostrou fundamental para o desenvolvimento do presente estudo. Emprega-se o método qualitativo dedutivo. Para a interpretação literária da tragédia *Eumênides*, serão utilizadas as traduções de Mario da Gama Kury, devido à clareza e fluidez, e de Jaa Torrano, pela sua erudição. Assim, indaga-se de que maneira a peça explica simbolicamente a relação entre a vingança e o funcionamento atual das instituições judiciais. Para responder à questão, lançaremos mão da interpretação da *Eumênides* desenvolvida por Girard, que interliga vingança, sacrifício e justiça. Portanto, numa perspectiva que parte da interpretação literária, o texto enfrenta questões que subjazem à estrutura dos órgãos judiciais e se relacionam com a fundação da justiça estatal.

1. A TEORIA MIMÉTICA DE RENÉ GIRARD

Forma ainda pouco utilizada para se entender o fenômeno jurídico, a interpretação de textos literários carrega consigo a representação das diversas particularidades da realidade humana. René Girard foi um pensador que soube captar, desde o princípio de sua gigantesca obra, as nuances dos comportamentos sociais e da *psiqué* humana que os grandes nomes da literatura de todas as épocas conseguiram transmitir em suas ficções. “Para Girard, o valor das grandes obras da literatura consiste precisamente em sua capacidade de nos instruir acerca das relações humanas” (GOLSAN, 2014, p. 152). O pensador francês usa como objeto de estudo literário obras que vão desde os poemas de Homero até os autores modernos, como Proust. Em *A Violência e O Sagrado*, dentre os diversos campos do saber investigados, que demonstram a interdisciplinaridade de sua pesquisa, Girard interpreta os mitos

e tragédias gregas, inclusive dedicando um capítulo à *Édipo Rei*. O estudo da arte trágica é uma constante por toda obra girardiana, e isso se explica porque segundo o autor “o objetivo da tragédia é o mesmo que o dos sacrifícios. Trata-se sempre de produzir, entre os membros da comunidade, uma purificação ritual, a *Catharsis* aristotélica, que não passa de uma versão intelectualizada, ou ‘sublimada’, como diria Freud, do efeito sacrificial original” (GIRARD, 2012, p. 120).

Para entendermos melhor essa afirmação devemos voltar às bases de seu pensamento, quando Girard assevera que o desejo é mimético, que não possuímos desejos autônomos, mas sim imitamos o desejo de outras pessoas. Por meio dessa afirmação, o filósofo francês elimina a possibilidade de haver uma linha reta entre o sujeito desejante e o objeto desejado. Entre esses dois elementos – e acima deles, incidindo influência sobre ambos – existe o mediador, também desejante do objeto em questão. Ele “se irradia ao mesmo tempo em direção ao sujeito e em direção ao objeto. A metáfora espacial que expressa essa tripla relação é obviamente o triângulo” (GIRARD, 2009a, p. 26). Portanto, o esquema do desejo é triangular. O mediador nada mais é do que um modelo para o sujeito desejante. O início do desejo do sujeito pelo objeto surge quando resolve imitar o desejo do modelo por esse mesmo objeto. E terceiros poderão desejar este objeto, assim como cada indivíduo certamente participa de outras relações de disputa mimética, desejando outros objetos. Eis o sistema mimético girardiano, várias relações triangulares formando uma teia de interconexões.

Já é de se imaginar que essa dinâmica de disputa pelo objeto pode levar ao conflito e violência (não necessariamente física). Levando-se em conta as várias disputas que sempre estão acontecendo e às quais cada indivíduo participa sem ao menos perceber, é inevitável que de tempos em tempos haja um estado de violência coletiva, com uma proliferação do sentimento violento indiferenciado entre os membros da sociedade, que Girard chama de *violência intestina* (GIRARD, 2008, p. 26). Nas comunidades mais primitivas, esse quadro geralmente descambava para o início de violências físicas – ou seja, agressões – entre os membros da sociedade. A forma mais comum era a da vingança, pois um ato de represália acaba levando a outro, e este leva a mais um, e assim sucessivamente. Quando a violência intestina revela um pouco de

sua natureza, “ela se apresenta sob a forma de vingança de sangue, o *blood feud*, que em nosso mundo ocupa um lugar insignificante ou nulo” (GIRARD, 2008, p. 27). Para nossas sociedades modernas, o perigo da vingança de sangue é inexistente pois possuímos nossas instituições jurídicas. Elas conseguem evitar o surgimento de uma *crise mimética*, o momento em que a violência se replica por meio da imitação³⁰⁹ e se espalha entre os indivíduos, um imitando a violência do outro:

Há um círculo vicioso da vingança, e é difícil imaginar seu peso nas sociedades primitivas. Para nós esse círculo não existe. Qual a razão desse privilégio? Uma resposta categórica para tal questão surge no plano das instituições: é o sistema judiciário que afasta a ameaça da vingança. Ele não a suprime, mas limita-a efetivamente a uma represália única, cujo exercício é confiado a uma autoridade soberana e especializada em seu domínio. As decisões da autoridade judiciária afirmam-se sempre como *última palavra* da vingança. (GIRARD, 2008, p. 28).

Girard então resolve investigar como as sociedades primitivas faziam para evitar ou controlar essas situações de crise. Afinal, não era por meio da vingança que se conseguia refrear a violência. “Como a vingança é um processo infinito, não é dela que se deve esperar uma contenção da violência; na verdade, é ela que deve ser contida”. O criador da teoria mimética sustenta que devido à ação punitiva estar concentrada nas mãos das próprias vítimas e de seus entes próximos, a vingança termina como um mecanismo desequilibrado, não correspondendo àquilo que entendemos como justiça. “Enquanto não existir um organismo soberano e independente que substitua a parte lesada e que *detenha a exclusividade da vingança*, o perigo da escalada vai subsistir”. De modo que, levando-se em conta a ausência de um sistema judicial instituído, as comunidades primitivas deveriam ter algum método de

³⁰⁹ Afinal, como afirma Girard, *a violência é mimética*, “fazer violência ao violento significa deixar-se contaminar por sua violência”. Ao mesmo tempo, “é impossível não usar da violência quando se quer liquidá-la” e justamente por esse motivo “ela é interminável” (GIRARD, 2008, p. 40-41).

contenção da violência e da vingança para evitar até mesmo sua autodestruição. Após farta pesquisa bibliográfica de obras da antropologia – na qual examina textos etnológicos de nomes como Malinowski, Lowie, Radcliffe-Brown e Jules Henry³¹⁰ –, Girard identifica que o sacrifício praticado pelos primitivos era o mecanismo que exercia o papel de zelar pela manutenção da paz social, reprimindo ou prevenindo as crises violentas (GIRARD, 2008, p. 30).

Segundo Girard, o sacrifício consegue “convergir as tendências agressivas para vítimas reais ou ideais, animadas ou inanimadas, mas sempre não susceptíveis de serem vingadas, sempre uniformemente neutras e estereis no plano da vingança” (GIRARD, 2008, p. 31). Ou seja, o sacrifício direciona a violência acumulada contra o objeto sacrificial, e esta vítima sacrificada não é capaz de criar ímpetus de vingança em terceiros. A vítima é alguém ou alguma coisa cuja morte não fará surgir vingadores, portanto sua morte encerra o ciclo da retaliações sucessivas. Identifica-se aí a figura do *bode expiatório*. No sacrifício é descarregado sobre um bode expiatório o ódio unânime, ódio este que antes se encontrava alastrado indiferenciadamente entre os indivíduos do corpo social, que se agrediam entre si, mas que agora é direcionado por todos contra apenas um indivíduo. Resumindo, a crise que antes colocava *todos contra todos*, passa a ser o sacrifício, uma situação de *todos contra um*.

O sacrifício não substitui o sistema judicial, pois o resultado obtido, a paz que se sucede à sua realização, não perdura para sempre. Após um certo tempo, será necessário um novo sacrifício para que se mantenha a paz. De qualquer forma, é um instrumento importante para as comunidades tribais, afinal elas não dispõem de um sistema judicial para fazer a manutenção da ordem:

³¹⁰ A respeito dos estudos de Jules Henry, Girard cita o caso da tribo caiagangue (botocudo), formada por indígenas no sul do Brasil. Os caiagangues sofriam com um estado de vingança sistêmica entre os membros da própria tribo, fato que ameaçava a própria existência do grupo tal como uma epidemia de peste, dizimando a população por meio da violência, uma situação que podia ser definida como “suicídio social”. Girard conclui que “é possível imaginar que no decorrer da história humana numerosas comunidades tenham sucumbido unicamente à sua própria violência, desaparecendo sem deixar o menor traço” (GIRARD, 2008, p. 30).

A transcendência do mecanismo de vitimação enseja o sagrado, através da repetição periódica ritual. Cada vez que as comunidades se encontravam em situação de rivalidade, de forma que a ordem social se visse ameaçada, evocava-se a memória daquele momento primigênio em que a coletividade uniu esforços voltando-se contra uma vítima (ANDRADE, 2011, p. 233).

A comunidade ignora o uso do bode expiatório como um objeto para se obter a paz social. Muitas vezes o mecanismo acontece espontaneamente, por meio de linchamentos ou outras formas, sem preparação prévia para o ato. Mesmo em casos ritualísticos, os participantes desconhecem o efeito apaziguador do sacrifício. Essa ignorância por parte dos sacrificadores, de acordo com Girard, representa algo fundamental para que o mecanismo seja praticado sem remorsos. “É literalmente formidável justamente por privar os homens de um saber sobre sua violência, com a qual eles nunca conseguiriam conviver” (GIRARD, 2008, p. 108).

O sacrifício consegue canalizar em um só ato a violência acumulada no seio da comunidade, purificando – em um efeito catártico³¹¹ – os impulsos violentos de cada membro do grupo, “tornando unânime o ódio e fornecendo aos homens o meio de odiar com uma só alma”. Também consegue, desta forma, “proporcionar-lhes [aos homens] o maravilhoso remédio para a vida comum” (GIRARD, 2014, p. 169). Contudo, vale ressaltar, o mecanismo sacrificial depende do injusto ataque ao bode expiatório. Este acaba responsabilizado por toda a crise que acontece no meio comunal. Por isso mesmo, Girard afirma que *o bode expiatório é uma vítima*, pois é perseguido pelos motivos que não possuem nexo causal com seus atos. Ele é perseguido para sanar a violência intestina reinante na comunidade. “A vítima é um bode expiatório. Todo o mundo entende perfeitamente esta expressão; ninguém hesita sobre o sentido que é preciso lhe dar. Bode expiatório designa simultaneamente a inocência das vítimas, a polarização coletiva que se efetua contra elas e a finalidade coletiva dessa polarização” (GIRARD, 2004, p. 62).

³¹¹ Como nos ensina Aristóteles, a catarse provoca nas pessoas, por meio da exacerbação das emoções, uma purificação quase terapêutica (ARISTÓTELES, 1998, p. 589).

Orestes é um bode expiatório. Ele é perseguido pelas Fúrias sem ter a chance de se defender propriamente, mesmo agindo segundo os desígnios de Apolo. É importante ressaltar que a maioria das tragédias gregas traz no início de seu enredo uma situação de violência intestina bastante evidente e, portanto, já pressupomos, mesmo sem a representação direta na encenação, o intrínseco mimetismo que dá origem a isso. No caso da *Oresteia*, não é diferente. A cidade de Argos certamente se encontra em um estado de crise: seus soldados estavam em guerra; os habitantes estão descontentes do motivo dessa batalha; os novos soberanos tomaram o poder por meio de um golpe de estado no qual assassinaram o antigo monarca; a rainha, que se manteve no trono, mostrou-se adúltera e responsável pelo assassinato do rei. E, além disso, durante todos esses desdobramentos, já existia a sombra da maldição dos atridas, o terrível ciclo de morticínios que se abalava sobre a família de Agamêmnon havia gerações. Vejamos a seguir a interpretação de *Eumênides* segundo uma ótica girardiana.

2. SACRIFÍCIO E VINGANÇA EM EUMÊNIDES: OS SIMBOLISMOS DA TRAGÉDIA

A *Oresteia* é uma trilogia que narra os seguintes eventos: 1) Na primeira peça, chamada *Agamêmnon*, o personagem título acaba de regressar da guerra de Troia e é assassinado por sua esposa, Clitemnestra. Ela realizava um ato de vingança contra o seu marido, já que para que as naus gregas conseguissem chegar ao solo troiano, Agamêmnon precisou sacrificar sua própria filha Ifigênia, em um ritual dedicado a acalmar a deusa Ártemis. Trata-se assim de uma situação em que a mãe deseja vingar a morte da filha. 2) Em seguida, temos a tragédia *Coéforas*, na qual Orestes, filho de Agamêmnon e Clitemnestra, comete o matricídio para vingar a morte do pai. O assassinato, determinado pelo deus Apolo, desperta o desejo de vingança das Erínias, divindades vingadoras que iniciam uma perseguição a Orestes, ansiosas para que ele pague com a própria vida pela morte de Clitemnestra. 3) *Eumênides* é a peça que encerra a trilogia. Orestes continua perseguido pelas Erínias e, então, procura a ajuda de Apolo em Delfos, deus que purifica o herói por meio ritual e o aconselha a buscar o socorro de Palas Atena em solo ateniense. Orestes vai até a cidade, seguido pelas persistentes Erínias, e clama pelo

auxílio de Atena. A deusa decide instaurar um tribunal no Areópago, o primeiro júri da história, e institui que a partir de então esse órgão assumirá a prerrogativa de julgar os crimes de sangue. A punição dos criminosos homicidas, que antes era realizada por meio da vingança estimulada pelas Erínias, agora será decidida em julgamento pela justiça instituída do Areópago.

Eumênides nos conta o nascer das instituições jurídicas segundo a representação desenvolvida por Ésquilo, que uniu em sua narrativa o mito de Orestes com o surgimento do tribunal do Areópago³¹². A peça possui alta complexidade temática, mas aqui nos concentraremos no estudo do simbolismo das deusas Erínias, que representam a vingança tanto individual quanto coletiva, e a transformação da ordem jurídica ateniense – e da própria ordem de prerrogativas das deusas – quando Atena institui o primeiro tribunal no Areópago.

Primeiramente, vejamos o caso das Erínias. Segundo Girard, elas representam o sacrifício, pois instigam principalmente a vingança coletiva, a perseguição àquele que é condenado sumariamente pelas próprias deusas. Durante a *Oresteia*, as Fúrias instigam essa vingança de cunho coletivo – mesmo que o ato seja praticado por um único indivíduo. No caso do sacrifício de Agamêmnon, é Clitemnestra que o mata, porém a comunidade claramente se encontra em crise, revoltada com o motivo da guerra de Troia, que levou guerreiros argivos a irem se arriscar em uma batalha que durara uma década. Além disso, sentem-se abandonados por seu próprio rei, que também fora lutar. O retorno de Agamêmnon mostrou que os cidadãos de Argos, ao mesmo tempo que respeitavam e até idolatravam seu rei em sua chegada, ainda estavam descontentes com a guerra que já havia acabado. O sacrifício de Agamêmnon gerou a chamada *crise sacrificial*, quando o mecanismo violento não é capaz de purificar e apaziguar os ânimos da comunidade. Por isso é

³¹² No mito de Orestes sempre houve o julgamento no Areópago, contudo a narrativa não acontecia no momento de instituição do tribunal, não era nesse caso que se inaugurava o órgão. Essa é uma entre outras alterações que Ésquilo faz no mito original. Outra modificação foi que o júri do mito não era formado por cidadãos atenienses, mas sim por deuses do Olimpo, enquanto em *Eumênides* Atena é a única divindade a votar como jurado (LEÃO, 2005, p. 28-29).

necessário outro sacrifício, o de Clitemnestra, no qual a crise de uma sociedade irada com os novos monarcas, regicidas e adúlteros, tenta ser apaziguada pelas mãos de Orestes. Novamente o sacrifício falha, e Orestes passa a ser perseguido como novo bode expiatório pelas Erínias. São elas as instigadoras do sacrifício, da violência coletiva, assim como afirma Girard no seguinte trecho:

As Erínias não simbolizam de modo nenhum apenas o “remorso”, ou fenômenos obsessivos sem causas externas, interpretáveis apenas psicanaliticamente. Elas significam (...) a vingança mais coletiva e social do que individual, mesmo sendo obra de apenas um indivíduo. Orestes, por exemplo, age em nome da cidade, completamente revoltada contra Egisto e Clitemnestra, que nada mais são do que o poder de um momento, os ídolos de um instante. (GIRARD, 2014, p. 166-167)

Desta forma, temos as Erínias representando o sacrifício, o ódio unânime. Sigamos então, observando qual simbolismo podemos encontrar na inauguração do tribunal do Areópago. O órgão absorve para si o dever de vingança, que agora é convertido em uma punição justa ou até mesmo em absolvição, como é o caso de Orestes, e não mais propicia o ciclo de retaliações infinitas típico do sistema vingativo. Temos aí um esquema do que hoje chamamos de instituições judiciais. De modo que podemos afirmar que o ato de Atena determinar o estabelecimento do primeiro tribunal no Areópago simboliza a fundação das instituições de justiça da forma que conhecemos: independente, imparcial e que busca decisões proporcionais. A partir de então, destituídas da prerrogativa de vingar e punir, as Erínias passam a ser Eumênides, deusas benevolentes que protegem a *pólis*. “As Erínias representam de modo muito explícito o homicídio coletivo e, para que ele seja banido, é preciso que elas abjurem solenemente. Essa abjuração as transforma para sempre em Eumênides, doces e fecundas. Atena se encarrega de consegui-la” (GIRARD, 2014, p. 167).

Contudo, e aqui se encontra um fator totalmente original da interpretação girardiana, mesmo após transformadas as Eumênides

permanecerão com resquícios de sua antiga função de instigar o ódio unânime. Em um momento decisivo da peça, após as Erínias aceitarem a proposta de Atena e se tornarem as protetoras da cidade, as deusas recém-transformadas entoam as bênçãos nas quais ficam evidentes suas novas funções. Dentre as graças proferidas pelas agora Eumênides, há uma breve citação ao ódio, que torna a interpretação de Girard bastante admissível. Vejamos o referido trecho na tradução de Jaa Torrano:

Peço que nesta cidade
Sedição insaciável de males
não vocifere nunca.
O pó não beba negro sangue de cidadão
nem por cólera reclame
punir morte com morte,
ruína da cidade.
Permutem-se prazeres
concordes amigos comuns
e odeiem unânimes,
eis múltiplo remédio entre mortais
(ÉSQUILO, 2004, p. 143-145).

As Eumênides adjuram que o povo ateniense “permutem prazeres concordantes” e “odeiem unânimes”. As deusas estão, com essas palavras, pedindo que os cidadãos vivam em harmonia, partilhando alegrias, mas que também se juntem para odiar em conjunto, pois elas ainda acreditam que se trata de um remédio para a alma dos homens (aqui elas estão simplesmente se lembrando do efeito catártico da violência unânime). Para Girard, esse trecho nos mostra como Ésquilo estava ciente da inevitabilidade do ódio unânime. Como vimos, as violências intestinas são decorrentes das várias disputas miméticas das quais participamos e, conforme o tempo vai passando, acumulamos ódios e rancores – tensões de violência – que de alguma forma, e em algum momento, precisam ser descarregadas para o bem do corpo social. O poeta grego demonstra entender a função social desempenhada pelo ódio unânime, a violência sacrificial, e a tendência humana a praticar o sacrifício. Portanto, as Eumênides deixam bem claro que fazer com que o povo odeie em

união também será uma de suas preocupações ao exercerem a função de protetoras da cidade.

Podemos ver que Ésquilo tem perfeita consciência do que a violência coletiva traz à cidade dos homens: em suas formas primeiras, que vão do canibalismo de Atreu e Tiestes ao matricídio de Orestes – as tragédias da trilogia *Oréstia* tratam de tudo isso – e em suas formas derivadas, às quais se deve doravante limitá-la. Para tranquilizar o seu público, ou tranquilizar-se a si mesmo, Ésquilo afirma que o ódio não vai desaparecer, nem perder o poder de se tornar unânime, depois de ter cessado de se cristalizar sob a forma primitiva simbolizada pelas Erínias (GIRARD, 2014, p. 168).

Como podemos inferir a partir da observação de Girard, o ódio coletivo permanece importante, porém não será mais a atribuição primordial das Eumênides, de modo que ele precisa ser limitado. Isso se deve a uma determinação anterior de Atena, na qual ela estipula que o ódio não poderá mais ser direcionado a alguém dentre os próprios cidadãos atenienses: "espero que não seja vosso intuito / exacerbar, como se os homens fossem galos, / a cólera no coração dos cidadãos / e neles instilar a sede de homicídios / que lança irmãos insanamente contra irmãos /até levá-los ao extermínio recíproco". Este trecho nos permite supor que o caminho aparentemente mais lógico é que o ódio seja direcionado a inimigos estrangeiros, conforme Atena emenda na mesma determinação, "deixai que eles preservem sua valentia / para lutar contra inimigos estrangeiros" (ÉSQUILO, 2010, p. 187). Tal limitação demonstra a preocupação de Atena com o povo de sua cidade, ao mesmo tempo que entende ser necessário lidar de alguma forma com a tendência ao ódio unânime. Quanto aos atenienses, Girard ratifica, "não deixarão de encontrar outros objetos para o ódio unânime. Talvez Ésquilo esteja pensando aqui na guerra estrangeira" (GIRARD, 2014, p. 168).

Desta forma, numa interpretação girardiana, as Eumênides permanecerão simbolizando a violência coletiva, o sacrifício do bode expiatório, só que agora, atendendo a uma determinação de Atena, elas

direcionarão essa união do ódio comum contra alvos que não façam parte da comunidade que protegem, ou seja, o ódio coletivo será direcionado a indivíduos ou grupos de fora da cidade de Atenas. Girard acredita que Ésquilo se referia a inimigos estrangeiros e, desta forma, fundamentava literária e filosoficamente as guerras entre nações.

Encontramos, assim, dois simbolismos na tragédia *Eumênides*, o primeiro diz respeito à função originária e arcaica das primitivas Erínias, conhecidas deusas da vingança, que pelo tipo de vingança o qual instigam ser não apenas individual mas também coletivo, são elas incitadoras do ódio unânime, que simplesmente é a violência sacrificial de todos contra um. O outro simbolismo se encontra na inauguração do tribunal do Areópago, por meio do qual o Estado absorveu o dever de punição que antes era pautado pela ética da vingança das Erínias. Esse movimento representa simbolicamente o estabelecimento histórico das instituições judiciais que existem até hoje. Mesmo assim, as Eumênides permaneceram com resquícios da função de produzir o ódio unânime na comunidade, porém de forma limitada, somente contra inimigos estrangeiros em guerra. Demonstra-se portanto, obviamente numa interpretação girardiana, que Ésquilo entendia a tendência humana a odiar coletivamente e o efeito apaziguador decorrente disso, que nada mais é do que a função social do sacrifício.

3. CONEXÕES COM O PRESENTE

As sociedades atuais não adotam mais aquilo que Girard chama de “ética da vingança”, posto que as punições passaram a ser prerrogativas exclusivas do poder estatal. A tendência ao sacrifício, entretanto, continua naturalmente aflorando no comportamento humano, haja vista situações de linchamento; exigências coletivas de punições impiedosas a criminosos; os modernos “cancelamentos” *online*. Enfim, são várias as situações em que indivíduos se juntam para atacar uma vítima que, mesmo sendo culpada por algum crime ou desvio de conduta, acaba recebendo canalizada toda a violência – verbal e/ou física – acumulada no seio da comunidade. Esse tipo de mecanismo deve ser refreado pelas instituições judiciais, por assumir compleição criminosa, sendo um comportamento intolerante e hostil que infringe a ordem legal. Ésquilo apresentou o funcionamento ideal da pólis

ateniense segundo a ordem estrutural vigente. Por isso mesmo, é impressionante como o simbolismo transmitido em *Eumênides* serve aos nossos tempos, afinal, a absorção do dever punitivo pelo Estado, pautando-se em julgamentos justos e não mais em vingança, e o anseio de se evitar que os ódios coletivos se voltem contra alguém da própria comunidade, são aspirações atemporais que foram manifestadas com maestria nessa tragédia encenada pela primeira vez na antiguidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mecanismo sacrificial é responsável pela canalização das violências acumuladas no seio da comunidade, que se dissipam no momento da descarga violenta sobre o indivíduo que é o bode expiatório. Essa dissipação causa um efeito catártico que provoca nas pessoas uma purificação quase terapêutica. Por esse motivo, o sacrifício, a violência coletiva, não é abandonado totalmente mesmo após a conversão das Erínias em Eumênides. O grande problema do mecanismo sacrificial é que o bode expiatório acaba se tornando uma vítima, pois ele é tomado como culpado por toda a desordem que acontece no meio social e somente o seu sacrifício poderá trazer de volta a harmonia e a normalidade para a comunidade. Na breve interpretação da *Eumênides* na obra *A Rota Antiga dos Homens Perversos*, Girard afirma que, retratando a instituição do poder judicial, essa tragédia conclui a sequência de sacrifícios fracassados – pois não trouxeram a harmonia social – que acontecem em *Agamêmnon* e *Coéforas*.

O estabelecimento do tribunal do Areópago simboliza então a absorção das prerrogativas punitivas que pertenciam às Erínias. As punições, que antes eram pautadas pelo desejo de vingança, agora são decididas por meio de um julgamento justo comandado pelo tribunal. Assim, para as Erínias, transformadas em Eumênides, couberam novas prerrogativas concernentes à prosperidade e harmonia da *pólis*, entretanto ainda restou algo de sua antiga função: os membros da sociedade poderão promover a violência coletiva se tiverem como alvo alguém de fora da cidade – mais precisamente os inimigos de guerra. Afinal, como Ésquilo explica nas vozes das Eumênides, o ódio unânime é “múltiplo remédio entre mortais” (ÉSQUILO, 2004, p. 145). Em

suma, o mecanismo sacrificial do bode expiatório, mesmo que mitigado, permaneceu em atividade na cidade de Atenas após o advento do tribunal do Areópago e o surgimento das Eumênides.

De acordo com uma análise que empregue elementos da interpretação de René Girard sobre a tragédia *Eumênides*, a transformação das Erínias e a instituição do tribunal do Areópago assumem uma dimensão simbólica. Nesse caso, é possível concluir-se que: 1) As Erínias representam a vingança tanto individual quanto coletiva e, portanto, o mecanismo sacrificial do bode expiatório por meio da violência unânime; 2) O estabelecimento do tribunal do Areópago simboliza a absorção pelo Estado do dever de punição àquele que comete crime de sangue, que agora será julgado sob critérios de justiça. Anteriormente, esta era uma prerrogativa das Erínias, que pautavam sua atuação no desejo de vingança; 3) A transformação das Erínias em Eumênides expressa o fim da “ética da vingança” como método de resolução de conflitos, algo que era responsável por uma sucessão infinita de represálias. Com a punição estatal esse ciclo não existe mais, pois não há a instigação da vingança; 4) Quanto à violência coletiva, as Eumênides permanecem responsáveis por estimular o “ódio unânime”, mas somente se o alvo não for um concidadão ateniense, ou seja, um inimigo de guerra estrangeiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Gabriel. **René Girard: Um Retrato Intelectual**. Trad. Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.
- ARISTÓTELES. **Política**. Edição Bilingue. Trad. Antonio Campeiro Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega. 1998.
- ÉSQUILO. **Oréstia**. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- ÉSQUILO. **Eumênides**. Trad. Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras FAPESP, 2004.
- GIRARD, René. **A Rota Antiga dos Homens Perversos**. Trad. Tiago José Risi Leme. São Paulo: Paulus. 2014.

- GIRARD, René. **A Violência e o Sagrado**. 3ª ed. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 2008a.
- GIRARD, René. **Eu Via Satanás Cair Como Um Relâmpago**. Trad. Martha Gambini. São Paulo: Paz e Terra, 2012.
- GIRARD, René. **Mentira Romântica e Verdade Romanesca**. Trad. Lilia Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações Editora, 2009.
- GIRARD, René. **O bode expiatório**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.
- GOLSAN, Richard J. **Mito e Teoria Mimética: Uma Introdução ao Pensamento Girardiano**. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.
- LEÃO, Delfim F. **O horizonte legal da Oresteia**. Revista Humanitas, Coimbra, v. 57, 3-38. 2005.
- LESKY, Albin. **A Tragedia Grega**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

DECOLONIALIDADE E DIREITO À MEMÓRIA: O CASO DA ESTÁTUA DE BORBA GATO

Daniel Machado Gomes³¹³
Daniel Sant’Anna Lisbôa³¹⁴
Tiago da Silva Cicilio³¹⁵

Palavras-chave: Patrimônio. Lugar de memória. Memória Coletiva.

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade trouxe novos dilemas acerca do direito à memória e sua efetivação no espaço público, em especial por meio de movimentos que promovem uma reflexão acerca da forma em que determinadas homenagens se consolidaram no meio urbano. No caso latino-americano, esses dilemas se concretizaram por meio de ações que buscam questionar de forma prática – e por vezes lida como extrema – o significado que determinados símbolos assumem na memória coletiva e a validade de se homenagear figuras políticas consideradas sensíveis para a história e cultura de determinados povos. O objetivo deste trabalho é analisar os fenômenos sociais, históricos e políticos que permeiam a derrubada e a depredação de monumentos socialmente lidos como controversos, em especial no caso da derrubada do monumento em homenagem à Borba Gato, em São Paulo, à luz do conceito de decolonialidade. Assim, considerando o pensamento decolonial, o texto pretende analisar questões atinentes ao direito à memória coletiva, aos lugares de memória, aos discursos de poder e resistência que envolvem os

³¹³ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), daniel.machado@ucp.br, <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>

³¹⁴ Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), danielslisboa@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/6662611513040658>

³¹⁵ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP); [lattes: http://lattes.cnpq.br/1634337283930907](http://lattes.cnpq.br/1634337283930907).

atos de derrubada de estátuas, evidenciando o apelo coletivo que este fenômeno representa, sobretudo na consolidação de uma memória democrática e orgânica no meio urbano.

O presente trabalho foi realizado por meio de uma revisão de literatura, tendo como objeto de análise a problemática acerca da derrubada de monumentos que homenageiam figuras públicas lidas como sensíveis para a consolidação da memória e cultura de determinados estratos sociais, sobretudo no caso que envolve a derrubada do monumento erguido em homenagem à memória do bandeirante Borba Gato. Como parâmetro, foram utilizados artigos acadêmicos, doutrinas e demais materiais concernentes à temática, a fim de nortear o desenvolvimento da pesquisa com base em fatores históricos, sociais e jurídicos – se pautando sobretudo nos conceitos de memória coletiva, pensamento decolonial, e conflitos de memória.

O texto foi construído tendo como base a correlação entre os conceitos de memória coletiva e lugares de memória e os materiais analisados acerca da derrubada e depredação de monumentos públicos. Segundo Pierre Nora, lugar de memória é “toda a unidade significativa, de ordem material ou ideal, que a vontade dos homens ou o trabalho do tempo converteu em elemento simbólico do patrimônio memorial de uma comunidade qualquer” (NORA, 1997, p. 34). Para que seja possível abordar o tema, é preciso analisar a tese utilizada pelos movimentos sociais envolvidos nos atos de derrubada ou depredação de monumentos lidos como controversos, que passa pela noção de que a memória coletiva deve ser democrática e, portanto, precisa levar em consideração as narrativas históricas já consolidadas acerca de opressões não evidenciadas ou discutidas no momento de construção dos monumentos em questão. Para promover esta análise, foi utilizado um dos mais recentes atos de intervenção popular no patrimônio público - a queima da estátua em homenagem ao bandeirante Manuel de Borba Gato, tido por críticos como símbolo da lógica escravista em São Paulo, com o fim de se observar os princípios contidos nos discursos que envolveram o ato e promover uma análise sobre a construção da memória coletiva frente à estas narrativas.

1. MODERNIDADE, COLONIALIDADE E DECOLONIALIDADE

A construção, trajetória e pensamento decolonial americanista floresceu a partir do final dos anos noventa, promovendo renovação na teoria crítica das ciências sociais em nosso continente por meio da mobilização de intelectuais sulamericanos. Grupos, como Modernidade/Colonialidade, radicalizaram argumentos pós-coloniais num grande movimento de desobediência epistêmica em um mundo subalternizado pela colonialidade do poder, do saber e do ser. O pós-colonialismo viabilizou variadas perspectivas que num diálogo plural e constante descentraliza narrativas e desconstrói concepções dominantes. Trata-se duma espécie de momento histórico que inaugura a emancipação das sociedades oprimidas e exploradas do terceiro mundo, dominadas pelo imperialismo e neocolonialismo.

O pós-colonialismo emerge com os estudos pós-estruturais desconstrutivistas e pós-modernos, mas não só. Como alerta Luciana Ballestrin (2013, p. 91), ao dizer que pensadores pós-coloniais podem ser encontrados antes da institucionalização do termo; e não se deve esquecer que seu surgimento se deu pela relação antagonista entre colonizador e colonizado. Na América Latina há indícios do surgimento no século dezanove, chamado de ‘colonialismo interno’, na Europa, de movimentos anticoloniais. Essa relação é identificada pelo conceito *diferença colonial*, onde a identidade emana da impossibilidade da constituição da identidade plena, isto é, “[a] presença do outro me impede de ser totalmente eu mesmo” (LACLAU e MOUFFE, 1985, p. 125 *apud* BALLESTRIN, 2013, p. 91). Portanto, a *diferença colonial* compromete-se com a superação das relações de colonização, colonialismo e colonialidade.

Movimento epistemológico, intelectual e político, o pós-colonialismo foi encorpado na década de setenta pelo Grupo de Estudos Subalternos indiano. O termo subalterno empregado no nome do grupo se refere à base do estudo que é “classe ou grupo desagregado e episódico que tem uma tendência histórica a uma unificação sempre provisória pela

obliteração das classes dominantes” (BALLESTRIN, 2013, p. 93). O grupo teve como missão primordial a análise crítica da historiografia colonial da Índia (aquela criada por europeus), historiografia eurocêntrica nacionalista indiana e historiografia marxista ortodoxa (BALLESTRIN, 2013, p. 92).

Uma década depois da sua criação, o grupo se internacionalizou por conta de três pensadores pós-colonialistas: Partha Chatterjee, Dipesh Chakrabarty e Gayatri Chakrabarty Spivak. Esse último, Chakrabarty Spivak, em sua obra *Pode o Subalterno Falar?*, reflete sobre a voz do subalterno que não é ouvida e que quando se expressa, num ato de resistência, está sempre acessório aos discursos hegemônicos, ou seja, silenciado, mas quando aparece, é visto como Outro. Não falam e nem os intelectuais pós-coloniais podem representá-los.

O termo decolonial começou a ser utilizado nos anos oitenta em universidades da Inglaterra e dos Estados Unidos, entrando no cenário das ciências sociais brasileiras tardiamente, sendo os mais conhecidos o indiano Homi Bhabha, o jamaicano Stuart Hall e o inglês Paul Gilroy (BALLESTRIN, 2013, p. 93 e 94). Na década seguinte, em 1993, instituiu-se nos EUA o Grupo Latino-Americano dos Estudos Subalternos (GLAE): um grupo de intelectuais latinos e norte-americanos, inspirados no Grupo Sul-Asiático dos Estudos Subalternos. Em 1998 traduziram seu estatuto, *Manifesto inaugural del Grupo Latinoamericano de Estudios Subalternos*, inserindo o Cone Sul³¹⁶ (exceto o Brasil) no debate pós-colonial.

A criação desse grupo foi uma tentativa de reconstruir a história das duas décadas que o antecederam, a partir de categorias de ordem política e alternativa aos Estudos Culturais dos anos oitenta, de elementos das teorias pós-coloniais como crítica aos legados coloniais. A questão era a adequada ruptura com autores eurocêntricos que de certa forma era intrínseco à resposta ao colonialismo do grupo indiano. A colonização da América do Sul foi diferente, “a primeira a sofrer a violência do esquema colonial/imperial moderno. Além disso, os latino-americanos migrantes

³¹⁶ O *Cone Sul* se refere ao grupo sulamericano geralmente formado por Argentina, Chile, Uruguai e, por vezes, o Brasil (ou parte dele).

possuem outras relações de colonialidade por parte do novo império estadunidense - ele mesmo tendo sido colônia nas Américas” (BALLESTRIN, 2013, p. 96).

O GLAE desagregou e alguns membros formaram, mais tarde, o Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C) numa tentativa de transcender epistemologicamente, de aprofundar e radicalizar a crítica ao eurocentrismo, descolonizando a epistemologia e o cânone ocidental que o grupo latino foi incapaz de romper. Então, seminários, diálogos e publicações estruturaram o Grupo M/C, tendo como marca a publicação *La colonialidad: del saber eurocentrismo y ciencias sociales* de 2000 e a discussão sobre a herança colonial na América Latina no *sistema mundo* de Wallerstein, tendo como pano de fundo as teorias já desenvolvidas por alguns dos integrantes, como a *Filosofia da Libertação* de Dussel e a *Teoria da dependência* de Quijano.

Construíram noções, conceitos, raciocínios identitários e vocabulário próprio, o essencial para a renovação realizada nas ciências sociais latino-americanas do nosso século, como o conceito de colonialidade do poder. Esse conceito de *colonialidade do poder*, de autoria do Aníbal Quijano, pretende evidenciar que as administrações coloniais findaram, porém, as dominações econômica e política continuaram. O conceito teve que ser ampliado já que a matriz colonial do poder abrange o controle da economia, da autoridade, da natureza e recursos, de gênero e sexualidade e da subjetividade e conhecimento (BALLESTRIN, 2013, p. 100).

O nome do grupo deriva dessa composição binária modernidade-colonialidade, pois entende-se que ambas são correlatas e associadas à existência uma da outra. A modernidade acontece com a descoberta do Novo Mundo, o qual foi colonizado. E a colonialidade possui mais duas dimensões além da do poder, sendo: poder, ser e saber. A colonialidade do *poder* emerge na guerra, no genocídio e na conquista das Américas. A do *ser* está conectada com a criação de uma classificação social dos povos, cuja intenção é imprimir uma superioridade e pureza do homem branco, heterossexual, patriarcal, cristão, militarizado e capitalista europeu. A categoria raça é a base desse empreendimento colonial. Raça, gênero e

trabalho formaram os principais conceitos para a formação do capitalismo mundial colonial na modernidade, o habitat natural da relação de exploração, dominação e conflito.

Interessante que os parâmetros *faltas* e *excessos* se tornam marcadores dos povos, operando a diferenciação colonial de modo a organizar, pela leitura da raça, as múltiplas hierarquias sociais. A era da modernidade lança esses preceitos como algo de reprodução necessária que mesmo sob violência vem para salvar a humanidade do obscurantismo e da barbárie. Por isso que a chegada dos europeus nas Américas e suas invenções fundam a modernidade/colonialidade num mundo que só conhecia a diferença imperial. Essa nova terra foi eleita primeira periferia do *sistema-mundo* e oportunidade para acumulação de capital. Essa é a base para a estabilização da colonialidade do saber é parte das macroestruturas de longa duração cuja genealogia culmina no eurocentrismo (conhecimento sistemático europeu ocidental do século XVII, ainda que com muitas fontes mais velhas). Tal geopolítica do conhecimento sustenta o universalismo, o sexismo, o racismo e nega a alteridade epistêmica.

Diante disso, o grupo M/C declarou a *Guerra das Ciências*, descobrindo e valorizando as teorias epistêmicas sulistas, numa tentativa de estabelecer outros paradigmas para temas já propostos, como a modernidade de Habermas e descolonização como projeto inacabado. Parte do processo foi criar vocabulário próprio, por exemplo, para lidar com o colonialismo construíram a teoria do *ponto zero*, que é o local neutro e absoluto usado como ponto de partida. O *ponto zero* toma conta do ideário das ciências humanas no século XIX em diante e na produção do conhecimento foram estabelecidos os parâmetros da epistemologia da neutralidade axiológica e objetividade empírica do sujeito (BALLESTRIN, 2013).

Outro conceito é o *Giro Decolonial*, criado por Nelson Maldonado-Torre. Interessante notar a marca sutil na grafia da palavra decolonial. A descolonização é o processo de libertação administrativa de uma nação colonizada, já decolonial, sem “s”, prescinde a lógica da modernidade/colonialidade que é a ideia de “movimento de resistência

teórico e prático, político e epistemológico” (BALLESTRIN, 2013, p. 105). Assim como o não emprego do termo ‘pós-colonial’, que é uma construção eurocêntrica, não pertencente à vertente, ainda à influencie.

A decolonialidade é desenvolvida conjuntamente da conceitualização da colonialidade, emergindo em contrapartida. Colonialidade e decolonialidade refletem a cisão do pós-moderno e pós-colonial, esses buscando guarida em autores como Foucault e Derrida; e aqueles bebendo de outras fontes como *Nueva Crónica y Buen Gobierno* de Guaman Poma de Ayala, tendo como matriz Tawantinsuyu, Anahuac e o Caribe Negro, as Grécias Sulamericanas (BALLESTRIN, 2013). Trata-se, portanto, de um pensamento planetário e incorporado em movimentos sociais, não sendo limitado aos indivíduos.

Segundo Ballestrin (2013, p. 106), esse pensamento fronteira retoma a reflexão nega da pelo pensamento moderno, resistindo ao padrão europeu moderno. A *transmodernidade*, conceito de Dussel, é um projeto de libertação dessa alteridade negada, que intenta um racha com o padrão monológico da modernidade. Também antimonológico, pois parte para uma abertura ao diálogo radical e cosmopolita crítico em que não há lugar para verdades únicas, absolutas, mas que são necessárias “novas lentes colocadas sobre velhos problemas latino-americanos” (BALLESTRIN, 2013, p. 108). Tanto não cancela o que vem do Norte, como não se restringe ao Sul Global. Seu objetivo é trazer respostas à tendente divisão histórica de produção nas ciências sociais, em que o Sul só fornece dados empíricos e sua produção teórica é classificada como mero ‘pensamento’; e o Norte teorizando e aplicando.

Nesse caso, o grupo M/C pretende a refundação e descolonização epistemológica, valorizando e descobrindo o *transmoderno*. Onde as teorias críticas e contra-hegemônicas produzidas no Norte agregam-se às versões periféricas e subalternas do além Norte, figurando o movimento decolonial do *poder e saber*. “Um trabalho reflexivo coletivo, transdisciplinar e engajado, que ao mesmo tempo em que oferece novas leituras analíticas, é capaz de pensar em termos propositivos e programáticos” (BALLESTRIN, 2013, p. 110).

2. EUROCENTRISMO E DESOBEDIÊNCIA EPISTÊMICA

Segundo a crítica decolonial, a teoria dos direitos humanos parte dessas concepções histórico-geográfica e filosófica-antropológica retratadas no capítulo anterior como colonialismo do saber. Antes da modernidade e do colonialismo não existia uma história unificada do mundo. A História Mundial surge junto desses fenômenos e é constituída pela lente eurocêntrica, a qual coloca a Europa no centro do mundo moderno e todo o resto à margem. A consolidação do Ocidente faz parte desse mesmo processo, emancipando-se e produzindo o mais racional pensamento até então. É aí que a Europa aparece numa posição privilegiada, como destaque de cultura evoluída e necessária: a ilusão do estágio humano que o resto do mundo um dia estará apto para aproveitar.

A *geopolítica do conhecimento* fez com que as produções ao redor do mundo, na maioria rejeitada ou apequenada, fossem realizadas “a partir das categorias epistemológicas, antropológicas, políticas e históricas do pensamento europeu” (BRAGATO, 2013, p. 108). É nesse emaranhado de acontecimentos que a teoria dos direitos humanos foi pensada. Por mais que servente à afirmação das lutas dos povos colonizados nas insurreições por igualdade e liberdade, os direitos humanos foram constituídos por e para esse tipo de homem: europeu racional e superior, em determinado tempo e lugar.

Ainda que haja uma grande contribuição euro-ocidental, reconhecamos que não passa de um episódio limitado e pontual, muitas vezes contraditório, só observar o passado trágico com seus horrores na inquisição ou na colonização, com genocídio, escravidão, saqueamentos, intolerâncias, guerras etc. É preciso tirar essas lentes eurocêntricas para constatar que a modernidade e os saberes não são unifacetados ou lineares. As múltiplas produções em todo o globo nos últimos séculos é a maior prova disso, como os vários estudos contra-hegemônicos modernos; estudos marginalizados; as lutas de contestação colonial; a independência do Haiti; Revolta do Malês em Salvador; resistência ao colonialismo, como os grupos descolonizantes, sendo o Grupo Modernidade/Colonialidade o ápice na América Latina. Nessa toada, é possível e necessário inserir o fenômeno de derrubada e predação de

monumentos que fazem referência a figuras voltadas ao pensamento colonial latinoamericano.

A proposta do giro decolonial é oposta ao eurocentrismo que nega a diversidade ou repele as contribuições vindas de fora. A lógica inclui tanto reconhecer a atualidade e importância de alguns autores para a transformação epistemológica nas ciências sociais, mas principalmente expor a colonialidade e descolonizar o conhecimento. As *desobediências epistêmicas* tentam a superação dessa visão euro-ocidental/norte-globalista que colocam as chamadas potências mundiais como as civilizadoras e racionalizadoras do mundo primitivo, irracional e subdesenvolvido, carregando os discursos com antagonismos múltiplos e hierarquias, como ocidente/oriente, barbárie/civilização etc.

De acordo com *teoria da transmodernidade*, criada por Dussel, a modernidade acontece na Europa assim como fora dela, isto é, não é um fenômeno intraeuropeu (BRAGATO, 2013). Por isso que a concepção histórico-geográfica é inconsistente. Também por isso que a ideia de *transmodernidade* é essencial para questionarmos a hegemonia europeia. A teoria dos direitos humanos deve se desvencilhar desse eurocentrismo para levar em conta o todo e se tornar direitos humanos de fato, inclusive incluindo movimentos de resistências, tanto para que se dê visibilidade quanto para os reinterpretar (BRAGATO, 2013).

Bragato indica que a concepção filosófica-antropológica que a decolonialidade está desconstruindo retrata a racionalidade como atributo que legitima a dignidade humana. A tradição moderna oriunda da Europa diz que “o sujeito racional moderno se caracteriza pelo pensar e pelo raciocinar livre das emoções e orientado ao domínio e à instrumentalização do mundo, o que gerou uma nova e dominante perspectiva cultural própria das sociedades industriais” (BRAGATO, 2013, p. 112). Isso quer dizer que o ser racional é aquele que pensa, que é inteligente e que se adequa aos padrões culturais dominantes, todo o resto é irracional, primitivo, tudo menos sujeito de direitos.

Desse modo, ser racional ou não implicou na hierarquização e diferenciação do humano, onde nem todos têm o mesmo valor, não sendo realmente iguais: legitimando a escravidão, exploração, assassinatos etc.

É fato que a racionalidade e a raça serviram e servem até hoje para exclusão daqueles que não estão nos moldes dessa galera que se intitula elite (brancos, ocidentais, cristão, heterossexuais...). Logo, por serem os direitos humanos o recurso espelhado no padrão europeu racional moderno, percebemos por que a colonização foi possível e por que em meio a importantes instrumentos jurídicos que falavam em igualdade, liberdade e fraternidade, foi/é possível tamanhas injustiças, maldades e desigualdades (BRAGATO, 2013).

Sob a ótica decolonial, as declarações dos direitos dos homens e dos cidadãos expressam essa divisão e hierarquização, pois quando foram reivindicados direitos em face da monarquia absolutista no século XVIII, esse requerimento e concessão não abrangia mulheres, escravos, criminosos, povos tradicionais, entre outros minorizados. Essa contradição e inconsistências da concepção de humanidade europeia são identificadas pela teoria da *diferença colonial*, retratada há pouco (BRAGATO, 2013). Esse vocabulário decolonial identifica a construção sócio-histórica do Outro, sujeito externo, inferior, invisível. O que na *colonialidade do poder* legitima as relações de dominação, tendo o racismo como ponto principal.

Daí o esforço da desobediência epistêmica contida no movimento decolonial em combater abusos da linguagem que, mais e mais, confundem o racismo com atitudes normais, legítimas, inevitáveis, denominado de etnocentrismo. O conceito europeu de homens (pessoas como nós) e de pseudo-humanos (os diferentes de nós) subjaz aos discursos até hoje para justificar a supressão de direitos humanos, minimizar sofrimentos dos *diferentes*, garantir a liberdades dos que ofendem a dignidade alheia ou certificar a impunidade ou a “punição” branda do ordenamento para essa classe de “humanos”. Num mundo em que o humanismo racionalista tratou de hierarquizar para oprimir e dominar no sistema colonial, é patente a ruptura com essa lógica. E na ótica descolonial evidenciar vulnerabilizações para a devida reparação e imediata reestruturação de sistemas.

3. O CASO DA ESTÁTUA DE BORBA GATO

Em vinte e quatro de julho de 2021, na cidade de São Paulo, um movimento de caráter popular assumiu a autoria de um ato que figurou como um dos assuntos mais comentados no país durante aquela semana. Um grupo liderado por Paulo *Galo* Lima incendiou um monumento dedicado a homenagear o bandeirante Borba Gato, lido como um dos representantes da lógica escravista presente no fenômeno histórico conhecido como bandeirantismo. A ação, que levou à prisão do ativista, tem precedentes na América Latina. Dentre muitos casos emblemáticos, é possível citar a derrubada da estátua do colonizador espanhol Sabastián de Belalcázar, na cidade de Cali, na Colômbia e a retirada do monumento em homenagem ao conquistador espanhol Francisco de Aguirre, na cidade de La Serrana, no Chile – ambos ocorridos nos últimos dois anos.

Se por um lado parte da historiografia considera que estes atos não representam nada além de um vandalismo autoritário e revisionista, que busca apagar e reescrever o passado, outra parte julga que estes movimentos são importantes para a resignificação destes lugares de memória e contribuem para o debate em torno do tema. Os historiadores Tiago Krause e Paulo Pachá argumentam que “a prática historiográfica é essencialmente revisionista, já que nós estamos sempre revisando nossos conhecimentos e interpretações sobre o passado”. Segundo eles, “o verdadeiro projeto de apagar a história é aquele que a vê como estática e pretende nos manter presos às visões superadas de uma historiografia laudatória dos heróis e mitos nacionais, que excluem e violentam a memória de diversos grupos sociais” (KRAUSE; PACHÁ, 2021, p. 2).

Décadas antes do episódio paulistano já se discutia a lógica por trás de símbolos erguidos com a finalidade de homenagear figuras políticas sensíveis e socialmente controversas, a luz dos conceitos de lugares de memória e pensamento decolonial. O fenômeno é observado por todo o continente latinoamericano e se pauta nas discussões acerca do eurocentrismo contido nas narrativas históricas predominantes no continente e da validade de se manter de pé homenagens lidas como uma afronta para a história de determinados povos. Segundo o historiador argentino Andrés Kozel, o movimento contrário aos símbolos do

colonialismo europeu ganhou força no início dos anos 90, após o quinto centenário da chegada de Cristóvão Colombo. Ele considera que as intervenções em prol do reconhecimento das identidades indígenas e africanas são justas e compreensíveis, como forma de afirmação identitária (CARMO apud KOZEL, 2021).

Importante destacar, no entanto, que “o direito a memória é uma prerrogativa coletiva que decorre da própria democracia na medida em que visa manter viva a lembrança de fatos do passado que determinam nossa identidade no presente - mesmo que sejam acontecimentos vergonhosos” (CICÍLIO; GOMES, 2019, p. 3). Desse modo, a partir da noção de que um lugar de memória é um suporte fático para a construção da memória coletiva, a retirada de um símbolo não seria positiva de um ponto de vista historiográfico. Isto porque, mais que a simples remoção de tais monumentos, o que as recentes manifestações evidenciam é o apelo por uma ressignificação destes lugares de memória, de modo a transformar o que antes era uma homenagem em um símbolo capaz de representar de forma mais fiel a história e cultura de determinados povos.

Após o ocorrido no caso Borba Gato, muito se discutiu em âmbito social acerca da validade deste tipo de protesto e suas implicações para a historiografia paulistana e brasileira. O fato é que o objetivo dos manifestantes foi bem-sucedido, na medida em que o debate se ampliou e o peso historiográfico de se manter aquela homenagem se evidenciou ainda mais. Com isso, um lugar de memória que antes era apenas homenagem se tornou algo maior – um microcosmo que representa as lutas de memória em torno daquela temática. Se antes o monumento havia sido construído para honrar a memória de Borba Gato, hoje, ele se tornou um símbolo da fragmentação social e das disputas pela consolidação de determinadas narrativas históricas, que questionam o sentido de passado e presente no patrimônio.

Para se discutir o fenômeno da derrubada e depredação de monumentos públicos em prol de um ideal, nesse caso, o questionamento acerca da homenagem feita à Borba Gato, é preciso adentrar na concepção social de patrimônio e historicidade. A construção histórica de uma memória coletiva leva em consideração inúmeros fatos e atores que se

impuseram de distintas formas e por meio de diferentes narrativas. No Brasil, é preciso levar em consideração o peso exercido pela colonialidade e pelos atores que atuam como figuras dominantes na memória coletiva.

Observa-se, enquanto fenômeno presente ao longo da construção histórica da memória nacional, uma predominância de figuras que remontam a um passado branco, colonial e escravista, em detrimento de personalidades capazes de explicar uma ruptura com essas estruturas, especialmente se tratando de figuras negras e indígenas que promoveram movimentos que afastaram nossa estrutura política desses padrões, ao menos institucionalmente. Tal fenômeno, essencialmente latino-americano, ocorre porque “foram atribuídos aos patrimônios nas ex-colônias, a missão de relembrar o passado ou o legado europeu, branco e católico deixado pelos ‘conquistadores’, como índice de civilização” (FREITAS, A. L. R., 2021, p. 160 apud LOUIS-PIERRE, LIMA e EID, 2019, p. 3).

O caso da valorização e romantização das empreitadas bandeirantes é exemplificativo deste fenômeno. Para que seja possível compreender como o ato de depredação da estátua de Borba Gato em Santo Amaro pode ser fruto da contestação da lógica de hipervalorização das figuras que remontam a um passo “limpo” e eurocentrado em detrimento de outras manifestações históricas que se distinguem delas, é preciso entender, antes, como o movimento bandeirante se relacionou com a construção da memória coletiva e da identidade nacional ao longo do século XX.

O monumento em homenagem à Borba Gato foi construído em 1957, fruto de um intenso período de discussões acerca da construção de uma identidade nacional, que foi decisivo para a constituição da nossa atual noção de memória e identidade nacional. A construção da referida estátua não foi um ato isolado, mas parte de um *frenesi* de exaltação à figura do bandeirante em São Paulo, que além do monumento à Borba Gato em Santo Amaro, “passou a frequentar o cotidiano dos nascidos no estado, nomeando praças, ruas, colégios e clubes. E também vias de circulação [...] e monumentos como o das Bandeiras [...] e a estátua do Borba Gato” (RAIMUNDO, S.L, 2012, p. 4). Inventou-se, portanto, a

tradição do herói bandeirante – aquele que teria expandido o território nacional e salvo o país da barbárie e incivilidade.

Após a exaltação das empreitadas bandeirantes, por meio de homenagens urbanas patrocinadas pela oligarquia de São Paulo, valorizou-se o espírito civilizatório paulista em detrimento de outras manifestações populares presentes na história. Os bandeirantes passaram a ser, a partir deste processo, uma representação heroica da empreitada civilizatória paulista que buscava arquitetar o país, não importando, portanto, o peso que tais empreitadas tinham para as comunidades indígenas, por exemplo. Assim, estas manifestações eram constantemente sobrepostas à memória de povos que foram vítimas delas e que faziam parte de forma insuficiente da discussão acerca do tema até que atos como a recente depredação da estátua de Santo Amaro fossem executados.

Segundo Eric Hobsbawm, tradições inventadas são “um conjunto de práticas de natureza simbólica [...] que visam estabelecer certos valores e comportamentos baseados na repetição, implicando automaticamente em uma continuidade em relação ao passado” (HOBSBAWM, Eric e RANGER, 1984). Ora, se todos os esforços despendidos em prol da consolidação da figura do bandeirante enquanto herói nacional partiram de uma elite oligárquica e se considerarmos que a história é (ou deveria ser) orgânica e sua disseminação deveria ocorrer como fruto de um processo científico e justo com a memória de todos os povos, por que determinadas tradições ainda são sobrepostas à outras e qual é a melhor maneira de se evidenciar tal problemática?

Se uma tradição foi criada e incentivada por meio do Estado para favorecer uma narrativa excludente à povos historicamente marginalizados, como se observa no caso dos bandeirantes, a sua contestação representa uma ruptura essencialmente decolonialista, na medida em que busca questionar por que determinados espaços dedicados a homenagear tais figuras permaneceram intactos por décadas no meio urbano, sem que houvesse qualquer intervenção ou questionamento acerca de sua legitimidade. Aqui, não se questiona a validade de um objeto, mas de uma narrativa contada por um único grupo que por si só não representa a identidade nacional.

Segundo André Luiz Freitas, “o que emerge dessa indagação do passado é uma atitude historiadora, já que se questiona o passado a partir de uma perspectiva pública da história” (FREITAS, 2021, p. 180). Se, erguida em 1957, mais de dois séculos após a morte do bandeirante, já havia questionamentos acerca da validade de tal homenagem, hoje, após as intervenções, não restam dúvidas de que aquele monumento assumiu um lugar na memória coletiva paulistana, de uma forma muito diferente do que se pretendia no momento da construção. Esta não foi a primeira intervenção no monumento e muito provavelmente não será a última. O que se aduz é que a depredação da estátua de Borba Gato pode ser vista como um símbolo da fragmentação social e das lutas por detrás da construção do direito à memória, em que cada vez mais se defende que a participação das camadas populares e daqueles historicamente excluídos do processo de formação da identidade nacional não é mais passível de ser colocada em segundo plano, sob pena de rendermos nossa história a um pensamento colonial que exclui camadas que também foram responsáveis pela formação da identidade brasileira e latinoamericana.

CONCLUSÃO

Ainda que diferentes narrativas historiográficas discutam a validade e legitimidade de se intervir em prol da derrubada ou depredação de monumentos históricos controversos, certo é que tais intervenções exerceram enorme influência na proporção que os debates em torno destes símbolos tomaram. Ao ser questionado a respeito de seu ato, Paulo *Galo*, que admitiu ter organizado o ato de depredação do monumento em homenagem a Borba Gato afirmou que “o objetivo principal foi atingido, que era abrir o debate sobre os monumentos que homenageiam racistas”. Segundo ele, seu ato “conseguiu fazer esse debate chegar em todos os lugares”. Paulo estava certo. Segundo a ferramenta de análise *Google Trends*, o termo “Borba Gato” registrou seu pico de popularidade na plataforma de pesquisa após o mês de julho de 2021, quando aconteceu o ato. A ocorrência de pesquisas como “Quem foi Borba Gato no Brasil?”

e “Borba Gato história” teve um aumento repentino na plataforma, superando os 1.100% (mil e cem por cento).

Os discursos de poder e resistência que envolvem os referidos atos suscitaram questionamentos ainda não consensuais na historiografia. Passamos a questionar, por exemplo, se apenas sua existência como lugar de memória válida a permanência de um monumento de líder ou figura controversa no formato de homenagem no meio urbano. O fato é que para além de um juízo de valor em torno de tais atos, é necessário evidenciar como esta discussão representa uma ruptura no modo em que nossa historiografia trata determinadas narrativas e como ela ainda é lida por muitos como excludente. Se a indagação do passado representa uma atitude historiadora, é necessário escutar o que tais manifestações nos dizem sobre o nosso passado, presente e futuro.

A evolução das discussões que envolvem o pensamento decolonial na América Latina serve para ampliar a discussão em torno da problemática, sendo essencial para explicar onde se inserem estas manifestações. O caso Borba Gato não foge do contexto explicitado pelos estudos contra-hegemônicos modernos, já que se refere à um movimento de contestação que busca ressignificar uma homenagem feita à uma figura intrinsecamente ligada à lógica colonial e eurocentrada. A contestação do bandeirantismo, enquanto fenômeno ligado ao genocídio indígena e ao pensamento expansionista dos grupos predominantes à época, é um movimento intrinsecamente decolonial, na medida em que busca promover uma discussão acerca da superação de ídolos cuja romantização fere a memória de inúmeros povos, nesse caso, mais notadamente a de povos indígenas.

O caso Borba Gato, assim como outros casos de intervenções em monumentos controversos, constitui um microcosmo capaz de explicar nossa atual fase de fragmentação social e lutas de memória. Muito do que se consolidou sobre nossa história parte de narrativas que ignoram as vivências e opressões sofridas por determinados povos. Com isso, há de se entender que o fenômeno representa algo muito maior que apenas a depredação da estátua em si, mas é representativo das disputas narrativas

que formam o direito à memória e que não podem ser dissociadas do fenômeno decolonialista.

REFERÊNCIAS

- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, no11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>>. Acesso em: 2/8/2020.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Uma crítica decolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 105-118. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Ana_Maria_Lopes2/publication/320270343_A_eficacia_nacional_e_internacional_dos_direitos_humanos/links/59d96094a6fdcc2aad0d9265/A-eficacia-nacional-e-internacional-dos-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 2/8/2020.
- CARMO, M. **A polêmica em torno da derrubada de estátuas de Cristóvão Colombo, gerais e traficantes de escravos na América Latina**. BBC, Buenos Aires, 7 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57743744>>. Acesso em 09 nov. 2021.
- CICÍLIO, T.S; GOMES, D.M. **Direito à Memória, Políticas Públicas e Direitos Humanos**. Anais da II Jornada da Fraternidade em Redes de Cooperação: Políticas Públicas, Petrópolis, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/43320345/direito_à_memória_políticas_públicas_e_direitos_humanos>. Acesso em 09 nov. 2021.
- FREITAS, A. L. R. **QUEBRA DAS ESTÁTUAS. Possibilidades de uma (re)escrita decolonial e pública da História**. Dissertação (Mestrado em História) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense. Niterói, p. 200. 2021. Disponível em: <<https://www.historia.uff.br/academico/media/aluno/2499/projeto/Diss>>

- ertação_Quebra_das_Estátuas_-_André_Ranucci_-_
_Definitivo_Fc7w2a5.pdf>. Acesso em 16 nov. 2021.
- GOOGLE. **Google Trends**. Disponível em:
<<https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>>. Acesso em 09 nov.
2021.
- HOBSBAWM, Eric e RANGER, Terence (1984). **A Invenção das
Tradições**. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- NORA, Pierre. **Entre Memória e História: a Problemática dos
Lugares**. Projeto História, São
Paulo, nº 10, p. 7-28, dez. 1993. Disponível em:
<<https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/12101>>.
Acesso em 06 nov. 2021.
- PACHÁ, Paulo; KRAUSE, Thiago. **Derrubando estátuas, fazendo
história**. Revista Época, Rio de Janeiro, 19 jun. 2020. Disponível
em: < [https://oglobo.globo.com/epoca/cultura/artigo-derrubando-
estatuas-fazendo-historia-
24487372?utm_source=Whatsapp&utm_medium=Social&utm_campai
gn=compartilhar](https://oglobo.globo.com/epoca/cultura/artigo-derrubando-estatuas-fazendo-historia-24487372?utm_source=Whatsapp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar)>. Acesso em 16 nov. 2021.
- RAIMUNDO, S.L. **Bandeirantismo e identidade nacional**. Revista da
Rede Brasileira de História da Geografia e Geografia Histórica -
Terra Brasilis, 2004. Disponível em:
<<http://journals.openedition.org/terrabrasilis/375>>. Acesso em 18
mar. 2022.

O NEOLIBERALISMO CONTRA A CONSTITUIÇÃO: OS SIGNIFICADOS DE INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME ROBERTO CAMPOS (1985-1993)

Pedro Odainai³¹⁷

RESUMO

Este trabalho busca compreender os sentidos do conceito de inconstitucionalidade para Roberto Campos (1917-2001), economista, legislador constituinte na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e importante representante do neoliberalismo brasileiro. Analisando alguns de seus escritos produzidos entre os anos de 1985 e 1993, sirvo-me da metodologia da História dos Conceitos e da categoria “conceitos antitéticos assimétricos”, formuladas por Reinhart Koselleck (2006), da teoria política de Freedon (1996) e de estudo de Lynch (2020), para interpretar as fontes principais, bem como selecionar e proceder com a crítica documental de outras fontes históricas, contemporâneas às principais. Proponho uma periodização dos escritos de Campos, a fim de identificar os sentidos empregados ao conceito estudado, consoante às diversas demandas, lutas e interesses presentes na cena político-institucional que participava ativamente. Concluo o artigo apontando os diferentes significados de inconstitucionalidade empregados por Campos, bem como a forma como eles, direta ou indiretamente, influenciam suas concepções sobre Constituição enquanto conceito antitético assimétrico, além da forma como o contexto no qual era mobilizado e a ideologia de meu interlocutor intervieram nos significados por ele empregados ao conceito estudado.

Palavras-Chave: História dos Conceitos; Neoliberalismo brasileiro; Constituição de 1988

INTRODUÇÃO

³¹⁷ Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Bolsista de Mestrado do CNPq. E-mail: pedro.oda@hotmail.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5404081856752715>.

Nesse artigo, reflito sobre os significados do termo “inconstitucional(idade)” atribuídos por Roberto Campos (1917-2001), um dos arautos do neoliberalismo brasileiro, à luz de alguns de seus artigos escritos às vésperas, durante e após o fim dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC).

Este é um trabalho de História do Direito que dialoga com algumas concepções teórico-metodológicas da Ciência e Teoria Política. Rompendo com a tradição positivista-historicista da historiografia jurídica, usualmente legitimadora do direito vigente³¹⁸, invisto em uma postura crítica. Seguindo Hespanha (2012, p. 24), elejo como objeto o direito em sociedade, analisando sua mobilização por um ator social não jurista.

Tratarei “inconstitucional(idade)” como um conceito, nos moldes da metodologia da História dos Conceitos, proposta por Koselleck (2006). Do mesmo autor, utilizo a categoria conceitos antitéticos assimétricos por abrir caminhos à reflexão sobre o significado de um conceito a partir não apenas daquilo que declara, como também do que nega. Outras contribuições advêm da obra de Freedon (1996; 2013) – principalmente sua concepção de ideologia – e do estudo de Christian Lynch (2020) sobre o neoliberalismo brasileiro.

A partir de uma proposta de periodização dos textos analisados (por mim formulada), busco, além de um sentido fixo, as mudanças semânticas operadas pelo autor, relacionando-as aos diferentes contextos nos quais se inscreveram suas manifestações.

Inicialmente, apresento as questões teórico-metodológicas pertinentes para o desenvolvimento deste trabalho. No segundo item, exponho uma pequena biografia de Campos e exploro os significados conceituais de inconstitucional(idade) em seus escritos, ordenados conforme a periodização acima citada. Em seguida, retomo os sentidos atribuídos ao conceito de inconstitucionalidade por Campos e como eles (e suas mudanças) influíram no respectivo par conceitual antitético: Constituição. Finalizo o texto com uma resposta a um questionamento

³¹⁸ Sobre o papel legitimador do presente jurídico pela historiografia jurídica tradicional, ver Fonseca (2012).

feito durante a comunicação oral de um resumo expandido, do qual deriva esse trabalho.

1. ABORDAGENS TEÓRICO-METODOLÓGICAS: CONCEITOS, IDEOLOGIAS E SUAS DERIVAÇÕES NACIONAIS

Um de meus desafios como jovem pós-graduando, recentemente titulado bacharel em Direito, foi compreender o papel de questões teóricas e metodológicas para o desenvolvimento de uma pesquisa. Se, por um lado, os marcos teóricos são ideias centrais que servem de base para interpretar o objeto estudado (SIQUEIRA, 2021), não se pode, em seu nome, deixar de se atentar aos desvios gerados pelo próprio material empírico. Nesse sentido:

A pesquisa está sempre fundada na coleta de dados empíricos, pois é a empiria que pede a teoria, uma vez que esta é um instrumento de compreensão dos dados. **A teoria está a serviço da empiria e não o contrário** (GERALDO; FONTAINHA, 2015, p. 17) (grifo no original)

Ainda que, nestas observações iniciais, não se diferencie devidamente metodologia de teoria, destaco que apesar de eleger algumas formulações teórico-metodológicas para auxiliar minha interpretação da obra de Campos, busco nelas não “perder-me”. Mobilizo-as não para defendê-las, mas para formular perguntas cujas respostas ainda são desconhecidas.

1.1. A História dos Conceitos

Reinhart Koselleck foi um historiador dos conceitos. Em sua obra, buscou analisar historicamente o fenômeno da linguagem, tomando-a “(...) como uma instância final, metodicamente irreduzível, sem a qual não se pode ter qualquer experiência, ou qualquer ciência do mundo ou da sociedade” (KOSELLECK, 2020, p. 107). Diferenciando história social

de história da linguagem (que engloba a história dos conceitos), negou o projeto de história total, proposto pelas primeiras gerações dos *Annales*: “Nem a conceituação linguística consegue dar conta daquilo que ocorre ou daquilo que de fato aconteceu, nem o acontecimento se dá sem que seja transformado por sua elaboração linguística” (id., p. 20)³¹⁹.

Koselleck tem por alvo os usos daquilo que chama de conceitos, i.e., palavras para cuja “(...) formulação seria necessário um certo nível de teorização e cujo entendimento é também reflexivo” (KOSELLECK, 1992, p. 135). Um conceito é sempre dotado de um significado partilhado por remetente e destinatário. É isso que viabiliza, afinal, a comunicação, “(...) uma semântica que é pré-existente e nos é dada” (id., p. 141). Esse significado compartilhado é um passado que se faz presente no momento da enunciação, sendo constatado por uma análise diacrônica, ou seja, pelas mobilizações do conceito que antecederam a situação estudada.

Mas a linguagem também possui um aspecto pragmático. O uso de um conceito possui um novo significado, pois decorre de um ato linguístico performado por um agente que visa intervir em uma situação concreta, que nunca ocorreu e não ocorrerá novamente como tal.

Assim, o significado de um conceito é delimitado por um espaço de experiência, “(...) o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados” (KOSELLECK, 2006, p. 309) e por um horizonte de expectativa, i.e., uma projeção no presente sobre o futuro. Nas palavras do autor, um “(...) futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto” (id., p. 309).

Os principais propósitos da História dos Conceitos são assim resumidos pelo autor:

³¹⁹ A diferença entre história social e história dos conceitos é melhor elucidada pela diferença entre ato de fala e evento: “Sempre existe uma diferença entre uma história que acontece e sua viabilização linguística. Nenhum ato de fala já é o próprio ato que ele ajuda a preparar, desencadear e executar (...) Uma história não se realiza sem a fala, mas nunca é idêntica, nem pode ser reduzida a esta” (KOSELLECK, 2020, p. 21).

A história dos conceitos interroga primariamente como, quando, onde, por quem e para quem são conceitualizados intenções e estados de coisas. A história dos conceitos sempre investiga os desafios singulares para os quais, no uso concreto das palavras, respostas conceituais vão sendo linguisticamente condensadas (KOSELLECK 2020, p. 108)

Tendo abordado, de modo geral, a História dos Conceitos, atente-me agora a uma categoria específica, também desenvolvida por Koselleck: os conceitos antitéticos assimétricos.

1.2. Conceitos antitéticos assimétricos

Analisando pares conceituais de momentos históricos diferentes, Koselleck desenvolve a noção de conceitos antitéticos assimétricos. Cada par não só descreve, “(...) mas também constitui grupos políticos ou sociais” (id., 2006, p. 192). Segundo o autor, o uso de conceitos gerais pode ser reivindicado por alguns grupos como o universalmente válido: “Para um católico, ‘a Igreja’ pode ser apenas a sua; para um comunista, ‘o partido’ pode ser apenas o seu, ‘a Nação’, para a Revolução Francesa, designava evidentemente apenas a sua” (id., p. 192).

O apossamento de um conceito implica a nomeação de seu contrário, que lhe é desigual. Além de antitéticos, esses pares conceituais são assimétricos: aí reside a diferença entre o heleno, homem grego, dotado de determinadas qualidades, e os outros, chamados de bárbaros.

Ainda que a categoria verse sobre conceitos relativos a grupos políticos, seu potencial heurístico aí não se esgota³²⁰. Aqui, ela é mobilizada para também compreender o significado de “Constituição”, para Campos, a partir do emprego de seu par assimétrico: “inconstitucional”.

³²⁰ Um bom estudo que mobiliza a categoria, que investiga o contexto pré-republicano, é o de Mello (2010).

1.3. *Freeden: ideologias e léxico ideológico*

Michael Freeden (1996) propõe a compreensão do fenômeno político a partir da análise das ideologias. Segundo ele, uma ideologia política é um conjunto de ideias, crenças, opiniões e valores que:

1. exhibe un patrón recurrente; 2. es seguida por grupos relevantes; 3. compete por la formulación y el control de planes en materia de políticas públicas; y 4. lo hace con el fin de justificar, oponerse o cambiar las bases y los acuerdos sociales y políticos de una comunidad política (id., 2013, p. 50)

Também inspirado na História dos Conceitos, Freeden (1996, p. 77) afirma que cada ideologia se caracteriza pela forma como organiza os principais conceitos políticos de certo momento histórico: “*Central to any analysis of ideologies is the proposition that they are characterized by a morphology that displays core, adjacent and peripheral concepts*”. No liberalismo, “liberdade” é principal, ao passo que “(...) *human rights, democracy and equality are adjacent to liberty, and nationalism is to be found on their periphery*” (id., p. 77).

Contudo, para analisar os conceitos e ideologias políticas em contextos nacionais, não bastam teorias estrangeiras. Algumas das conclusões de estudo de Lynch (2020) sobre a ideologia neoliberal brasileira são oportunas para melhor explorar os escritos de Campos.

1.4. *O neoliberalismo brasileiro*

1.4.1. *Liberalismo(s)*

Lynch propõe-se a estudar a ideologia neoliberal brasileira. Seu objetivo é “(...) oferecer uma imagem mais precisa e concreta do nosso próprio neoliberalismo, explicando-o a partir da doutrina e da prática de seus adeptos ao longo da história” (LYNCH, 2020, p. 18).

Contrapondo liberalismo democrático a neoliberalismo, o autor afirma que, apesar de ambos derivarem do liberalismo, há uma diferença

fundamental: o primeiro privilegia as liberdades políticas e fundamentais, enquanto o neoliberalismo tende à “(...) preservação da completa liberdade de mercado e deixando em segundo plano as preocupações democráticas, relativas aos problemas do governo oligárquico e plucrático” (id., p. 19).

1.4.2. Neoliberalismo brasileiro: representantes e principais ideias

Os representantes da ideologia neoliberal brasileira compartilham algumas características. Inicialmente, crêm que o livre funcionamento do mercado, supostamente regulado por leis naturais, garante o avanço civilizacional: “Os neoliberais compreendem o ‘capitalismo’ como um sistema econômico natural criador de uma realidade objetiva e espontânea (...) O capitalismo é tomado como sinônimo da própria civilização: uma força moderna, criativa e libertadora” (id., p. 20).

Conceitos como cidadania e democracia são redefinidos. O cidadão ideal dos neoliberais é o empresário, visto como vitimado pelo “(...) peso brutal de um Estado fiscalista” (id., p. 22). A ação democrática é a que protege a “(...) vontade dos agentes econômicos, entendidos como ‘classe universal’, responsável pela preservação dos princípios sociais de ordem, liberdade e justiça” (id., p. 22), pois a geração de riqueza é por eles impulsionada. Toda intervenção estatal no domínio econômico seria, então, autoritária. O horizonte neoliberal, no campo da política, concebe um único caminho: o Estado mínimo. O ente estatal

(...) não tem por missão promover, nem justiça social, nem industrialização, nem desenvolvimento. Sua função central é a de intervir apenas para propiciar condições de livre funcionamento do mercado, preservando as assimetrias sociais por ele produzidas, porque naturalmente justas (id., p. 25)

Sobre a divisão do poder, defendem um federalismo descentralizador, privilegiando Estados e Municípios. Quanto à separação das funções estatais, postula-se “(...) poderes executivos fortes, capazes

de reprimir as tentativas de subversão do Estado mínimo. Daí a tendência (...) de condenação do parlamentarismo como fraco e anticientífico” (id., p. 26).

A estabilidade institucional é tida como imprescindível para o normal funcionamento do *laissez-faire*. Por esse motivo, os neoliberais costumam criticar “(...) momentos de refundação do pacto social, identificados com assembleias constituintes” (id., p. 23). Isso é um aspecto importante, visto que os textos aqui analisados foram escritos durante a elaboração de uma nova Carta Magna.

2. O CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEGUNDO ROBERTO CAMPOS

2.1. Esboço biográfico e plano de trabalho

Roberto Campos, mineiro, nascido em 1917, diplomata e economista, influenciou importantes acontecimentos políticos e econômicos nacionais durante a segunda metade do séc. XX (GODOI, 2007). Já com uma extensa trajetória política³²¹, elegeu-se Senador da República pelo Partido Democrático Social (PDS-MT) em 1983 e foi legislador constituinte da ANC, além de ter participado dos trabalhos da reforma constitucional de 1993-4, como deputado federal.

Selecionei 8 dos 13 textos de Campos, reunidos na obra “A Constituição contra o Brasil”, que continham o uso direto dos termos “inconstitucional” ou “inconstitucionalidade”³²².

³²¹ Que inclui o cargo de Embaixador Brasileiro nos Estados Unidos, de 1961 até 1964, e o cargo de Ministro do Estado do Planejamento e Coordenação Econômica do governo Castelo Branco. Cf. <https://www.camara.leg.br/deputados/73419/biografia>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³²² São eles: Reservatório de utopias (de 06 de janeiro de 1985); Pianistas no Titanic (15 de março de 1987); O “besteirol” constituinte – II (21 de junho de 1987); O escândalo da universidade (31 de janeiro de 1988); A Constituição-espartilho (12 de junho de 1988); A Constituição “promiscuísta” (31 de julho de 1988); Democracia e democratice (19 de outubro de 1988) e Piada de alemão é coisa séria... (23 de setembro de 1993).

Compreendo que a periodização de acontecimentos históricos é um processo de criação do próprio historiador no desenvolvimento de sua narrativa³²³ e não uma representação fiel dos fatos, tal qual efetivamente ocorreram³²⁴. Assim, ainda que imperfeita, proponho a periodização dos textos em 3 grandes grupos: *a)* anteriores; *b)* durante e pouco após o fim da ANC; e *c)* às vésperas da revisão constitucional, durante o ano de 1993.

A divisão se pauta não só na “distância” cronológica entre os textos, mas na diferença de lutas, anseios e pretensões que vigiam em cada um destes momentos. Assim, deixei de proceder à intuitiva demarcação entre textos escritos antes, durante e após a ANC. Sempre inspirado em Benjamin e, conseqüentemente, atento à barbárie histórica que eterniza qualquer monumento de cultura (entre estes, as “grandes datas” eleitas pela narrativa histórica oficial e/ou hegemônica), se não consegui, ao menos busquei escovar a história a contrapelo³²⁵.

2.2. 1985: a “constitucionalite” e a defesa da Constituição de 1967

Em 07 de agosto de 1984, é lançado o “Compromisso com a nação firmado pela Aliança Democrática” assinado por Ulysses Guimarães (Presidente do PMDB), Antonio Aureliano Chaves de Mendonça (Vice-Presidente da República), Tancredo Neves (Governador de Minas Gerais) e Marco Maciel (Senador da República, por Pernambuco). O documento

³²³ Mesmo reconhecendo seu caráter narrativo, não considero a historiografia como não-científica. Seguindo Certeau (2020), considero a prática historiográfica uma operação que resulta numa escrita desenvolvida em forma de narrativa científica, pois se submete a procedimentos técnicos e é controlada por agentes da instituição do saber histórico, reconhecidos socialmente como aptos: simplificada, as historiadoras e historiadores.

³²⁴ Ponto comum entre os historiadores é a impossibilidade de uma narração “fiel” do passado. Na historiografia jurídica, isso já foi bem apontado por Fonseca (2012) e Hespanha (2012). Todavia, tratando-se de uma ciência, isso não implica descompromisso com a verdade ou carta branca a negacionismos, i.e., narrativas sobre o passado que distorcem fontes, com objetivos políticos. Uma síntese desta discussão está em Traverso (2012).

³²⁵ Vide LÔWY, 2005.

firmava a aliança entre o PMDB e a Frente Liberal (dissidência da ARENA – Aliança Renovadora Nacional, partido da situação durante o regime militar), lançava a chapa Tancredo Neves e José Sarney à Presidência e Vice-Presidência da República e trazia outras propostas, ante “(...) as inadiáveis mudanças que a sociedade brasileira exige” (GUIMARÃES *et al*, 2005, p. 9).

A proposta principal, além do restabelecimento das eleições diretas para a Presidência da República, era convocar uma Assembleia Nacional Constituinte. A nova Constituição faria “(...) do Estado, das Leis, dos Partidos Políticos, meios voltados para a realização do homem – sua dignidade, sua segurança e seu bem-estar” (id., p. 10).

Em 06 de janeiro de 1985, nove dias antes da votação pelo Colégio Eleitoral³²⁶ para eleger o novo Chefe do Executivo Federal, Roberto Campos escreveu um texto afirmando o clima nacional de ‘constitucionalite’: “Um misto de panacea e paixão” (CAMPOS, 2018, pos. 1177). Segundo ele, Tancredo pretendia nutrir o amor do povo por uma nova Carta³²⁷, o que, porém, não passava de uma ilusão e uma impropriedade:

Ilusão, porque o universo humano de recrutamento é o mesmo do Congresso ordinário, com igual distribuição de sumidades, mediocridades e nulidades. Impropriedade, porque as constituintes normalmente pressupõem uma “ruptura” das instituições – criação do Império (1924), proclamação da República (1891), restauração do Legislativo (1934 e 1946). No caso atual, estão em funcionamento os Três Poderes e a restauração das “diretas” e das prerrogativas do Legislativo é objeto de emendas

³²⁶ À época, a eleição para a Presidência da República era indireta. Vide art. 76, *caput*, da Constituição de 1967.

³²⁷ Não é surpreendente que Campos, à época Senador, votara, como membro do Colégio Eleitoral, em Paulo Maluf para Presidente da República. Cf. CONGRESSO NACIONAL, 1985, p. 07.

constitucionais hoje amplamente aceitas (id, pos. 1203)

Além da alegada ausência de ruptura institucional (ainda que durante um processo de redemocratização), o argumento central do texto é que novas Constituições (ao menos desde a de 1934) nunca impossibilitaram “(...) que nossos problemas prosseguissem impávidos – subdesenvolvimento, inflação, instabilidade institucional” (id., pos. 1177) O problema não estaria, segundo Campos, no conteúdo, mas no descumprimento do texto constitucional:

Se obedecido o texto constitucional de 1967, o Brasil não teria inflação nem estatismo. O art. 62 exige o orçamento unificado, o art. 60 proíbe não só projetos sem cobertura num orçamento plurianual de investimentos, como qualquer abertura de crédito sem autorização legislativa que especifique os recursos correspondentes. **Em suma, nossa inflação é rigorosamente inconstitucional.**

Também rigorosamente inconstitucional é nosso estatismo. Pois, segundo o artigo 163, o governo só poderia intervir no domínio econômico quando “indispensável” para a segurança nacional ou “impossível” o desenvolvimento privado e, sempre mediante lei especial – condições desatendidas pela vasta maioria dos cogumelos estatais que poluem nossa paisagem (id., pos. 1183) (**grifo meu**)

O termo “inconstitucional”, precedido por “rigorosamente” e inscrito no contexto de “constitucionalite”, parece indicar não só um posicionamento contrário à promulgação de uma nova Carta, como a defesa da então vigente. Mesmo velada, percebe-se a aposta de Campos no texto de 1967, afinal, se respeitado, o país não teria inflação nem intervenção estatal no domínio econômico – o que considerava os grandes problemas do país –, por serem inconstitucionais.

O que defendia era a reforma do texto então vigente. O objetivo principal seria torná-lo mais simples, separando aspirações legítimas de meras garantias de direitos. Nesse sentido, criticou o direito previsto na Carta de 1967, de acesso do trabalhador à colônia de férias: “Isso a rigor pressupõe uma economia sem desemprego nem inflação, e equivale a declarar ‘inconstitucional’ nossa própria condição de subdesenvolvimento” (id., pos. 1183).

Mesmo se referindo à Carta de 1967, afirmar inconstitucional o subdesenvolvimento parece ser um sintoma da doença que Campos chama “constitucionalite”: a ilusão de que seja possível sanar os problemas do país por decreto (no caso, por meio de uma nova Constituição).

2.3. Os trabalhos da ANC e a nova Carta (março de 1987 – outubro de 1988)

2.3.1. Contrariando um “besteirol”: a inconstitucionalidade da inflação segundo as propostas para a nova Constituição

Em 01 de fevereiro de 1987, foi instalada a ANC, responsável pela formulação da futura Carta Magna. Formada majoritariamente por Deputados e Senadores eleitos nas eleições de 15 de novembro do ano anterior, apesar de o PMDB dominar a maioria das cadeiras, membros de vários partidos participaram de suas votações e discussões (NOGUEIRA, 2010).

Havia no Plenário um clima de renovação ante a reformulação do pacto jurídico-social fundamental, pautado na pluralidade de ideias. Na abertura da 3ª Sessão, Ulysses Guimarães, recém-empossado Presidente da ANC, iniciou deste modo um longo discurso:

Srs. Constituintes, esta Assembléia reúne-se sob um mandato imperativo: o de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar

(ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE,
1987, p. 20)

Nesse clima, em texto de 15 de março de 1987 (“Pianistas no Titanic”), Campos (2018) retoma a ideia de “constitucionalite”. Agora, todavia, é mais enfático: formular uma nova Carta Magna não é apenas investir em uma ilusão, como também atrapalhar demandas de maior urgência:

A inflação e a insolvência são problemas de conjuntura, que não podem esperar. Hoje, as prioridades estão invertidas. A Constituinte, que trata do longo prazo, afirma sua prioridade sobre o Congresso ordinário, que trata do curto prazo. O contrário deveria ocorrer. O Congresso deveria exigir do Executivo a apresentação imediata de um programa econômico de emergência, ao qual daria tratamento de urgência. Somente depois de encaminhadas essas soluções emergenciais, passariam os constituintes a deliberar, com passo prudente, sobre a arquitetura do Estado, o sistema tributário e os direitos do indivíduo (id., pos. 1812)

Logo depois, defende um significado peculiar de Constituição: “A Constituição não deve ser a maior das leis, pois nem sequer é uma ‘lei’. Deve conter apenas as normas de organização da sociedade, a partir das quais se fariam leis” (id., pos. 1823).

Tanto nesse texto, como em “O ‘besteirol’ constituinte – II”, de 21 de junho de 1987, Campos volta a mencionar a inconstitucionalidade da inflação, sem agora ter por referência a Carta de 1967, mas a previsão, no projeto da nova Constituição, da preservação do poder aquisitivo real salarial. Todavia, mudando-se o referencial, o tom já não é mais o mesmo:

O “besteirol” constituinte não para aí. Antes de atingirmos uma “civilização do fazer”, decretamos a criação de uma “civilização do lazer”, pelo simples

ato de “bem-querer”. Transformam-se em édito constitucional relações de trabalho que devem ser objeto de negociação entre trabalhadores e patrões, e que necessariamente variarão em função da situação do país e da evolução da tecnologia (...). É assegurada a preservação *permanente* do poder aquisitivo real dos salários (o que teria a vantagem de tornar a inflação *inconstitucional...*) (id., pos. 2014-2024) (itálico no original)

Além de grafado em itálico, o tom de deboche no uso do termo inconstitucional se dá pelo próprio título do texto: inconstitucional seria a violação de um besteirol. Se antes o argumento da inconstitucionalidade da inflação se relacionava com uma defesa da Carta de 1967, agora é uma crítica à proposta da nova Carta e aos trabalhos da ANC.

Essa crítica fica mais evidente ao fim do texto. O projeto de Carta seria um balaio de utopias, fadado ao insucesso por contrariar as leis do Mercado – estas deveriam guiar o jogo político, bem como determinar o conteúdo das regras constitucionais.

Tudo indica que, se esse balaio de utopias atravessar o crivo da Comissão de Sistematização e do Plenário, teremos uma Constituição mais rapidamente biodegradável que as sete anteriores. E, por insistir em brigar com os fatos e as realidades do mercado, o país continuará tendo um grande futuro no seu passado (id., pos. 2044)

2.3.2. Liberalismo anti-individualista: a violação do direito das famílias escolherem o destino dos filhos

Em 31 de janeiro de 1988, Campos publica n’O Globo “O escândalo da universidade”. No texto, critica o ensino superior gratuito, ante: *i*) sua baixa produtividade; *ii*) as poucas oportunidades de acesso pelos mais carentes, pela concorrência desigual entre estes e os mais ricos; e *iii*) a violação do direito das famílias (dos estudantes) livremente

decidirem sobre a educação dos filhos: “(...) é necessário respeitar o contribuinte, reservando-se-lhe a liberdade de optar, em nome dos filhos, pela universidade pública, privada ou confessional” (id., pos. 2649).

Para Campos, não existia direito à qualificação profissional e acadêmica, mas sim o de as famílias deliberarem sobre a educação dos filhos. Uma curiosa forma de defesa da liberdade, mas não do indivíduo, na qual o conceito de inconstitucionalidade é mobilizado:

Note-se que a prática irrestrita da gratuidade da universidade pública pode até mesmo ser acoimada de inconstitucionalidade. O art. 176, § 3º, IV da Constituição de 1967³²⁸ (que não sofreu alterações na Emenda Constitucional de 1969), assim reza:

‘IV – O Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudo, mediante restituição, que a lei regulará (id., pos. 2649-2659)

Destaca que o tema estava sendo discutido pela Comissão de Sistematização:

O texto do título VII, Cap. III, da Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte entroniza a anarquia participativa, enfatiza a gratuidade e priva os contribuintes de qualquer opção no destino dado aos impostos que pagam (id., pos. 2659)

A menção à ANC parece-me indicar que o uso do conceito de inconstitucionalidade, ainda que aludindo à Carta de 1967, tinha por escopo influenciar os trabalhos constituintes, visando à vedação do ensino superior gratuito no texto do projeto de Constituição.

³²⁸ Campos aqui se equivoca: o trecho citado é do art. 168, § 3º, IV, da Carta de 1967. Ademais, é interessante que interprete o dispositivo como garantidor de um direito das famílias, pois o *caput* prevê o direito individual à educação, sem sequer mencionar o núcleo familiar como sujeito destinatário da norma.

Muda-se não só o sentido de inconstitucionalidade, como também a disposição do autor em relação ao projeto de Carta: o projeto deixa de ser tratado como um “besteirol”, inconstitucionalidade não mais é uma oposição a tal, mas sim a violação de uma norma cujo conteúdo é idealizado pelo autor (o que parece integrar seu conceito de Constituição).

2.3.3. *As safadezas do Estado e a pureza do Mercado*

“A Constituição-espartilho”, de 12 de junho de 1988, e “A Constituição ‘promiscuísta’”, de 31 de julho do mesmo ano, trazem novas críticas ao projeto de Carta da ANC. No primeiro texto, Campos argumenta que a futura Constituição servia mais “(...) a sociedades cartorial-mercantilistas do passado do que à moderna ‘sociedade do conhecimento’, caracterizada pela integração de mercados e interdependência tecnológica” (id., pos. 3115-3122).

A nova Carta seria um espartilho, que prendia o Poder Público e a sociedade brasileira a rígidos ditames que impossibilitariam o país de se acostumar à dinâmica sociedade global. O autor apontou cinco defeitos no projeto: “(1) dispositivos pitorescos; (2) imprudências econômicas; (3) utopias sociais; (4) corporativismo antidemocrático; e (5) invasão das atribuições executivas” (id., pos. 3132).

Sobre o quinto defeito, Campos denunciou o que entendeu como invasão das atribuições do Executivo pelo Legislativo, assumindo funções como deliberação sobre atos que implicassem ônus ao patrimônio nacional.

No segundo texto, a crítica não se destina só ao Legislativo. Segundo o autor, por não adotar um modelo clássico de sistema de governo, o país acabaria “(...) com originalidade, de acrescentar mais um – o ‘promiscuísta’”, no qual “(...) o que prevalece é a *invasão dos poderes*” (id., pos. 3305) (itálico no original).

Nesse sentido, Campos critica os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, dando ao Judiciário, segundo ele, o poder de legislar³²⁹:

O judiciário é convidado para participar dessa *partouse*. É que se criaram as figuras do “mandado de injunção” e da “inconstitucionalidade por omissão”. Através de uma outra dessas figuras, o cidadão comum poderá, na falta de norma regulamentativa, pleitear no Judiciário os “direitos”, liberdades e prerrogativas constitucionais. O Judiciário deixará assim de ser o intérprete e executor das normas para ser o “feitor” das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa (id., pos. 3313-3324) (itálico no original)

Sem uma base econômica apta a cumprir com as promessas constitucionais, “A Constituição promete solução indolor para a pobreza. Não subestimemos a atração popular por soluções milagreiras, que são a matéria-prima de estelionatos eleitorais” (id., pos. 3354). Em arremate, novamente critica o mandado de injunção:

P.S. Logo após a promulgação pedirei, como idoso, um “mandado de injunção” para que o Bom Deus seja notificado de que tenho garantia de vida, mesmo na ocorrência de doenças fatais (art. 233), sendo portanto inconstitucional afastar-me de meus contatos terrestres... (id., pos. 3365)

³²⁹ A inconstitucionalidade por omissão é um modo de controle da constitucionalidade das leis, atribuída, no Brasil, ao Poder Judiciário. Tanto o Mandado de Injunção, quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, são institutos dele derivados. A inconstitucionalidade por omissão baseia-se na premissa de que algumas normas constitucionais impõem ao Legislativo o dever de legislar sobre certas matérias; caso não o faça, cabe ao Judiciário intervir, quando provocado, por se tratar da violação de um dever constitucional do legislador. Para uma boa explicação, ver Dimoulis e Lunardi, 2019.

Antes de discutir o significado empregado ao conceito, é necessário considerar que a inconstitucionalidade por omissão não existia anteriormente no direito brasileiro³³⁰. Dela decorria a institucionalização de meios pelos quais cidadãos comuns poderiam reivindicar em juízo direitos que, mesmo garantidos constitucionalmente, não seriam exercidos por falta de norma regulamentadora – direitos estes que, muitas vezes, eram um óbice ao livre funcionamento do Mercado tão almejado por Campos (como no caso dos direitos sociais).

O escárnio da “inconstitucionalidade da morte”, referido no trecho acima, parece se ligar ao aumento de possibilidade de efetivação de direitos. O conceito de inconstitucionalidade perdia força pois, por um lado, prejudicava a eficácia das leis do Mercado e, por outro, pela mudança nas dinâmicas institucionais, ao ser associado a um sistema de poder “promiscuísta”.

2.3.4. A constituição inconstitucional: democratice e democracia

O artigo “Democracia e democratice”, de 19 de outubro de 1988 (duas semanas após a promulgação da Constituição de 1988), criticava a nova Carta Magna. Segundo Campos, apesar de democrático, o texto constitucional não era liberal – por isso, não seria exemplo de uma verdadeira democracia, mas sim de uma “democratice”:

“Democracia” é a livre escolha do indivíduo, abrangendo um leque de opções: opções políticas, opções sociais, opções econômicas. “Democratice” é a ênfase sobre os direitos e garantias políticas, com descaso pela defesa do indivíduo contra imposições governamentais no plano econômico, cultural e social (id., pos. 3557-3565)

³³⁰ Para uma boa análise historiográfica sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, ver Continentino, 2017.

Apesar de admitir a garantia das liberdades políticas, Campos afirma que a Lei Fundamental “estuprara” três liberdades: *i*) de escolhas econômicas (por restrições à classe empresarial); *ii*) de escolhas sociais (impossibilitando, v.g., a livre negociação entre empregadores e empregados sobre a escolha entre sistema previdenciário público ou privado); e *iii*) de escolhas educacionais (remetendo novamente à liberdade da família em escolher em qual instituição educacional investir, i.e., na qual futuramente estudariam seus filhos).

Outro trecho do texto afirma a ideia de que a Constituição nascera inconstitucional, em razão de alguns episódios ocorridos durante a ANC:

Num auge de irresponsabilidade, foi aceita a votação por ‘acordos de liderança’, podendo-se arguir que por isso a Constituição nascerá inconstitucional (...) O segundo turno foi, em grande parte, um ‘voto de ouvido’, sem textos previamente distribuídos, o que sem dúvida representa uma escandalosa originalidade na feitura de constituições (id., pos. 3605-3614) **(grifo meu)**

Tentando compreender a dinâmica e o conteúdo de tais acordos de liderança, consultei alguns jornais publicados ainda durante os trabalhos da ANC. Em 11 de agosto de 1988, O Globo publicou a matéria “Licença-paternidade é confirmada” (O GLOBO, 1988, p. 7). Conforme a reportagem, graças a um acordo entre lideranças, “(...) a Constituinte consagrou ontem o princípio da licença-paternidade, remetendo para a legislação ordinária o período de folga a ser concedido ao trabalhador quando a mulher ganhar filhos” (id., p. 7). Na mesma Sessão da ANC, discutiu-se emendas que tratavam do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado. Houve, sobre elas, um pedido de suspensão da votação: “(...) o negociador do Centrão, Luis Roberto Pontes, ainda fez um apelo no sentido de adiar a votação sob o argumento de que **não havia um acordo de liderança sobre a matéria**” (id., p. 7) **(grifo meu)**.

Apesar de tal pedido não ter sido acatado (pelo quórum de votação ter sido atingido durante aquela Sessão), isso parece indicar a importância

de tais acordos ao longo do processo constituinte, tanto por decidir sobre matérias relativas a direitos sociais, quanto por ser usado como argumento para tentar (ainda que sem sucesso) adiar uma votação.

Segundo reportagem do Correio Braziliense (1988, p. 5), na mesma Sessão referida acima, foram votados “(...) dispositivos polêmicos que haviam sido sobrestados, entre eles o que consagrou a jornada de seis horas para turno de revezamento”. Ademais, “Para garantir o andamento dos trabalhos, **o fundamental foi a reunião dos líderes**, pela manhã, de que Ulysses compareceu: foi aí que se costuraram os textos votados” (id., p. 5) (**grifo meu**).

Volto a Roberto Campos. Creio que, para ele, a “inconstitucionalidade” da Constituição se dava em razão de a ANC não ter seguido alguns ditames que considerava básicos, ao condicionar discussões sobre temas chave ao que era previamente acordado entre os líderes parlamentares. Isso seria, provavelmente, aquilo que denominou “voto de ouvido”.

Por qual razão alguém, que até então defendia uma Constituição semi-outorgada (1967), assumiu de modo enfático a defesa da ampla discussão parlamentar. Teria Campos aderido a uma posição radicalmente democrática? Não seria estranho que tal posição se manifestasse no mesmo texto que admitiu a ampla previsão de liberdades políticas na nova Lei Fundamental?

Creio que o argumento da “Constituição inconstitucional” se relacione, inicialmente, ao manifestado no próprio texto: os “estupros” das liberdades da classe empresarial, e das escolhas (daquilo que estranhamente denominou) sociais e educacionais. Ademais, outro fator importante é o próprio conteúdo aprovado pelos acordos de liderança: direitos sociais como a licença-paternidade e o referente à jornada laboral de revezamento. Assim, creio que o conceito e o significado de inconstitucionalidade mobilizados se relacionem com a ideologia política defendida por Campos: o neoliberalismo, cuja agenda fora, de sua perspectiva, comprometida pela promulgação da Constituição. Buscando criticar o resultado, materializado na conquista de direitos sociais, a estratégia foi atacar o meio pelo qual foi aprovada a Constituição.

2.4. *A mudança não pode ser “petrificada”*: Revisão Constitucional (setembro de 1993)

O art. 3º do ADCT da Constituição previu que, após 5 anos de sua promulgação, deveria o Congresso realizar sua revisão. As propostas seriam aprovadas por maioria absoluta, de modo muito mais simples que o processo comum de Emenda à Constituição³³¹. Iniciada em 13 de outubro de 1993 e finda no ano seguinte, não houve, a partir dela, muitas alterações no texto³³².

Havia, entretanto, às vésperas do acontecimento, expectativas de mudanças por parte de membros do Congresso. Entre eles, estava Roberto Campos. Em “Piada de alemão é coisa séria...”, de 23 de setembro de 1993, ele afirmou a importância do trabalho revisional e as mudanças que julgava necessárias para os sistemas fiscal e previdenciário (CAMPOS, 2018).

Uma peculiaridade do texto é o modo como o autor se interessa por um assunto tipicamente jurídico: a ideia de cláusulas pétreas³³³. Campos inicia o texto abordando uma decisão do STF, recente à publicação, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição que previa o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira)³³⁴.

Segundo ele, “Se a decisão do Supremo foi economicamente válida, a teoria jurídica subjacente é questionável e perigosa” (id., pos. 5116). Questionável, por tratar como cláusula pétrea o princípio da anterioridade tributária³³⁵. Perigosa, porque,

³³¹ Que exige aprovação de três quintos dos membros das 2 Câmaras legislativas, com votação em dois turnos, cf. o art. 60, § 2º, da CRFB/88.

³³² Cf. MEMORIAL DA DEMOCRACIA, s.d.

³³³ Ou seja, as matérias cujo conteúdo nenhuma emenda à constituição possa ser tendente a abolir, nos termos do art. 60, § 4º, da CRFB/88.

³³⁴ Mesmo sem mencionar o número dos autos, é possível que ele se refira à ADI n. 926, julgada em setembro de 1993. Cf. BRASIL, 1993.

³³⁵ Previsto pelo art. 150, III, *b*, da CRFB/88, que estabelece a proibição da cobrança de tributos estabelecidos por uma lei, durante o exercício financeiro de sua publicação.

(...) a própria noção de “cláusula pétrea” é uma pretensiosa construção dogmático-formal. Implica transformar os constituintes de 1988 em constituintes pentecostais. Sobre eles teria descido o Espírito Santo, sob a forma de línguas de fogo, habilitando-os a pinçar certas garantias e direitos como de eterna validade, irreversíveis por qualquer quórum e imutáveis em qualquer clima político

(...)

A se admitir o construtivismo das “cláusulas pétreas”, **mesmo uma emenda aprovada pela unanimidade do Congresso poderia ser declarada inconstitucional**. Seria uma novel aritmética política, em que o todo é menor que as partes (id., pos. 5116-5126) (**grifo meu**)

Recorrendo a uma declaração de Saulo Ramos³³⁶, Campos afirma que a decisão utilizou teoria de Otto Bachoff, constitucionalista alemão. A partir dela, “(...) 11 juízes do Supremo poderiam declarar inconstitucional uma emenda votada pela unanimidade do Congresso, ou seja, 584 parlamentares!” (id., pos. 5126-5136). Nessa direção, ele aponta sua preferência pelo francês Burdeau, “(...) que admite a *déchéance*, isto é, a possibilidade de caducidade constitucional por desadaptação à conjuntura econômica e política” (id., pos. 5136) (itálico no original).

Sendo assim, é interessante notar alguns pontos. Em primeiro lugar, Campos critica uma decisão jurisdicional que, de uma perspectiva neoliberal (que condena qualquer forma de intervenção estatal no domínio econômico), como ele próprio afirmou, foi economicamente coerente.

Em segundo lugar, porque mesmo usando recorrentemente o conceito de “inconstitucional”, é possível compreender melhor o seu par conceitual assimétrico: “Constituição”. Ela seria uma norma que deveria mudar conforme as transformações econômicas e sociais –

³³⁶ Muito provavelmente, referia-se a José Saulo Pereira Ramos, que fora Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça durante o governo Sarney. Cf. MOURA, 2010.

provavelmente, as pretendidas pelo empresariado –, não para condicioná-las, mas para adaptar-se a elas.

Creio que, por um lado, Campos defendia com o texto suas propostas de mudanças da Constituição a serem apresentadas no processo de revisão e, por outro, tinha receio quanto à chance de, caso aprovadas pelo Congresso, viessem a ser barradas pelo STF.

Nesses termos, “inconstitucionalidade” assume outra conotação. Perde a força retórica que detinha noutros momentos, por ser uma ameaça às alterações pretendidas pelo autor no texto constitucional. Uma decisão que declarara inconstitucional um tributo, sedutora para um neoliberal convicto como Campos, ante suas consequências econômicas diretas, foi ainda assim criticada, pois, indiretamente, representava um risco às transformações ambicionadas por ele para o processo de revisão, ao legitimar possíveis futuras intervenções indesejadas.

Declarando que, em situações sensíveis, o direito, a Constituição (ou aquilo que Campos creia sê-la) e as decisões parlamentares deveriam ser respeitados, até mesmo pelo cidadão-empresário, veladamente havia outra mensagem: aceitar a inconstitucionalidade do IPMF era pôr em risco as reformas de base pretendidas. Desse modo, deixar de rir de uma piada de alemão era levar a sério um ditado popular brasileiro: vão-se os anéis, ficam os dedos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisei aqui os sentidos atribuídos por Campos ao conceito de inconstitucionalidade em momentos marcados por diferentes disputas, intenções e expectativas. Por isso mesmo, minha primeira conclusão é a inexistência de um significado fixo. Como dito, o uso de um conceito é sempre único, por ocorrer em uma situação que é também única. Dos textos, identifiquei 5 significados de inconstitucionalidade.

O primeiro é o tradicional: desrespeito à Constituição, usado quando o autor defendia a Carta de 1967 (item 2.2). Noutros momentos, o conceito foi mobilizado jocosamente: ora como contrariedade a um besteirol (item 2.3.1.), ora como algo inútil, no caso da

inconstitucionalidade da morte, por desrespeito ao direito à vida, (ao criticar os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) (item 2.3.3).

Terceiro significado: inconstitucional é tudo que não deveria constar numa Constituição. Ele se relaciona mais diretamente ao conceito de Constituição, sem remeter a uma experiência constitucional concreta, mas a uma idealização de Campos, como na crítica ao ensino público superior gratuito, mesmo por vezes aludindo à Carta de 1967 (item 2.3.2).

O quarto sentido deriva de uma crítica à ANC (item 2.3.4). A Constituição nascera inconstitucional, segundo Campos, por ser fruto de “acordos de liderança”, que teriam maculado o procedimento constituinte (guiado, segundo ele, por “votos de ouvido”).

Por fim, inconstitucional(idade) foi também encarada como risco. Temeroso com intervenções do STF nos trabalhos revisionais de 1993-1994, Campos criticou não só uma decisão, como também sua fundamentação, sustentando que Emendas Constitucionais não deveriam ser invalidadas por contrariarem o texto promulgado em 1988 (item 2.4).

Todos os sentidos, creio, relacionam-se à ideologia de Campos. No último, isso é ainda mais evidente: havia esperança, por sua parte, de mudar a Constituição nos moldes do horizonte neoliberal. A decisão do Supremo, mesmo economicamente interessante, representava uma ameaça a mudanças estruturais e, por isso, foi criticada.

POST-SCRIPTUM

Esse trabalho resulta da comunicação oral de um resumo expandido. Após a apresentação, fui inquirido pelo prof. Dr. Daniel Machado Gomes sobre a possibilidade de utilizar como ferramenta teórico-metodológica a História dos Conceitos (*Begriffsgeschichte*) para investigar os escritos de Campos, pelo uso do conceito de “inconstitucional(idade)” estar condicionado pelo horizonte ideológico neoliberal (o que, inclusive, compõe minha conclusão). Instigado pelo questionamento, resolvi formular uma resposta.

Como disse, considero a teoria e a metodologia ferramentas para a análise empírica, no meu caso, um estudo historiográfico, para a crítica³³⁷ das fontes históricas primárias. Além disso, a escolha destas ferramentas se dá em função do problema de pesquisa. Sem pergunta não há ciência, apenas (pseudo)erudição³³⁸. Assim, nenhuma perspectiva teórico-metodológica, muito menos nenhum autor, podem ser considerados “pau para toda obra”³³⁹. Em suma, utilizei a História dos Conceitos para este estudo por ter me auxiliado a analisar e problematizar os escritos de Campos e a responder às minhas perguntas de pesquisa.

De fato, Campos não disputava o significado de inconstitucionalidade. Estava mais preocupado com o efeito que causaria no público, do que com o que cria ser semanticamente correto: o que não impossibilita mobilizar a História dos Conceitos. Mesmo se tratando de disciplina autônoma, ela pode ser acionada não apenas em estudos histórico-conceituais *stricto sensu* como também em qualquer estudo historiográfico. O próprio Koselleck traz um exemplo:

(...) o esclarecimento conceitual dos termos “estamento ou “ordem” (...) é pressuposto para poder interpretar o conflito entre o grupo de reformadores burocráticos e os Junkers prussianos. Exatamente o fato de os pactários encontrarem-se sobrepostos uns aos outros, do ponto de vista histórico-pessoal e sociográfico, torna ainda mais necessário esclarecer semanticamente as delimitações políticas e sociais no interior dessa camada, a fim de tornar palpáveis as intenções ou interesses ocultos por esse mesmo processo (KOSELLECK, 2006, p. 103)

Creio ser tarefa da historiografia questionar verdades naturalizadas, pois estas são sempre produtos de lutas, onde os vencedores

³³⁷ Sobre a noção de crítica documental, ver Rousso (1996).

³³⁸ Nesse sentido, por todos, ver Febvre (1985).

³³⁹ A expressão é de Alfredo Veiga-Neto (2014, p. 69).

apagam os registros das vozes dissonantes³⁴⁰. Assim, é preciso buscar compreender como, por quem e por que tal verdade se estabeleceu. Quais eram as outras verdades que com ela disputavam? A partir de quais condições ela se afirmou como hegemônica? Como explicar historicamente o estabelecimento desta verdade?³⁴¹

A História dos Conceitos pode, assim, auxiliar a compreensão do próprio contexto em que um conceito é enunciado: “A linguagem falada, o texto lido e o discurso efetivo (...) se entrecruzam no processo de realização do acontecer e geram o evento, que sempre é composto de elementos extralinguísticos e linguísticos de natureza ativa e passiva” (id., 2020, pos. 305). Mobilizei-a para lembrar a existência de uma perspectiva³⁴² vencida na história e, conseqüentemente, dela apagada³⁴³. Isso, espero, contribui para a compreensão de um evento importante para a História Constitucional brasileira (a ANC), bem como do significado de uma noção de também grande importância para a doutrina constitucional – inconstitucional(idade).

REFERÊNCIAS

³⁴⁰ Convêm, novamente, lembrar Benjamin: “Nunca há documento da cultura que não seja, ao mesmo tempo, um documento da barbárie” (LÖWY, 2005, p. 70). Entre os vários documentos da cultura (evidentemente, a cultura dominante), creio ser possível incluir os conceitos e seus significados estabelecidos, ainda mais quando dotados de importância política e social.

³⁴¹ Estas perguntas são também relevantes para a história do direito pois, mesmo sendo ramo da historiografia, tem como público-alvo principal os juristas que, como observou Fonseca (2012, p. 136), têm “(...) dificuldade em relativizar/enquadrar seus conceitos, tendendo a gravá-los com uma trans-temporalidade, como se tivessem sido forjados fora de um tempo-espaço determinado”.

³⁴² Que, ressaltado, não é por mim endossada.

³⁴³ Mesmo em trabalhos doutrinários mais sofisticados, não se costuma debater as disputas e perspectivas que existiam, seja em relação a uma lei (ou projeto de lei), seja como entendimentos majoritários se firmaram (e quais outros entendimentos estavam em disputa). Uma análise historiográfica, sem dúvidas, geralmente não é o objetivo destes trabalhos – o que, todavia, acaba contribuindo para o esquecimento das perspectivas vencidas.

- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, Ano I, n. 3, 4 fev. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N001.pdf>. Acesso em: 10/03/22;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 926, Brasília, rel. Min. Sydney Sanches, data do julgamento: 01 de setembro de 1993;
- CAMPOS, Roberto. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. São Paulo: LVM, 2018. *Versão Kindle*;
- CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Trad. Maria de Lourdes Menezes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;
- CONGRESSO NACIONAL. Diário do Congresso Nacional, Brasília, n. 1, 16 jan. 1985, pp. 1-13. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/15323?sequencia=1>. Acesso em: 10/03/22;
- Constituinte, enfim, vota os temas polêmicos. **Correio Braziliense**, Brasília, 11 ago. 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/106108/-1988_10%20a%2019%20de%20Agosto_%2020034.pdf?sequence=1. Acesso em: 10/03/22;
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. In: **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27469/21897>. Acesso em: 10/03/22;
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019;
- FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**. Trad.: Leonor Martinho Simões e Gisela Moniz. Lisboa: Editorial Presença, 1985;

- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012;
- FREEDEN, Michael. **Ideologies and Political Theory: A conceptual Approach**. New York: Oxford University Press Inc, 1996;
- _____. **Ideologia: una brevíssima introducción**. Trad.: Pablo Sánchez León. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2013;
- GERALDO, Pedro Heitor Barros; FONTAINHA, Fernando de Castro. Por uma Sociologia empírica do Direito. *In*: FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros (orgs.). **Sociologia Empírica do Direito**. Curitiba: Juruá, 2015;
- GODOI, Bruno Bezerra Cavalcanti. **A influência de Roberto Campos na economia brasileira (1945-2001)**. Dissertação (Mestrado em História Econômica). Universidade de São Paulo, 2007;
- GUIMARÃES, Ulysses *et al.* Compromisso com a nação firmado pela aliança democrática. *In*: LYRA, Teresa Cristina. **Redemocratização do Brasil – 20 anos**. Brasília, 2005;
- HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012;
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad.: Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006;
- _____. **Histórias de conceitos: estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social**. Trad.: Markus Heideger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020;
- _____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *In*: **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1945>. Acesso em: 10/03/22;
- Licença-paternidade é confirmada. **O Globo**. Rio de Janeiro, 11 ago. 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/106058/1988_10%20a%2019-%20de%20Agosto_%2020021.pdf?sequence=1. Acesso em: 10/03/22;

- LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Trad.: Wanda Nogueira Caldeira Brandt. São Paulo: Boitempo, 2005;
- LYNCH, Christian Edward Cyril. Nada de novo sob o sol: teoria e prática do neoliberalismo brasileiro. *In: Insight Inteligência*. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: <https://inteligencia.insightnet.com.br/pdfs/91.pdf>. Acesso em: 10/03/22;
- MELLO, Maria Tereza Chaves de. República *versus* Monarquia: a consciência histórica da década de 1880. *In: História Unisinos*. São Leopoldo. 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/historia/article/view/4701>. Acesso em: 10/03/22;
- MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Revisão da Carta muda pouca coisa**: incerteza política e CPI do Orçamento prejudicam reforma constitucional. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/revisao-da-carta-traz-pouca-mudanca>. Acesso em: 10/03/22;
- MOURA, Gisela. José Saulo Pereira Ramos. *In: ABREU, Alzira Alves de et al.* (coords.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-saulo-pereira-ramos>. Acesso em: 10/03/22;
- NOGUEIRA, André Magalhães. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. *In: ABREU, Alzira Alves de et al.* (coords.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88>. Acesso em: 10/03/22;
- ROUSSO, Henry. O arquivo ou o indício de uma falta. *In: Estudos históricos*. Rio de Janeiro. 1996. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2019>. Acesso em: 10/03/22;

- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica ou roteiro de pesquisa para estudantes de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021;
- TRAVERSO, Enzo. **O passado, modos de usar**: História, memória e política. Trad.: Tiago Avó. 2. ed. Lisboa: Unipop, 2012;
- VEIGA-NETO, Alfredo. Anotações sobre a escrita. *In*: OLIVEIRA, Adriano; ARAÚJO, Emília; BIANCHETTI, Lucídio. (Org.). **Formação do Investigador: reflexões em torno da escrita / pesquisa / autoria e a orientação**. Braga: CECS - UMinho, 2014.

PASSAPORTE SANITÁRIO E O LIBERALISMO EM DWORKIN

Raphael Rosalvos Barcellos³⁴⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a implementação do passaporte sanitário (comprovante de vacinação) em alguns locais do Brasil, através de decretos do executivo, como requisito obrigatório para o exercício de alguns direitos e consequentes limitações. Faz-se uma análise através do contraste do princípio da liberdade com esta exigência, que vem se tornando realidade, a cada dia, com o avanço das vacinações, e suas possíveis repercussões no âmbito dos direitos humanos e fundamentais dos indivíduos. Para tanto, as construções formuladas pelo jusfilósofo Ronald Dworkin acerca da liberdade do Homem são o principal referencial teórico utilizado para nortear a discussão, e se ter uma visão mais abrangente de como o princípio liberal enunciado pelo autor responderia diante do conflito com uma obrigação imposta pelo Poder Público.

Palavras-chave: liberdade, comprovante, vacina, Dworkin

INTRODUÇÃO

No ano de 2020, o mundo foi surpreendido com uma tragédia de proporções inimagináveis. O Sars-coV-2, ou como ficou conhecido, Corona Vírus, deu início a um dos capítulos mais aterrorizantes da história recente da humanidade.

Após mais de um ano e meio da decretação de pandemia global pela Organização Mundial da Saúde e milhões de vítimas fatais, muito ainda se debate sobre o assunto. Não apenas se discute a origem ou formas de tratamento para o vírus, mas também maneiras de impedir novos surtos da doença, e quais seriam as formas mais eficazes para tanto.

É a partir deste temor por uma nova epidemia, ou pelo recrudescimento da atual, que um expediente tem se alastrado ao redor do

³⁴⁴ Mestrando do PPGD da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, raphabarcellos@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/7987324323375690>

mundo através do chamado passaporte de vacinação, ou comprovante de vacinação, ou passaporte sanitário. Tal instrumento serviria para identificar aqueles já vacinados contra o vírus da Covid, ampliando ou restringindo o acesso e uso de certos locais e serviços para os possuidores deste comprovante.

Quando medidas de controle e diminuição de direitos e garantias são impostas ao indivíduo pelo Estado, é o momento em que o Direito entra em campo para analisar, validar ou rechaçar tais medidas. E é aí que uma pergunta se impõe: seria possível limitar a liberdade inerente ao Ser Humano, dentro de seu próprio país, através de um comprovante?

O presente estudo enfrentará esse questionamento, tendo o direito à liberdade desenvolvido pelo jusfilósofo Ronald Dworkin como esteio para confrontar os argumentos que tentam sustentar a obrigatoriedade do passaporte de vacinação no cenário atual.

No primeiro capítulo, será feita uma rápida abordagem sobre o que vem a ser o passaporte sanitário, com a exposição de decretos executivos recentes. No segundo capítulo, brevemente serão expostos conceitos gerais sobre a liberdade, adentrando-se na formulação a que se filia Ronald Dworkin. No terceiro capítulo, o conflito entre o que vem a ser o comprovante de vacinação e a visão dworkiniana de liberdade será aprofundado, concluindo-se com a visão liberal dworkiniana diante de uma limitação imposta pelo Estado.

A metodologia utilizada para a confecção do presente artigo se deu através de pesquisa bibliográfica de diferentes autores, bem como legislação, matérias jornalísticas e artigos publicados sobre o tema.

1. O ADVENTO DO PASSAPORTE SANITÁRIO

Como é de conhecimento geral, os países ao redor do mundo buscaram formas de conter a proliferação do vírus que atingia de forma grave seus cidadãos. Medidas como uso de máscaras, distanciamento social e quarentena foram utilizadas com a esperança de que reduzissem contágios e taxas de transmissão. Infelizmente, apesar da implementação de tais medidas, as taxas de mortalidade cresciam de maneira alarmante

em certos momentos, levando autoridades a ficarem de mãos atadas e sem maiores soluções para o problema que enfrentavam.

A partir de determinado momento, remédios que outrora pareciam surtir efeito eram contestados, tratamentos rechaçados e medidas farmacológicas afastadas. Então, naquele momento, chegou-se a uma única solução possível para conter a pandemia: a vacinação em massa.

Ocorre que as vacinas apresentadas como saída do cenário caótico que se vivia, em que pese o avanço tecnológico em sua confecção, começavam a ser contestadas em razão de seu curto prazo de pesquisa e de não haver maiores estudos para seus efeitos de médio e longo prazo – diferentemente de outras vacinas já no mercado. Além disso, casos em que pessoas vacinadas se reinfectavam e acabam falecendo, além de efeitos colaterais apresentados, começaram a chamar a atenção de parcela da sociedade. Com tantas dúvidas, a vacinação também era colocada em xeque.

Diante desses acontecimentos, aqui no Brasil, governos estaduais e municipais começaram a buscar medidas que contivessem uma possível redução na procura por vacinas contra a covid. Foi aí que, importando conceitos utilizados no exterior, deu-se início a decretos do executivo implementando o comumente chamado passaporte de vacinação.

Mesmo com nomes distintos em alguns diplomas legais, o passaporte de vacinação consiste no comprovante físico ou virtual de que você já foi devidamente vacinado com a dose correspondente à sua faixa etária contra o vírus da covid-19. Tais comprovantes são fornecidos pelos governos locais no momento da vacinação ou através de aplicativo com acesso ao Sistema Único de Saúde – conectaSUS.

De acordo com cada legislação, a pessoa que não possuísse o devido comprovante seria impedida de frequentar ou utilizar certos serviços e espaços públicos. Claramente, como forma de fomentar a vacinação, estas medidas estatais interferem diretamente na liberdade do indivíduo de variadas maneiras.

No estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi editado o decreto nº 56.120, de 1º de outubro de 2021 tratando do tema. Inseriu-se

então no decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021 (que também já tratava do tema) o artigo 8-A com a seguinte redação:

Art. 8º-A. Poderá ser exigida comprovação de vacinação ou de testagem contra a COVID-19, para o ingresso e permanência no interior de estabelecimentos, eventos e/ou locais de uso coletivo, conforme disposto nos protocolos por atividades constantes no anexo único deste Decreto, observadas as orientações médicas, sanitárias e o calendário estabelecido pela Secretária Estadual da Saúde.

A forma como o artigo do decreto trata o assunto ainda abre uma brecha de discussão pelo uso da palavra “poderá”. No entanto, o que tem se visto na prática é uma obrigatoriedade na apresentação do respectivo comprovante, visto que o próprio decreto 56.120, em seu anexo único, condiciona a apresentação do comprovante à prática de várias atividades. Além do mais, no decreto 55.882, em seu capítulo IX, várias sanções são discriminadas para aqueles que violarem as medidas, ou seja, não apresentarem o comprovante.

Os estudos científicos recentes seriam fundamento para a apresentação do comprovante, tanto é que na portaria da Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul nº 391/2021, ao dispor sobre “medidas de proteção, prevenção e ações, com objetivo de minimizar o risco de contaminação da COVID-19 em atividades sociais, executivas ou de lazer, em ambientes abertos ou fechados, com público fixo ou variável, tais como eventos, convenções, congressos, seminários, simpósios, feiras ou atividades similares”, estabelece que:

Informações como situação vacinal ou resultado de teste de antígeno nas últimas 48 horas podem ser recomendadas ou utilizadas como ferramentas para minimização do risco de contágio, desde que exista esclarecimento e orientação expressa.

Deste modo, o estado do Rio Grande do Sul adota nitidamente o controle da situação vacinal como critério para combater o alastramento da infecção. E como observado, impondo limites aos cidadãos que lá estão.

O mesmo ocorre no município mais próspero do Brasil: a cidade de São Paulo.

Conforme disponibilizado pela própria prefeitura da cidade de São Paulo, em seu boletim diário datado de 01/11/2021, o total de óbitos pela doença chegava a 38.761 pessoas com mais de um milhão e meio de infectados. Numa cidade que, conforme o próprio IBGE, possui cerca de 12.396.372 de habitantes, mais de 10 milhões de pessoas já haviam recebido ao menos uma dose da vacina.

Mesmo assim, a prefeitura achou por bem editar o decreto nº 60.488, de 27/08/2021, instituindo e exigindo o passaporte da vacinação para diversos estabelecimentos. A lei paulista dispõe em seu artigo 2º o seguinte:

Art. 2º Os estabelecimentos e serviços pertencentes ao setor de eventos, tais como shows, feiras, congressos e jogos, com público superior a 500 pessoas, deverão, a partir do dia 1º de setembro de 2021, solicitar ao público, para acesso ao local do evento, comprovante de vacinação do cidadão contra COVID-19, que será autenticado pelo Passaporte da Vacina previsto no artigo 1º deste decreto.

Com a instituição de tal exigência, ao menos a comprovação de uma dose da vacina deveria ser feita. Assim como o decreto riograndense, seja através de aplicativo ou por meio físico, os estabelecimentos deveriam realizar o escrutínio de seus clientes, sob as penalidades legais, inclusive as previstas em outro decreto municipal, o de nº 59.298, de março de 2020.

E o último exemplo que se traz à luz é o da prefeitura do Rio de Janeiro, que em agosto de 2021 editou o decreto nº 49.335. Esta medida do executivo municipal deixa clara a obrigatoriedade do comprovante, que, já em seu artigo primeiro, estabelece que “Ficam condicionados, a

partir de 1º de setembro de 2021, à prévia comprovação de vacinação contra a COVID-19, como medida de interesse sanitário de caráter excepcional, o acesso e a permanência no interior de estabelecimentos e locais de uso coletivo”.

No mesmo sentido dos diplomas anteriores, ao menos uma dose deve ser comprovada.

A proteção à saúde coletiva seria a principal finalidade para a implementação das medidas apresentadas. Contudo, na maioria das vezes em que se fala no olhar coletivo, acaba por se esbarrar na esfera de direitos do próprio indivíduo.

Como observado, todas as medidas apresentadas partiram diretamente dos chefes do executivo, seja ele estadual ou municipal, sem uma deliberação das casas legislativas – assembleia legislativa e câmara de vereadores. Isso ocorreria pela premente necessidade de se proteger a população, o que, obviamente, poderia acabar obstaculizado pelas discussões que o debate político gera na esfera parlamentar.

Para tanto, estes chefes do executivo pautaram suas iniciativas legais com fundamento nos artigos 23³⁴⁵ e 24³⁴⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas não foi somente nos dispositivos constitucionais acima citados, como também na lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que chefes do executivo encontraram guarida para editar seus atos normativos. Esta lei federal, que foi criada antes mesmo do crítico cenário que começou a se formar no Brasil a partir de março do mesmo ano, estabelecia diversas formas de atuação e combate à pandemia que se aproximava.

No mesmo sentido de proteção à saúde da sociedade, o parágrafo primeiro trazia de maneira nítida a razão legislativa, ou seja, que “as medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade”. E,

³⁴⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

³⁴⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

dentre tantas maneiras elencadas, está, inclusive, a vacinação compulsória e outras medidas profiláticas³⁴⁷.

Por vacinação compulsória não há o que se discutir, mas o ponto se dá nas medidas profiláticas. De acordo com o dicionário Michaelis online profilaxia é um substantivo feminino que diz respeito a: 1. Prevenção de doenças; 2. Medicina preventiva, que se ocupa das medidas necessárias à preservação da saúde da coletividade; e 3. POR EXT Tudo que serve para preservar.

Conferindo uma leitura ampliativa do termo “profilática” exposto no dispositivo legal, poderia se entender que o passaporte de vacinação se incluiria neste, desde que, obviamente, atingisse os resultados almejados.

É importante frisar que o próprio artigo 3º da lei, em seu parágrafo primeiro, condiciona a adoção dessas medidas a alguns fatores imprescindíveis: (a) evidências científicas; (b) informações estratégicas em saúde; (c) tempo e (d) espaço.

Por evidências científicas, claramente há uma conotação de estudos que vão se atualizando com frequência, muito por ser a doença em questão uma novidade para cientistas e pesquisadores. Logo, não faz sentido que leis e decretos restritivos de liberdades individuais sejam mantidos por autoridades estatais se forem flagrantemente contrários às novas descobertas promovidas nos campos científicos. Por exemplo, no início de 2020, havia grande preocupação da infecção pelo Corona vírus através do contato com superfícies infectadas, e hoje, como amplamente divulgado pela imprensa, se sabe que a chance é extremamente reduzida desse tipo de transmissão³⁴⁸.

Já as informações estratégicas em saúde certamente dizem respeito às informações de caráter local ou regional que irão amparar aquela

³⁴⁷ Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: III - determinação de realização compulsória de: d) vacinação e outras medidas profiláticas;

³⁴⁸ “Segundo o texto, a chance de infecção por contato com superfícies é menor que 1 em 10 mil. Ainda de acordo com o artigo, quase todos os vírus morrem em no máximo três dias em superfícies como vidro, aço e plástico”. *In* É bem mais fácil contrair Covid-19 pelo ar do que por superfícies, revela estudo – CNN – 20/04/2021

específica medida adotada. E isso vale para qualquer uma delas. Não faz sentido, por exemplo, que cidades que não apresentem um único caso de infecção tomem medidas de *lockdown* ou fechamento de comércios.

Por último, as medidas relativas a tempo e espaço são autoexplicativas, mas mesmo assim vale tecer algumas considerações.

Por se tratar de uma pandemia, que historicamente tem sua trajetória marcada por alta de casos e posterior redução, é necessário que um *standard* temporal se faça presente ao serem implementadas medidas restritivas. A legislação aplicável se refere a um momento de excepcionalidade atravessado, não fazendo qualquer sentido que ele se mantenha após a obtenção do estado de normalidade ou com a sua aproximação. Medidas que se estendam no tempo acabariam por tornar como regra a exceção, afastando o conceito nuclear da norma.

Quanto ao espaço de incidência de normas profiláticas, é importante observar sua variação de localidade para localidade. Por ser um país de proporções continentais, nada mais óbvio do que se observar a especificidade de cada região ao serem implantadas medidas de saúde coletiva ou de qualquer outra natureza.

Percebe-se então que a vacina é nominalmente citada como mecanismo de controle da pandemia em que o Estado pode impor ao cidadão, ficando em aberto outras possibilidades que não estão descritas na lei. Uma dessas possibilidades, como se tem visto ultimamente, é a imposição do passaporte de vacinação para acesso a determinados serviços e locais.

Antes de se adentrar na discussão sobre o conflito dos limites impostos pelo passaporte, é necessária uma breve análise sobre a liberdade propriamente dita.

2. BREVES CONCEITOS DE LIBERDADE

A liberdade é um dos conceitos mais debatidos ao se tratar do Ser Humano. A sua importância se faz presente há séculos, e como sabido por todos, foi o primeiro brado da Revolução Francesa de 1791. De nada

adiantaria que fossem franqueados a um povo diversos direitos e benesses se a sua liberdade estive tolhida ou limitada.

Portanto, a liberdade é conceito fundamental no Estado Democrático brasileiro, sendo, inclusive, tido como direito humano universal, pois imprescindível para a autodeterminação e autogoverno dos cidadãos. Apenas ao Homem livre é dada a busca pela felicidade.

Ao falar sobre a liberdade, Benjamin Constant sabiamente a descreveu como sendo para “cada um o direito de expressar sua opinião, de escolher sua ocupação e exercê-la, de dispor de sua propriedade e até mesmo de dela abusar, de ir e vir sem para isso ter que obter permissão, dar conta de seus motivos ou de seus passos” (CONSTANT: 2019, 46).

Para este filósofo, a noção de liberdade pressupõe o próprio Ser. Não faria sentido algum que diversas amarras fossem colocadas no Homem para que ele tivesse que condicionar suas escolhas ao alvedrio de um tutor, de um mandatário que selaria seu destino sem que aquele nada pudesse fazer. O indivíduo não seria verdadeiramente livre se precisasse justificar cada movimento, pois que poderia fazer sentido apenas para ele próprio.

Com uma visão mais moderna, mas sem se afastar do núcleo central que trata o conceito, José Afonso da Silva também se mostra grande defensor do Homem Livre. Para este escritor, “a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe” (SILVA:2007, p. 232).

E aí se impõe uma primeira afirmação importante: a liberdade apenas poderia ser restringida por lei moralmente legítima.

Seguindo este raciocínio, o conteúdo moral faz parte da norma jurídica. E, portanto, certas questões lógicas que afetem a todas as mais variadas pessoas são de debate fundamental para sua inserção na sociedade. Atos unilaterais que restrinjam liberdades, por mais que tenham roupagem de lei, carecem do caráter democrático da verdadeira expressão social. Maiorias e minorias são afetadas por decisões políticas, contudo, a restrição que parte de um representante da maioria, expressada

no chefe do executivo, violaria, por assim dizer, o próprio valor democrático residente no debate público que, em regra, se trava nas casas legislativas.

É com este norte liberal que se tem o ensinamento de Douglas B. Rasmussen e Douglas J. Den Uyl:

“O direito à liberdade de um indivíduo é concebido como acarretando dois direitos-corolário: o direito à vida e o direito à propriedade privada. O primeiro diz respeito ao direito de viver a vida de acordo com as próprias escolhas, sem sofrer pressão ou ameaça física. (...) Se dessa forma compreendidos, esses direitos implicam que as vidas e os recursos, assim como as condutas individuais, não devem ser usados ou direcionados para objetivos não consentidos por seus possuidores.” (RASMUSSEN *et al*: 2011, p. 128).

Dessa maneira, nota-se que apesar das breves explicações, a liberdade é conceito ínsito ao Ser Humano desde os tempos antigos até a modernidade, sob a ótica de variados escritores e autores que se debruçaram sobre o assunto.

O direito à liberdade, ou um princípio liberal, diz respeito à própria vida do indivíduo, passando pelas escolhas que o mesmo poderá fazer para alcançar sua própria felicidade e satisfação. Qualquer restrição que ocorra a esse pressuposto inerente ao Homem deve ser minuciosamente justificada e validada pela comunidade. Decisões sem o devido processo dialético e de convencimento se mostram como maneiras coercitivas não calcadas na legitimidade que proporciona o consentimento social. Nem sempre os integrantes de uma comunidade saem convencidos ou satisfeitos com determinadas restrições, mas, ao menos, conseguem entender os motivos elencados para sua existência após o devido debate de ideias, razões e fundamentos.

E é com base nesse pensamento liberal que Ronald Dworkin construiu grande parte de sua obra, que será sucintamente analisada a seguir.

2.1 A LIBERDADE EM DWORKIN

Ronald Dworkin é um dos mais aclamados escritores jurídicos do século 20, tendo fundamentado sua obra na busca por uma teoria do direito e de justiça abrangente, com foco na liberdade e a igualdade. Por isso, ele é considerado por muitos um liberal igualitário, visto que conjuga esses dois elementos de suma importância na compreensão do sistema como um todo. Todavia, se concentrará o presente trabalho apenas em certos aspectos da liberdade trazidos pelo autor.

Assim como observado em suas teorias, Dworkin faz, sempre que possível, a inclusão do aspecto moral na elaboração das mesmas. Para o autor, a importância dada à moral consiste na possibilidade de se viver uma vida capaz de respeitar e agregar valores gerais, externos, em contraposição com uma vida ética, que seria mais voltada para o prazer pessoal, um valor interno.

Com isso, o próprio autor ao fazer breve referência à igualdade, vê a importância da liberdade para assegurar tão precioso bem, afirmando que a liberdade “não exige nada além da liberdade da igualdade genuína, e não se pode conceder igualdade por meio de nenhum insulto à liberdade” (DWORKIN: 2019, p. 240).

Sem querer adentrar com mais profundidade na discussão acerca da igualdade, percebe-se que para o jurista, a liberdade seria fundamento assecuratório de outros direitos. A sua repressão ocasionaria não apenas a própria redução do espectro da liberdade em si, mas também de outros direitos correlatos. E é nesse sentido, e preocupado com mandamentos que pudessem atenuar o próprio princípio em comento, que o autor demonstra sua preocupação com o cerceio do *status libertatis*:

“Poderíamos reformular nosso conceito de restrição à liberdade da seguinte maneira: a restrição à liberdade é uma perda de poder, devido a restrições

jurídicas, de fazer ou ter acesso a algo que se teria o poder de fazer ou ter acesso após uma distribuição defensável. A comunidade sacrifica um de seus membros, digamos, quando lhe impõe uma restrição à liberdade” (DWORKIN: 2019, p. 240).

Nota-se que a preocupação de Dworkin reside, justamente, no fato de que o indivíduo que tem sua liberdade tolhida estaria sendo sacrificado diante do restante. Aquele que porventura fosse destituído desse direito, teria reduzido seu potencial como cidadão perante a sua comunidade. Para que algo assim pudesse ocorrer, a justificativa além de forte deveria ser coerente. A mera dúvida sobre a restrição, em um pensamento contrário, acabaria por gerar injustiça grave, tornando indefensável o sistema distributivo até mesmo proposto.

Ponto de destaque na teoria de Dworkin, e que vai ao encontro do que foi dito acima, é justamente o seu conceito de liberdade como uma independência ética. Para ele, o indivíduo tem o papel protagonista na criação de sua própria vida, não cabendo a ninguém dizer qual seria a melhor opção de vida que deveria adotar. Para a formação do ser autêntico, por óbvio que se faz necessário que ele escolha seus caminhos e, a partir do momento que restrições, a seu ver desmedidas, são impostas, cria-se a colisão de valores, visto que “a autenticidade é prejudicada quando alguém é obrigado a aceitar o juízo de outrem acerca dos valores ou objetivos que devem se evidenciar em sua vida” (DWORKIN: 2014, p. 325).

Assim sendo, ao se restringir, limitar ou impor obrigações ao sujeito, a sua vida, ou melhor, a liberdade em decidir sobre a sua vida, finda por vulnerar sua autenticidade. Aquele que não pode decidir como agir com sua ética particular acaba por agir diante de padrões determinados por terceiros, violando valores e sentimentos pessoais.

Muitas vezes tais restrições ao sujeito se dão a partir do uso da força pelo Estado. E como vimos acima, a obrigatoriedade do passaporte de vacinação é algo que traz inúmeras punições e cerceamento de liberdades àqueles que não o apresentem. Essa conduta estatal tem por finalidade a obrigação da própria vacina e adentra no discernimento

individual, como escreveu Dworkin “A coerção é descarada quando se exerce de fato, ou mediante ameaças, por meio do direito penal e de outras formas de ação do Estado. Em outras circunstâncias, é preciso um discernimento mais sutil para distinguir a influência da subordinação” (DWORKIN: 2014, p. 325).

A grande batalha que se trava aqui não é concernente à vacinação propriamente dita, ou à demonstração do seu comprovante, mas, sobretudo, acerca da liberdade do indivíduo que de maneira ética e autêntica pode dirigir sua vontade. Nesse aspecto, o jusfilósofo entende bem a necessidade de se convencer o indivíduo ao invés de apenas obrigá-lo.

As campanhas públicas e políticas de conscientização seriam as maiores armas e ferramentas que o Poder Público lançaria mão para elevar a qualidade do debate e o próprio papel do cidadão. Este, ao se convencer após o debate público livre, estaria apto a determinadas condutas, por mais que não concordasse com certos resultados, mas, pelo menos, sairia convencido de que a determinação estatal cumpre certo propósito.

Neste sentido, endossando novamente a tão louvada liberdade do indivíduo em viver de forma ética, que Dworkin arremata:

“A pessoa que dá valor à própria dignidade deve recusar-se a moldar seus valores éticos por medo não só das sanções políticas, mas também das sanções sociais; pode até chegar à conclusão de que viverá bem caso se conforme às expectativas alheias, mas deve tomar essa decisão por convicção, não por preguiça nem por medo” (DWORKIN: 2014, p. 325).

A liberdade toma forma de maneira inexorável sob o argumento de que cabe ao indivíduo, e exclusivamente a ele, escolher o melhor modo de vida. Não há problema algum que este Ser se coadune com as expectativas sociais, mas deve fazê-la de modo livre. A liberdade, portanto, é pressuposto fundamental e inerente ao Homem na concepção dworkiniana.

3. O CONFLITO ENTRE O PASSAPORTE SANITÁRIO E A LIBERDADE

Como visto acima, o passaporte sanitário se tornou elemento obrigatório em certos locais do Brasil. Em que pese a liberdade consagrada na Constituição da República³⁴⁹, essa medida vem sendo adotada com o discurso de proteção à saúde coletiva, porém cerceando de maneira frontal a liberdade do indivíduo.

Não se defende aqui uma liberdade incondicional do cidadão, mas aquela que se amolde aos questionamentos e debates públicos. Pois, apenas após deliberações que se chegam a conclusões, e não o contrário. Seguramente, um ser livre sem qualquer freio coloca em risco os demais, e é nesse sentido o pensamento de Dworkin:

Presumo que qualquer concepção aceitável rejeitará a definição anarquista da liberdade como permissividade; não considerará todas as restrições à liberdade dos cidadãos de agirem como desejarem como invasão de sua liberdade (DWORKIN: 2011, p. 167).

Obviamente, a liberdade é algo que apesar de sagrado para o próprio desenvolvimento do Homem, também implica em certas limitações. Caso contrário, a liberdade desenfreada traria insegurança e um risco evidente à própria sociedade. A definição de critérios, para que os Homens realizem sua liberdade, parece preponderante para o próprio equilíbrio da sociedade, mas isso se faz com certas limitações ao poder do Estado. Ronald Dworkin pensa num sistema paramétrico que limite esta intervenção, mas sem desamparar o indivíduo:

Presumo que qualquer sistema paramétrico competente de liberdades/restrições conteria um

³⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

princípio da segurança: isso exigiria restrições à liberdade necessárias para oferecer segurança física suficiente às pessoas e controle suficiente sobre suas propriedades para lhes permitir elaborar planos e projetos, e realizá-los (DWORKIN: 2011, p. 201).

Novamente resta claro que, para o citado autor, não se vislumbra uma anarquia, isto é, a ausência de regras capazes de limitar o ânimo do ser. Contudo, ao pensar neste sistema paramétrico, que nada mais é do que um conjunto de paradigmas capazes de limitar o indivíduo, ele deixa claro que a intervenção capaz de atingir o conceito liberal deve ser pautado em critérios de segurança claros e rígidos. Ora, não pode ser dada que a vontade de um atinja a integridade física de outro, mas para isso há necessidade de um dano real.

Algo que fuja desse estrito conceito acabaria por atentar contra um direito universal do indivíduo por questões, muitas vezes, de caráter pessoal. Para que essa possibilidade não se concretize, Dworkin alerta que “um parâmetro adequado de liberdades/restrições não pode transformar nenhum comportamento em crime alegando que ofende a moralidade compartilhada ou convencional” (DWORKIN: 2011, p. 215).

Apesar de se utilizar da expressão “crime”, poderia se considerar que a tipificação criminal é o degrau último de privação. Contudo, toda restrição demasiada provocada por concepções pessoais, sem passar pelo amplo debate, já teria caráter violador, por assim dizer.

Além dos dispositivos já trazidos na primeira parte deste trabalho, chama atenção o decreto nº 49.337, de 26 de AGOSTO DE 2021, da prefeitura do Rio de Janeiro, pois condiciona o recebimento de auxílios governamentais ao comprovante de vacinação. Seu artigo 1º é claro:

Art. 1º Ficam condicionadas, a partir de 1º de setembro de 2021, à prévia comprovação, pelos beneficiários, de vacinação contra a Covid-19, como medida de interesse sanitário de caráter excepcional, a inclusão e a manutenção de todos os beneficiários no Programa de Transferência Condicionada de Renda do Município do Rio de Janeiro - CARTÃO FAMÍLIA CARIOCA.

Deste modo, a obtenção de um programa social acaba sendo vinculada a uma comprovação sanitária. Claramente este dispositivo atravessa outro direito do cidadão, qual seja, àquele que está em situação de pobreza, conforme o decreto nº 32.887, da prefeitura do Rio de Janeiro, em receber o auxílio, se e somente se, se comprovar que foi vacinado.

O grande conflito que surge dessa obrigatoriedade é, certamente, o grau de intervenção na liberdade do indivíduo, não só de escolher ser ou não vacinado, mas de poder escolher certos locais públicos e serviços para frequentar ou utilizar. Com essa obrigação, a pessoa se vê coagida a determinada conduta, e não convencida da necessidade da mesma.

Ademais, não obstante o reconhecido efeito positivo da vacinação, estudos preliminares ao redor do mundo, ainda que um tanto preliminares, seguem no sentido de que pessoas, apesar de vacinadas, continuam se contaminando e transmitindo o vírus³⁵⁰. Este fator parece ser determinante para a própria exigência da comprovação.

Algumas questões, inclusive, podem ocorrer, e através de oportunos exemplos tentar-se-á jogar mais um pouco de luz sobre o tema.

Em um primeiro exemplo, o indivíduo ‘A’ reside no município X, que adota o passaporte sanitário. ‘A’, embora tenha sido vacinado, perde ou esquece seu comprovante. ‘A’ então não pode frequentar certos locais do município X. Contudo, no município limítrofe Y, não há a obrigatoriedade de apresentação. Logo ‘A’ poderá gozar de todos os seus direitos normalmente, sem qualquer restrição à sua liberdade. Aqui há uma nítida disparidade injustificada dentro do mesmo território nacional.

³⁵⁰ “Pesquisa indica que vacinados continuam a transmitir a covid-19”, *In* Radio agência Nacional. Disponível em <<https://agenciabrasil.etc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-07/pesquisa-indica-que-vacinados-continuam-transmitir-covid-19>>.; no mesmo sentido, em publicação da revista *Nature*, destaca-se o seguinte trecho “*Now, reports from various countries seem to confirm what scientists feared after the variant tore through India with alarming speed in April and May: Delta is more likely than other variants to spread through vaccinated people*”, “How do vaccinated people spread Delta? What the science says” – *In Nature*. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1> - acesso em 03/11/2021>.

Em um segundo exemplo, ‘A’ quer ir ao cinema que fica dentro de um shopping. Para adentrar no shopping ele não precisa apresentar qualquer comprovante, podendo frequentar lojas, restaurantes e praças de alimentação e outros ambientes fechados sem qualquer coerção e independentemente da quantidade de público. Agora, se deseja assistir a um filme em alguma sala de cinema, por mais vazia que esteja, ou melhor, mesmo ele sendo o único presente na sala, ele deverá comprovar sua vacinação. Aqui há uma nítida incoerência em razão da exigência para um local que está contido em outro.

Em mais um exemplo, ‘A’, por ser de um grupo de risco e ter receio quanto aos efeitos colaterais ou por qualquer outro motivo de foro íntimo, não possui o passaporte por não ter se vacinado, mas tem um teste recente, nos moldes exigidos, comprovando não estar infectado. Mesmo assim, ‘A’ estaria impedido de frequentar certos locais, e alguém que possui um comprovante de vacinação (que é público e notório não impedir novo contágio) de meses atrás, estaria permitido a ingressar no mesmo local. Aqui se está diante de uma nítida rigidez legal inapropriada.

Uma última hipótese ilustra ainda mais o cenário atual. ‘A’ precisa apresentar o passaporte de vacinação para ingressar em um clube, teatro ou estádio, mesmo que vazios ou com capacidades reduzidas, por exemplo. Porém, ‘A’ não está obrigado a apresentar o mesmo passaporte para entrar num transporte coletivo qualquer, como ônibus e trens, por mais lotados que estejam – e infelizmente costumam estar, se tratando de Brasil. Aqui há uma discrepância entre as razões e os métodos da política pública.

Apenas para relembrar fato recente ocorrido, vários navios de cruzeiro turístico relataram surtos de covid na tripulação e nos passageiros a bordo³⁵¹. Ocorre que, nestes cruzeiros, a apresentação de passaporte de vacinação era necessária para o ingresso das pessoas, conforme determinado pela própria Anvisa, logo, a sua obrigatoriedade é no mínimo

³⁵¹ “Com 33 casos de Covid-19, cruzeiro com 2500 passageiros interrompe viagem no RJ”, *In* CNN Brasil. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-33-casos-de-covid-19-cruzeiro-com-2500-passageiros-interrompe-viagem-no-rj/>>.

contestável como medida de segurança contra a infecção pelo vírus, visto os diversos surtos que foram amplamente noticiados.

Cabe frisar ainda que a legislação apresentada não preenche o requisito temporal obrigatório, insculpido na lei federal de que tiram sua legitimidade. Essa violação ao diploma federal repercute por deixar em aberto uma janela para exigências de toda a sorte, sob a égide de proteção à coletividade. Por uma questão de segurança jurídica, nada mais sensato do que o estabelecimento de prazos ou datas para início e fim deste programa sazonal, não podendo a administração pública deixar em branco até quando as medidas profiláticas serão exigidas, renovando-as, fundamentadamente, quando necessário.

Outra questão que chama a atenção é a seletividade das exigências. Como pode ser notado, o passaporte se faz necessário para uma gama de serviços e locais, em sua maioria privados. Não se tecerão maiores detalhes sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, mas quando o mesmo Estado impõe medidas restritivas ao negócio ou bom funcionamento de empreendimentos particulares, a liberdade do fornecedor de bens e serviços também acaba afetada. Não se vislumbra ao empreendedor particular fiscalizar o indivíduo numa relação meramente civil, ou deste com a Administração Pública. Lembrando-se que a falta de vacina ou comprovante não é crime tipificado na legislação penal.

Outro ponto que chama a atenção é que um jovem de 11 anos de idade não é obrigado a se vacinar ainda, logo, não possuirá passaporte de vacinação. Já um outro jovem que conte com 12 anos é obrigado a vacinar-se. Entretanto, ambos, com diferença mínima de idade, são capazes de transmitir o vírus, conforme amplamente divulgado. Assim, a liberdade daquele de 11 é maior do que aquele de 12, sem uma correlação teleológica que justifique o comprovante para um e não para o outro, por exemplo.

Dworkin ao conceber sua visão sobre a liberdade, necessariamente cria um conceito imbricado com a própria igualdade. Defensores da correção em limitar a esfera de direitos dos indivíduos sobre uma suposta égide igualitária, como que pensando num bem social maior poderiam encontrar algum alento nas próximas palavras do filósofo:

Já discutimos uma série de restrições à liberdade de escolha, nenhuma das quais se encontraria em uma distribuição defensável de recursos, porém cada uma delas, não obstante, poderia ser imposta, pelo menos em um programa maior, para melhorar uma distribuição de recursos que estivesse longe de ser defensável (DWORKIN: 2011, p. 246/247).

Vale apontar que o próprio autor faz a ressalva de ser difícil defender esse tipo posição diante da primazia da liberdade. Mesmo assim, ao olhar para um plano maior, inculcado numa noção que se aproximaria de bem coletivo, haveria uma possibilidade desse cerceamento. Mas, um plano maior para quem? Um bem coletivo para quais? Logo em seguida, o próprio Dworkin aponta o perigo dessa colocação:

Comecei esta parte com a descrição de um grande e compreensível temor: que embora a igualdade de recursos proteja a liberdade em algum mundo ideal, ela a destrói totalmente no mundo real de nossa política, pois, naquela forma, põe em risco todas as liberdades, até as que julgamos fundamentais (DWORKIN: 2011, p. 246/247).

Resta claro um nítido e importante medo do autor: que uma ação coletiva na tentativa de se igualar os indivíduos termine por cercear suas liberdades em outros campos. Daí se depreende que num mundo fictício, em que seres iguais teriam o mesmo grau de respeito e valor pelos outros como o tem por si mesmos, a liberdade não teria como ser restringida ao ponto de se criar um dano ao indivíduo. Todavia, na sociedade real em que se está inserido, em que Homens controlam Homens, em que paixões e desejos dos mais egoísticos surgem naqueles que podem exercer o papel opressor, a proposta sedutora de se enxergar um bem coletivo ao exigir um comprovante para o exercício de direitos fundamentais, é um passo arriscado no *status libertatis*.

Como foi evidenciado, o próprio decreto da prefeitura do Rio de Janeiro condiciona o comprovante de vacinação à percepção de alguns programas sociais. Aqui, pessoas pobres, desprovidas de informações e até mesmo de um juízo crítico, curvam-se a uma medida executiva do Estado. A opressão do ente público é gritante, em especial neste caso, em que cidadãos de baixa renda, mais pobres e necessitados, por não permitir qualquer questionamento ou indagação a essas pessoas, são oprimidos ainda mais a aceitarem sem vacilar a determinação. E nesse ponto, nova crítica é feita por Dworkin:

O caso é bem diferente quando a restrição elimina totalmente uma liberdade geral de considerável importância para a vida de algumas pessoas, pois o valor de sua liberdade fica, então, muito reduzido com relação ao que teria em qualquer distribuição defensável plausível (DWORKIN: 2011, p. 247).

O que se extrai é que, considerar ao mesmo tempo uma medida supostamente de proteção coletiva com a eliminação de certas pessoas do convívio social por não satisfazerem tal medida, se mostra um verdadeiro contrassenso. Como não dizer que o benefício social é de considerável importância para os paupérrimos? Como não dizer que a cultura é de suma importância na vida autêntica do indivíduo? Essas duas perguntas são apenas algumas das tantas que poderiam ser feitas ao se confrontar a exclusão promovida pelo passaporte da maneira como está disposto nas leis já trazidas e em tantas outras que ainda insistem em existir.

Assumir que os decretos, da forma que foram postos, visam à coletividade é algo bastante discutível. Ao tratar o bem coletivo ou o bem público, como queira, o discurso político é basicamente calcado no elemento de uma igual consideração e respeito pelas pessoas. Mas será mesmo?

O que se assistiu desde o início desta pandemia é que ao ceder uma parte de sua liberdade (liberdade de escolha, de opinião, de locomoção etc) se estaria protegendo um bem maior. E para que esse bem maior fosse

atingido, haveria a necessidade do tratamento igual dos indivíduos, ou seja, obrigando a todos, igualmente, de maneira direta ou reflexa, a comprovarem que foram vacinados.

Essa dicotomia criada entre os conceitos liberdade e igualdade, porém, é falsa na visão de Dworkin. E o jurista norte-americano explica o porquê:

Meu argumento aqui não abrange mais do que uma reivindicação de compatibilidade: a liberdade e a igualdade não podem entrar em conflito como duas virtudes políticas fundamentais, pois a igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada, nem no mundo real, por políticas que comprometam o valor da liberdade (DWORKIN: 2011, p. 249).

É evidente, à vista disso, que liberdade e igualdade caminham juntas. A crítica se faz justamente por políticas que prejudiquem ou restrinjam a liberdade em nome de um tratamento igual. Pessoas só serão mais iguais se forem mais livres para decidir a boa vida que pretendem ter.

Não parece ser dado a um governante, diante das imensas dúvidas que ainda cercam todo o assunto elencado, que, de maneira unilateral, apesar de ouvido e aconselhado por equipes técnicas, que o Homem se veja amputado de um direito Humano universal e fundamental, por um comprovante, jogado e solto no tempo.

Na elaboração das referidas normas, não se levou em consideração diversos fatores, como testes que podem aferir se a pessoa está ou não infectada, ou que mesmo vacinado haverá pessoas que adoecerão e transmitirão a outros a doença. Tampouco pensou-se naqueles mais oprimidos, que já são calados diariamente por sua posição social, e que não puderam sequer expressar sua concordância ou não a tais medidas, sendo-lhes, inclusive, retirados direitos assistenciais. O fundamental debate parece trocado por medidas de poder unilaterais, sem qualquer critério convincente capaz de afastar as dúvidas na necessidade de se

locomover pela cidade ou acessar serviços públicos com um cartão ou documento que comprove ter sido devidamente vacinado.

Além do mais, o que se coloca em jogo não é, novamente, a eficácia ou não de vacinas, ou sua necessidade para conter a doença, mas o quanto exigir sua comprovação (o que lhe torna obrigatória de maneira reflexa) interfere na liberdade do indivíduo num prisma dworkiniano. A discussão trazida é fundamentalmente o caráter liberal do Ser Humano defendido pelo jusfilósofo frente a privações impostas por um documento contestável. Neste sentido, ao abordar tema que não será aprofundado no momento, mas que vale a pena pontuar, o jusfilósofo escreveu:

A distinção, porém, é de grande importância, porque, às vezes, princípio e política argumentam em sentidos opostos e, quando o fazem (a menos que as considerações de política tenham importância crucial, de modo que a comunidade venha a sofrer uma catástrofe se forem ignoradas), a política deve ceder ao princípio (DWORKIN: 2019, p. 557).

Fica claro, portanto, que a política do comprovante da forma que foi elaborada não poderia ter sobreposto princípios de liberdade fundamentais ao Ser Humano. Quanto mais se trata o indivíduo com amarras, limitando seu âmbito de ação ou suas escolhas para decidir pela melhor vida ética e autêntica a seguir, mais se coloca em xeque o fundamento de liberdade, citado anteriormente, base da Revolução em França, ou até mesmo o insculpido na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, e, no caso brasileiro, a Carta de 1988.

Esses e tantos outros documentos tem como preceito norteador resguardar a autonomia do indivíduo. E Dworkin não concebe um sistema político que trate o sujeito como prioridade se sua liberdade não for principalmente resguardada, posto que ela é critério de justiça “porque a comunidade que não protege a liberdade de seus membros não os trata – não pode tratá-los – com igual consideração da melhor forma que se possa entender o que significa” (DWORKIN: 2011, p. 248).

Por fim, mas não menos importante, Ronald Dworkin traz valiosa lição que se tentou ponderar ao longo desse trabalho. A liberdade não é enxergada como um princípio/direito divino, irrefreável, ilimitado – o que tangenciaria à anarquia. Contudo, há de se considerar que qualquer intromissão em seu espectro não será bem vista facilmente, pois um argumento que arrefeça sua potencialidade deve ser analisado com cautela e prudência. Repita-se: nada impede alguma ingerência estatal, desde que o núcleo de certos direitos não seja aviltado por decisões políticas:

Pelo contrário, identificará direitos a certas liberdades designadas como essenciais à liberdade e estipulará que o governo não deve limitar essas liberdades sem uma justificativa especial mais poderosa ou irresistível do que a justificativa que requer para outras decisões políticas, inclusive restrições a outras liberdades não protegidas por tais direitos. Entre esses direitos, figuram, no mínimo, os direitos à liberdade de escolha em assuntos relativos aos aspectos centrais ou importantes da vida privada do agente, como emprego, organização familiar, privacidade sexual e tratamento médico – (DWORKIN: 2011, p. 167).

Como o próprio autor destaca de maneira irrefutável: as escolhas do Homem, e ainda cita nominalmente o tratamento médico, encontram-se numa esfera de liberdades que cabe apenas a cada um decidir. Para que uma decisão política interfira nesse direito é necessária uma força descomunal da medida capaz de vencer um bem tão caro ao indivíduo. Pensamento em sentido contrário levará a casos em que o Estado poderia decidir no que você irá trabalhar, ou que tipo de família ou vida sexual irá ter, ou qual tratamento médico deverá receber.

As situações apresentadas soam um tanto quanto questionáveis diante de toda uma construção liberal desenvolvida por Dworkin.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desfecho da presente exposição leva, inexoravelmente, a uma maior reflexão no que diz respeito à implantação de medidas que atinjam diretamente princípios tão caros ao indivíduo em sociedade. A todo momento frisou-se que não se tratava aqui de discutir acerca de eficácia de vacinas ou de remédios. A discussão travada é uma só: liberdade. Liberdade para escolher, liberdade para ir e vir, liberdade de acesso, liberdade em questionar, liberdade para não ser obrigado a algo etc.

Decorre das legislações apontadas (e outras tantas não inseridas mas de mesmo conteúdo) que não há mecanismos de reequilíbrio ou saída para se oferecer ao indivíduo. Por inúmeras razões as pessoas podem ser levadas a não possuírem um passaporte vacinal, e isso não pode fazer delas um Ser Humano de segunda classe, impedidas de transitar em certos ambientes, algo que parece não ter sido avaliado pelo administrador público que expediu os decretos. Mas, acima disso, a exigência do comprovante se parece mais desarrazoada por conflitar justamente com a liberdade do indivíduo em escolher o tipo de vida a seguir, em razão de todas as informações que recebe diariamente através dos mais variados veículos de imprensa.

Sem entrar numa discussão acerca de vacinas, que nem sequer foi o escopo do presente estudo, sabe-se que umas conferem menos proteção do que outras, ou que certas vacinas possuem mais efeitos colaterais que outras. Algumas pessoas são mais céticas e resistentes a inocularem em seus corpos substâncias autorizadas em regime de urgência, outras não. Alguns tem maior medo da doença, outros não. Certas pessoas já foram inclusive contaminadas e não entendem a necessidade de vacinação ao verem seus exames com altos índices de anticorpos neutralizantes, outros, mesmo após contaminados, enxergam a vacina como mais uma proteção. Há vacinas que inclusive não permitem o ingresso em alguns países, por exemplo. Existem diversos casos públicos em que pessoas vacinadas contraíram novamente o vírus e poderiam transmiti-lo, bem como existem casos de pessoas não vacinadas que testam negativo para o vírus. Algumas cidades, muitas vezes dentro do mesmo estado, exigem o passaporte, outros não. Vários países ao redor do mundo, com cobertura vacinal menor que o Brasil, já adotam a não exigência do comprovante de

vacinação. O que se coloca em evidência aqui é a quantidade de dúvidas, não necessariamente sobre as vacinas, mas sobre a legitimidade de se exigir um comprovante para que certas liberdades possam ser exercidas em razão de um cenário, ainda, de incertezas – mas que aponta para a queda da exigência.

O quadro que se apresenta à sociedade atualmente é de um passaporte sanitário ou vacinal que não é amplo e geral, indistinto para qualquer lugar que se vá, mas, muito pelo contrário, seletivo; que não é sequer fruto de um debate público acerca de sua imprescindibilidade, e que, acima de tudo, não significa, necessariamente, mais proteção pela sua mera apresentação. Não há, nem mesmo, prazos estabelecidos para tal exigência.

Por outro lado, um direito fundamental que foi conquistado ao longo de séculos de luta, parece ficar à mercê de um déspota esclarecido junto aos seus especialistas escolhidos a dedo. Os debates ínsitos acerca de tamanha intromissão na vida do sujeito ficaram em segundo plano nas câmaras e assembleias. Relegou-se a administradores do alto de suas torres decidirem onde você, cidadão, pode ou não ir; quais gôndolas do supermercado estarão disponíveis; o que se pode ou não fazer, sem um critério forte, como exigido por Dworkin, capaz de superar a autoridade existente em um princípio de liberdade.

Essa segregação à liberdade das pessoas é algo que ao longo da história da Humanidade nunca se mostrou virtuosa. A falta de um passaporte de vacina não pode ser uma estrela amarela bordada em seu casaco, que te permite ser “livre” para escolher apenas o que o Governo opressor admite que seja escolhido. A liberdade é um bem muito valioso e sensível ao Homem para que qualquer pedaço de papel, sem maiores critérios epistemológicos, seja suficiente para negar a amplitude de seu conceito, atingindo-se um núcleo duro do princípio sem maior dialética sobre o tema.

Para encerrar, esta discussão foi, de certa forma, suprimida, e um fundamento da natureza humana foi abafado. Então, alguns *standards* o quanto antes devem ser criteriosamente elencados, após um cuidadoso debate entre juristas, agentes políticos e a sociedade a seu respeito. O

cuidado sanitário certamente deve ser promovido pelo Estado, mas através de uma forma sóbria e persuasiva, permitindo ao indivíduo escolher por convicção (e não por coação) que dito procedimento é o melhor para sua vida autêntica e independente. Para tanto, os conceitos de Ronald Dworkin apresentados servem como bússola para se entender que a liberdade é uma força motriz depositária de especial proteção pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/11/2021.
- _____. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 01/11/2021.
- CNN BRASIL. **É bem mais fácil contrair Covid-19 pelo ar do que por superfícies, revela estudo**. São Paulo. 20/04/2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/e-bem-mais-facil-contrair-covid-19-pelo-ar-do-que-por-superficies-revela-estudo/>>. Acesso em: 02/11/2021
- _____. **“Com 33 casos de Covid-19, cruzeiro com 2500 passageiros interrompe viagem no RJ”**, In **CNN Brasil. Disponível em** <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-33-casos-de-covid-19-cruzeiro-com-2500-passageiros-interrompe-viagem-no-rj/>>. Acesso em: 05/03/2022
- CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Edipro, 2019.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

- DICIONÁRIO MICHAELIS. [S.l.]. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=profilaxia>>. Acesso em: 02/11/2021
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 56.120**, de 01 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://coronavirus-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/202110/04114230-decreto-56120-de-01-out-2021.pdf>>. Acesso em 30/10/2021.
- NATURE. ***How do vaccinated people spread Delta? What the science says.*** [S.l.]. 12/08/2021. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1> - acesso em 03/11/2021>. Acesso em 03/11/2021
- PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 49335**, de 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://doweb.rio.rj.gov.br/apifront/portal/edicoes/imprimir_materia/756457/5071>. Acesso em 30/10/2021.
- _____. **Decreto nº 49337**, de 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://doweb.rio.rj.gov.br/apifront/portal/edicoes/imprimir_materia/756460/5071>. Acesso em 30/10/2021.
- PREFEITURA DE SÃO PAULO. **Decreto 60.488**, de 27 de agosto de 2021. Dispõe sobre a instituição do Passaporte da Vacina e estabelece a sua exigência para acesso a estabelecimentos, São Paulo, agosto de 2021. Disponível em <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60488-de-27-de-agosto-de-2021>>. Acesso em: 30/10/2021.
- _____. **Boletim diário COVID-19**, 01 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/20211101_boletim_covid-19_diario.pdf>. Acesso em 02/11/2021.

- IBGE. [S.l]. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/sao-paulo.html>>. Acesso em 02/11/2021
- RADIO AGÊNCIA NACIONAL. **Pesquisa indica que vacinados continuam a transmitir a covid-19**. Brasília. 28/07/2021. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-07/pesquisa-indica-que-vacinados-continuam-transmitir-covid-19>>. Acesso em 03/11/2021.
- RASMUSSEN, Douglas B.; UYL, Douglas J. Den. **Normas da liberdade: uma base perfeccionista para uma política não-perfeccionista**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2011.
- SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Portaria nº 391**, de 14 de maio de 2021. Disponível em: <<https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202105/17102501-portaria-391-redacao-final-eventos.pdf>>. Acesso em 30/10/2021.

O MAPA DA CIDADE NA *INTERNET* MEDIANDO OS SISTEMAS E O MUNDO DA VIDA: A IMPLANTAÇÃO DAS *SMART CITIES* PODE CONTRIBUIR PARA A DEMOCRACIA?

Júlia Werneck Tartaglia³⁵²

RESUMO

O mapeamento da cidade e sua disponibilização na *internet*, no âmbito do que se conhece como *smart city*, pode contribuir para o alargamento dos debates sobre os problemas e soluções para as cidades. O que se investigou no presente estudo é se é possível tornar as discussões ocorridas no seio da rede mundial de computadores produtivas do ponto de vista dos debates democráticos. Para tanto, utilizou-se a Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas, demonstrando os pressupostos exigidos do discurso movido pelo agir comunicativo em busca da verdade e do consenso. Foi associada a implantação da tecnologia da *smart city* com o direito à cidade, demonstrando a necessidade de posicionar o cidadão no centro das políticas públicas a serem decididas. Por fim, buscou-se discorrer sobre as críticas e ressalvas feitas à implantação da tecnologia com o simples objetivo de incrementar a eficiência da gestão governamental em detrimento dos excluídos digitais e da perda de legitimidade democrática quando os habitantes da cidade que opinam não são ouvidos, ofuscados por discursos estratégicos ou mesmo pelos tecnocratas altamente credenciados.

Palavras-chave: Ação comunicativa. *Smart city*. Habermas. Democracia.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo geral investigar se o mapeamento das cidades e sua disponibilização na rede mundial de computadores pode contribuir para o alargamento dos debates acerca das questões ligadas à urbe e à vida cidadina, a fim de que as decisões tomadas

³⁵² Mestre em curso do programa de pós-graduação *stricto sensu* Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – RJ, email juliawtartaglia@gmail.com; https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=9B24E7D75FDEF279B2A22B224AF90C2E#

sejam mais democráticas. Partindo da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas (1997), pretende-se avaliar se, estando as informações acerca dos problemas da cidade mais acessíveis aos cidadãos, eles poderão participar de forma mais efetiva e qualificada das tomadas de decisões dos gestores públicos, no âmbito do que se conhece como *smart city*³⁵³. Para tanto, foram propostas etapas metodológicas correspondentes à divisão do trabalho em três partes, numeradas de um a três.

Na primeira parte, discorrer-se-á brevemente acerca da razão e do agir comunicativo em contraposição ao agir estratégico, analisando, também, os conceitos de sistemas e mundo da vida contidos na obra de Habermas. Em segundo lugar, pretende-se investigar se a rede mundial de computadores pode servir como meio de aproximação entre os discursos que ocorrem no mundo da vida e aqueles que ocorrem no interior dos sistemas. Na terceira parte, buscar-se-á entender se a delimitação do objeto a ser debatido pode facilitar a proliferação de discursos mais qualificados, notadamente por meio das *smart cities*. Também discorrer-se-á sobre os excluídos digitais e o perigo de que a tecnologia a ser implantada perpetue a situação de exclusão social pela qual passam nossos centros urbanos, onde só as classes dominantes opinam e governam, e, também, sobre a possibilidade de os locais de debate serem infiltrados por discursos movidos pela razão estratégica em detrimento da razão comunicativa. De forma derradeira, serão trazidas as críticas de Michael Sandel ao termo *smart*, alumiando o frenesi em torno dessa palavra, demonstrando seus novos significados e o perigo de que as decisões políticas sejam tomadas apenas por técnicos altamente credenciados em detrimento da população diretamente atingida, com déficit para a democracia.

Com o resultado obtido nas etapas anteriores, pretende-se avaliar se o mapeamento e a disponibilização das informações da cidade na *internet* é uma forma de contribuir para a construção de uma democracia radical, que, conforme Habermas (*idem*, 1997, p.13), é a única forma de manter o Estado de Direito. O tema é relevante no cenário atual haja vista a oferta aos Municípios, por parte de empresas, de serviços de

³⁵³ Em uma tradução livre: cidade inteligente.

mapeamento e disponibilização dos dados das cidades na *internet*, no âmbito do que se tem denominado como *smart city*. A associação de implantação da tecnologia à cidade vem acompanhada da promessa de melhor gestão e incremento da eficiência dos serviços públicos a serem oferecidos aos cidadãos, sem ressalvas, o que merece uma investigação mais detida.

Segundo Daniel Machado Gomes e Nicholas Arena Palilogo, “Construir cidades inteligentes não é só uma tendência tecnológica, é um imperativo político e econômico que deve ser conjugado com a democratização de meios e recursos de tecnologia digital”. (GOMES, 2017, p. 20). Assim, o uso dessa ferramenta tecnológica para otimizar a gestão da cidade, bem como para promover a participação dos cidadãos nos atos de gestão é promissor, merecendo atenção especial dos pesquisadores acerca de suas possibilidades e ressalvas. No presente estudo, pretende-se contribuir para o aprofundamento do tema, focando especificamente na potencialização da participação democrática que pode ocorrer com a reprodução da cidade na *internet*, sem olvidar as ressalvas que podem advir de sua implantação.

A metodologia utilizada na elaboração do presente estudo foi a pesquisa bibliográfica com a utilização do método dedutivo, tendo como ponto de partida o primeiro capítulo da obra *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade* de Jürgen Habermas (1997). Em seguida, foram trazidas à investigação algumas contribuições extraídas de artigos científicos que versam sobre a teoria do autor alemão, notadamente sua Teoria do Agir Comunicativo. Por fim, visitando brevemente o conceito de *smart city*, buscou-se entender se a disponibilização do mapeamento da cidade na *internet* é capaz de contribuir para a democracia, ou se as ressalvas feitas ao instituto, notadamente aquelas que serão tratadas nos itens 3 e 4, a tornarão apenas mais um instrumento para o incremento da eficácia governamental, perpetuando a cidade como local de exclusão não só social, como também digital.

1. TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E OS CONCEITOS DE SISTEMA E MUNDO DA VIDA

Em seu livro *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, Jürgen Habermas (1997) se coloca em oposição tanto ao positivismo jurídico, quanto ao realismo jurídico que, segundo ele, não dão conta de explicar o Direito e suas relações com a sociedade moderna, o Estado e a Democracia. Ele propõe uma terceira opção, a Teoria do Agir Comunicativo, baseada na discussão e na busca do entendimento recíproco por meio da substituição da razão prática pela razão comunicativa, que, por sua vez, servirá de substrato à própria ação comunicativa. Isso se daria através do transporte do conceito de razão para o meio linguístico, nos seguintes termos:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* linguístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigações relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas,

transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer. (HABERMAS, 1997, p. 20).

Note-se que a razão comunicativa propõe um caminho procedimental para se chegar ao entendimento entre os diferentes participantes de uma discussão. Cada um dos participantes “entra” no ambiente discursivo já ciente de certas regras, já concordes com alguns termos e significados entendidos como amplamente aceitos e, mais do que tudo, dispostos a mudar de ideia no caso de o argumento da contraparte ser mais racional. Tudo isso guiado para um fim: o de se alcançar a verdade. O conceito de verdade, importante para a discussão aqui travada, é aquele mesmo contido na obra de Jürgen Habermas:

O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente. ‘Real’ é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que ‘verdadeiro’ pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de uma afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a ‘validade’ (*Gültigkeit*) tem de ser entendida epistemicamente como ‘validade que se mostra para nós’ (*Geltung*). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação geral”. Nessa seara, existiriam dois tipos de discurso, ou de ação: a ação comunicativa, que, como dito

acima, é orientada para o consenso³⁵⁴, e a ação estratégica, que persegue um fim específico que não o entendimento, possuindo uma vontade subjacente e guiando os argumentos para se alcançar essa vontade. (HABERMAS, 1997, p. 31-32).

Assim, no mundo, ou no palco onde os atores do discurso travam suas batalhas ilocucionárias, existem, segundo o autor alemão, duas situações diferentes, com móveis diversos para as posições de fala: os sistemas e do mundo da vida. No primeiro impera a razão estratégica e, no segundo, é predominante a razão comunicativa. Os sistemas dizem respeito à esfera pública, normalmente institucionalizada, como o Estado e a economia. Quando se fala de Estado, se fala em política e, nesse campo, a razão instrumental é a busca pelo poder – pelo convencimento dos eleitores ao voto. Na economia, da mesma forma, pensa-se no lucro, sendo este o móvel do discurso. Ao contrário, no mundo da vida, caracterizado pelas relações cotidianas da sociedade, de caráter mais privado, geralmente o objetivo dos discursos é o entendimento recíproco. Em uma conversa em família ou entre amigos, o que se busca é entender e ser entendido. Não que não haja espaço para os discursos estratégicos também no mundo da vida. Mas, predominantemente, não é isso que se espera de participantes de um diálogo no qual se busca, efetivamente, um entendimento entre as partes.

Para o autor alemão, o Direito seria o *locus* perfeito a intermediar os sistemas e o mundo da vida, onde a facticidade – que seria o domínio das normas que estão estabelecidas na sociedade – e a validade – que seria exatamente o que legitima essas normas – encontrar-se-iam. Diante desse cenário, a consideração da *internet* como uma ferramenta para as discussões sobre os problemas, decisões e rumos da cidade poderia ser considerada como contribuinte da democracia, uma vez que em seu seio poderiam ocorrer os debates sobre o direito?

³⁵⁴ A ideia de “consenso” é, em Habermas, correlata à ideia de verdade. Consenso não seria a total concordância com todos os argumentos, mas sim a aceitação de “verdades” provisórias pelos participantes do discurso, válidas até que outros argumentos mais racionais possam emergir e se tornarem, eles mesmos, novas “verdades”.

2. A INTERNET COMO FORMA DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS DISCURSOS DOS SISTEMAS E OS DO MUNDO DA VIDA?

A hipótese que se pretende investigar é se a *internet* poderia ser o canal capaz de unir os discursos que ocorrem no sistema estatal (provenientes da razão estratégica) com aqueles do mundo da vida (advindos da razão comunicativa), a fim de que as normas criadas e decisões tomadas a partir dos debates ocorridos no seu seio sejam democráticas. Partindo do pressuposto habermasiano de que o direito intermedia a facticidade e a validade, intenta-se saber se a *internet* pode ser o local onde as discussões sobre o direito ocorrem. Para tanto, utilizar-se-ão os fundamentos do diálogo resultante da ação comunicativa que, na visão de Habermas (1997), se presentes, favorecem a democracia.

O autor alemão propõe quatro requisitos ao discurso daquele que age movido pela razão comunicativa: i) inteligibilidade, que seria o esforço para ser claro, para se fazer entender; ii) sinceridade (quando o interlocutor defende aquilo que ele realmente acredita e não quando ele defende algo considerado por si próprio inverídico, porém capaz de render-lhe lucro ou votos, por exemplo); iii) busca de verdade (entendida como a vontade de se chegar a um “consenso”, nos termos já vistos); e, por fim, iv) pretensão de correção normativa (a defesa de algo legitimado pelo direito). Se todos os participantes respeitarem esses requisitos, como se concordes com esse pacto social de confiança, seria possível estabelecer discussões públicas produtivas acerca de temas que interessam à vida em comunidade, aumentando a participação popular, fomentando, portanto, a democracia. É nesse sentido a conclusão de Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos e Ana Cláudia Farranha Santana (2019), para quem:

Habermas então demonstra a importância da deliberação e da interação do espaço público com as tomadas de decisão política para a democracia. A deliberação então a partir do agir comunicativo teria

as funções de mobilizar as questões relevantes e as informações necessárias e especificar interpretações; processar as contribuições discursivamente por meio de argumentos adequados a favor e contra; e gerar respostas racionalmente motivadas. Dessa forma, a racionalidade discursiva e a interação entre os cidadãos construiriam a esfera pública. [...] (LEMOS, 2019, p. 77).

Ocorre que uma infinidade de temas reclama as opiniões dos cidadãos no dia a dia, tornando-se impraticável a reflexão sobre cada um deles, com a emissão de argumentos racionais e ponderados em todos os debates aos quais são chamados a participar. Assim, entende-se que uma delimitação precisa do objeto a ser debatido, com sua exposição clara e objetiva, pode ser uma forma de guiar o olhar dos interlocutores para aquilo que importa ser decidido prioritariamente na esfera pública em determinado momento. Para tanto, uma breve exposição do impasse ou problema a ser resolvido, seguida da emissão de argumentos variados, que abarquem diferentes visões de mundo, e a presença das opiniões técnicas com a apresentação dos estudos e pareceres confeccionados internamente pelos servidores do Município em questão, podem servir de norte àquele que deseja dar sua contribuição ao tema. Assim, estar-se-ia buscando as condicionantes para a realização de debates legítimos, perseguindo a formação de um ambiente de interação entre os cidadãos onde a discussão dos problemas da cidade possa potencialmente atingir o consenso.

3. O MAPA DA CIDADE COMO FORMA DE DELIMITAR OS OBJETOS QUE RECLAMAM DEBATES – AS *SMART CITIES*

Poder-se-ia pensar que uma forma de promover a participação democrática mais qualificada seria a delimitação precisa e clara do objeto a ser discutido, se se pensar que a várias decisões da cidade podem ser tomadas pelos próprios cidadãos, quando esses tenham tido acesso a informações relevantes para decidir. A disponibilização do mapa da cidade (com sua infraestrutura e seus serviços oferecidos) na rede mundial

de computadores e a exposição de seus problemas e impasses a todos os cidadãos pode servir a este intento. Na medida em que as questões emergentes da cidade puderem ser vistas por todos, assim como os argumentos dos setores técnicos puderem ser expostos e explicados numa linguagem inteligível aos cidadãos, apresentar-se-iam à população soluções diversas que poderiam ser escolhidas, ou até propostas de forma original, por eles próprios. Tal desiderato pode ser cumprido pelo que se tem denominado como *smart city*, senão vejamos:

Considerando a combinação entre sociedade, administração pública, tecnologia e planejamento urbano, a *smart city* pode ser definida como a cidade que quebra os paradigmas do planejamento urbano convencional. A cidade inteligente cria um ambiente de inovação e integração de sistemas voltado para a eficiência urbana, que é construído dinamicamente com a participação ativa de usuários por meio da aplicação da TIC. (GOMES, 2017, p. 21-22)

Na visão de Daniel Machado Gomes e Nicholas Arena Palilogo, a implantação das *smart cities* é mais do que uma tendência tecnológica, é um “imperativo político e econômico” (GOMES, 2017, p. 20), da forma como as cidades devem ser geridas. Entretanto, apontam para a ressalva de que as *smart cities* devem estar atreladas ao direito à cidade, com o foco no cidadão e nas políticas públicas a ele voltadas, nos seguintes termos:

Dissociadas do direito à cidade, as políticas públicas das cidades inteligentes ficam carentes de legitimidade e de adesão, por ampliarem as diferenças entre cidadãos e gerarem novas formas de segregação urbana. Por isso, a elaboração de políticas públicas para implementar cidades inteligentes precisa considerar o direito à cidade enquanto prerrogativa de participar na determinação dos destinos do espaço urbano, bem como de usufruir democraticamente deste

espaço, sob pena de se promover uma gentrificação digital que replique as tradicionais injustiças presentes na realidade cidadina.” (GOMES, 2017, p. 34).

Tais apontamentos são pertinentes não só do ponto de vista da participação democrática, como também da própria razão de ser das cidades, que, conforme a Constituição Federal, em seu artigo 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (CONSTITUIÇÃO, 1988). O direito à cidade como cerne axiológico da implantação das *smart cities* tem, portanto, o dever de buscar o desenvolvimento pleno das funções da cidade e o bem-estar de seus habitantes, na esteira do que esmiuçado pelo pela Carta Mundial pelo Direito à Cidade, documento produzido durante o V Fórum Social Mundial ocorrido em Porto Alegre, em 2005, senão vejamos:

O Direito a cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade ética, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural”. (Artigo I, item 2)

Assim, o cumprimento das funções sociais e a garantia do bem-estar dos habitantes da cidade deve ser um ponto central das políticas públicas municipais, sendo, inclusive, o Direito à Cidade interdependente

a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, conforme explicitado na Carta. Dessa forma, as discussões ocorridas na *internet*, no seio das *smart cities*, devem ser vistas como mais uma forma de instrumentalização do direito de participação de seus habitantes, o que tem potencial para contribuir para a democracia e para a efetivação dos direitos humanos. A *internet*, como já visto, pode ser o meio que aproxima os discursos do sistema estatal e do mundo da vida, favorecendo a busca do consenso entre os atores do discurso, no caso, os cidadãos que opinam e contribuem para a construção da verdade (do “consenso” surgido após os debates).

4. A IMPLANTAÇÃO DAS *SMART CITIES* QUANDO A EXISTÊNCIA DOS EXCLUÍDOS DIGITAIS E A TECNOCRACIA AMEAÇAM A DEMOCRACIA

Outras ressalvas também podem, e devem ser feitas à ideia das *smart cities*. A primeira delas concerne ao efetivo acesso às novas tecnologias por parte dos cidadãos, sob pena das cidades inteligentes continuarem a ser espaços de exclusão social onde só as classes dominantes opinam e governam. Conforme ressaltaram Daniel Machado Gomes e Nicholas Arena Palilogo (GOMES, 2017), o Direito à Cidade deve ser o cerne axiológico das políticas públicas a serem implementadas pelas *smart cities*, focando especialmente “[n]o perigo de novas formas de exclusão urbana determinada pela falta de acesso à tecnologia digital”. (GOMES, 2017, p. 20). Assim, pensar na implantação dos sistemas tecnológicos da *smart city* sem a sua conjugação com políticas voltadas à inclusão das pessoas como efetivas usuárias dos sistemas é medida inócua do ponto de vista do incremento da participação democrática, servindo a tecnologia apenas para o prometido melhoramento da gestão da cidade.

Ademais, quando se fala em delimitação clara do objeto a ser discutido, com a exposição objetiva dos problemas da cidade que se põem em debate, seguidos da apresentação de soluções diversas, opiniões técnicas ou até de proposições de soluções originais pelos próprios cidadãos, não se pode negar que é aberta a possibilidade para a infiltração

da razão estratégica dentro do que foi desenvolvido para apenas ser palco para a razão comunicativa. Com isso quer-se dizer que discursos movidos por razões que não sejam a busca do consenso podem coexistir no espaço designado para a discussão, obnubilando os debates, guiando a massa chamada a opinar em direção aos fins perseguidos por agentes que querem, ao fim e ao cabo, apenas legitimar interesses particulares. A grande dificuldade da qualificação das opiniões emitidas por meio da rede mundial de computadores passa por essa preocupação de veracidade e legitimidade, onde a facilidade para dizer (dos usuários não excluídos) e o anonimato podem esconder discursos que não respeitam os pressupostos habermasianos da: i) inteligibilidade; ii) sinceridade; iii) busca da verdade; e, iv) pretensão de correção normativa.

Não se olvida que o incremento da eficácia da governança é um benefício possível da implantação da tecnologia na gestão da cidade, entretanto, também não é inédita a preocupação de se classificar cegamente como bom e melhor tudo aquilo que esteja relacionado ao termo *smart*. É nesse sentido a crítica de Michael Sandel (2020) à perda de legitimidade democrática crescente dos governos americanos e europeus que, trazendo à sua cúpula apenas pessoas altamente graduadas em suas áreas, com predileção àquelas formadas pelas universidades de elite, excluem dos debates as opiniões e contribuições daqueles sem instrução (sem credenciais), ao argumento de que as soluções pensadas pelos *experts* é que são inteligentes (*smart*) e não as demais. Para o autor americano:

Até recentemente, o adjetivo “inteligente” descrevia, sobretudo, pessoas. Em inglês americano, chamar uma pessoa de “*smart*” [inteligente] é elogiar sua inteligência. (No inglês britânico, “*clever*” transmite esse sentido.). Com o despontar da era digital, “*smart*” passou a descrever coisas – aparelhos e máquinas de tecnologia avançada, tais como “*smart cars*” [carros inteligentes], “*smartphones*” [telefones inteligentes], “*smart bombs*” [bombas inteligentes], “*smart thermostats*” [termostatos inteligentes], “*smart*

toasters” [torradeiras inteligentes], e assim por diante. Mas a era digital chegou em parceria com a era da meritocracia; portanto, não é surpreendente que “inteligente” também tenha vindo para descrever modos de governar. (SANDEL, 2020, p. 61)

Com o uso frequente da palavra *smart*, o autor americano conclui que estamos diante de uma abordagem tecnocrática que, na prática, tira o poder das mãos dos cidadãos comuns, entregando-o aos técnicos altamente credenciados, esvaziando, portanto, a legitimidade democrática das decisões governamentais. Não se pode discordar desses apontamentos de Sandel, de modo que, no âmbito do que se determina como *smart city*, uma análise mais detalhada é imperiosa, notadamente quando se pretende trazer para os debates em torno dos problemas e soluções da cidade os argumentos e contribuições daqueles que a habitam, estando os pressupostos habermasianos do discurso à disposição para serem estudados, perseguidos e, quem sabe, alcançados, na busca da tal democracia radical sonhada pelo filósofo alemão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se nos discursos ocorridos no âmbito da *internet* puder ser identificada a presença dos requisitos da ação comunicativa, estaremos diante de um *locus* capaz de favorecer a proliferação de argumentos diversos dirigidos a um só fim, o entendimento entre os diferentes atores do discurso. A busca do consenso, o debate racional de argumentos de diversas fontes e a tentativa conjunta de resolução de problemas que envolve a comunidade certamente são práticas que favorecem a democracia. A democracia radical sonhada por Habermas ainda é utópica, porém, é inegável que a *internet* pode vir a ser um espaço onde discursos de todos os gêneros venham coexistir e dialogar entre si. O que intentamos saber foi: se o mapeamento da cidade com a implantação das tecnologias da *smart city* e a chamada pública para a tomada de decisões realizada por meio da *internet* pode contribuir para o fomento de debates democráticos no âmbito da administração municipal.

Diante dos estudos perpetrados, conclui-se que a *internet* é um meio que pode favorecer a transposição dos debates que normalmente ocorrem em âmbito privado para o público, com potencial para influir na criação do direito, especialmente no âmbito do que se convencionou chamar de *smart city*. Porém, a fim de alcançar esse desiderato, é imperioso que o incremento da boa governança que possa advir da implantação da cidade inteligente esteja atrelado à adoção de políticas públicas centradas nos seus habitantes, no desenvolvimento de sua qualidade de vida e na realização das funções sociais da cidade, na esteira do que previu a Constituição Federal em 1988 e a Carta Mundial para o Direito à Cidade, quase trinta anos depois.

Porém, não se olvida acerca das ressalvas que devem ser apontadas à implantação das *smart cities*. Nesse sentido, de pronto deve-se investigar sobre o efetivo acesso de todos os cidadãos aos locais de debate, primeiro porque nem todas as pessoas têm acesso à *internet* ou ao seu manejo, na esteira do que já apontado alhures. Segundo, porque condicionantes de ordem socioeconômica também podem interferir no que seja considerado relevante ou não para a tomada de decisões, excluindo as opiniões das classes que não sejam as dominantes. Em terceiro lugar, a infiltração de discursos estratégicos no ambiente de debate pode levar com que as pessoas que emitiram suas opiniões em busca do bem comum sirvam apenas para legitimar interesses particulares de agentes públicos ou privados.

Mas não é só. A utilização do termo *smart*, conforme apontado por Michael Sandel, é perigosa, haja vista sua mudança semântica no sentido de que, agora, a palavra inteligente é utilizada não só para qualificar a inteligência de alguém, mas também para designar algo que a tecnologia impregnou e para designar uma forma específica de governar (com as decisões tomadas pelos tecnocratas altamente credenciados). Assim, o perigo de se classificar como bom, melhor e eficaz tudo aquilo que seja precedido do termo *smart* deve ser levado em conta, notadamente quando se pensa que a melhoria da gestão da cidade, quando as decisões sobre seus problemas e soluções sejam debatidas e tomadas apenas pelos

técnicos, pode ser boa para os governos empresários, mas não para a democracia.

Todas essas ressalvas merecem estudos mais aprofundados, pois falar que a *internet* facilita aos cidadãos que opinem sobre matérias de governo, fomentando, portanto, a democracia, é possível. Porém, uma delimitação de quais condicionantes precisam estar presentes para a qualificação dos debates ocorridos na rede mundial de computadores como efetivamente contribuintes para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do incremento do bem-estar de seus habitantes e do ideal democrático é matéria que merece um estudo mais alargado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.
- CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE. *In: Global Platform for the right to city*. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A1.4_Carta-Mundial-do-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf. Acesso em 22/03/2022.
- GOMES. Daniel Machado. PALIOLOGO, Nicholas Arena. Direito à Cidade e Políticas Públicas para a *Smart City*. *In: Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; SANTANA, Ana Cláudia Farranha. A Esfera Pública em Rede e a Ressignificação do Espaço Público na Visão de Habermas. *In: Revista Esferas*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2019.
- MEDEIROS, Arilene Maria Soares; BRAGA, Maria Auxiliadora de Resende. Habermas e a Teoria do Conhecimento. *In: Revista Contexto & Educação*. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

- MEDEIROS, Jackson da Silva. Considerações sobre a esfera pública: redes sociais na internet e participação política. *In: SCIELO*. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/tinf/a/55V8ZbVsCHtdP6CCRrXgbWB/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 12/10/2021.
- SANDEL, Michael. **A tirania do mérito [recurso eletrônico]: o que aconteceu com o bem comum?** 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Recurso Digital.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: uma teoria da comunicação humana. *In: Revista Ciência e Informação*. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4497/3827>>. Acesso em: 02/10/2021.

ISBN: 978-65-89539-06-3

CD



9 786589 539063