

Anais de Artigos Completos - Volume 6 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



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

ORGANIZAÇÃO:



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



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

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

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VIII CIDHCoimbra 2023
VOLUME 6**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2024**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2024

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VIII CIDHCoimbra 2023

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

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

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

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VIII CIDHCoimbra 2023 -
Volume 6 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas
/ Jundiá: Brasília / Edições Brasil, 2024.

358 p. Série Simpósios do VIII CIDHCoimbra 2023

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-5104-090-0

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

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

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

10 a 12 de Outubro de 2023 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 6 - Composição dos Simpósios:

<p>SIMPÓSIO – Online 56</p> <p>CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E OS DESAFIOS GLOBAIS NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Fernanda Duarte e Filipa Pais d’Aguiar</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 57</p> <p>DIREITOS HUMANOS NA ERA DA PÓS-VERDADE E DO POPULISMO: DIAGNÓSTICO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES EM JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</p> <p>Coordenadores: Nuria Belloso Martín e Adriano Moura da Fonseca Pinto</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 59</p> <p>POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO SOCIAL</p> <p>Coordenadores: Carlos Alberto Lima de Almeida e Amanda Lacerda Jorge</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 60</p> <p>RACISMO ESTRUTURAL E NECROPOLÍTICA: AS POLÍTICAS DE SEGREGAÇÃO SOCIORACIAIS DOS POVOS VULNERABILIZADOS E EXCLUSÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Luciano de Oliveira Souza Tourinho e Ana Paula da Silva Sotero</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 61</p> <p>EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS PELOS DIÁLOGOS DE FONTES: PROBLEMÁTICAS CONTEMPORÂNEAS ENFRENTADAS PELA JUSTIÇA, LEGISLAÇÃO E DOCTRINA RELACIONADAS ÀS VULNERABILIDADES, RESPONSABILIDADES E SUSTENTABILIDADE DOS PAÍSES EMERGENTES</p> <p>Coordenadores: Regina Vera Villas Bôas e Flávia Soares de Sá Neves</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 62</p> <p>EXECUÇÃO PENAL E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Mariângela Gama de Magalhães Gomes e Lucas Henrique De Lucia Gaspar</p>

ISBN: 978-65-5104-090-0

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VIII CIDHCOIMBRA 2023:

Membros Titulares:

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

Membros Convidados:

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

SUMÁRIO

Terá um Papel (De)Colonial da Revolução Tecnológica nas Sociedades Periféricas Contemporâneas Para o Desenvolvimento de Liberdade, Autonomia e Igualdade na Era Digital?	10
Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco	
Vieses Cognitivos e a Explicabilidade das Decisões.....	20
Diana Georges Freiha	
Os Desafios à Proteção de Dados Sensíveis de Saúde Mental no Brasil na Era da Vigilância	29
Danielle Fernandes Farias do Val	
<i>Saudade Della Verità? I Formanti Delle Fake News Nell'era Dell'intelligenza Artificiale</i>	38
Luca Catanzano	
Un Abordaje Constitucional Del Derecho Al Medio Ambiente Sano y Su Vertiente Mercadológico Sostenible	52
Cleiton Lixieski Sell	
O Consenso Como Caminho Para uma Justiça Restaurativa.....	64
Marcelo Machado Costa Lima e Luciano Filizola	
A Imposição da Construção Extrajudicial do Consenso Como Forma de Racionalizar o Acesso à Justiça: Violação de Direitos Humanos?	78
Renata Balthazar Pereira Alves	
O Direito Fundamental à Boa Administração Pública Quando da Elaboração e Execução de Políticas Públicas Dirigidas à Proteção Social, No Âmbito dos Direitos Humanos.....	86
Marcelo Paar Santiago	
Os Avanços da Engenharia Genética e do Transhumanismo: surgindo uma nova ordem social.....	101
Yasmin Juventino Alves Arbex	
Política Pública de Internação Involuntária no Município do Rio de Janeiro	110
Sara Vieira de Oliveira	
Direito Fundamental ao Trabalho e Pessoas Com Deficiência: instrumentos para a plena efetividade.....	121
Maria da Conceição Lima Melo Rolim	

Relações Escravistas Contemporâneas: uma análise socioespacial do trabalho análogo ao escravo no sudoeste do Maranhão	131
Bruna Feitosa Serra de Araújo	
Sobre Nomear Lagartas e Borboletas: a utilização do nome social como instrumento de políticas públicas de inclusão nas escolas brasileiras	139
Tathiane Magalhães Chaves Ferreira	
Criação e Fim do Programa Bolsa Família: um comparativo entre Brasil e México ..	154
Luciana Miguel Cavalcante Lima	
Necropolítica no Combate à Guerra às Drogas no Brasil: Entre o Racismo e a Seletividade Penal	166
Pedro Vitor Brito Sarmiento Rocha	
Racismo Prisional e Seus Efeitos Necropolíticos nas Prisões Brasileiras	175
Leide Hellen Silva Rodrigues	
O Impacto da Necropolítica Brasileira nos Grupos Alvo de Violências Policiais.....	184
Lis Loureiro Sousa	
Zaffaroni, Foucault e Mbembe: um estudo criminológico do inimigo no direito penal à luz do biopoder e da necropolítica.....	193
Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo e Allana Regina Andrade Kinjyo	
A Interseccionalidade da Violência de Gênero e Racismo na Vulnerabilidade das Mulheres na Sociedade Brasileira	206
João Marcelo Sousa Maia e Vinicius Sampaio Aguiar	
Gênero, Raça e o Exercício da Magistratura: o que a realização de entrevistas com juízas negras informa sobre diversidade no Poder Judiciário?	217
Priscila Coelho	
A Abordagem dos Direitos Humanos nos Litígios Climáticos	229
Hirdan Katarina de Medeiros Costa	
Considerações Sobre a Lei Henry Borel: real efetividade no combate à violência contra criança e adolescente?	243
Rita de Cássia Curvo Leite e João Damasceno Lopes Neto	
A Súmula 377 do STF e o Possível Retrocesso nas Relações Familiares: vulnerabilidades.....	256
Adriano Lichtenberger Parra	

A Desumanização e o Exercício Ilegítimo do Poder Estatal: um olhar para Crônica Mineirinho de Clarice Lispector	269
Ana Paula Sebe Filippo e Louise Vilela Leite Filgueiras	
Educação Empática e Compassiva Para Com Todos os Seres Vivos: Colocando em Evidência a Declaração Cosmopolita de Boaventura de Sousa Santos	280
Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa	
A Preservação da Identidade da Mulher na Família Contemporânea Sob as Perspectivas Individual, Relacional e Estatal	292
Sheila Keiko Fukugauchi Miyazato	
Tutela Coletiva: o equilíbrio entre a efetividade da execução e a proteção dos Direitos Humanos.....	306
Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda	
Mortes Sob Custódia Prisional no Brasil: Compreensão das violações à luz dos entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos	320
Mariana Moraes Zambom	
O Sentido de “Casa” Nos Debates Sobre Prisão Domiciliar no Brasil: o que aprendemos até aqui?	334
Carolina Costa Ferreira e Ana Gabriela Mendes Braga	
Cárcere Maternal: a violação institucionalizada de Direitos Humanos de mães e filhos nos estabelecimentos prisionais brasileiros	346
Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira	

TERÁ UM PAPEL (DE)COLONIAL DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS CONTEMPORÂNEAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE LIBERDADE, AUTONOMIA E IGUALDADE NA ERA DIGITAL?

Jamile Gonçalves Calissi

Doutora em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru. Docente Universidade do Estado de Minas Gerais. Docente Universidade de Araraquara

Renato Zanolla Montefusco

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos. Mestre em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM. Docente Universidade do Estado de Minas Gerais

Resumo:

Pretende-se uma análise sobre se a revolução tecnológica e digital tem proporcionado social e juridicamente à sociedade contemporânea o desenvolvimento de propósitos libertadores decoloniais, enquanto um novo caminho para resistir e desconstruir padrões, conceitos e perspectivas da ordem dos subalternizados, uma vez que, a tecnologia, inserida nessa realidade, apresenta-se sob a demanda de uma espécie de colonialismo digital a alterar o comportamento humano. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica e, na escrita, o método analítico-dedutivo. Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, poderá ser possível a compreensão de um novo comportamento sócio-jurídico relacionado às novas relações impostas pelo grande tráfego informacional que têm a capacidade de mascarar mecanismos supressores e opressores de comportamento; e se essa nova realidade é, de fato e de direito, combatente ou não do colonialismo clássico, processo violento pelo qual o colonizado foi desumanizado, tendo seu passado, essência e valores, negados pelo colonizador, ferramenta de produção do fascismo e racismo, condutores de operacionalidade do capitalismo. Os fatores aqui expostos revelarão o fenômeno do chamado colonialismo digital que, ao contrário do que se pretendia, poderá desnudar uma realidade de consequências profundas para a democracia, a justiça social e a igualdade de oportunidades, como

instrumento de maior exclusão dos países periféricos com o conseqüente agravamento das desigualdades econômicas e culturais, confirmando, desse modo, que as lutas pela liberdade, autonomia e igualdade passam pelos desafios das transformações em curso na era digital, bem como, pela necessidade de construção de alternativas que permitam a afirmação dos valores democráticos e humanistas na sociedade.

Palavras-chave: (De)Colonialismo digital; Revolução tecnológica periférica; Liberdade, Autonomia e igualdade; Desenvolvimento na Era Digital; Justiça social e democracia.

Introdução

A revolução tecnológica e digital que caracteriza a atualidade tem sido vista como uma oportunidade de superação das desigualdades e das opressões que marcam a história das sociedades periféricas, marcadas pelo colonialismo clássico e pelo capitalismo dependente. Nesse sentido, a tecnologia seria um instrumento de emancipação, de democratização e de justiça social, capaz de promover a liberdade, a autonomia e a igualdade dos povos e dos indivíduos que foram subalternizados e desumanizados pelo processo colonial.

No entanto, essa visão otimista e acrítica da tecnologia pode ocultar os riscos e os desafios que a revolução tecnológica e digital também implica para as sociedades periféricas, especialmente no contexto de uma nova forma de colonialismo, o chamado colonialismo digital, que se manifesta pela apropriação e exploração dos dados, das informações e dos recursos tecnológicos por parte das potências hegemônicas, que controlam as infraestruturas, as plataformas e os algoritmos que regem a vida digital.

O colonialismo digital, assim, pode reproduzir e aprofundar as assimetrias, as exclusões e as violências que já existiam nas relações entre o centro e a periferia do sistema-mundo, além de gerar novas formas de dominação, de vigilância e de alienação, que afetam a soberania, a identidade e a dignidade dos povos e dos indivíduos periféricos.

Diante desse cenário, o presente artigo tem por objetivo analisar se a revolução tecnológica e digital tem proporcionado social e juridicamente à sociedade contemporânea o desenvolvimento de propósitos libertadores decoloniais, enquanto um novo caminho para resistir e desconstruir padrões, conceitos e perspectivas da ordem dos subalternizados, ou se, ao contrário, tem servido como um mecanismo de reforço e de atualização do colonialismo e do capitalismo, que alteram o comportamento humano e comprometem a democracia, a justiça social e a igualdade de oportunidades.

Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica e, na escrita, o método analítico-dedutivo. O artigo está estruturado em três tópicos de desenvolvi-

mento, além desta introdução e das considerações finais.

O primeiro tópico aborda o conceito e as características da revolução tecnológica e digital, bem como seus impactos nas sociedades periféricas. O segundo tópico discute o conceito e as manifestações do colonialismo digital, bem como seus efeitos nas relações entre o centro e a periferia. O terceiro tópico apresenta o conceito e as propostas da teoria crítica dos direitos humanos, como uma perspectiva decolonial que busca enfrentar os desafios da revolução tecnológica e digital para a promoção da liberdade, da autonomia e da igualdade nas sociedades periféricas.

A revolução tecnológica e digital: conceito, características e impactos nas sociedades periféricas

A revolução tecnológica e digital é um fenômeno que se refere à emergência e à difusão de novas tecnologias baseadas na informação, na comunicação, na computação e na inteligência artificial, que transformam os modos de produção, de consumo, de trabalho, de educação, de cultura, de lazer, de política e de sociabilidade na contemporaneidade.

Essas tecnologias permitem a criação, o processamento, o armazenamento, o compartilhamento e o uso de grandes volumes de dados, que se convertem em fontes de conhecimento, de inovação, de valor e de poder (Tapscott, 2010) naquilo que pode ser chamado de sociedade informacional, uma nova forma de organização social que surge a partir da revolução tecnológica e digital, que transforma as bases materiais da produção, do consumo, da comunicação e do poder, proporcionando a criação de redes globais e locais, que operam em tempo real e que conectam pessoas, objetos, máquinas e sistemas, que formam uma nova cultura, uma nova economia e uma nova política (Castells, 2013).

É considerada, pois, a quarta revolução industrial, que sucede as revoluções anteriores, marcadas pela máquina a vapor, pela eletricidade e pela automação. Essa nova revolução é caracterizada pela convergência, pela integração, pela digitalização, pela virtualização, pela inteligência e pela ubiquidade das tecnologias, que configuram uma nova era, a era digital, que redefine os paradigmas econômicos, sociais, culturais, políticos e jurídicos da sociedade (Schwab, 2018).

A revolução tecnológica e digital tem impactos diversos e complexos nas sociedades periféricas, que são aquelas que se encontram em situação de dependência, de subdesenvolvimento, de desigualdade e de exclusão em relação às sociedades centrais, que são aquelas que detêm o poder, a riqueza, a ciência e a tecnologia no sistema-mundo.

Por um lado, a revolução tecnológica e digital pode oferecer às sociedades periféricas oportunidades de desenvolvimento, de inclusão, de participação, de emancipação e de diversidade, ao ampliar o acesso à informação,

à educação, à saúde, à cultura, à cidadania, aos direitos humanos e à democracia. Com esse foco, a tecnologia poderia ser instrumento de descolonização do poder, de forma a proporcionar uma ruptura, uma desconstrução, uma reconstrução e uma reinvenção das relações sociais, culturais, políticas e econômicas, que sejam plurais, diversas, inclusivas, participativas e emancipatórias. Seria, portanto, a revolução tecnológica e digital nas sociedades periféricas uma forma de usar as tecnologias como instrumentos de luta e de libertação (Quijano, 2000).

Contudo, essa mesma revolução tecnológica pode ser meio de submissão e alienação. Sendo assim, por outro lado, a revolução tecnológica e digital pode agravar as vulnerabilidades, as fragilidades, as assimetrias e as violências que afetam as sociedades periféricas, ao reproduzir e aprofundar a dependência, o subdesenvolvimento, a desigualdade e a exclusão, ao restringir o acesso, o controle, a produção, a distribuição e o uso das tecnologias, ao impor padrões, conceitos e perspectivas hegemônicas, ao violar a soberania, a identidade, a dignidade e a diversidade dos povos e dos indivíduos periféricos. Assim, a revolução tecnológica e digital apresenta desafios e dilemas para as sociedades periféricas, que precisam enfrentar as contradições, as tensões e as disputas que envolvem a questão tecnológica e digital no cenário global e local.

O colonialismo digital: conceito, manifestações e efeitos nas relações entre o centro e a periferia

O colonialismo digital é um conceito que se refere ao uso da tecnologia digital para a dominação política, econômica, social e cultural de uma nação ou território por outra. O colonialismo digital é uma forma de colonialismo, que é um processo histórico de exploração, de subjugação, de expropriação e de desumanização de um povo ou território por outro, que se baseia na superioridade, na violência, na imposição e na negação da alteridade.

O colonialismo digital é uma forma de neocolonialismo, que é uma continuidade e uma atualização do colonialismo clássico, que se manifesta por meio de novos mecanismos de intervenção, de controle, de influência e de dependência, que se articulam com os interesses e as estratégias das potências hegemônicas, que são as que detêm o poder, a riqueza, a ciência e a tecnologia no sistema-mundo.

Nesse sentido, está-se diante de uma nova forma de imperialismo enquanto política de expansão, de domínio e de exploração de uma nação ou território sobre outros, fundamentada na ideologia, na cultura, na economia e na política, que visa a manutenção e a reprodução do sistema capitalista, que é um sistema de produção, de distribuição e de consumo, que se baseia na propriedade privada, na acumulação, na exploração e na desigualdade (Nkrumah, 2009).

O colonialismo digital se manifesta por meio de diversas práticas e estruturas que envolvem a tecnologia digital, tais como: a apropriação e a exploração dos dados, das informações e dos recursos tecnológicos dos povos e dos indivíduos periféricos, que são transformados em mercadorias, em fontes de lucro, em instrumentos de vigilância, em meios de manipulação e em objetos de intervenção por parte das potências hegemônicas, que controlam as infraestruturas, as plataformas e os algoritmos que regem a vida digital; a imposição e a difusão de padrões, conceitos e perspectivas hegemônicas, que são apresentados como universais, neutros, racionais e desejáveis, que visam a homogeneização, a padronização, a naturalização e a legitimação das relações de dominação, de exploração, de exclusão e de violência, que negam, silenciam, invisibilizam e desvalorizam as diferenças, as singularidades, as resistências e as alternativas dos povos e dos indivíduos periféricos; a violação e a restrição da soberania, da identidade, da dignidade e da diversidade dos povos e dos indivíduos periféricos, que são submetidos a processos de despossessão, de deslocamento, de despersonalização, de desqualificação e de desumanização, que afetam sua autonomia, sua liberdade, sua participação, sua expressão, sua criatividade e sua cidadania.

O colonialismo digital tem efeitos diversos e profundos nas relações entre o centro e a periferia, que são as relações entre as sociedades centrais e as sociedades periféricas, que se estabelecem no âmbito do sistema-mundo, que é um sistema de organização e de funcionamento da sociedade global, que se baseia na divisão, na hierarquia, na desigualdade e na exploração entre as nações e os territórios. O colonialismo digital, assim, pode reproduzir e aprofundar as assimetrias, as desigualdades, as dependências e as violências que já existiam nessas relações, além de gerar novas formas de subordinação, de marginalização, de exclusão e de opressão, que comprometem a democracia, a justiça social e a igualdade de oportunidades nas sociedades periféricas. O colonialismo digital, portanto, pode ser visto como uma ameaça, um obstáculo e um desafio para as sociedades periféricas, que precisam buscar formas de resistir, de contestar, de denunciar e de superar o colonialismo digital, que se apresenta como uma nova forma de colonialismo, de neocolonialismo e de imperialismo na era digital.

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos: conceito, propostas e perspectivas decoloniais para a promoção da liberdade, da autonomia e da igualdade nas sociedades periféricas

A teoria crítica dos direitos humanos é um conceito que se refere a uma abordagem teórica, metodológica e prática dos direitos humanos, que busca questionar, problematizar, criticar e transformar os fundamentos, os discursos, as instituições e as práticas dos direitos humanos, que são entendidos como construções históricas, sociais, culturais, políticas e jurídicas, que

expressam interesses, valores, ideologias e relações de poder (Flores, 2009).

A partir de uma análise crítica, tal teoria se afasta das teorias tradicionais que abordam os direitos humanos como dados, naturais, universais, neutros, racionais e desejáveis, que visam a proteção, a promoção e a realização da dignidade humana, que é entendida como uma essência, uma qualidade, um atributo ou um valor inerente a todos os seres humanos. Nesse sentido, a teoria crítica dos direitos humanos, propõe uma ruptura, uma desconstrução, uma reconstrução e uma reinvenção dos direitos humanos, que levem em conta as diferenças, as singularidades, as resistências e as alternativas dos povos e dos indivíduos que foram subalternizados e desumanizados pelo processo colonial, que se manifesta nas relações entre o centro e a periferia do sistema-mundo.

Ao propor perspectivas decoloniais para a promoção da liberdade, da autonomia e da igualdade nas sociedades periféricas, a teoria crítica apresenta três pilares instrumentais: (i) a recuperação e a valorização da memória, da história, da cultura, da identidade e da diversidade dos povos e dos indivíduos periféricos, que foram negados, silenciados, invisibilizados e desvalorizados pelo processo colonial, que se baseou na superioridade, na violência, na imposição e na negação da alteridade; (ii) a denúncia e a contestação das estruturas, dos discursos, das instituições e das práticas dos direitos humanos, que reproduzem e legitimam as relações de dominação, de exploração, de exclusão e de violência, que afetam a soberania, a dignidade e a cidadania dos povos e dos indivíduos periféricos, que são submetidos a processos de despossessão, de deslocamento, de despersonalização, de desqualificação e de desumanização; (iii) a construção e a implementação de novos paradigmas, de novos conceitos, de novos valores e de novos direitos humanos, que sejam plurais, diversos, inclusivos, participativos, emancipatórios e transformadores, que visem a superação das desigualdades, das dependências, das assimetrias e das violências, que afetam as sociedades periféricas, que se encontram em situação de dependência, de subdesenvolvimento, de desigualdade e de exclusão em relação às sociedades centrais (Flores, 2009).

É preciso, no entanto, compreender essa teoria à luz do capitalismo enquanto sistema econômico e social dominante no mundo atual. Nesse sentido, o capitalismo é um sistema que se baseia na exploração do trabalho, na acumulação de riqueza, na desigualdade social e na destruição da natureza. O capitalismo também é um sistema que produz e reproduz formas de dominação, de opressão, de alienação e de exclusão, que afetam os grupos e os indivíduos subalternizados, como os trabalhadores, as mulheres, os povos indígenas, os negros, os migrantes, os LGBTs, entre outros. Essas formas de dominação, de opressão, de alienação e de exclusão são sustentadas por discursos, ideologias, normas e instituições que legitimam e naturalizam a ordem capitalista, que se apresenta como a única possível, racional e desejável.

Nesse contexto, os direitos humanos podem ter dois papéis: um papel

conservador e um papel emancipador. O papel conservador é aquele que reduz os direitos humanos a normas jurídicas formais e abstratas, que servem para justificar e reforçar a ordem capitalista, que se beneficia da exploração, da desigualdade, da violência e da exclusão. O papel emancipador é aquele que concebe os direitos humanos como processos sociais, históricos, culturais e políticos, que servem para questionar e transformar a ordem capitalista, que se baseia na exploração, na desigualdade, na violência e na exclusão. Nesse sentido, os direitos humanos são entendidos como produtos culturais, que são criados e recriados pelos sujeitos que lutam pela sua dignidade, pela sua liberdade, pela sua igualdade e pela sua diversidade. Os direitos humanos, assim, são instrumentos de luta e de emancipação, que permitem aos sujeitos subalternizados resistir e subverter as formas de dominação, de opressão, de alienação e de exclusão que o capitalismo impõe (Flores, 2009).

Sendo assim, a teoria aqui apresentada pode apresentar-se transversalmente para reconhecer e destacar como a revolução tecnológica e digital pode ser um campo de disputa entre o capitalismo e os direitos humanos, entre a dominação e a emancipação, entre o colonialismo e a decolonialidade.

É preciso, assim, analisar como as tecnologias digitais podem ser usadas tanto para reproduzir e aprofundar as formas de exploração, de desigualdade, de violência e de exclusão que caracterizam o capitalismo, quanto para promover e ampliar as formas de resistência, de participação, de inovação e de diversidade que caracterizam os direitos humanos. É preciso, enfim, reinventar os direitos humanos na era digital, a partir das lutas sociais e culturais dos sujeitos periféricos, que buscam afirmar sua dignidade, sua liberdade, sua igualdade e sua diversidade.

Esse é um campo profundo de análises em que diversos autores contemporâneos têm se dedicado na tarefa de construção de uma crítica ao capitalismo e ao colonialismo digital como forma de enfrentamento das desigualdades sociais.

Exemplo profícuo é a denúncia de como o capitalismo de dados se apropria da vida humana e a transforma em uma fonte de extração, de controle e de exploração, que gera novas formas de colonialismo, de despossessão e de desigualdade que, levados ao extremo, necessitam de uma resistência coletiva e uma reivindicação dos direitos humanos como direitos de conexão, que garantam a autonomia, a participação e a solidariedade dos sujeitos na era digital (Couldry; Mejias, 2019).

Como consequência, a desigualdade e violência gerada por essa condição afetam a soberania, a dignidade e os direitos humanos dos povos e dos indivíduos periféricos, que são submetidos a processos de intervenção, de monitoramento, de coação e de dependência por parte das potências hegemônicas, que se utilizam das tecnologias digitais para impor seus interesses, suas agendas, suas políticas e suas leis, que visam a manutenção e a reprodu-

ção do seu poder e da sua hegemonia (Faustino; Lippold, 2023).

Ou, ainda, como os algoritmos dos motores de busca, como o Google, reproduzem e reforçam o racismo, a misoginia, a homofobia e outras formas de opressão, ao privilegiar e naturalizar os interesses, os valores, as representações e as narrativas das elites brancas e masculinas, onde defende-se uma intervenção crítica e ética nas tecnologias digitais, que promova a diversidade, a inclusão e a justiça social (Noble, 2021).

Tais reproduções são incorporadas e difundidas pelas tecnologias digitais, que condicionam e orientam o comportamento, o pensamento, a linguagem, a cultura, a identidade, a subjetividade e a sociabilidade dos povos e dos indivíduos periféricos, que são induzidos a adotar e a reproduzir os padrões, os conceitos e as perspectivas hegemônicas, que se apresentam como universais, racionais, neutras e superiores.

E, por fim, como o capitalismo patriarcal se sustenta na exploração e na destruição dos bens comuns, que são os recursos naturais, culturais e sociais que pertencem e beneficiam a todos, ensejando uma reconstrução e uma reencantamento dos bens comuns, a partir das lutas feministas, ecológicas e anticoloniais, que buscam recuperar e proteger os saberes, as práticas e as relações que possibilitam a vida em comum (Federici, 2018).

O capitalismo e o colonialismo digital se sustentam na exploração e na destruição dos bens comuns, que são os recursos naturais, culturais e sociais que pertencem e beneficiam a todos, e que são essenciais para a vida em comum, para a diversidade, para a solidariedade e para a emancipação dos povos e dos indivíduos periféricos, que são expropriados, deslocados, despersonalizados, desqualificados e desumanizados pelo processo colonial, que se baseia na superioridade, na violência, na imposição e na negação da alteridade.

Assim, a partir de três abordagens diferentes, é possível perceber que as tecnologias digitais podem ser usadas para reproduzir e aprofundar as formas de exploração, de desigualdade, de violência e de exclusão que caracterizam o capitalismo, contudo, podem, também, como resposta à exploração, promover e ampliar as formas de resistência, de participação, de inovação e de diversidade que caracterizam os direitos humanos.

Considerações finais

A revolução tecnológica e digital é um fenômeno que tem impactos diversos e complexos nas sociedades periféricas, que são aquelas que se encontram em situação de dependência, de subdesenvolvimento, de desigualdade e de exclusão em relação às sociedades centrais, que, por sua vez, detêm o poder, a riqueza, a ciência e a tecnologia no sistema-mundo.

A revolução tecnológica e digital pode oferecer oportunidades de desenvolvimento, de inclusão, de participação, de emancipação e de diversi-

dade, mas também pode agravar as vulnerabilidades, as fragilidades, as assimetrias e as violências que afetam as sociedades periféricas. Nesse contexto, surge o conceito de colonialismo digital, que se refere ao uso da tecnologia digital para a dominação política, econômica, social e cultural de uma nação ou território por outra, que se manifesta por meio de diversas práticas e estruturas que envolvem a tecnologia digital, que têm efeitos diversos e profundos nas relações entre o centro e a periferia, que são as relações entre as sociedades centrais e as sociedades periféricas, que se estabelecem no âmbito do sistema-mundo.

O colonialismo digital, assim, pode ser visto como uma ameaça, um obstáculo e um desafio para as sociedades periféricas, que precisam buscar formas de resistir, de contestar, de denunciar e de superar o colonialismo digital, que se apresenta como uma nova forma de colonialismo, de neocolonialismo e de imperialismo na era digital.

Diante desse cenário, analisou-se a revolução tecnológica e digital sob a ótica de como elas podem proporcionar social e juridicamente à sociedade contemporânea o desenvolvimento de propósitos libertadores decoloniais, enquanto um novo caminho para resistir e desconstruir padrões, conceitos e perspectivas da ordem dos subalternizados, ou se, ao contrário, tem servido como um mecanismo de reforço e de atualização do colonialismo e do capitalismo, que alteram o comportamento humano e comprometem a democracia, a justiça social e a igualdade de oportunidades.

Apresentou-se, também, o conceito e as propostas da teoria crítica dos direitos humanos, como uma perspectiva decolonial que busca enfrentar os desafios da revolução tecnológica e digital para as plataformas e os algoritmos que regem a vida digital; a imposição e a difusão de padrões, conceitos e perspectivas hegemônicas, que são incorporados e naturalizados pelas tecnologias digitais, que condicionam e orientam o comportamento, o pensamento, a linguagem, a cultura, a identidade, a subjetividade e a sociabilidade dos povos e dos indivíduos periféricos, que são induzidos a adotar e a reproduzir os valores, as normas, as ideologias e as práticas das potências hegemônicas, que se apresentam como universais, racionais, neutras e superiores; a violação e a restrição da soberania, da autonomia, da diversidade, da dignidade e dos direitos humanos dos povos e dos indivíduos periféricos, que são submetidos a formas de intervenção, de controle, de monitoramento, de coação, de exploração, de discriminação, de exclusão e de violência por parte das potências hegemônicas, que se utilizam das tecnologias digitais para impor seus interesses, suas agendas, suas políticas e suas leis, que visam a manutenção e a reprodução do seu poder e da sua hegemonia.

O colonialismo digital tem efeitos diversos e profundos nas relações entre o centro e a periferia, que são as relações entre as sociedades centrais e as sociedades periféricas no sistema-mundo. Por um lado, o colonialismo digital pode gerar resistências, contestações, mobilizações, inovações e alterna-

tivas por parte das sociedades periféricas, que buscam afirmar sua soberania, sua autonomia, sua diversidade, sua dignidade e seus direitos humanos, ao utilizar as tecnologias digitais para se comunicar, se organizar, se expressar, se informar, se educar, se emancipar e se empoderar. Por outro lado, o colonialismo digital pode gerar dependências, submissões, conformismos, alienações e desigualdades por parte das sociedades periféricas, que sofrem as consequências da dominação, da exploração, da imposição, da violação e da exclusão, ao utilizar as tecnologias digitais para consumir, trabalhar, divertir, aprender, participar e se relacionar. Assim, o colonialismo digital apresenta desafios e dilemas para as relações entre o centro e a periferia, que precisam lidar com as contradições, as tensões e as disputas que envolvem a questão tecnológica e digital no cenário global e local.

Referências

- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz & Terra, 2013.
- COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises A. *The costs of connection: how data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*. Stanford: Stanford University Press, 2019.
- FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo Digital: por uma Crítica Hacker-fanoniana**. São Paulo: Boitempo, 2023.
- FEDERICI, Silvia. *Re-enchanting the World: Feminism and the Politics of the Commons*. Oakland, CA: PM Press, 2018.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos como Produtos Culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*. São Paulo: Rua do Sabão, 2021.
- NKRUMAH, Kwame. *Neo-Colonialism: The Last Stage of Imperialism*. London: Panaf, 2009.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.
- TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital**. São Paulo: Agir, 2010.

VIESES COGNITIVOS E A EXPLICABILIDADE DAS DECISÕES

Diana Georges Freiha

Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Resumo:

A tecnologia tem se apresentado em escala global, transpondo barreiras geográficas, ao mesmo tempo em que se faz presente em diversas áreas da sociedade com o propósito de prestar auxílio em inúmeros afazeres do cotidiano. Um dos campos abarcados pela tecnologia é o Direito. O operador do Direito possui diversas ferramentas tecnológicas ao seu alcance capaz de auxiliá-lo em suas tarefas diárias. Vale destacar que uma dessas tarefas aventadas é a de gerar decisões que vão interferir necessariamente na vida do cidadão. Diante disso, resta instaurada a preocupação, pois vem à tona a questão da falta de explicabilidade das decisões frente ao uso da inteligência artificial na tomada de decisão. O que não se pode perder jamais de vista é que o ser humano é dotado de racionalidade, e por isso resta intrínseco às suas características vieses cognitivos que irão interferir sensivelmente em uma decisão, vez que não se deve obliterar que será este mesmo indivíduo quem alimentará o sistema inteligente programado para proferir uma decisão.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; Explicabilidade das decisões; Inteligência Artificial; Vieses cognitivos.

Introdução

Depara-se com uma sociedade em constante evolução, permeada por novas tecnologias. Um caminho sem volta para os que pensavam que a vida poderia voltar a ser como era antigamente. Ledo engano. O mundo avança a passos largos graças às novas ferramentas tecnológicas que, outrora, nem eram cogitadas. Ao mesmo tempo em que o seu contributo é imensurável, a tecnologia opera resultados inimagináveis que repercutem diretamente no comportamento humano. Não importa em qual esfera: na política, na educação, na saúde, na economia, no meio ambiente, a tecnologia sempre se faz presente.

Permitiu inclusive que durante o período em que o mundo esteve en-

volto por uma nuvem caótica de Covid-19, as pessoas permanecessem realizando suas atividades rotineiras.

Passam a exercer o papel de protagonistas os conceitos de agilidade, precisão e assertividade. Atributos que são tão cobiçados pelo ser humano nesta era tecnológica. Fala-se em quarta revolução industrial ou indústria 4.0 que tem como foco a chamada cultura de dados.

A tecnologia invade e se apodera de várias áreas e, diante desse contexto, não poderia ser diferente no âmbito do Direito. Põe-se em relevo a importância da tecnologia no acesso à justiça e também como instrumento de auxílio a magistrados em suas tarefas diárias.

O mundo cibernético-processual se faz cada vez mais presente. Já é uma realidade há muito corrente. O acesso à justiça de forma digital ressignifica a distância e representa um maior alcance para a população, abarcando, cada vez mais, um maior número de pessoas. Em vista disso, acaba por promover um maior alcance operacional, porque, independente do lugar em que o indivíduo esteja, terá acesso ao sistema informatizado com um simples clique, o que o torna não mais dependente da estrutura física de um fórum.

Algoritmo e Inteligência Artificial

Antes de se adentrar ao presente trabalho, faz-se importante descrever o que se compreende por algoritmo, Tavares diz:

A sequência de pequenas tarefas que o computador deve realizar, ordenadamente, para produzir um resultado, expressa em qualquer linguagem simbólica. Um programa de computador ou *app* (de application) é a expressão de um algoritmo numa linguagem inteligível por um processador (computador, celular, tablet etc), conforme define a lei de software no artigo 1º: estrutura ordenada de comandos que, expressas numa linguagem adequada, tornam-se executáveis por uma máquina física, ou seja, podem orientar a operação da máquina. Executável envolve as ideias de *entender e ter* como produzir o resultado do comando. Pelas suas características estruturais, um algoritmo é considerado uma máquina virtual (Tavares, 2021, p. 59).

Ademais, o mesmo autor em sua obra explica o que seria uma ferramenta de inteligência artificial ao destacar:

[...] Por ora, consideremos uma ferramenta de inteligência artificial (IA) - em inglês *Artificial Intelligence* (AI) - toda aquela que, tentando simular algum processo cognitivo de sistemas psíquicos, está baseada: **(i)** em técnica de aprendizado automático, em que um algoritmo aprendiz capta as regras de tratamento das entradas diretamente de dados ou, então, **(ii)** embora com codificação tradicional, o algoritmo esteja baseado na aplicação de alguma lógica

especial, não binária, como a lógica paraconsistente, por exemplo [...] (Tavares, 2021, p. 67).

Uso da Inteligência Artificial no campo do direito

Há muitos desafios a serem enfrentados devido ao uso cada vez mais constante da inteligência artificial, uma delas é a necessidade de regulação do acesso e do uso cada vez maior do banco de dados, conforme Cueva.

Para tanto, parte-se do contexto da crescente judicialização vivida no país, descrevem-se os esforços e as dificuldades concretas enfrentadas para a automação de algumas tarefas da atividade jurisdicional, discutem-se as promessas e os desafios da inteligência artificial aplicada ao direito, bem como a necessidade de regulação do acesso e do uso dos bancos de dados judiciais, levando em consideração a lei de proteção de dados pessoais e os princípios éticos que deverão nortear o uso da inteligência artificial (Cueva, 2022, p. 55).

E, ainda, deve-se estar atento que a inteligência artificial implica em uma elevada capacidade de coleta de dados e conteúdos para formar o *big data*.

As rotinas de trabalho relacionadas a cadastro e separação de documentos já são as primeiras a serem afetadas. A automação, num primeiro momento, compreende triagem, adequação de fluxos de trabalho, padronização de rotinas, fusão de arquivos, preenchimento de campos em modelos predefinidos. Já a inteligência artificial, propriamente, compreende estágios mais avançados, que implicam uso intensivo de mineração de enormes e múltiplos bancos de dados (*big data*), cujo resultado alimenta o aprendizado efetuado pelos próprios computadores (*machine learning* e *deep learning*), criando, com isso, crescente capacidade de apreensão de conteúdos e de elaboração de modelos de decisões a partir de padrões estatísticos (Cueva, 2022, p. 57).

Vivencia-se um momento de virada tecnológica, em que deve estar atento aos benefícios que a inteligência artificial traz consigo, mas também aos riscos que podem advir dela, de acordo com Medeiros.

Mostra-se essencial, então, a necessidade de nos adaptarmos a nova racionalidade que essa virada tecnológica acarreta, principalmente em razão da natureza dual do uso da inteligência artificial, que pode trazer benefícios, mas também pode trazer sérios riscos (Medeiros, 2022, p. 782).

O uso das ferramentas tecnológicas tem sido cada vez mais sendo apli-

cadras nos Tribunais, auxiliando o operador de direito em suas tarefas diárias.

A compreensão dos fundamentos e modo de funcionamento das tecnologias embasadas na inteligência artificial mostra-se essencial para o entendimento de como seu uso e aprimoramento irão modificar significativamente o cotidiano dos tribunais e dos práticos do direito. E essa compreensão se mostra necessária antes mesmo que ela venha a ser amplamente utilizada no processo jurisdicional (Medeiros, 2022, p. 782).

O que se deve ter em mente são os potenciais riscos que o emprego de inteligência artificial na tomada de decisão judicial poderá acarretar na redução da participação das partes em uma contenda judicial na formação das decisões, assim compreende:

De forma como a inteligência artificial vem sendo paulatinamente inserida no processo de tomada de decisões jurisdicionais, sem a devida identificação dos potenciais riscos que seu uso acarreta e sem devida tentativa de sua mitigação, poderá haver uma perigosa redução da participação dos sujeitos processuais na formação das decisões, impedindo a existência de uma estrutura procedimental na qual as partes possam exercer, de forma compartilhada, o debate em contraditório (direito de influência na decisão e garantia de não surpresa) e que resulte em uma decisão fundamentada que leve em consideração os argumentos produzidas pelas partes durante o processo. Em razão disso, também se apresenta o risco de que a utilização dessas ferramentas, com objetivos finalísticos de celeridade e aumento de produtividade, tem o potencial de impedir que o processo de tomada de decisões jurisdicionais seja pautado pela possibilidade do exercício do controle e fiscalidade (*accountability*) dos atos processuais pelos jurisdicionados (Medeiros, 2022, p. 782).

Os dados são alimentados por um programador, portanto, um ser humano, que irá arrolar os critérios, dados e informações que alimentarão o sistema por meio de input, os quais acarretarão no resultado gerado pela máquina. Luís Vale compreende:

Desse modo, o programador deverá listar os critérios que serão identificados pela máquina (*input*), os quais levarão ao resultado desejado de adstrição do recurso ao tema já decidido pelo Supremo (*output*). À medida que uma maior quantidade de dados for processada, diante do aprendizado de máquina, ter-se-ão melhores operacionais (Vale, 2022, p. 824).

Ora, a preocupação deve ser sempre a de zelar pelo devido processo legal, oportunizando as partes o acesso a uma fundamentação adequada, en-

volta de transparência e publicidade dos atos decisórios.

Sabe-se que a construção dos pronunciamentos do Poder Judiciário deve estar supedaneada no devido processo legal, cujo conteúdo impõe, dentre outros deveres constitucionais, a necessidade de fundamentação adequada e de transparência/publicidade inequívoca (Vale, 2022, p. 826).

Diante disso, restaria inconstitucional a decisão proferida por sistemas inteligentes que se limitem a replicar determinado modelo de decisão, sem observar o contexto a qual está inserido. Luís Vale entende:

Desse modo, padeceriam de inconstitucionalidade decisões proferidas por máquinas, as quais se resumissem a repetir um determinado padrão/modelo, sem considerar as circunstâncias fáticas dos casos sob análise e sem que restassem evidenciados os critérios decisórios (Vale, 2022, p. 826).

A atenção deve estar voltada para a opacidade do algoritmo, muitas vezes, quiçá, a maioria das vezes, não se sabe o critério utilizado pela máquina para produzir determinado resultado. Daí faz-se importante, que as partes envolvidas saibam do critério utilizado pela máquina para produzir determinado resultado, vez que tal decisão irá influenciar suas vidas.

Um dos principais problemas relacionados à tomada de decisão por máquinas se refere à opacidade do algoritmo, na medida em que, atualmente, são poucas as situações em que o algoritmo é relevado, para que se conheçam os critérios utilizados no processo decisório (Vale, 2022, p. 826).

Neto, em sua obra, explica o que vem a ser uma fundamentação adequada e quanto ela se faz importante.

A fundamentação adequada da decisão judicial está ligada ao preenchimento de algumas regras do discurso racional. Isso não garante, todavia, que a decisão seja a correta, no sentido de a melhor possível. Sendo assim, a argumentação jurídica, as regras do discurso racional, onde se dá essa argumentação, servem para garantir a validade da decisão judicial, na medida em que garantem sua racionalidade. Uma decisão que não seja racional não é válida. Por outro lado, uma decisão adequadamente fundamentada é uma decisão racional. Nesse caso, há uma identidade de critérios. Por outro lado é possível pensar em decisões racionais e válidas que não sejam as corretas, que não expressem a melhor interpretação e que não sejam legítimas. É preciso, portanto, um alargamento nos critérios de análise da decisão judicial, de modo a não confundir esses critérios (Neto, 2019, p. 173).

Como bem dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal todos os julgamentos serão públicos e fundamentadas as suas decisões.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados é claro ao dispor sobre a possibilidade do titular de dados solicitar revisão de decisões tomadas com base em tratamento automatizado.

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

Vieses cognitivos e Inteligência Artificial

O indivíduo é dotado de racionalidade. Faz julgamentos internos amparados pelo conhecimento que adquiriu ao longo da vida. Experiências, impressões, preconceitos, traumas; tudo corrobora para montar a bagagem de conhecimento. E, isto, indubitavelmente, gera deturpações cognitivas.

Toda vez que um indivíduo é instado a tomar uma decisão, vale-se das heurísticas que são atalhos mentais que o cérebro realiza para propiciar a tomada de decisão de forma mais veloz e efetiva.

O que pode soar como sendo extremamente útil em inúmeras situações do cotidiano pode gerar erros reiterados, o que se denomina de viés cognitivo. É um erro que a mente humana comete ao fundamentar suas decisões a partir de um pré-julgamento. Esse veredicto antecipado motivará desvios de racionalidade.

Vale enfatizar que tais erros reiterados são ocasionados pela intuição e poderá ocorrer com qualquer pessoa, quer seja ela leiga no assunto ou até mesmo um exímio especialista. O que será decisivo com relação a quanto isso irá interferir em uma decisão, será o nível de consciência que esta pessoa possuir acerca do viés.

Sendo assim o juiz ao realizar um pronunciamento poderá de forma inconsciente incidir no erro, ao não se dar conta do viés que paira sobre

aquela decisão. Esta mácula poderá advir da análise viciada da argumentação jurídica, dos elementos de prova colhidos no decorrer do processo, ou até mesmo fruto das teses defensivas elaboradas pelos patronos das partes.

Os prolores de decisão experimentam em sua vida tanto limitações cognitivas quanto limitações do ambiente como qualquer outro cidadão. Isto frustra o objetivo a respostas ideais. Por isso a importância de terem consciência sobre os possíveis vieses que afetam uma decisão judicial, para que no momento de decidir tenham o poder de buscar a imparcialidade, e sendo assim produzir uma decisão despida de qualquer viés.

A todo o momento somos instados a decidir. O que pode parecer difícil de compreender, é que muitas destas decisões são automáticas. Não é produto da atividade racional. Além disso, muitas das vezes a decisão ocorre sem que se tenha consciência o porquê está se decidindo por ela. Inúmeras vezes, a maneira como a informação chega já tem o condão de modificar por inteiro a decisão da pessoa.

A consciência sobre a existência de vieses pelo indivíduo, geralmente reduz a influência que eles podem gerar em uma decisão.

Para Guthrie, Rachlinski e Wistrich, as pessoas frequentemente são vítimas de ilusões cognitivas.

[...] psicólogos que estudam o julgamento e a escolha humanos aprenderam que as pessoas frequentemente são vítimas de ilusões cognitivas que produzem erros sistemáticos de julgamento. Embora os juizes sejam decisores experientes, bem treinados e altamente motivados, podem ser vulneráveis a ilusões cognitivas. relatamos os resultados de um estudo empírico projetado para determinar se cinco ilusões cognitivas comuns (ancoragem, enquadramento, viés retrospectivo, heurística de representatividade e vieses egocêntricos) influenciariam os processos de tomada de decisão de uma amostra de 167 juizes magistrados federais. [...] (Guthrie; Rachlinski ; Wistrich, 2001, p. 778, tradução nossa)

Para os mesmos autores, os magistrados contam com o mesmo processo cognitivo de tomada de decisão como qualquer outra pessoa, por serem humanos. Portanto, mesmo que não possuam nenhum preconceito contra qualquer uma das partes naquele momento, ainda assim poderão tomar decisões sistematicamente errôneas.

[...]nosso estudo demonstra que os juizes dependem do mesmo processo cognitivo de tomada de decisão que os leigos e outros especialistas, o que os deixa vulneráveis a ilusões cognitivas que podem produzir julgamentos inadequados. Mesmo que os juizes não tenham preconceitos ou preconceitos contra nenhum dos litigantes, compreendam plenamente a lei relevante e conheçam todos os factos relevantes, poderão ainda assim tomar decisões

sistematicamente erradas em algumas circunstâncias, simplesmente devido à forma como eles - tal como todos os seres humanos - pensam. [...] (Guthrie, Rachlinski; Wistrich, 2001, p. 829, tradução nossa)

Os autores desenvolvem o raciocínio esclarecendo que as pessoas influenciadas por tendências egocêntricas podem tomar decisões extremas.

[...]Várias regras jurídicas também refletem, possivelmente, esforços para moderar os efeitos dos preconceitos egocêntricos. Os preconceitos egocêntricos levam as pessoas a terem mais confiança nas suas decisões do que o normativamente apropriado. Pessoas influenciadas por preconceitos egocêntricos podem tomar decisões mais extremas do que as justificadas pelas informações disponíveis. Por exemplo, os juízes e os júris podem estar tão confiantes nos seus veredictos que estão dispostos a impor penas severas (incluindo a morte) ou a conceder indenizações extremamente elevadas [...] (Guthrie, Rachlinski; Wistrich, 2001, p. 828, tradução nossa)

Aliás, as heurísticas e os vieses não ficam restringidos ao magistrado, muito pelo contrário poderão inclusive atingir a postura de advogados em uma linha de defesa.

Tal ampliação não induz apenas uma alteração na ótica do comportamento do decisor, eis que as heurísticas e vieses atingem igualmente a postura dos advogados ao delinear uma linha argumentativa de defesa. O comportamento solitário de escolha de estratégias, sem o emprego de técnicas desenviesadoras, pode conduzir a equívocos que poderão fulminar uma pretensão, não pela mesma ser desprovida de embasamentos, mas por ser produzida desconsiderando os vieses de quem a elabora e de quem decide. (Nunes; Silva; Pedron, 2022, p. 33)

Considerações finais

Daí a importância de se ter em mente quais vieses podem afetar as decisões, para após reconhecê-los e racionalizar as suas intuições iniciais, ter o poder de combater erros sistemáticos, permitindo, assim, que as sentenças sejam imparciais. Deve se atentar que é o programador é quem alimenta a máquina. E que vieses contidos na mente do humano passarão para o sistema de inteligência artificial.

Referências

BRASIL. **LEI nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709>

htm>. Acesso em: 11 de fev. 23

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/11/2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In **Inteligência artificial e Direito Processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. 3ed. Ver., atual., ampl. Salvador: Juspodivm, 2022

GUTHRIE, Chris; Rachlinski, JEFFREY J.; WISTRICH, Andrew J., “**Inside the Judicial Mind**” (2001). Publicações da Faculdade de Direito de Cornell . 814. Publicado em: Cornell Law Review, vol. 86, no. 4 (maio de 2001). Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>>. Acesso em: 15 dez. 2022

MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana de. Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: potenciais riscos e possíveis consequências. In **Inteligência artificial e Direito Processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. 3ed. Ver., atual., ampl. Salvador: Juspodivm, 2022

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **Uma Teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. 2. ed. rev. e atual, Salvador: Juspodivm, 2019.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, o ruído, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. 3ª ed revista, atualizada e ampliada. Editora jusPodivm: 2022. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/desconfiando-da-imparcialidade-dos-sujeitos-processuais-um-estudo-sobre-os-vieses-cognitivos-o-ruído-a-mitigação-de-seus-efeitos-e-o-debiasing-2022>. Acesso em: 15 dez. 2022

TAVARES, Sebastião Pereira. **Machine Learning nas decisões: o uso jurídico dos algoritmos aprendizes**. Florianópolis: ArteSam Editora, 2021.

VALE, Luís Manoel Borges do. A Tomada de decisão por máquinas: a proibição, no direito, de utilização de algoritmos não supervisionados. In **Inteligência artificial e Direito Processual. Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. 3ed. Ver., atual., ampl. Salvador: Juspodivm, 2022.

OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS DE SAÚDE MENTAL NO BRASIL NA ERA DA VIGILÂNCIA

Danielle Fernandes Farias do Val

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Pós-graduada em História do Brasil (Universidade Cândido Mendes); Bacharel em Direito (Universidade Estácio de Sá) e História (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Resumo:

Devido à pandemia do vírus covid-19, diversas atividades migraram para o mundo virtual, incluindo atendimentos da área de saúde, o que trouxe benefícios e riscos. Em uma sociedade informacional, o crescente compartilhamento de dados sensíveis em sessões com profissionais da área de saúde mental e aplicativos que viabilizam teleatendimentos, favorecem incidentes de segurança, como vazamentos. Dada a natureza sensível desses dados, a quebra da confidencialidade pode vulnerabilizar as pessoas titulares dos dados, potencialmente sujeitando-as a tratamentos discriminatórios e violando direitos fundamentais, o que justifica a importância de se estudar o tema. O presente estudo propõe-se a analisar alguns dos desafios à proteção de dados sensíveis de saúde mental no Brasil e se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) seria suficiente para minimizá-los. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. Como hipótese de pesquisa, partiu-se da presunção de que a falta de uma cultura de segurança da informação e treinamento de profissionais da área de saúde incrementam os riscos para os titulares dos dados sensíveis.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Dados sensíveis; Saúde mental; Era da vigilância; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD.

Introdução

Em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a emergência sanitária provocada pela disseminação do vírus Covid-19.

No intuito de combater o avanço do vírus, governos de diversos países adotaram medidas que restringiam a circulação de pessoas, como o isola-

mento social. Enquanto se adaptavam à nova realidade, as sociedades encontraram nas tecnologias soluções promissoras.

Até 2020, a telemedicina era proibida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Entretanto, para garantir a continuidade dos serviços e impedir a propagação do vírus, as ações de telemedicina foram autorizadas em caráter excepcional e temporário no país.

Mesmo com regulamentos e rígidos protocolos para proteção da privacidade e informações dos pacientes, apresentaram-se muitos desafios à área da saúde.

Inicialmente, era essencial garantir a manutenção dos atendimentos e o acesso aos dados de pacientes (Tietzmann *et al.*, 2021). Logo, verificou-se que as peculiaridades da situação afetavam a saúde mental dos profissionais da área médica e demais indivíduos que enfrentaram períodos de isolamento e múltiplos fatores de estresse, o que elevou a demanda por cuidados em saúde mental (Tietzmann *et al.*, 2021; WHO, 2022).

Diante de uma situação emergencial, não havia tempo para uma preparação adequada e treinamentos. A digitalização ocorreu de forma acelerada para preservar a continuidade de serviços públicos e particulares, aumentando a circulação e compartilhamento de dados *online*, incluindo informações de natureza sensível, referentes a dados de saúde (Dallari, 2023).

Ao mesmo tempo em que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)¹ possibilitaram a continuidade de serviços públicos e permitiram que as telas se convertessem em consultórios, notícias sobre a propagação do vírus dividiam a atenção com outras sobre os riscos advindos da migração para o virtual: golpes e incidentes de segurança² multiplicavam-se *online*.

1 Ao tratar das tecnologias baseadas na computação, a professora de Ciência da Informação Helen Nissenbaum (2010, p.20) classifica-as em três categorias: a primeira relacionada às tecnologias com capacidade de “monitoramento e rastreamento”, que facilitam a vigilância e captura massiva de informações sobre os indivíduos; a segunda de “agregação e análise”, que se refere à capacidade de armazenamento e análise de quantidades maciças de informação, combinação e recombinação de informações de diversas fontes, entre outras; e a terceira de “disseminação e publicação”, que incluiria as transmissões da informação e a Internet é a forma mais destacada. Das três categorias, trataremos mais especificamente da primeira e da segunda quando nos referirmos a tecnologias de informação e comunicação (TIC).

2 De acordo com o Glossário de Segurança de Informação do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (Portaria nº 93, de 26 de setembro de 2019), incidente de segurança trata-se de “qualquer evento adverso, confirmado ou sob suspeita, relacionado à segurança dos sistemas de computação ou das redes de computadores”, enquanto vazamento de dados é a “transmissão não-autorizada de dados de dentro de uma organização para um destino ou recipiente externo. O termo pode ser usado para descrever dados que são transferidos eletronicamente ou fisicamente. Pode ocorrer de forma acidental ou intencional (pela ação de agentes internos, pela ação de agentes externos ou pelo uso de software malicioso). É conhecido também como roubo de dados low-and-slow (rasteiro-e-lento) pois a exfiltração de dados para fora da organização é feita usando técnicas do tipo low-and-slow a fim de evitar detecção.” (Disponível em:

Durante os anos de 2020 e 2021, notícias sobre vazamentos em bancos de dados de saúde de instituições públicas e privadas no Brasil e no mundo foram frequentes.³

No âmbito internacional, podemos citar, como exemplo, as notícias publicadas em outubro de 2020 a respeito dos acessos indevidos a milhares de registros confidenciais referentes às sessões de psicoterapia de pacientes da clínica Vastaamo Oy, na Finlândia. O caso envolvia desrespeito a preceitos de segurança definidos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), da União Europeia, chantagem e ameaças de divulgação de prontuários e dados sigilosos das sessões na *deep web*.⁴

No Brasil, não se noticiou caso semelhante. Contudo, entre 2019 e 2022, foram registrados acessos indevidos a sistemas do Ministério da Saúde, que ocasionaram vazamentos de dados de mais de 200 milhões de brasileiros, inclusive já falecidos.⁵

A partir de pesquisas desenvolvidas no curso de Mestrado em Direito, elaborou-se este artigo em que analisaremos como, a partir da Lei nº 13.789 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), de 2018, o Brasil protege os dados sensíveis de saúde mental, assim como serão abordados alguns dos riscos à privacidade desses dados em um mundo interconectado.

Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. O mapeamento bibliográfico foi realizado utilizando como palavras-chave “dados pessoais sensíveis” e “LGPD”, e não se limitou à produção jurídica e da área de saúde, havendo referências a filósofos, cientistas sociais e cientistas da informação, em um esforço multidisciplinar necessário à análise de uma questão tão complexa.

<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-93-de-26-de-setembro-de-2019-219115663>>

- 3 CISO Advisor, um website dedicado a compartilhar notícias relacionadas à segurança cibernética, noticiou o aumento dos números de ataques cibernéticos ao setor de saúde, afetando uma em cada 42 instituições de saúde no mundo. Disponível em: <<https://www.cisoadvisor.com.br/setor-de-saude-foi-o-mais-atacado-por-ransomware-no-3o-trimestre>>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- 4 A clínica Vastaamo Oy foi sancionada pela Autoridade de Proteção de Dados da Finlândia, tendo recebido uma multa de 608 mil euros e encerrou as suas atividades após declarar falência em fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-54698957>> e <<https://tietosuoja.fi/en/-/administrative-fine-imposed-on-psychotherapy-centre-vastaamo-for-data-protection-violations>> Acesso em: 15 jun. 2022 e 27 jul. 2023.
- 5 O Ministério da Saúde divulga em seu sítio eletrônico relatórios sobre os incidentes de segurança que envolvam dados pessoais (BRASIL. Ministério da Saúde. Registro de Incidentes com Dados Pessoais. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/lgpd/registro-de-incidentes-com-dados-pessoais>> Acesso em: 01 ago. 2023.)

A Sociedade da Informação e a privacidade dos dados sensíveis

A partir da segunda metade do século XX, os avanços científicos permitiram o desenvolvimento de tecnologias de comunicação e informação (TIC), que transformaram profundamente as sociedades, fornecendo aos indivíduos, instituições e sociedades a possibilidade de coletar, armazenar, analisar e experimentar todo o potencial relacionado à informação de uma forma sem precedentes na história humana.

Passando a qualificar a própria sociedade, a informação foi alçada ao papel de principal combustível a inspirar a inovação, ganhando maiores relevância e valor econômico, além de possibilitar que emergissem novas formas de gestão do poder (Castells, 1999; Rodotà, 2008).

Nas primeiras décadas do século XXI, conforme os computadores se expandiram para além dos espaços de escritórios e repartições públicas, e a ampliação do acesso à internet, cada vez mais pessoas em todo o mundo passaram a estar conectadas⁶, continuamente produzindo informações e deixando rastros sobre si.⁷

Dentre esses rastros estão compreendidas diversas categorias de informações que passaram a alimentar modelos de negócios altamente lucrativos. Trata-se de informações referentes a transações financeiras, por exemplo, e significativas quantidades de dados sobre as pessoas: detalhes sobre gostos, comportamentos e aspectos muito particulares e íntimos, como informações referentes à origem étnica ou racial, dados biométricos e dados de saúde, que podem revelar a existência de doenças estigmatizantes como a aids ou transtornos mentais, como esquizofrenia ou depressão.

Com a sofisticação do processamento de dados, as experiências humanas transformam-se em dados e estatísticas, permitindo o profundo conhecimento sobre cada indivíduo e, por conseguinte, o seu monitoramento (Zuboff, 2018). Uma cultura da vigilância emergiu como parte de um modo de vida contemporâneo, passando de excepcional para quotidiana (Lyon, 2018, p. 152).

Minerada pela inteligência artificial e analisada pelo *big data*, essas informações convertem-se em novos dados e informações, servindo para subsidiar a gestão pública e diversas atividades, como a pesquisa na área médica, por exemplo. Servem também para ampliar o lucro de empresas (Cassino, 2018, p. 26), analisados por matemáticos e estatísticos, que estudam “desejos, movimentações e poder de compra” para prever a credibilidade e calcu-

6 Em 2023, segundo levantamento da DataReportal, de 8,05 bilhões da população mundial, 5,19 bilhões acessam a internet, o que representa 64,5% (Kemp, 2023).

7 Estima-se que, em 1986, existiam 2,5 exabytes de informação comprimida, dos quais apenas 1% se encontrava digitalizado. Nas décadas que se seguiram, o percentual de informação em meio digital cresceu de forma exponencial. Em menos de quarenta anos, na segunda década dos anos 2000, 98% do conteúdo produzido no mundo encontrava-se em meio digital, totalizando 1.200 exabytes (Zuboff, 2018, p. 24).

lar o potencial de cada indivíduo e grupo (O’Neil, 2020, p. 7).

Assim sendo, com utilização de algoritmos, alcançam-se previsões acuradas sobre estados de saúde, fortalecendo a medicina preditiva, mas também para identificar a pessoa titular dos dados de forma singular e possivelmente sujeitá-la à discriminação, a depender do contexto em que vierem a ser utilizados (O’Neil, 2020; Zuboff, 2021).

Na sociedade da informação, os fluxos informacionais trazem preocupações acerca da proteção dos dados pessoais, pois esses dados adquirem uma existência quase autônoma em relação à pessoa de seu titular, que pouco ou nenhum controle detém sobre o que é conhecido sobre si ou sobre as repercussões jurídicas que pode vir a sofrer (Doneda, 2021).

Quando as ações de telemedicina se iniciaram em março de 2020, a LGPD, que é apontada como um instrumento jurídico capaz de gerar “alterações paradigmáticas na forma como é realizado o tratamento de dados pessoais, ou seja, coloca a pessoa e a defesa dos seus direitos humanos e fundamentais já consagrados no centro do debate” (Sarlet; Fernandes; Ruarro, 2021, p. 487), não estava em vigor.

Ainda que não tenha sido a primeira norma brasileira a prever uma categoria especial de dados pessoais⁸, a LGPD previu no artigo 5º, inciso II, a categoria dados pessoais sensíveis, que requer tutela especial (art. 11). Trata-se de “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

Pandemia de covid-19 e desafios à proteção de dados sensíveis de saúde mental

De acordo com Rodotà (2008, p. 19), os dados particularmente sensíveis, como os referentes à saúde e os genéticos, deveriam receber proteção especial. Para o autor, deveria ser vedada a utilização com fins negociais ou para submeter os indivíduos à vigilância constante, pois a proteção de dados relaciona-se intimamente à proteção da pessoa humana e sua dignidade.

Transtornos mentais, como depressão e esquizofrenia, ainda são condições estigmatizantes (WHO, 2022). A circulação de tais informações fora do contexto dos tratamentos de saúde e com finalidades discriminatórias, pode vir a reduzir a qualidade de vida das pessoas afetadas por tais condições, assim como terceiros participantes do grupo familiar, e as oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade, o acesso a empregos, etc.

Como mencionado anteriormente, diversos foram os desafios trazidos

8 A Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011 (Lei do Cadastro Positivo), previu no artigo 3º, §3º, II, categorias especiais de dados que estavam proibidas de ser registradas para formação de banco de dados.

no contexto da pandemia de covid-19 para a área de saúde.

De acordo com Dallari (2023), as ações visando o combate ao vírus e estratégias para o compartilhamento de informações para uma gestão mais eficiente de recursos favoreceram a digitalização de serviços relacionados à área da saúde, “para viabilizar a continuidade da assistência e gestão de dados com o desenvolvimento de novas ferramentas como plataformas e aplicativos voltados para a telessaúde, como a telemedicina”, que foi disciplinada pela Lei nº 14.510/2022 (Dallari, 2023, p. 106).

Isso significa que os avanços tecnológicos modificaram os paradigmas de atendimento e organização de serviços de saúde. Ademais, demandaram uma nova maneira de lidar com a segurança e assegurar a confidencialidade das informações, aumentando a preocupação com a possibilidade de acessos indevidos e a qualificação do corpo técnico.

Além da manutenção dos atendimentos em situação adversa, a migração para atendimentos remotos e a adaptação dos profissionais às novas TIC representou um grande desafio.

Nesse contexto, a partir da bibliografia consultada e sem a pretensão de esgotar o tema, identificamos como alguns dos principais desafios relacionados à privacidade de dados de saúde mental: incidentes de segurança, dentre os quais o vazamento de dados é possivelmente um dos mais danosos pela impossibilidade de se restituir o *status quo ante*; a falta de cultura de segurança da informação; a necessidade de treinamento e capacitação específicos para lidar com ameaças decorrentes da crescente digitalização.

A telemedicina traz benefícios e pode democratizar o acesso, sobretudo considerando as dimensões e desigualdades regionais que caracterizam o Brasil. Igualmente, a digitalização de registros médicos tem aspectos positivos, favorecendo a integração de equipes multidisciplinares e a eficiência, o que se verificou sobretudo no contexto pandêmico (Tietzmann *et al.*, 2021).

Entretanto, garantir segurança e minimizar riscos de acessos indevidos tornou-se prioridade, assim como a necessidade de qualificação do corpo técnico (Tietzmann *et al.*, 2021).

Essa qualificação é desejável sobretudo para quem nas universidades e cursos técnicos estará incumbido de formar os futuros profissionais da área de saúde. A importância alcançada pelas TICs no cotidiano dos profissionais, tornam imprescindíveis o conhecimento das melhores tecnologias a serem empregadas e a inserção do profissional em uma cultura de segurança da informação, que reforce a importância dos cuidados com o compartilhamento de dados e enfatize o uso de criptografia (Tietzmann *et. al.*, 2021, p. 172).

Como tratado anteriormente, dados pessoais são constantemente coletados, armazenados e analisados. Mesmo em uma área pautada por confidencialidade e privacidade, a coleta sistemática, o crescente fluxo de informações e o uso de *big data*, que permite a análise de grande quantidade e

variedade de dados com alta velocidade de processamento, ao mesmo tempo em que podem trazer enormes benefícios, também causar danos aos titulares dos dados.

Antes mesmo da pandemia, diversas clínicas psicológicas no Brasil utilizavam-se de armazenamento de dados em nuvens ou outros meios digitais, por acreditarem que se tratava de meio mais seguro contra incidentes de segurança (Silva; Misaghi, 2021). Contudo, isso pode não ser verdadeiro. Sejam vulnerabilidades dos sistemas adotados ou em razão da ausência de adequado treinamento profissional, os bancos de dados e sistemas informáticos estão suscetíveis a riscos, como o sequestro de dados (*ransomware*), que se constituem em portas de entrada para ataques (Silva; Misaghi, 2021).

Ainda que todo vazamento de dados possa causar danos, dada a natureza sensível daqueles referentes à saúde mental registrados em prontuários de atendimento psicoterápico ou demais documentos com informações compartilhadas em sessões com profissionais de saúde, a quebra da confidencialidade pode trazer consequências muito mais devastadoras. Por conterem detalhes íntimos e fatos da esfera mais privada da vida, fragilidades e aspectos de si que têm um cunho de imutabilidade e sobre o qual não detêm escolha, diferentemente de outros dados sensíveis, a revelação indevida pode causar intenso sofrimento psíquico (WHO, 2022).

A criação de normas como a LGPD e o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental são passos relevantes, contudo, não significam que se alcance a efetividade sem a adoção de políticas públicas.

Para alcançar o objetivo proposto pela lei, indispensável a adoção de um conjunto de ações e a atuação do poder público para fomentar a mudança de comportamento necessária, focando na formulação de políticas públicas que compreendam a multiplicidade de questões envolvidas na proteção de dados pessoais e a sua relação com a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista as múltiplas dimensões da questão e a inter-relacionabilidade dos direitos fundamentais, a garantia do direito à educação e à informação qualificada poderiam satisfazer outros direitos dos titulares de dados, e torná-los sensíveis à cultura da cibersegurança. Essencial a adoção de campanhas públicas de esclarecimento sobre a LGPD e segurança de dados pessoais sensíveis para profissionais e usuários dos serviços, para democratizar o acesso a informações de interesse da sociedade.

Ademais, deve-se incentivar a adoção de boas práticas e treinamentos que desenvolvam uma cultura de proteção de dados pessoais sensíveis, e punir empresas e órgãos que descumpram os preceitos legais.

Nesse estudo, além de apontar desafios, buscou-se refletir sobre possibilidades de se conferir maior efetividade à proteção de dados pessoais sensíveis de saúde mental, e algumas das políticas públicas essenciais para que gestores possam se antecipar às crises, focando em um futuro desejável.

Considerações finais

A digitalização dos atendimentos de saúde segue uma marcha que não será revertida. Contudo, isso não significa que não se pode delinear o ritmo e a direção dessa marcha. Cabe aos juristas e demais pesquisadores buscar compreender as lógicas que norteiam o seu desenvolvimento e o necessário enfoque da questão sob o prisma da efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Evitar os incidentes de segurança e vazamentos é essencial, pois, pela lógica cumulativa do *big data*, as informações obtidas são permanentemente associadas ao perfil individual, não sendo passíveis de serem apagadas ou retificadas.

No caso dos dados de saúde mental, não adotar medidas adequadas de segurança pode sujeitar os indivíduos e à coletividade a inúmeros danos, ao possibilitar que grupos minoritários e hipervulneráveis estejam sujeitos a tratamentos discriminatórios, capazes de afetar o seu livre desenvolvimento. Isso é particularmente relevante diante de estudos que demonstram um aumento na incidência de casos de depressão e ansiedade no mundo em razão da pandemia.

À época da pandemia, não houve tempo para que profissionais de saúde e pacientes se adaptassem àquela realidade, diferentemente do contexto atual. Adotar práticas que tornem o ambiente virtual e os bancos de dados mais seguros, oferecendo treinamentos adequados, reduziria os riscos de acessos indevidos e vazamentos.

O ambiente virtual não prescinde dos cuidados com confidencialidade e condutas exigidas pelos códigos profissionais, mas exige outros cuidados e maior atenção à utilização das TICs de acordo com normas de segurança e em atenção ao disposto na LGPD.

Referências

CASSINO, J.F. Modulação deleuzeana, modulação algorítmica e manipulação midiática. In: SOUZA, J. *et al.* (org.). **A Sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DALLARI, A.B. Direito à desconexão e o direito ao cuidado: uma breve abordagem à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sobre a transformação digital da saúde pública. In: SILVA, A.B. *et al.* (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o controle social da saúde**. 1.ed. Porto Alegre: Rede Unida, 2023.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KEMP, S. Digital 2023 July Global Statshot Report. **DataReportal**. Disponível em: <<https://datareportal.com/reports/digital-2023-july-global-statshot>> Acesso

em: 10 ago. 2023.

LYON, David. **Cultura de vigilância**: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, F. (org.) et al. **Tecnopolíticas da vigilância**. São Paulo: Boitempo, 2018.

O'NEIL, C. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Santo André (SP): Editora Rua do Sabão, 2020.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, G.B.S.; FERNANDES, M.S.; RUARO, R.L. A Proteção de dados no setor de saúde em face do sistema normativo brasileiro atual. In: DONEDA, D. et al. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, M.M.P. da; MISAGHI, M. Estudo de caso sobre a aplicação da LGPD na área da psicologia clínica. In: *Unisociesc*. Joinvile (SC), 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14676>> Acesso em: 24 nov. 2022.

TIETZMANN, A.C. *et al.* Privacidade e confidencialidade das informações clínicas em saúde mental: velhos desafios em um novo contexto. **Revista Brasileira de Psicoterapia**, v. 3, p. 165-175, 2021.

WORLD Health Organization (WHO). **World mental health report**: transforming mental health for all. Geneva: World Health Organization; 2022. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789240049338>>. Acesso em: 15 mai. 2023.

ZUBOFF, S. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, F. et al. (Org.). **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68.

ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. Nova York: Public Affairs, 2021.

SAUDADE DELLA VERITÀ? I FORMANTI DELLE FAKE NEWS NELL'ERA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Luca Catanzano

Doctorando en Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales - Universidad de Burgos

Riassunto:

Nell'ambito di una più ampia ricerca sui limiti della libertà di espressione nell'era dell'IA il presente contributo si concentra sui formanti delle *fake news*, con particolare riferimento a quello algoritmico, da relazionare alla metafora del *free marketplace of ideas* in una prospettiva costituzionale. In dottrina non vi è una posizione unanime sulla qualificazione delle *fake news* anche se un elemento comune viene rintracciato nel loro uso prevalentemente politico, nella diffusione attraverso le nuove tecnologie digitali della comunicazione oltreché nella stretta correlazione con la post-verità e il populismo. Il primo elemento che deve essere preso in considerazione è la tecnologia poiché come è stato rilevato esse sono progettate, realizzate e diffuse tramite il *web* e senza le piattaforme digitali non avrebbero tale rilevanza, oggi accentuata grazie alle nuove possibilità offerte dall'IA. Le problematiche poste dalla regolazione delle *fake news*, dietro al clamore mediatico e alle strumentalizzazioni politiche degli ultimi anni, intercettano questioni fondanti del dibattito costituzionalistico ed evocano significative domande di ricerca sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero e sulla sua relazione con il concetto di verità nello Stato costituzionale. La metodologia utilizzata comprende lo studio sistematico della dottrina costituzionalistica, filosofico-giuridica e politica, unita ad uno studio della Giurisprudenza e all'analisi del diritto *de iure condito* e *de iure condendo*, di matrice europea riguardante il fenomeno della disinformazione, con particolare riferimento alla seconda fase del costituzionalismo digitale.

Parole chiave: Postverità; Fake; Populismo; Tecnologia; Disintermediazione.

Introduzione

La rivoluzione digitale ha stravolto tutti i settori dell'esistenza colletti-

va e in particolar modo quella giuridica (Garapon & Lassègue, 2018/2021), tanto da potersi considerare - con Marcel Mauss (1923/2002) - un *fatto sociale totale* che mette in moto, in alcuni casi, la totalità della società e delle sue istituzioni. La filosofia dell'informazione ha dimostrato come gli sviluppi della digitalizzazione abbiano creato le condizioni per la diffusione dei sistemi di Intelligenza Artificiale (Floridi, 2022), il cui utilizzo interagisce con un ampio spettro di diritti fondamentali (*European Union Agency for Fundamental Rights*, 2021). Il presente contributo si inserisce tra le riflessioni suscitate dall'impatto dell'IA sulla libertà di manifestazione del pensiero e sul diritto all'informazione all'interno del nuovo ecosistema digitale (Sánchez Martínez, 2022). Quello che appare come uno dei principali temi del momento per chi si occupa di Diritto dell'informazione nell'attuale "stagione algoritmica", ben emerge nella recente *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade* che nel capitolo IV, dedicato alla *Partecipazione allo spazio pubblico digitale* dopo aver enunciato ex Art. 13 il diritto di ogni persona alla libertà di espressione e informazione nell'ambiente digitale, nell'Art. 15 d) enuncia l'impegno (di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) a creare un ambiente digitale in cui le persone siano protette dalla disinformazione e dalla manipolazione delle informazioni.

Libertà di espressione e informazione veritiera nell'era algoritmica

Norberto Bobbio nel 1967 sostenne che lo sviluppo della tecnica, l'ampiamiento delle conoscenze e l'intensificazione dei mezzi di comunicazione avrebbero profondamente mutato l'ordine della vita e dei rapporti sociali, creando occasioni favorevoli alla nascita di nuovi bisogni e quindi, a nuove richieste di libertà e poteri. Nello sviluppare questa sua riflessione fece riferimento all'ecosistema dell'informazione: "La crescente quantità e intensità di informazioni cui l'uomo oggi è sottoposto fa sorgere sempre più forte il bisogno di non essere ingannati, eccitati, turbati da una propaganda assillante e deformante; si profila, di contro al diritto di esprimere le proprie opinioni, il diritto alla verità delle informazioni" (Bobbio, 1967/1997, p. 28).

Alcuni decenni dopo rispetto al suo discorso - precisamente nel 2016 - "*post-truth*" si affermerà come parola dell'anno nel *Oxford Dictionary* e le strategie di contrasto alla disinformazione si situeranno al centro di un approfondito dibattito soprattutto nelle società libere e tecnologicamente avanzate (Kissinger, Schmidt & Huttenlocher, 2023). Tramontato il comunismo, le *fake news* verranno definite il nuovo spettro che si aggira per l'Europa e per il mondo (Frosini, 2017).

Secondo Ernst-Wolfgang Böckenförde: "Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può di garantire" (1967/2006).

La dottrina costituzionalistica italiana ha utilizzato questo paradosso per inquadrare la difficoltà che le misure di contrasto alle *fake news* pongono

- nella prospettiva della tutela costituzionale - alla libertà di manifestazione del pensiero, che dello Stato liberale rappresenta la “cartina tornasole” (Pollicino, 2017).

La libertà di espressione, pietra angolare dell’ordinamento democratico, sembra attualmente attraversare un periodo sotto sforzo e potremmo dire che la sua stagione di fioritura sia ormai alle spalle (Manetti, 2016). Le sempre più numerose leggi limitative della libertà di manifestazione del pensiero sembrano rendere incerti i confini del dicibile e una nuova tensione giustizialista ha visto nel *free speech* il principale bersaglio da combattere. Il dibattito si alimenta di posizioni apparentemente inconciliabili tra istanze più libertarie rivendicanti un ampio spazio alla libertà di espressione e tra chi - facendosi interprete di nuove sensibilità - sostiene la necessità di una sua ulteriore limitazione. La dicotomia sembra essere quella da un lato, della democrazia militante impegnata nella difesa di valori che l’esercizio degli stessi diritti fondamentali rischia di minacciare e dell’altro quella di una democrazia tollerante e quindi critica verso l’eccessivo controllo sull’esercizio delle libertà, riproponendo il tema antico ma attuale delle democrazie protette (Pollicino, 2018); il tema del possibile contrasto alla diffusione di *fake news* intercettando l’essenza del dilemma formulato dal giurista tedesco tocca le radici del costituzionalismo, evocando tra le varie domande di ricerca possibili quella - profondamente complessa - del rapporto tra verità e Stato costituzionale. Nel modello di tutela della libertà di espressione si gioca la partita determinante in questo campo e la scelta di intervenire per depurare la rete dalle informazioni false sembra evocare misure che limitano la libertà di manifestazione del pensiero dentro limiti più rigorosi di quelli stabiliti dalle costituzioni degli ordinamenti democratici (Pollicino, 2018).

Le strategie di contrasto alla disinformazione si inseriscono nell’ambito della questione dei limiti della libertà di espressione, che come dimostrato dalle migliori riflessioni in chiave comparata variano fortemente a seconda delle tradizioni costituzionali di riferimento. La tradizione costituzionale europea e quella statunitense, pur rientrando nella medesima famiglia giuridica della *Rule of Professional Law* (Mattei & Monateri, 1997) presentano significative differenze in relazione al tema oggetto d’indagine. Il costituzionalismo europeo, pur riconoscendo una centralità alla libertà di manifestazione del pensiero, erigendola a pietra angolare di ogni società democratica, considera il campo di applicazione di questo diritto fondamentale come potenzialmente “oggetto di limitazioni o restrizioni dovute all’esigenza di prevenire abusi o bilanciarne l’esercizio con altri diritti fondamentali meritevoli di tutela” (Pollicino, 2018, p. 51). Il *dna* della libertà di espressione nel contesto giuridico europeo, sin dalla sua fondazione, si caratterizza per la sua sostanziale cedevolezza, forgiandosi dentro quella che potremmo definire come una filosofia del limite secondo le seguenti coordinate: possibile abuso del diritto, non assolutezza, bilanciamento e pari ordinazione dei diritti fondamentali;

il modello statunitense, invece, si caratterizza per una eccezionalità del *free speech*, di cui emblematica è la formulazione del celebre Primo Emendamento, inteso come la stella polare del diritto costituzionale statunitense e libertà che segna la caratterizzazione di quell'ordinamento (Pollicino, 2023).

Questo modello traspone attraverso la celebre formulazione del giudice Holmes, la metafora - appartenente all'immaginario economico - del *free market place of ideas*, la cui elaborazione nella storia del pensiero filosofico si deve a John Milton (1608-1674) e a John Stuart Mill (1806-1873), pur dovendosi considerare sempre che costituiscono difese della libertà di espressione proprie del loro tempo. John Milton, autore di *Areopagitica* e tra i primi difensori della libertà di espressione in Età Moderna, rivendicava il libero scambio delle idee e opinioni come requisito ineludibile del progresso della conoscenza volto al raggiungimento della verità. Se la verità e la falsità non sono nitidamente separate è "impossibile conoscere il bene e accedere alla verità se non si conosce anche la falsità, dato che è necessario un lavoro di distinzione e delimitazione" (Ansuátegui Roig, 2018, p. 64). Senza libertà non si può raggiungere la verità, dato che la libertà di espressione è uno strumento necessario per la sua ricerca; di conseguenza lo Stato non deve intervenire in questo processo perché la verità ha sufficiente forza per imporsi di fronte all'errore (Ansuátegui Roig, 2018). È a Mill inoltre che si deve la principale argomentazione classica in lingua inglese secondo cui la libertà di espressione fa emergere spontaneamente la verità attraverso il libero mercato delle opinioni che consente di scansare ciò che è falso; in *On Liberty* sostenne che impedire l'espressione delle opinioni "è un crimine, [...] perché significa derubare la razza umana, i posteri altrettanto che i vivi, coloro che dall'opinione dissentono ancor più di chi la condivide" privando l'uomo di una doppia opportunità: "se l'opinione è giusta, sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità; se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore" (Mill, 1859/2014, p. 35).

La libertà di manifestazione del pensiero è infatti una condizione sicuramente necessaria ma non sufficiente per salvaguardare *standard aletici* decenti: i pesi e contrappesi del *free market place of ideas*, che la tradizione liberale ha storicamente considerato come il più efficace argine contro la falsità delle informazioni, "hanno in realtà finito per conferire a chiunque licenza di mentire" (D'Agostini & Ferrera, 2019, p. 82). A certe condizioni, le democrazie costituzionali hanno dimostrato di poter lasciar spazio alla proliferazione massiva di *fake news*, considerabili come una sindrome autoimmune della formula democratica. È come se l'anticorpo della libertà di espressione attaccasse sé stesso, invece di generare la verità attraverso la collisione con l'errore e di conseguenza le informazioni che sopravvivono ai processi di selezione possono essere quelle non veritiere, producendo danni che travalicando la sfera comunicativa, incidono su una pluralità di diritti fondamentali

(D'Agostini & Ferrera, 2019).

La filosofia del libero mercato delle idee - centrale nell'immaginario giuridico statunitense - non appartiene alla tradizione costituzionale europea e la migrazione e importazione di idee costituzionali appartenenti a tradizioni diverse può causare delle crisi di rigetto (Pollicino, 2023). Inoltre, il nuovo ecosistema dell'informazione dominato dalle piattaforme digitali, che da operatori economici sono diventati veri e propri poteri privati, incidendo significativamente sulle libertà e sul pluralismo del dibattito pubblico, rende impossibile l'applicazione di questa metafora nell'attuale stagione algoritmica in cui la realtà digitale è ormai transitata verso una dimensione oligopolistica - nonostante la sua iniziale tensione libertaria - sottoponendo la sfera pubblica a un cambio radicale (Pollicino, 2023).

Il formante¹ tecnologico: dalle *fake news* al *deepfake*

Con il progressivo prendere forma della rete, ai suoi albori, si affermò come maggioritaria, in quella che comunque era una piccola *elite* di pionieri del *web* una filosofia *cyberlibertaria*, che vedeva internet come uno strumento rivoluzionario che avrebbe comportato un avanzamento de processi di democratizzazione, cogliendone le opportunità, ma non vedendo quelle che sarebbero potute diventare escrescenze del sistema. Emblematica di questa *Weltanschauung* è la Dichiarazione di indipendenza del *cyberspazio* in cui l'autore *John Perry Barlow* descriveva la rete come spazio franco dove gli stati non hanno sovranità, riflettendo il sentire di un mondo che si identificava con una visione libertaria quasi fino all'anarchismo. Nella celebre opera *Code and other laws of cyberspace* viene descritto perfettamente questo clima palpitante di entusiasmo presente negli ambienti universitari, nei centri di ricerca e in generale nella società, raccontando il momento in cui il cyberspazio si converte nell'obiettivo delle utopie libertarie (Lessig, 2001). Internet è il più grande spazio comune che l'umanità abbia mai conosciuto e la sfida epocale che ha posto al mondo giuridico - oggi accelerata nell'era dell'Intelligenza Artificiale - è stata paragonata ad altre avvenute nella storia del diritto quando le regole hanno dovuto abbandonare il tradizionale e rassicurante riferimento alla terra e fare i conti con realtà mobili come il mare, passando dall'assodato *nomos* della realtà tellurica all'incerta e nuova questione della regolamentazione talassica (Rodotà, 2014). Come all'epoca ci si trovò di fronte a un diritto nuovo modellato sulla natura delle cose che, liberato da vecchi schemi, si apriva a una stagione inedita, così è avvenuto anche per lo spazio giuridico digitale. Per Rodotà non è un caso che la metafora dello stare in rete sia quella - appartenente all'immaginario talassico - del navigare e che proprio nel diritto del mare abbiano cercato risposte coloro che per primi hanno dovuto

1 Il concetto di "Formante", elaborato da Rodolfo Sacco, viene utilizzato nell'analisi delle *fake news* - in una prospettiva penalistica - da Tommaso Guerini.

affrontare le sfide istituzionali volte a garantire la libertà e la sicurezza di questo mare. Internet venne visto come amplificatore delle libertà preesistenti (su tutte quella di espressione) e come potenziale *new free market place of ideas*. L'illusione *cyberlibertaria* che vedeva il *web* come spazio franco è stata smentita dalla storia, e tra le sfide ad alta complessità poste al costituzionalismo, Peter Häberle (2018) annovera proprio il diffuso aumento delle *fake news*. Questo “dispositivo”, onnipresente nel dibattito culturale - insieme alla post-verità - e oggi tornato alla ribalta durante la nuova primavera dell'IA, da un lato rischia di essere strumentalizzato, causando una eccessiva limitazione della libertà di espressione, costituendo uno dei numerosi strumenti che nella storia del pensiero politico hanno contribuito alla demonizzazione del nemico con la finalità di eliminarlo dal dibattito dell'arena delle libere opinioni, dall'altro, se totalmente lasciato al libero mercato delle idee, rischia di portare a un punto di non ritorno, con un impatto significativo alla luce della sua incidenza su una pluralità di diritti fondamentali.

Nella comunità dei linguisti non vi è una posizione unanime sulla qualificazione delle *fake news*. L'enciclopedia Treccani così definisce il neologismo: “Locuzione inglese [...] entrata in uso nel primo decennio del XXI secolo per designare un'informazione in parte o del tutto non corrispondente al vero, divulgata intenzionalmente o inintenzionalmente attraverso il Web, i media o le tecnologie digitali di comunicazione, e caratterizzata da un'apparente plausibilità, quest'ultima alimentata da un sistema distorto di aspettative dell'opinione pubblica e da un'amplificazione dei pregiudizi che ne sono alla base, ciò che ne agevola la condivisione e la diffusione pur in assenza di una verifica delle fonti”, specificandone l'uso prevalentemente politico e l'entrata prepotente nel lessico giornalistico grazie all'impiego fattone da Trump nell'anno della sua elezione, oltretutto la sua stretta connessione con la post-verità.

La domanda centrale che gli addetti ai lavori si sono posti è se questa locuzione rappresenti una nuova modalità volta a definire processi di disinformazione che da sempre sono presenti nella lotta politica oppure no, costituendo quindi il risultato di un lavoro di “ingegneria comunicativa” nuovo rispetto al passato (Riva, 2018, p. 15). Tra le loro caratteristiche fondamentali è stata infatti rilevata una capacità di influenzare soggetti con una velocità e un coinvolgimento inediti. Il concetto di informazione falsa è antico quanto la storia dell'umanità, mentre il termine *fake news* - di origine anglosassone - pur nascendo verso la fine del XIX secolo per descrivere una notizia inventata in ambito politico, esce dall'ambito specialistico degli addetti ai lavori e diventa popolare nelle elezioni americane del 2016, culminate con l'elezione di Donald Trump, rivelando la sua natura essenzialmente politica e una sua stretta relazione con il fenomeno populista. Ma se una *Storia falsa* - per dirla con Canfora - è sempre esistita, che cosa distingue le attuali *fake news* dalle tradizionali informazioni false? Oltre alla capacità di toccare la

dimensione emotiva dello *sciame digitale*, popolo anonimo che vive sulla rete, vi è un elemento fondamentale costituito dal mezzo attraverso il quale le *fake news* vengono veicolate: l'utilizzo delle tecnologie digitali. Bisogna infatti considerare che il rapporto tra informazione e mezzo è tutt'altro che secondario, anzi potremmo dire con McLuhan che il "medium è il messaggio", poiché il modo in cui un *medium* organizza e struttura i propri contenuti non è neutrale, ma ne influenza in modo decisivo la ricezione e la comprensione. I media digitali hanno sottoposto la sfera pubblica a un radicale cambio di struttura causandone la frammentazione; la sfera del discorso pubblico è stata minacciata dall'infodemia (Han, 2023) suscitando nuove riflessioni alla luce dell'inedita dimensione pervasiva dei fornitori di servizi digitali, ponendo domande considerevoli sull'adeguatezza degli strumenti disponibili per il diritto costituzionale nell'era algoritmica.

L'utilizzo di tale tecnologia modifica la percezione della realtà del soggetto influenzandolo a tal punto da spingerlo a condividere spontaneamente ed in tempo reale tali notizie; l'elemento principale che caratterizza le *fake news* moderne secondo gli psicologi della comunicazione sarebbe la capacità di impattare sui soggetti e sui gruppi sociali con una velocità e un coinvolgimento unici nella storia dell'informazione. (Riva, 2018)

Il formante tecnologico - che potremmo definire anche formante algoritmico - è centrale, poiché senza internet e i *social media* le *fake news* non avrebbero assunto la rilevanza che oggi hanno essendo la loro caratteristica fondamentale l'essere "progettate, realizzate ed infine diffuse tramite il web" (Guerini, 2020, p. 5).

Sul piano comunicativo, il fenomeno che si è venuto a creare è quello della disintermediazione, processo mediante il quale vengono eliminate le strutture di mediazione - come i corpi intermedi o i filtri - tra due o più utenti in un processo di comunicazione. La rivoluzione digitale ha infatti comportato un cambiamento radicale del rapporto lettore-*media* e la disintermediazione - costituente il terreno ideale per lo sviluppo delle *fake news* - ha fatto acquisire al cittadino un potere maggiore permettendogli di usufruire di un accesso diretto alle informazioni immergendosi in un flusso di dati che, oltre a poter controllare, può modificare creare e diffondere attraverso strumenti progressivamente sempre più alla portata di tutti. All'interno di tale ecosistema informativo completamente rivoluzionato si inseriscono le problematiche poste dall'amplificazione di tali notizie tramite sistemi di intelligenza artificiale.

La disinformazione si fonda sul *confirmation bias* processo di accettazione delle informazioni che è legato alla tendenza di ogni individuo a conservare intatte le proprie credenze perturbandole il meno possibile. Ciò si enfatizza notevolmente all'interno delle piattaforme digitali di grandi dimensioni, in cui gli spazi discorsivi vengono sostituiti da *echo-chambers*² (Han, 2023, p.

2 "Il termine [...] indica quegli spazi che, sui media, determinano la creazione di uno stato

39) in cui le informazioni vengono amplificate da una ripetitiva trasmissione all'interno di un ambito omogeneo e chiuso, in cui visioni e interpretazioni divergenti finiscono per non trovare più considerazione, convalidando e rinforzando le proprie convinzioni e alimentando la polarizzazione politica (Quattrociocchi, 2016). Gli algoritmi delle piattaforme, la cui rete epistemica di informazioni a cui siamo sottoposti è influenzata dalle reti sociali in cui siamo inseriti *online*, accelera questo fenomeno attraverso gli agenti di raccomandazione che generando un fenomeno noto come *filter bubble* tendono a presentare contenuti sempre più simili a quelli che l'utente ha già consumato (Cristianini, 2023).

Un ulteriore elemento problematico riguarda la possibilità di organizzare flussi informativi a fini strategici, poiché la struttura dei *social* e la presenza di “*cyber-truppe*” di *troll* professionisti e *bot* automatici (*Social bot*) favoriscono la suddivisione degli utenti in reti costruite ad arte che possono condizionare gli esiti di battaglie elettorali, causando quella che secondo Byung-Chul Han è la degenerazione della Democrazia in *Infocrazia*.

L'ultima frontiera della disinformazione è costituita dal *Deepfake*, da *Deep learning* e *fake*, insieme di tecniche che - attraverso *software* di I.A - (Bellosó Martín, 2023) partendo da contenuti reali riescono a modificare o ricreare in modo realistico le caratteristiche e i movimenti di un volto o di un corpo e a imitare fedelmente una voce.

Le foto e i video *deepfake* sono prodotti da reti neurali profonde, “interconnesse con molti strati di unità computazionali simili a neuroni” (Chalmers, p. 303), che possono essere “addestrate” tramite il *deep learning*, che regola le connessioni tra le unità in risposta al *feedback*. Il *deep learning* può addestrare le reti a svolgere molte attività, tra cui la produzione di immagini e video che sembrano vere, potendo mostrare qualcuno mentre fa qualcosa che non ha mai fatto e dice cose che non ha mai detto; la pericolosità di questo dispositivo dal punto di vista della disinformazione di massa o nel settore pornografico, dove si è principalmente sviluppato, è particolarmente alta. Il rischio è che queste tecnologie migliorino tanto che secondo David Chalmers (2023) in futuro non potremmo distinguere video *deepfake* da quelli reali, non potendoci fidare delle immagini in maniera così diretta come abbiamo sempre fatto e probabilmente la loro rilevabilità sarà affidata a degli algoritmi avanzati. Il preoccupante scenario che si profila riguarda il futuro, potendo questo tipo di contenuti entrare a far parte anche della realtà aumentata o virtuale. La direzione sembra essere quella di una verità artificiale, dentro un ecosistema in cui vengono diffusi massivamente contenuti creati tramite sistemi di intelligenza artificiale e a sua volta, l'IA viene utilizzata per verificare la veridicità dei contenuti, cosa che in parte già avviene.

La proposta di regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale ad

di isolamento degli individui, in cui le informazioni, idee e credenze vengono amplificate e rafforzate all'interno di un sistema isolato”.

oggi in fase finale di negoziazione interistituzionale e costituente il primo tentativo al mondo di regolazione di questa tecnologia, nell'ottica di una promozione di una IA antropocentrica e che rispetti la normativa vigente in materia di diritti fondamentali, mira a regolamentare l'utilizzo dei sistemi *Deepfake*, disponendo ex Art.52.3 che *“Gli utenti di un sistema di LA che genera o manipola testi o contenuti audio o visivi che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri e che rappresentano persone che sembrano dire cose che non hanno detto o compiere atti che non hanno commesso, senza il loro consenso (“deep fake”), sono tenuti a rendere noto in modo adeguato, tempestivo, chiaro e visibile che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente nonché, ove possibile, il nome della persona fisica o giuridica che li ha generati o manipolati. A tal fine, i contenuti sono etichettati in modo tale da segnalare il loro carattere non autentico in maniera chiaramente visibile alle persone cui sono destinati. Per etichettare i contenuti, gli utenti tengono conto dello stato dell’arte generalmente riconosciuto e delle pertinenti norme e specifiche armonizzate”*. Ed Ex Art.53. 3bis che *“Il paragrafo 3 non si applica se l’uso di un sistema di LA che genera o manipola testi o contenuti audio o visivi è autorizzato dalla legge o se è necessario per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e del diritto alla libertà delle arti e delle scienze garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, e fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi. Qualora tali contenuti facciano parte di un’opera o di un programma cinematografico, videoludico o analogo manifestamente creativo, satirico, artistico o fittizio, gli obblighi di trasparenza di cui al paragrafo 3 si limitano all’obbligo di rivelare l’esistenza di tali contenuti generati o manipolati in modo adeguato, chiaro e visibile che non ostacoli l’esposizione dell’opera, nonché di divulgare i diritti d’autore applicabili, se del caso. Non impedisce inoltre alle autorità di contrasto di utilizzare sistemi di LA destinati a individuare i “deep fake” e a prevenire, indagare e perseguire reati connessi al loro uso”*.

In ambito politico, che è quello dove principalmente si inserisce la disinformazione, siamo entrati in una epoca in cui i sistemi di IA, operanti sulla base di grandi raccolte di dati, influenzano progressivamente sempre più aspetti, come la struttura dei messaggi politici e la loro diffusione a diversi settori della popolazione. L'IA viene utilizzata per elaborare campagne di disinformazione e a sua volta l'utilizzo di algoritmi viene utilizzato “per individuare, identificare e controbattere la disinformazione” (Kissinger et al., 2023, p. 19). Con il crescere di tali funzioni nel definire e plasmare l'ecosistema dell'informazione sarà sempre più difficile prevedere il suo di questi sistemi e a essere minacciate saranno sempre di più le prospettive di una libera società e secondo una certa lettura persino del libero arbitrio. La natura globale del digitale unite alla capacità dell'IA di “monitorare, bloccare, conformare, produrre e distribuire informazioni sulle piattaforme di rete in tutto il mondo riportano tali complessità allo spazio dell'informazione delle società più diverse” (Kissinger et al., 2023, p. 98) e con il suo progressivo perfezionamento contribuisce a plasmare gli ordinamenti sociali su scala nazionale e globale. È una sfida complessa che richiede cautela, considerando che qualsiasi tipo di approccio nella regolazione di tale fenomeno riflette giudizi di

valore, tanto che potremmo definirlo un dilemma complesso con risposte imperfette che variano a seconda della visione del mondo e dalla tradizione costituzionale di riferimento.

Le *fake news* rappresentano inoltre il riflesso più importante ed evidente della post-verità nel mondo del diritto (Magnani, 2021). Questa pseudo verità è costruita attraverso scelte individuali e collettive che fanno perno sull'emotività e le convinzioni condivise dall'opinione pubblica prescindendo totalmente o in parte dalla conformità con il reale. Il prefisso post indica un'atmosfera in cui la verità è totalmente irrilevante e i fatti obiettivi sono meno influenti nell'orientare la pubblica opinione rispetto all'emotività e alle convinzioni personali. Se alcuni autori la ritengono una nozione confusa e poco utile per descrivere il presente (Paglieri, 2020), altri la considerano importante a tal punto da definire le caratteristiche essenziali dell'opinione pubblica contemporanea (Ferraris, 2017) rintracciandovi, nel quadro di un forte appello all'emotività, il risultato di un filone conservatore che nel post-moderno ha trovato la sua legittimazione filosofica e nel populismo la sua diffusione politica. La post-verità - secondo Ferraris - aiuterebbe a cogliere l'essenza dell'epoca attuale come il capitalismo costituì l'essenza dell'Ottocento e del primo Novecento; oggetto sociale reale che si esercita in materie di pubblico interesse e si manifesta sul *web*, attraverso la popolarizzazione del principio cardine del postmoderno (la versione più radicale dell'ermeneutica) secondo cui "non ci sono fatti ma solo interpretazioni"; i sintomi sarebbero quelli di una rivoluzione tecnologica (e antropologica) di cui non si sarebbero ancora prese le misure.

Sul piano più strettamente politico - non senza ripercussioni sull'assetto costituzionale - questo fenomeno si relaziona all'esplosione della "variante populista"³ per dirla con Formenti (2016), che con una critica radicale della politica come professione e più in generale del principio di competenza ha inoltre sostenuto il superamento della dicotomia orizzontale destra-sinistra e la sua sostituzione con quella, verticale, tra il cosiddetto "popolo" e le *Elites*, forze ostili che mirano a dividerlo e che si caratterizzano - secondo questa narrazione - per essere sostanzialmente inefficienti e corrotte. L'esplosione delle nuove tecnologie e l'utilizzo massivo dei *social* sono state lo strumento ideale per la comunicazione politica di questi partiti, alcuni dei quali hanno fatto della rete il loro terreno ideale. Non è un caso che la diffusione delle *fake news* venga unanimemente rintracciata - con riferimento non tanto all'origine quanto allo sdoganamento del termine e il suo uso massivo - nelle elezioni americane che porteranno all'ascesa di Donald Trump, nella

3 L'autore, da una prospettiva marxista - seppur eretica - vede il populismo come la forma che la lotta di classe ha assunto nell'era del capitalismo globale e finanziario, in cui la cosiddetta "controrivoluzione liberista" ha disarticolato le classi lavoratrici annientandone l'identità sociale e la capacità di organizzarsi per promuovere i propri interessi e ottenere rappresentanza politica.

Brexit e a oggi siano tornate alla ribalta con Javier Milei in Argentina, dove le elezioni, culminate con la sua vittoria, si sono caratterizzate per un massiccio utilizzo dell'IA nella creazione di immagini e video.

Il ruolo stesso della scienza è stato messo in crisi dalla post-verità, essendosi progressivamente erosa la fiducia del pubblico nei confronti dei sistemi delegati ad amministrare la conoscenza scientifica; Diego Marconi (2019) sostenendo la correlazione del fenomeno della post verità con la crisi della deferenza nei confronti delle autorità epistemiche (indispensabili alla luce della specializzazione del sistema dei saperi) ha denunciato i rischi di uno slittamento del motto “uno vale uno” su valutazioni di problematiche complesse e tecniche, a prescindere delle credenziali conoscitive di chi le formula.

Conclusioni

Le *fake news* si caratterizzano per la loro natura essenzialmente politica e l'obiettivo principale delle strategie di disinformazione è l'alterazione del funzionamento delle istituzioni democratiche con particolare riferimento alla formazione del consenso degli elettori. Una analisi dei formanti rivela un mosaico caratterizzato da una centralità dell'elemento tecnologico, insieme alla post-verità, alla disintermediazione e al populismo. Il formante algoritmico rivela inoltre l'inadeguatezza e inapplicabilità della metafora del *free market place of ideas* nell'attuale ecosistema dell'informazione.

Nonostante le complessità e le sfide dell'attuale momento storico per l'ecosistema dell'informazione, il modo in cui l'UE le sta affrontando va nella direzione di una maggiore tutela dei diritti degli utenti. L'entrata in vigore del *Digital Service Act* e le misure finalizzate alla sua applicazione a quelle imprese designate dalla Commissione come *Very Large Online Platforms* e *Very Large Online Search Engines*, con riferimento ai loro rischi sistemici derivanti dai loro servizi e la conseguente istituzione del *European Center for Algorithmic Transparency*, vanno nella direzione di un costituzionalismo digitale, in cui il legislatore europeo si riappropria del ruolo di *law maker* attraverso “iniezioni” di garanzie procedurali costituzionalmente orientate con il fine di limitare l'influenza dei poteri privati e prevenirne gli abusi (Pollicino, 2023, p. 438). Nell'ambito di questo processo europeo di riaccentramento delle fonti rientra anche l'imminente entrata in vigore dell'*AI Act* (Colapietro, 2022), con cui l'Unione Europea si afferma come *leader* globale nella regolazione di questa nuova tecnologia in una prospettiva antropocentrica. Questa operazione di recupero della centralità delle fonti può consentire all'UE di affrontare correttamente le attuali sfide poste dal potere digitale (Iannuzzi, 2021), tra cui rientrano le strategie di contrasto alla disinformazione. Il costituzionalismo digitale può rappresentare la bussola attraverso cui orientarsi in questi tempi complessi, senza la disperazione degli apocalittici e l'eccessivo

entusiasmo degli integrati, ma con la giusta dose di pessimismo dell'intelligenza e ottimismo della volontà.

Riferimenti

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) (Holmes, J. dissenting)

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. **Libertà d'espressione: ragione e storia**. 1° Ed. Torino Giappichelli, 2018, p. 53-73.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **Sobre fairness y machine learning: el algoritmo ¿puede (y debe) ser justo?**, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada, n° 57, 2023, p. 7-38. DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v57i.25250>
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/25250>

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**, Torino Ed. Einaudi, 1997, p. 28.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Säkularisation und Utopie. Ebrachen Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Kohlhammer, Stuttgart 1967, p. 75-94 ora in E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1991, p. 92-114, tr. it. M. Nicoletti (a cura di), **La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione**, 1° Ed. Brescia: Ed. Morcelliana, 2006, p. 6.

CANFORA, Luciano. **La storia falsa**. 1° Ed. Milano: Ed. Rizzoli, 2008

CHALMERS, David J., **Più realtà. I mondi virtuali e i problemi della filosofia**. 1° Ed. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2023, p. 303-309.

COLAPIETRO, Carlo. **La proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?** In CERIDAP Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche, Fascicolo speciale n.1 (2022) Public Administration facing the challenges of digitalisation, p. 3.

CRISTIANINI, Nello. **La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano**. 1° Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2023, p. 144-145.

D'AGOSTINI, Franca, FERRERA, Maurizio, **La verità al potere. Sei diritti aleatici**. 1° Ed. Torino: Einaudi, 2019, p. 82-84.

European union agency for fundamental rights, **Preparare un giusto futuro - l'intelligenza artificiale e i diritti fondamentali**, 2021

FERRARIS, Maurizio. **Post verità ed altri enigmi**. 1° Ed Bologna: Ed. Il Mulino, 2017, p. 9.

FLORIDI, Luciano. **Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide**. 1° Ed. Milano: Raffaello Cortina, 2022, p. 21.

FORMENTI, Carlo. **La variante populista. La lotta di classe nel neoliberalismo**. 1° Ed. Bologna: 1° Ed. DeriveApprodi, 2016

FROSINI, Tommaso. **No news is fake news**, Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 4/2017

GARAPON, Antoine. LASSEGUE, Jean. **Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà**, 1° Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2021, p. 79. **Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique** 1^a Ed. Paris: Ed. Presses Universitaires de France, 2018

GUERINI, Tommaso. **Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali**. 1° Ed. Torino: Giappichelli, 2020, p. 5

HAN, Byung-Chul. **Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete**, 1° Ed. Torino: Einaudi, 2023, p. 39.

IANNUZZI, Antonio. **La “governance” europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale. Un ponte verso la regolazione dell’intelligenza artificiale**, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2021

KISSINGER, Henry E. SCHMIDT, Eric. D. HUTTENLOCHER, Daniel. **L’era dell’intelligenza artificiale. Il futuro dell’identità umana**, 1° Ed. Milano: Ed. Mondadori, 2023, p. 19-98.

LESSIG, Lawrence, **El código y otras leyes del ciberespacio**. 1^a Ed. Madrid Ed. Tauros, 2001, p. 21.

MAGNANI, Carlo, **Finchè ci sono fake news c’è speranza. Libertà di espressione, democrazia, nuovi media**. 1° Ed. Soveria Manelli: Rubbettino, 2021, p. 14.

MARCONI, Diego. **Fake news, the crisis of deference and epistemic democracy**, T.Andina, A.Condello (eds.), Post-Truth, Philosophy and Law, Routledge, New York, 2019

MATTEI, Ugo & MONATERI, P. Giuseppe. **Introduzione breve al diritto comparato**, 1° Ed. Padova: Ed. Cedam, 1997

MAUSS, Marcel. **Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche**, Ed. Torino: Einaudi 2022

MILL, John Stuart. **Saggio sulla libertà**. Ed. Milano: Il Saggiatore, 2014

MILTON, J. **Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa**, Ed. Milano: Bompiani, 2022

PAGLIERI, Fabio. **La disinformazione felice. Cosa ci insegnano le bufale**. 1° Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2020, p. 21.

PITRUZZELLA, Giovanni. POLLICINO, Oreste. QUINTARELLI, Stefano. **Parole e potere. Libertà d’espressione, hate speech e fake news**, 1° ed: Milano: Ed. Egea, 2017

POLLICINO, Oreste. **La prospettiva costituzionale della libertà d’espressione nell’era di internet**, Media Laws, 1/ 2018, p. 49-51.; **Potere digitale**, estratto da Enciclopedia del diritto I TEMATICI, V-2023, Potere e Costituzione, p. 411-420.; <https://formiche.net/2023/07/ai-act-intelligenza-artificiale-pollicino/>

RIVA, Giuseppe. **Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità**, 1° Ed. Bologna: Ed. Il Mulino, 2018, p. 15-20.

RODOTA’, Stefano. **Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli**. Ed. Laterza Roma-Bari 2014, p. 4-6.

Sánchez Martínez, M^a Olga. **La fragilidad de la verdad en la sociedad digital**, en *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Director Llano Alonso, Fernando H. Ediciones Laborum, 2022, Murcia.

UN ABORDAJE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU VERTIENTE MERCADOLÓGICO SOSTENIBLE

Cleiton Lixieski Sell

Doctorando en Derecho Público por la Universidad de Burgos (ESP). Investigador del proyecto ORDITER (UBU) y del Proyecto con la sigla CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 UNIVERSAL (UNISC)

Resumen:

El presente estudio tiene el objetivo de trazar una línea sobre los puntos débiles que las corrientes del derecho constitucional y der derecho al medio ambiente sano tienen en cuanto a su perspectiva de la tutela jurídica del medio ambiente y su vertiente económico-ambiental que subvierte el concepto de sustentabilidad ambiental. En la construcción de la investigación se utilizó el método deductivo con la base teórica, procedimiento y técnica. El estudio ha considerado la legislación constitucional, jurisprudencia, normativa y la doctrina para configurar el material de la investigación. El estudio llevo a concluir que la materia del derecho ambiental surge en la línea constitucional como fuente que impulsa el concepto de sustentabilidad ambiental desde la perspectiva jurídica como la filosófica de las corrientes ambientales del antropocentrismo, biocentrismo o eurocentrismo. Con este análisis, habrá que recurrir a las fuentes del derecho ambiental y del concepto adecuado de sustentabilidad que está relacionado a las dimensiones social, ambiental, político, económico y del ámbito educacional. A modo de conclusión, la vertiente económica del medio ambiente ha ocupado un espacio sin precedentes en el ámbito jurídico y político de las relaciones sociales, y desde modo, el mercado regulador de las relaciones económicas tiene aprovechado el medio ambiente como una escalera para consagrar empresas multinacionales y subvenciones para grandes corporaciones que tienen el capital financiero por detrás de la mirada de la protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Palabras-clave: Sustentabilidad ambiental; Derecho Constitucional Ambiental; Estado del derecho ambiental; Sustentabilidad (des)ambiental.

Introducción

Las cuestiones sobre el derecho y política ambiental siguen un panorama de renuncia al mismo tiempo en que los hombres si sujetan o mejor diciendo, según el libro “Leviatán”, estos subordinan su libertad al poder de manera voluntaria, sin embargo, el precio que, si cobra por esto, acordándolos, voluntariamente, es alto para garantizar la seguridad física (Hobbes, 2017). El abordaje constitucional sobre el medio ambiente sigue un camino en la cuál los sujetos hombres si subordinan al poder absoluto del capitalismo sustentable perverso. Hobbes hace una crítica sobre como los hombres crean propiedad a través de la sociedad con un contrato social, por lo tanto, es una idea del liberalismo y de la sociedad moderna que tiene sus propias formas de convivencia.

En el escenario actual de modernización de los procesos jurídicos referentes a los mas distintos ámbitos del derecho, los efectos transversales de una economía inestable y las nuevas demandas tecnológicas también se han reflejado en el entorno de discusiones sobre el medio ambiente en la vertiente de la Constitución. Este proceso de cambio provocó cambios de paradigma como los procesos de producción de la manufactura a la mecanización, y de esta manera busco se expandir la industrialización que fue impulsada por la Revolución Industrial. Lo que es importante analizar sobre este aspecto es que el medio ambiente apoyó todos estos cambios en el ámbito de la gestión de conflictos ambientales - es decir - los impactos ambientales adquirieron altas proporciones mientras existía la necesidad de regular el proceso de expansión industrial.

El ámbito del Derecho Constitucional al medio ambiente puede llevarse a cabo dentro del contexto que los países han cambiado considerablemente el tema del medio ambiente en nivel de extrema preocupación y interés en escala mundial. La preocupación Constitucional ambiental está prevista en los textos constitucionales en Europa y con más fuerza en los países sudamericanos, cuyo el poder de impacto ambiental sigue aun más grave. En el mismo sentido, ha de si reconsiderar nuevos sistemas de justicia para garantizar la protección legal (o como la doctrina menciona en tutela jurídica ambiental), y que reduzcan la burocracia en la gestión de conflictos ambiental, así como alentar a los organismos públicos y privados a buscar nuevos métodos transparentes que puedan resultar en soluciones concretas dentro del Derecho ambiental, Derecho administrativo, Derechos socioambientales, etc.

Dado este acercamiento inicial a aspectos de los conflictos ambientales y de las teorías del derecho ambiental, este estudio comenzó con una mirada a las teorías ambientales que hacen referencia a los desarrollos en torno al reconocimiento de la perspectiva antropocéntrica y biocéntrica. En esta línea de pensamiento se profundizó en el tema del Derecho Constitucional Am-

biental y como esto refleja en la protección del medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras. Con esta mirada en los conflictos ambientales y su caracterización de la sustentabilidad en el ámbito jurídico, posteriormente el trabajo se dirigió tendencias sobre las teorías ambientales que no tienen suficiente estudio para resolver cuestiones como la tutela jurídica ambiental. Una vez comprendida esta perspectiva se logró el objetivo central del trabajo que son algunos caminos que los juristas enfrentan como desafíos para salir adelante con soluciones adecuadas en la gestión de conflictos sin perder de vista su vertiente sostenible que aún sigue siendo en hilo de las discusiones que plantean proponer mejores perspectivas para la calidad de vida de los ciudadanos.

El derecho constitucional al medio ambiente adecuado

El derecho Constitucional del medio ambiente sigue la línea del concepto de validez jurídica abordada por Alexy (2009, p. 88), pues el medio ambiente en conceptos éticos y sociológicos siguen conceptos puros de validez en cualquier norma jurídica - es decir, no necesitan de elementos (requisitos) para llegar al *factor* de validez en sentido *lato sensu*. Como afirma Bobbio (2004), el ámbito jurídico es un ámbito que surgen nuevos derechos, hechos y tendencias que caminan en una velocidad distinta de las normas, y más, muchos derechos ni siquiera tiene la regulación adecuada después de mucho tiempo con numerables decisiones sobre la materia. Esto es una realidad que el operador jurídico enfrenta con incertidumbre.

El derecho Constitucional cada vez más tiene en su texto un contenido más específico sobre la materia del medio ambiente, y esto si traduce en el campo del derecho ambiental o como los juristas constitucionalistas y administrativistas dicen derecho al medio ambiente sano. En cuanto a los movimientos internacionales para adoptar medidas jurídicas que tengan como objetivo proteger el medio ambiente de los impactos causados por la humanidad, en los años 90, en el caso del Brasil, por ejemplo, que es la superpotencia de Sudamérica, se llevó a cabo la Declaración de Río, en la ciudad de Río de Janeiro, donde hubo un acercamiento a 27 principios en el cual la temática se desarrolló en torno al desarrollo sustentable, así como las responsabilidades individuales y colectivas con el medio ambiente. Además, el objetivo que se proponía esta declaración es añadir esfuerzos en igualdad de condiciones a nivel global y en relación con formas de cooperación entre Estados para que estimulen esfuerzos para proteger plena y eficazmente el sistema ambiental que está compuesto por todos los ecosistemas que de la naturaleza.

En un último aspecto en relación con Brasil, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CRFB/1988), incluyó un capítulo sobre el medio ambiente y predijo asertivamente los deberes y derechos que

tienen todos los seres vivos del planeta. Asimismo, este texto Constitucional resultó innovador en cuanto a principios como el deber de protección, así como el desarrollo sustentable que tuvo su origen a nivel internacional en la Conferencia de Estocolmo en 1972. Respecto a este hito en materia de protección ambiental, cabe señalar que, enfoques como las políticas de protección no están al mismo nivel de comprensión y eficacia de las normas ambientales, ya que los países desarrollados no pueden compararse con países que no han alcanzado este parámetro de desarrollo social y económico.

El derecho constitucional (también el ambiental), está fortalecido por la seguridad jurídica para articular el funcionamiento normal de las normas jurídicas en el contexto de las relaciones sociales. La seguridad jurídica es un principio fundamental para asegurar al ciudadano la posibilidad de reconocer derechos y garantías, bien como lo que está permitido y las posibles consecuencias de los actos contrarios al ordenamiento jurídico (Fernández, 2021). El camino que el derecho constitucional ambiental fue introducido en las constituciones es considerado un avance en las teorías ambientales del biocentrismo como una tendencia para el futuro del derecho constitucional ambiental.

En el nivel europeo, tal y como establece la Constitución Española, que siguió la vertiente de los países europeos como la Francia y la Italia, la calidad de vida y el medio ambiente se prevén con el fin de favorecer la protección del medio ambiente, así como su adecuado disfrute. Asimismo, hay que destacar que en Europa el tema de las relaciones del hombre con la naturaleza ha sufrido múltiples preocupaciones en lo que respecta a la degradación ambiental, sin embargo, la visión antropocéntrica sigue siendo la teoría más fuerte por así decir en temas de ecología y teorías filosóficas ambientales. Por otro lado, esta tendencia a proteger la naturaleza plantó la semilla de una sensibilidad y una apertura a discusiones cada vez más preocupantes en términos de tensión hombre-naturaleza, que al final remite al pensamiento de sistemas de producción económica que se han expandido ampliamente y ya no tienen más límites de la industrialización y del capitalismo avasallador que rechaza gran parte de las discusiones y soluciones en beneficio al medio ambiente.

Un punto contradictorio que el capitalismo defiende en su marca si refiere que la democracia esta amenazada por el capitalismo transnacional que atraviesa su punto más crítico en la virada del siglo XX para el XXI. Para Dryzek (1996, p. 54), las fuerzas políticas externas dictan las reglas jurídicas para una democracia adecuada para el ciudadano, bien como las iniciativas populares y la propia democracia estatal han disminuido frente a ola capitalista industrial. Para contextualizar a las garantías constitucionales del medio ambiente sano, el espacio de la política ambiental en los países sigue siendo la línea más utilizada para fomentar las discusiones ambientales en los diversos niveles de responsabilidad patrimonial humanitario y de bien estar del

ciudadano.

Las teorías jurídicas constitucionales ambientales, así como las teorías filosóficas sobre el medio ambiente en las corrientes del antropocentrismo, biocentrismo o eurocentrismo, son una construcción de la realidad en la que el siglo IX y XX aparecen como el período en el que se empiezan a discutir con mayor intensidad los significados de las normas jurídicas, sin embargo, surge el problema de que las teorías comienzan a ser estar desconectado de la realidad como meta. Del mismo modo, surgen innumerables teorías que buscan reconstruir las teorías existentes mientras se complejizan las formas de percepción que durante mucho tiempo y con algunos autores contemporáneos que siguen comprendiendo el tema del medio ambiente tan solamente a partir de una construcción histórica.

Desde una visión general del tema en el contexto europeo, en relación con el reconocimiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el tema del medio ambiente abarca un derecho en la medida en que afecta a otros derechos intergeneracionales. En este aspecto y desde una visión hermenéutica y crítica a partir del punto de vista jurídico, la protección del medio ambiente debe permear el derecho humano al medio ambiente - en otras palabras - debe haber un entendimiento de que existen derechos humanos al medio ambiente, lo que significa que se protege el medio ambiente siempre que entre en conflicto con los derechos de los individuos o de la comunidad, y no de forma aislada dentro del ámbito del TEDH. Dicho de otro modo, el derecho al medio ambiente está intrínseco al derecho humanos al medio ambiente sano para todos los individuos.

De acuerdo con Pardo, (2017, p. 48), cada vez más el medio ambiente está sufriendo una especie de alejamiento de las normas ambientales en el sentido que tienen menos eficacia jurídica en la práctica. Esto se explica porque el conjunto de modificaciones tecnológicas crea problemas que el derecho no consigue solucionar, y bien la verdad, no cabe al derecho resolver todos los problemas que implican cuestiones ambientales. En el caso del derecho constitucional ambiental, hubo una gran implicación por parte de los legisladores constitucionalistas que ampliarán considerablemente la tutela jurídica del medio ambiente, sin embargo, no hay una sincronía sobre conceptos teóricos ecológicos como las corrientes que defienden que la naturaleza debe ser considerada un sujeto de derechos.

Dichos y (no) dichos sobre la sustentabilidad y la sustentabilidad económica ambiental

Cuando nos deparamos para hablar de las cuestiones ambientales ya no viene en mente los problemas que el planeta tierra enfrenta con la explotación desmedida y irracional. El libro de James Lovelock (2020), “La venganza de la tierra...”, refuerza la tesis que el calentamiento global es la respuesta

más grave que la naturaleza remite a la calidad de vida de los seres vivos del planeta. El autor menciona con razón que el ser humano esta saboteando su propia vida, en otras palabras, está a punto de autodestruirse (biomasa, energía, agua, tierra, etc.), y más grave que todas estas consecuencias es que no hay vuelta al menos en un periodo corto para que cambie estos fenómenos que el ser humano está implicando.

La sustentabilidad en la línea política está sirviendo como un mecanismo para incursionar discursos promovidos por las representaciones en eventos mundiales sobre el tema del medio ambiente y a responsabilidad de los objetivos de la Agenda 2030. La teoría más reciente de Ferrajoli (2022, p. 34), defiende una constitución de la tierra que engloba problemas globales mismo que la solución dependerá de las acciones de la supervivencia de la humanidad. El autor defiende que, solamente con una constitución de la tierra que podrá contemplar la tutela de los bienes vitales del planeta para que el planeta tierra pueda tener garantías de defensa contra problemas como del cambio climático, vertederos, contaminantes industriales, crecimiento de áreas urbanas, etc.

En este contexto de conflictos ambientales, por lo tanto, adentrando en los aspectos de la sustentabilidad ambiental que es un término muy utilizado no solamente en ámbito jurídico, y en línea con la teoría de la apropiación de los recursos naturales, ya si identificó que el ser humano rompió las barreras de su subsistencia para explorar agresivamente la naturaleza, además de perder su concepción de la dependencia del medio ambiente como una forma de vida, en otras palabras, la acción del ser humano refleja la degradación gradualmente de la naturaleza. Lo realmente interesante de analizar es que, la cuestión ambiental se ha vuelto tan necesaria desde el punto de vista jurídico que existen múltiples exigencias procesales que apuntan a la resolución de conflictos ambientales en los que alternativas como la mediación emergen como vía de resolución para todas estas cuestiones, que, en realidad, no es una alternativa correcta desde el punto de vista jurídico, una vez que son conflictos multipartes sobre derechos no disponibles y implican otros actores sociales, económicos y políticos para su concretización.

Sobre los dichos sobre la sustentabilidad, parece adecuada la idea planteada por Dobson (2010, p. 32), donde el autor aborda la necesidad de una ética de deberes y responsabilidades compartidas en escala global. La tesis de la ciudadanía ecológica viene con el objetivo más allá de la recaudación de impuestos fiscales para mejoras en la calidad de vida del ciudadano, tan poco la tradición liberal o republicana sirven como presupuesto para introducir la sustentabilidad del medio ambiente en la aldea de la democracia ambiental. El autor también menciona en la huella económica que podría verter nuevas herramientas para el ciudadano adaptarse a conceptos de incertidumbre como dicotomía entre la sustentabilidad y la economía ambiental.

Pensar en los conflictos ambientales significa también pensar en la for-

ma en que el medio ambiente es explotado por la ola industrial que fue impulsada de manera abrumadora en los dos últimos siglos. En este análisis, resulta apropiado observar el pensamiento de Alberto Acosta sobre el extractivismo y el neoextractivismo que surgieron como formas de explotación de grandes cantidades de recursos naturales en detrimento de fines económicos. De esta manera, numerosas regiones se capacitaron en la extracción de materias primas en la medida que otros sectores se encargaron de la manufactura. El lado oscuro que se puede ver en cualquiera de las modalidades presentadas es la extracción ilimitada de recursos naturales, así como su uso y, en consecuencia, su distribución en el ámbito del marketing (Acosta, 2016, p. 49).

En la nueva configuración que reverbera la economía, crece la batalla en busca de conocimientos tradicionales y derechos de propiedad intelectual en la que esta producción busca utilizar la tecnología a su favor. De otra manera, esta disputa por la economía es cada vez más conflictiva en relación con el mercado mundial, ya que está claro que el objetivo de las corporaciones es mantener el poder económico a su favor. En este punto conviene un acercamiento a lo complejo que es afrontar los conflictos ambientales, porque si se va a analizar el alcance del desarrollo sostenible, (Sachs, 2008, p. 15-16) sostiene que, para que esto ocurra es necesario pensar en cinco áreas de la sostenibilidad. En otras palabras, es necesario considerar la estructura social, ambiental, territorial, económica y, por último, pero no menos importante, política.

Hay un pasaje bibliográfico interesante de Sousa Santos (2010), donde el dije que el conocimiento está descolonizado en la sociedad al paso que el poder si reinventa de modo acelerado en campo jurídico-político. El derecho siempre reinventa nuevos derechos y nuevas decisiones. El tema ambiental y sobretudo la sustentabilidad está frontalmente predispuesto al desarrollo industrial y todos los riesgos que el sistema tecnológico he traído para el campo jurídico. Los problemas ambientales no si debe resumir a una industria clandestina que en determinados momentos contaminan de manera ilegal un curso de agua de un rio, pues esto es un caso clásico que es fácil de corregir, el problema es la legalidad que si permite negociar los conflictos ambientales por soluciones financieras de bajo coste para compensar perjuicios al medio ambiente (Pardo, 2006, p. 12).

¿Porqué no salimos de la discusión del derecho ambiental para la sustentabilidad ambiental y no hay soluciones a los conflictos ambientales?

Existen numerables facetas que contradicen las teorías ecológicas del capitalismo donde la crisis de la legitimación tiene consecuencias materiales en ámbito de las instituciones y en la política ambiental que está en posi-

ción menos favorecida en los temas ambientales. Las discusiones ambientales siguen un camino que, si traduce en crecimiento sustentado o desarrollo sostenible, es decir, el actual sistema capitalista solamente reconoce la sustentabilidad si tuviera una vertiente económica (O'Connor, 1994, p. 3-4). La materia del derecho ambiental no está sincronizada con la sustentabilidad ambiental de manera coherente, pues la sustentabilidad tiene más factores involucrados que en el derecho ambiental son generales basados en normas y principios ambientales.

Sobre las discusiones ambientales y por veces muy agotadas sobre los mismos temas que defienden los autores ambientalistas, Beck (2011, p. 54) ya alertaba que la sociedad denominada por el de “sociedad del riesgo”, cada vez más surgen indicios favorables a esta tese que resurge cuestiones fundamentales del derecho al medio ambiente sano como condición favorable para hablar derecho humano ambiental. Es evidente que la sustentabilidad es un concepto ya mucho explorado y poco profundizado, pues no raras veces están escritas páginas y páginas sobre la sustentabilidad como objetivo para las empresas que mal saben gestionar bajos costes de materiales para no impactar en forma de vertidos peligrosos el medio ambiente.

La teoría del conflicto, según el análisis más contemporáneo y filosófico, tiene una estructura que permite que una situación cree asertivamente un conflicto en cuanto al aspecto resolutivo. Así mismo se identifica que, “[...] igualmente, se trata el ciclo del conflicto como condicionante extremo de la intervención y se examinan sus tres fases principales: la escalada, el estancamiento y la desescalada, además de otros factores que influyen en su evolución” (Redorta, 2009, p. 61). En el contexto de conflicto en sentido sistémico-complejo, la estructura generadora puede estar relacionada con varios elementos como factores comunicativos, económicos, sociales y personales, entre otros aspectos que no permiten el consenso.

Los procesos legales tradicionales en muchos casos carecen de formas alternativas para enfrentar las nuevas tendencias que surgen en el contexto de conflictos multipartes como los conflictos ambientales (Pedreño, 2015, p. 55). Asimismo, existe la necesidad de utilizar sistemas alternativos para la resolución de conflictos en los que la propuesta sea llegar a una solución de forma más ágil y con un aspecto menos formalista y arraigado en el proceso tradicional. En este contexto, la discusión sobre el derecho ambiental está sufriendo colapsos hace tiempo, y el concepto de sustentabilidad ambiental esta banalizado en el mundo jurídico como la única alternativa capaz de suplantarse problemas que el propio derecho ambiental enfrenta en la conducción de la disputa jurídica de un conflicto, por ejemplo, de la mediación o arbitraje, así como establecer que sean las partes involucradas en la disputa quienes decidan qué solución tienen interés mutuo.

En este contexto, al mismo tiempo que se crean conflictos, surgen necesidades comunes para el planeta y para los seres humanos, y de este con-

flicto surgen agentes agresivos que explotan los recursos naturales sin un análisis crítico de que estos recursos son limitados (Castells, 2017). Para avanzar en la comprensión de los conflictos ambientales y como la sustentabilidad es subvertida, es necesario profundizar en el tema de los conflictos, que es una región ontológica inexplorada en términos de conceptualización. En este contexto, esta claro que el aspecto más conflictivo es que todo lo que no está previsto en los ordenamientos jurídicos es posible de realizar o permitido, sin embargo, los conflictos surgen de numerosos elementos internos (personales) o externos (que escapan a la voluntad humana), por lo que su análisis resulta restrictivo por este motivo.

Por lo tanto, antes de hacer cualquier suposición como forma de garantizar la protección del medio ambiente, es necesario develar las formas de interacciones que conducen a conflictos interpersonales, que en otro análisis reflejan tendencias innovadoras y desafiantes en la sociedad posmoderna. Entrando en el tema de los pensadores jurídicos, que al final es esta propuesta que el texto pretende explorar, en la Antigüedad uno de los grandes nombres fue Aristóteles, quien trajo la visión de la filosofía natural en la que algunos de sus grandes aportes fueron a la diferenciación del derecho consuetudinario en relación con el derecho (legal) promulgado, y la posición que atribuye a la propiedad privada (que tiene su origen en la tierra de los agricultores y ganadero), tiene su legitimidad por la razón. Ante todos los cambios y percepciones sobre el derecho, proteger el planeta aparece como una forma de garantizar un medio ambiente sano para todos.

El derecho al medio ambiente saludable nos remite a garantías sobre las cuales son innegociables para todo el ciudadano que es la calidad de vida para las presentes y futuras generaciones. Para el autor italiano Ferrajoli (2010, p. 56), la expansión del paradigma garantista a partir del alejamiento del liberalismo y de la expansión de los derechos sociales y de expresión, el constitucionalismo europeo tuvo un importante cambio de paradigma en todas las garantías de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho al medio ambiente sano. El autor también menciona el gran aporte que el legislador hizo en relación a autonomía de los particulares y su vertiente económica, aunque en regla, los contratos privados han ocupado espacios públicos y negociaciones que implican derechos públicos y privados que atraviesan las fronteras de diversos países.

Conclusiones

Debido a las nuevas tendencias impulsadas por la sociedad de la información o sociedad en red abordada por el sociólogo Manuel Castells, este escenario provoca una reflexión sobre la necesidad de utilizar técnicas alternativas o complementarias en relación con los impactos ambientales. En la misma línea, todos los conflictos relacionados con la naturaleza, como el

agua, la explotación de los recursos naturales, falta de control sobre las acciones contra el medio ambiente, la disposición inadecuada de residuos sólidos y las construcciones urbanas, son realidades cada vez más presentes en el cotidiano de los procesos judiciales, ya que la expansión económica ha marcado un arraigado camino y con control sobre el entorno.

Sobre la temática ambiental propongo una mirada más atenta al principio de la responsabilidad de Jonas (2004), donde el concepto de responsabilidad camina por sectores transdisciplinarios que complementan el ámbito jurídico y ambiental para allá del ámbito puramente normativo y dogmático del derecho. La sustentabilidad en el concepto jurídico no está de todo definida de modo que las normas jurídicas atraviesan puntos frágiles y cada vez más las normas jurídicas se alejan de los principios ambientales constitucionales. Un ejemplo es cuando se utiliza demasiados principios para justificar una posición jurídica, es decir, los principios ambientales como de la precaución, contaminador/pagador, prevención, etc., no pueden banalizarse de modo que no tiene eficacia y finalidad a que se destina estos principios jurídicos ambientales.

El derecho ambiental como materia o asignatura en los centros universitarios ya demuestran una línea crítica muy poco explorada por los juristas constitucionalistas que defienden teorías constitucionales ambientales. De acuerdo con los ensañamientos de Grau (2014, p. 37), el derecho atraviesa una intensa crisis de legitimidad del derecho, en todos los campos, administrativo, ambiental, civil, mercantil, etc., y que el problema también se refiere a los modelos de derecho formal y derecho moderno en la estructuración de un modelo de democracia. En esta línea que enlaza el derecho, ocurren problemas como razonabilidad, equidad, proporcionalidad y principios morales que subvierten preocupaciones en el campo jurídico.

La sustentabilidad ambiental sigue siendo el coche jefe en las discusiones sobre temas constitucionales ambientales, sin embargo, también convirtiéndose en una marca mundial para discurso vacío que no enfrentan el cerner de la cuestión. Compartiese la idea que el medio ambiente no tiene clara su posición en el campo de las decisiones políticas ambientales, y esto está claro cuando ocurren numerables eventos internacionales con grandes implicaciones que discuten temas repetitivos y sin un norte específico, y cuando la proyección se hace como la Agenda 2030, que tiene una serie de cuestiones sobre el clima, naturaleza, calidad de vida, etc., son objetivos infinitamente imposibles de concretizarse sin haber cambios desde las escuelas primarias que enseñan cuestiones sobre la preservación del medio ambiente sano para todos.

Referencias

ACOSTA, Alberto. Extrativismo e neoextrativismo. Duas faces da mesma maldição. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira. **Descolonizar**

o imaginário. Debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 47-85.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** Trad. Jorge M. Seña, Barcelona: Editorial Gedisa, S. A., 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade.** 2ª Ed. São Paulo: 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTELLS, Manuel. **Otra economía es posible: cultura y economía en tiempos de crisis.** Madrid: Alianza, 2017.

DOBSON, Andrew. **Ciudadanía y Medio Ambiente.** Trad. J. Valdivielso y M. Vásquez, Barcelona: Editorial Proteus, 2010.

DRYZEK, John. S. **Democracy in Capitalist Times. Ideals, Limits and Struggles.** New York: Oxford University Press, 1996.

PARDO, José Esteve. **Derecho del medio ambiente.** 4ª Ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017.

PARDO, José Esteve, “El derecho del medio ambiente como derecho de decisión y gestión de riesgos”, [en línea], en **Revista Electrónica del Departamento del Derecho.** Universidad La Rioja, N° 4, 2006, p. 7-16, [Consulta en: 16-03-2023], Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/3978/3229>.

FERNÁNDEZ, Dolores Cabello. **La seguridad jurídica.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** 7ª Ed. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Barcelona: Trotta, 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviatán.** California: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad.** Barcelona: Herder editorial, 2004.

LOVELOCK, James. **La venganza de la tierra. La teoría de Gaya y el futuro de la humanidad.** Barcelona: Booket, 2020.

PEDREÑO, Remedios Mondéjar. **Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación.** Madrid: Dykinson S. L., 2015.

O'CONNOR, Martin (Ed.). **Is Capitalism Sustainable? Political Economy and the Politics of Ecology.** New York: Guilford, 1994.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos.** La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Ma-

lheiros Editores Ltda., 2014.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Descolonizar el saber, reinventar el poder.** Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión universitaria, Universidad de la República, 2010.

O CONSENSO COMO CAMINHO PARA UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Marcelo Machado Costa Lima

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá e do Instituto Brasileiro do Mercado de Capitais. Líder dos Grupos de Pesquisa CODIDEM e SOCEDIR

Luciano Filizola

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Universidade do Grande Rio. Integrante do Grupo de Pesquisa CODIDEM

Resumo:

a construção de novos modelos de justiça e, nesta breve reflexão, da compreensão do modelo restaurativo, dispõe de um entendimento não unicamente destinado à dinâmica dialética da litigância em desenho processual de contraditório e ampla defesa. Vai além do punitivo. Os novos caminhos do novo Estado Constitucional Democrático de Direito, sopesa tanto em ponderação na relatividade dos Direitos Fundamentais em possível colisão, como também admite sua relatividade em ambiente pluri / multicultural. Compreende-se neste novo constitucionalismo que, a despeito da polissemia do termo cultura, seja possível falar em uma cultura da paz, em uma cultura do entendimento, as quais, não se apresentam prontas e de plano, mas como fim a ser alcançado. É neste sentido, que se pavimenta o caminho para uma justiça restaurativa. Compreende assim, tal modelo, o caminho inverso ao da cultura da punição, por estar voltada ao entendimento e à reparação, e em um constructo de consenso e de entendimento a se constituir como forma de composição. A dinâmica se dá entre ofensor e vítima, em uma medida na qual são colocados diante da complexidade das próprias diferenças, enquanto desafios presentes ao consenso ou em sua direção. Vale lembrar que a globalização que envolve este desenho de adequação do conflito não consiste em matriz impositiva, mas dialógica, uma vez que traz à memória que a sobredita diversidade cultural e étnica, a ser equilibrada entre o denominador comum e as pluralidades encontradas neste ambiente de tentativa de solução de conflitos. Com efeito, serve-se esta breve resultante de pesquisas, das bases bibliográficas entre a literatura geral e jurídica, como método de pesquisa

para as afirmações presentes neste texto.

Palavras-chave: Diálogo; Consenso; Cultura; Paz; Restauração.

Considerações iniciais

A expectativa e a realização da justiça havidas em âmbito jurisdicional de litigância, compreendem um complexo de ações e procedimentos, que se movem dentro de certo distanciamento, requerido, porque considerando, tal afastamento como ponto de isenção e garantia de objetividade, assim como a de relativa preservação do estado sensível em que pode se encontrar a vítima, ao mesmo tempo, em que também mantém o ofensor em posição objetivada de praticante de ato definido como ferino à ordem jurídica e a membro da sociedade civil, e que por este ato, viola o pacto civil. Com efeito, presume-se que para a justiça não se constituir em vingança, não se permite a autotutela. Neste sentido, a existência de um terceiro isento e equidistante entre as partes faria o papel equilibrado de prestar a jurisdição e assim, prover a solução.

Em segmento distinto, novos modelos de justiça, compreendem que a aproximação e o desejo de reparação entre aqueles que se encontraram na relação de ofensor e de ofendido, em condições de desequilíbrio do sobredito pacto, pode se constituir como um mover eficiente dos envolvidos no problema instituído para encontrar um caminho, uma solução, enquanto envolvidos dispostos ao desejo, em comum, de reparação.

É precisamente, este desejo e mover que nutrem a racionalidade e o sentimento de justiça, em contexto dialógico a compor o propósito de solução da quebra do sobredito pacto civil. A presunção de que a sociedade civilizada é aquela que observa seu compromisso na ordem das relações humanas, respeitando a liberdade, a integridade moral, psicológica e física do outro, é também a sociedade civilizada que compreende que pode falhar, e que quando isso acontece é também a sociedade, que procura enxergar com certa objetividade e ponderação os caminhos de solução que, inclusive, não tenham de se estender por um longo intervalo temporal jurisdicional, que pode também, exaurir e desgastar, ainda mais a tentativa de composição, solução ou reparação.

Naturalmente, que a concretização deste desenho já se apresenta e vem constituindo-se ao longo de certo tempo, como esclarece este texto nas linhas seguintes do tópico acerca do nascimento da justiça restaurativa. Estes novos modelos estão se realizando dentro dos espaços sociais e como já conhecido daqueles que transitam, estudam ou até já se viram dentro da proposta, o modelo pode não só e apresentar como eficiente, como também pode surpreender quanto ao funcionamento, aos termos e à solução. Certamente, que tal sistema constitui-se também como metodologia no conjunto

de argumentos, no qual, há uma preocupação permanente com a legitimidade das bases em que se assentam a fala de cada parte envolvida. Com efeito, as cosmovisões e categorias a serem redefinidas pela diversidade de contextos, possibilitam tratar o processo como espaço de resolução plural e mais transigível, ao considerar alternativas para além do rigorosamente normativo.

O contexto da discussão do presente texto, notadamente em relação à atenuação do excessivo regramento jurídico, assim como de que a sociedade civil quer participar do processo que dará conta de sua pretensão de justiça, admite a perspectiva do consenso, também enquanto reflexão em plano de filosofia, entre oportunidades de encontros e desencontros, consideradas as esferas, espaços, culturas que tocam e são tocados pela natureza e condição humana, os quais se abrem em interlocuções, conversas e reflexões com a literatura geral e jurídica, além da literatura geral e, nas imediatas palavras anteriores, a também referenciada a literatura filosófica. Ao fim das contas a ideia que sustenta um debate que remete a dinâmica e diálogo entre consenso e dissenso, onde se tem filosofia em plano e perspectiva, prima por pensar como conceitos, *consenso* e *racionalidade comunicativa*¹, em que podem fundamentar a criação de novas, legítimas e mais adequadas técnicas e metodologias na busca de resolução de conflitos em sociedades democráticas contemporâneas, que naturalmente trazem o dissenso por pressuposto.

Neste sentido, faz-se importante que iniciemos nossa fala situando as características definidoras de tais sociedades, fortemente globalizadas e multi/pluriculturais². É de se observar que cultivam elas a diferença como um valor, oferecendo-se aos pesquisadores das áreas das ciências humanas - incluindo neste rol, por óbvio, o Direito - como objeto de investigação de grande e crescente complexidade, seja pelas espinhosas e naturais dificuldades de articular diferentes modos de vida e cosmovisões que os diversos grupos e indivíduos possuem, seja pela insuficiência de técnicas e metodologias para se relacionar com este panorama. Evidentemente, a esta difícil tarefa se adiciona o caráter de *liquidez* - para usarmos um termo de Bauman - desses diversos grupos, os quais ensejam que a normalidade é a permanente transmutação, bem como a multiplicação de comunidades na esfera social.

Embora os grandes juristas do passado e do presente nos concedam

1 Expressão utilizada no sentido habermasiano.

2 A expressão “multi/ pluricultural” tem o propósito de abranger conceitualmente não apenas as posições multiculturalistas (como rótulo que vem sendo utilizado a uma específica filosofia contemporânea), mas, principalmente, conceder o sentido mais amplo que Horace Kallen lhe deu em 1915. Nessa linha, seria o reconhecimento de múltiplas identidades culturais no seio de uma mesma sociedade e que, baseadas em seu caráter de legitimidade, recusam-se a estar sujeitas ao processo de assimilação destruidor da própria cultura. Nessa direção, consegue-se contemplar a visão daqueles que seguem posições multiculturalistas, mas também aqueles que reconhecem os direitos dos diversos grupos, mas não aderem às posições defendidas por parte destes.

um amplo arsenal teórico e metodológico para análise do fenômeno jurídico-político, a referida liquidez, na conhecida expressão a nós legada por Bauman, talvez já nem mais seja capaz de definir com precisão a modernidade pensada pelo grande sociólogo. O estado de volatilidade crescente que parece definir a estrutura sociopolítica, acelerada pela hipertecnologia, faz com que já encontremos aqueles que já qualifiquem o estado da modernidade como “gasoso” ou, ao menos, em processo de gaseificação.

O desafio que se nos coloca é, então, arquitetar institutos e teorias jurídicas que, pautadas na razão - na singela esperança que ainda sejamos capazes de prosseguir no projeto da modernidade -, consigam equilibrar - ou, ao menos se aproximar dessa idealidade - estabilidade e justiça³ (Habermas, 2003, v. I, p. 25) em meio a esta volatilidade incontornável nas sociedades fortemente pluralizadas no âmbito da hipermodernidade, conforme expressão consagrada por Lipovetsky (2004).

Neste sentido, os corpos normativos e as decisões que daí decorrem, para serem bem-sucedidos, devem encontrar nos seus destinatários uma adesão interna que está além do velho temor da sanção jurídica resultante do uso, pelo poder estatal, da violência legítima. Mais: o poder público deve estar habilitado a produzir comandos justos, razoáveis e proporcionais dirigidos de forma que o corpo social, idealmente formado por indivíduos/cidadãos autônomos e conscientes, sintam-se motivado a respeitar as normas, mitigando-se a necessidade de uso da força ostensiva para manutenção da paz social.

Naturalmente que não se prescinde do Direito nesta configuração de composição, de modo que, referenciando, novamente o pensamento habermasiano, vale considerar que é o direito o único meio integrador que resta a uma sociedade marcada por uma plural concepção de bens, na linha da visão rawlsiana. Nas circunstâncias das sociedades contemporâneas a integração social só pode ser gerada pelo direito e sua forma jurídica, pois é ele compreendido como um complemento funcional da moralidade pós-tradicional, compensando vários de seus déficits, tais como a indeterminação cognitiva e a incerteza motivacional (Araújo, 2003, p. 231). Por isso, Habermas aponta como motivos para que a forma jurídica seja indigitada como aquela capaz de integrar as sociedades modernas pluralizadas, diferenciadas e complexas.

As abordagens que adiante seguem, desdobram-se no reforço e reflexão acerca do entendimento e atuações institucionais deste modelo e sistema, que se apresentam um certo percurso histórico da construção da justiça

3 Certamente que nos referimos a uma justiça desontologizada, pós-metafísica, que se compatibilize com o dissenso típico das sociedades complexas contemporâneas, de forma a considerar o pluralismo de ideais de vida e de orientações axiológicas dos vários grupos que a constituem. Todavia, seguindo a posição habermasiana, não havendo a possibilidade de hierarquizar as éticas particulares dos diversos grupos, há de se definir os critérios formais (eis aqui a questão do justo) que permitam a coexistência destas éticas.

restaurativa. No âmbito do Direito Penal, vale dizer que entre a extinção deste ramo, do Direito Penal e de seu sistema punitivo, a necessária busca por mecanismos de mediação pela sociedade para compor os seus conflitos e as propostas de minimização punitiva do Garantismo, são influenciadas por práticas desenvolvidas em países como Estados Unidos e Canadá, já desde os anos 70 e 80, do século passado, e que consistiam em programas de reconciliação vítima-ofensor, intensifica no mundo ocidental o desenvolvimento e aplicação de uma nova proposta: a Justiça Restaurativa.

Esse modelo surge como opção à resposta punitiva já inserida numa cultura ocidental que naturalizou a punição como única forma de intervenção sobre comportamentos considerados ofensivos, que violam o corpo normativo do grupo social, crendo na punição como meio hábil para modificar tal comportamento (o que será melhor estudado no próximo capítulo), tanto no âmbito social como individual do delinquente, segundo a lógica de recompensas e castigos usados em fórmulas pedagógicas já provadas como limitadas, uma vez que motivações internas, decorrentes de valores efetivamente desenvolvidos no indivíduo, são mais eficazes que motivações externas (Elliott, 2018).

Partindo da premissa que a justiça criminal tradicional tem como foco a sanção do infrator, ao ter subtraído o conflito das partes, deixando a vítima como mera peça de informação, sem assumir o compromisso de proporcionar qualquer solução efetiva para o conflito, partindo da presunção que a mera aplicação de pena já seria suficiente para intimidar, prevenir e ressocializar o delinquente, costumes ancestrais indígenas, africanas e aborígenes passam a servir como modelo para a busca de formas alternativas de pacificação de conflitos.

Por definição, punição é infligir dor intencionalmente, especialmente na forma de perda (liberdade, dinheiro, identidade, vida) e Elizabeth M. Elliott, através de um estudo sobre os Ojibwai, uma nação indígena do Sul do Canadá, percebe que apenas trabalhando juntos, sem excluir as partes interessadas será possível alguma espécie de pacificação, “a ameaça da punição força a conformidade com a lei, em vez de a lei invocar a conformidade voluntária baseada em valores comuns” (2018, pág. 77).

O nascimento da Justiça Restaurativa

O termo “Justiça Restaurativa” foi usado pela primeira vez em 1977 por Albert Eglash, porém, tal prática já era observada no Canadá antes mesmo de receber articulações teóricas e acadêmicas, como nas práticas iniciadas em 1974 por oficiais da condicional em proporcionar o encontro de jovens infratores com as vítimas de seu vandalismo.

Um dos primeiros e principais idealizadores da Justiça Restaurativa e que ajudaram a teorizar essas novas práticas foi Howard Zehr em sua obra

“Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo”, quando irá definir seus paradigmas, configurando essa nova proposta como um conjunto de princípios e valores que irão nortear práticas aptas a desenvolver um ambiente mais saudável para a busca da pacificação de conflitos, experiências trabalhadas nas Comissões de Verdade e Reconciliação na África do Sul, em situações de violência juvenil em escolas e universidades, ambientes de trabalho e também na seara criminal de vários países.

No lugar de determinar punições a Justiça Restaurativa é definida por 3 grandes objetivos: atentar, em todos os estágios, para as necessidades dos participantes (os que sofreram, que cometeram o dano e a comunidade afetada); a cura dos danos, em sentido amplo; e finalmente desenvolver um processo que incorpora e reflete os valores desejados centrais da comunidade, de maneira respeitosa e inclusiva (Elliott, 2018).

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça⁴- CNJ, vem dedicando especial atenção à implementação nos Tribunais de Justiça brasileiros, sejam nos Tribunais Estaduais, assim como nos Tribunais Regionais Federais, de Núcleos de Justiça Restaurativa, além de sua normatização em várias portarias e resoluções, como as de número 225 e 230, ao asseverar que:

O direito ao acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa (Resolução 225 do CNJ).

Mas, no que consiste a Justiça Restaurativa? Howard Zehr (2016) prefere iniciar sua explicação definindo o que ela não é, ou seja, seu principal objetivo não é o perdão ou a conciliação, embora seja comum e desejável que ocorra; não é um retorno ao conflito, pois visa superar e transformar, mas um retorno à conexão com o outro; não é mediação, mas um encontro, um diálogo, em que haveria casos em que a linguagem neutra poderia induzir a erro e dificultar a assunção de responsabilidade pelo ofensor; ela não se limita a ofensas menores, mas também não é um pleno substitutivo do sistema penal - por isso, não se confunde com o abolicionismo.

A Justiça Restaurativa depende do envolvimento das partes, incluindo o agente, a vítima e a comunidade, mas não de maneira adversarial, como na Justiça tradicional, em que o Estado não envolvido impõe sua autoridade através da lei apresentando a medida a ser aplicada, e sim de forma colaborativa e inclusiva, quando todos poderão apresentar os danos sofridos e, quando possível, juntos, definir um desfecho em consenso.

4 Compreende um projeto e contínuo aperfeiçoamento da implantação pelo órgão <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa/> acesso em 22 de dezembro de 2022.

E isso não significa plena superação e “esquecimento” do dano infligido, pelo contrário, pois o primeiro princípio da Justiça Restaurativa é ter como foco a lesão sofrida e as necessidades da vítima, mas sem esquecer também da comunidade e do ofensor, tratando das obrigações que surgiram com a lesão praticada, dando voz e envolvendo todos na busca da melhor forma de reparar a referida lesão na medida do possível.

Para tanto, é fundamental entender as causas do delito, que, em alguns casos, pode decorrer de injustiças sociais a serem consideradas e oriundas de questões familiares e comunitárias, bem como avaliar os possíveis danos que o próprio ofensor já sofreu e que podem ter funcionado como gatilho do delito, visto que “muitos crimes podem surgir como resposta a uma sensação de vitimização e esforço para reverter essa situação” (Zehr, 2016, pág. 47), embora isso não signifique a exclusão de responsabilidade do infrator, mas sem dúvida ajuda a entender os traumas que podem desencadear episódios que geram conflito.

Como o que se busca através de um encontro facilitado - e por isso não árbitro, mas facilitadores - que visa proporcionar um diálogo em que todos são estimulados a contar suas histórias, fazer perguntas, expressar seus sentimento e chegar a uma decisão mutuamente aceitável, e por isso a participação tanto de vítimas como de autores deve se dar de maneira voluntária, devendo esses últimos reconhecer, em alguma medida, sua responsabilidade.

Com efeito, a ideia de o monopólio da produção de regras jurídicas, sejam abstratas ou concretas, pelo Estado pode se apresentar destituído de força para externar sua legitimidade. Por conseguinte, quando o direito não é legitimado pelo destinatário, ou seja, quando não encontra identificação entre os envolvidos, ele não consegue se colocar, se estabelecer, se impor, e quando tais hipóteses se apresentam, não se mantêm, a não ser por um tempo, e pelo uso da desproporcional e assistemático da força, ensejando assim, seu progressivo decaimento.

Cabe ainda, neste contexto outra referência habermasiana de que, na clara conexão que o autor enxerga entre Direito e Democracia, a razão pública porque parametrizada pela participação cidadão, pode ser avocada para criar soluções que dizem respeito à esfera pública, à sociedade que compartilham. E em outro segmento, mas não contraposto, pode ser identificado o desenvolvimento dos procedimentos de busca pela consensualização em termos de direitos humanos. Este desenvolvimento garante aos cidadãos de uma sociedade uma ampliação do mundo da vida e da autonomia da pessoa, ou seja, redimensionando o espaço de ação para a realização dos seus próprios planos de vida.

Para Habermas, é essa a maneira de legitimação própria do individualismo liberal (Pinzani, 2009, 141) que elege os direitos humanos como proteção de uma esfera inviolável dos sujeitos privados contra os perigos de possíveis excessos da soberania popular (Habermas, 2000, p. 150-151),

buscando evitar os problemas que uma democracia radical - estabelecida em Rousseau - poderia vir a causar. Acrescentamos nós que também se evitaria os problemas causados por um Poder Judiciário não poucas vezes considerado como o superego da sociedade (Mauss, 2010).

Oudshoorn, Amstutz e Jackett (2019) desenham a Justiça Restaurativa como o meio mais hábil para conquistar a verdadeira finalidade da Justiça que seria o atendimento das necessidades das vítimas, ofensores e da comunidade com vistas à recuperação e à cura. Os autores, ao tratarem de abusos sexuais, asseguram que além do amparo a ser dado às vítimas quanto à segurança física e emocional, informação, luto, apoio e absolvição, existem necessidades a serem consideradas dos ofensores, o que não é considerado pela estrutura punitiva, visto a necessidade de se criar oportunidades para uma responsabilização consciente e mudança de comportamento, trabalhando e “quebrando” os principais sentimentos do infrator ao lidar com o abuso praticado, confrontando a negação com a explicitação do ato; a sua possível racionalização pela aceitação da responsabilidade e justificações por uma postura de assumir a ofensa realizada, de modo a buscar resultados efetivos ao deixar claro que:

Não se trata de ingenuidade, nem minimização ou negação do crime. É somente tratar o criminoso com dignidade e respeito para que ele consiga encarar suas escolhas erradas e aprender a compreender os ciclos do crime para no futuro adotar planos que o impedirão de cometer novos delitos. (2019, pág. 40)

Nesse sentido, na dinâmica em que o dano causado precisa ser reconhecido e a equidade deve ser criada ou restaurada, é preciso também tratar das intenções futuras, sendo 3 os principais formatos propostos, embora hoje já seja muito comum a fusão entre eles: o encontro (direto ou indireto) entre vítima e autor; as conferências de grupos familiares e os processos circulares.

No primeiro modelo, inicialmente trabalha-se com a vítima e ofensor em separado para então, havendo consentimento, acontece o encontro de ambos, conduzido por um facilitador treinado para orientar o processo que, via de regra, conclui-se com a assinatura de um termo de restituição de bens, reconhecimento de culpa ou reparação de dano, sendo que, o mais importante, todos saiam do encontro com o sentimento de página virada, superando o conflito, mas sem ignorar responsabilidades.

A história de Elizabeth

Elliott narra em seu livro *A história de Elizabeth* (2018, pág. 107), uma balconista de loja cujo estabelecimento foi assaltado, tendo sido a mesma subjugada com uma faca em seu pescoço e mesmo que os assaltantes te-

nha sido pegos, o fato lhe gerou grande trauma, causando insônia e bulimia. Charles, o assaltante foi condenado e cumpria pena de 5 anos. Ele cresceu em um ambiente violento em uma família envolvida com drogas e abuso de álcool e na noite do roubo estava drogado. Em nenhum momento Elisabeth foi considerada vítima, pois quem foi assaltada tinha sido a loja e, em razão da angústia e pelo medo de que ele voltaria para se vingar, desejava encontrar com seu agressor, o que foi conseguido quando o mesmo estava prestes a receber seu livramento condicional.

Quando o desejo de Elisabeth chegou ao conhecimento de Charles, ele ficou espantado, pois não tinha ideia do efeito gerado por suas ações, já que nunca pensou em machucá-la e aceitou encontrá-la. Ele estava preso a 2 anos e mal dormia com uma faca debaixo do travesseiro, sempre com medo e uma agressão no meio da noite. Achava que era o único prejudicado pelo que tinha feito. No dia do encontro, ambos estavam tensos. Elisabeth disse tudo que vinha pensando e Charles ouviu atentamente e depois respondeu a todos os seus questionamentos. Também contou sua história. Descobriram alguns detalhes em comum. Ao final, se levantaram e apertaram as mãos. Não seriam amigos, mas uma relação foi transformada naquele dia. Elisabeth perdoou Charles. Cinco meses depois ela confessa à facilitadora que não teve mais pesadelos, não havia mais medo. Era outra pessoa. Estava curada.

No segundo caso amplia-se o número de participantes, incluindo os familiares ou outras pessoas relevantes para as partes envolvidas, permitindo maior apoio ao autor da ofensa para que o mesmo assuma a responsabilidade e mude de comportamento, embora os familiares da vítima também possam estar presentes, bem como outros membros da comunidade. Existem dois modelos mais comuns, sendo ambos desenvolvidos na Nova Zelândia, um em que os facilitadores são policiais treinados que seguem um procedimento roteirizado, o que pode ser controverso em algumas regiões, e o outro mais comum em Varas de Infância e Juventude, é organizado por assistentes sociais e tem como objetivo a adequação cultural dos envolvidos, uma vez que a facilitação não é roteirizada, sendo não imparcial, mas parcial aos dois lados, equilibrando os interesses e necessidades de ambas as partes, que inicialmente, são ouvidas separadamente, gerando, ao final, um plano que contemple as causas, a reparação e uma situação realista incluindo elementos de prevenção e de sanção, onde quase tudo pode ser negociado, desde que haja a concordância de todos os envolvidos. Já segundo um viés terapêutico, caso os envolvidos ainda não estejam prontos ou dispostos a se encontrarem, é possível que a vítima se encontre com um substituto, alguém que praticou um dano similar em outra pessoa, da mesma forma que o infrator pode se encontrar com a vítima de outro delito.

O Caso de Sarah

Oudshoorn, Amstutz e Jackett (2019) narram um caso em que Sarah, membro da igreja do bairro, é procurada por seu filho de 19 anos que lhe narra ter sido abusado sexualmente pelo pastor responsável pelo grupo de jovens. Levando o fato ao líder da igreja, não acreditam na sua história, causando-lhe grande sofrimento pela injustiça sofrida, levando-a a abandonar a igreja e questionar a própria fé. Anos depois foi convidada por um amigo a frequentar outra congregação. Lá ela contou a história do seu filho e todos concordaram que ela foi injustiçada, pelo que a acolheram. Porém, 2 anos depois um dos líderes dessa igreja é indiciado e depois condenado por abuso sexual e Sarah voltou a conviver com suas angústias e questionamentos e decidira sair da igreja quando foi convidada a participar de um encontro de justiça restaurativa, iniciativa que partiu de membros da própria igreja que procurou profissionais. Os encontros foram conduzidos por dois facilitadores, 8 membros da igreja, a esposa do pastor condenado e todos conseguiram compartilhar seus anseios, necessidades e definir meios para restaurar a comunidade. Vejam, nesse caso não houve participação direta de autores e vítimas, mas de pessoas ligadas ao fato de alguma maneira e que sentiam a necessidade de um espaço de diálogo e respeito.

E, por fim, existem os círculos, influenciados por tradições presentes em comunidades indígenas do Canadá. Mesmo que hoje tenha várias aplicações, na Justiça Restaurativa os participantes se acomodam em círculo e um objeto chamado “bastão de fala” vai passando de mão em mão para que todos tenham oportunidade de falar um de cada vez na ordem em que o bastão vai passando. Aqui também temos os facilitadores que iniciam o processo com uma declaração explicitando valores, enfatizando o respeito, a integridade e a sinceridade.

Participam dos círculos aqueles que foram prejudicados, os autores da ofensa, familiares, profissionais do judiciário, mas, principalmente, representantes da comunidade, fazendo com que os diálogos desenvolvidos sejam mais abrangentes, podendo se abordar temas comunitários que estejam influenciando transgressões, possível apoio às necessidade tanto daqueles que sofreram como que causaram o dano, as responsabilidades que a comunidade possa ter e outros assuntos relevantes.

E demonstrando que a Justiça Restaurativa não é apenas substitutiva à pena, mas podendo também lhe ser complementar, Decildo Lopes e Maxuel Dias implementaram essa ferramenta na unidade prisional de Goianésia - Goiás em 2018, um projeto intitulado “Além da Punição”⁵ com o fim de realizar círculos de construção de paz capazes de colaborar com o desenvolvimento e mudanças construtivas na vida dos detentos, os quais devem

5 E que foi premiado em 2019 com o primeiro lugar no prêmio Boas Práticas de Justiça Criminal do Fórum Nacional de Juízes Criminais.

deixar de ser consideradas como simples objeto de intervenção do Estado, para ganhar posição de sujeitos de direitos.

Para tanto, criou-se uma metodologia não engessada, mas muito intuitiva, didática, acessível e de natureza holística consistindo em 12 círculos, 12 encontros semanais e consecutivos, totalizando 3 meses, cuja participação dos detentos seria voluntária, em grupos de 10 participantes condenados a penas mais graves. Seguindo um roteiro cujos temas vão evoluindo gradativamente a fim de se conquistar aos poucos a confiança dos participantes, o programa é dividido em 4 partes com o objetivo de conduzi-los a “uma jornada reflexiva que abranja os principais aspectos da vida naquele ambiente, até a fase da projeção para a vida após o cárcere” (Lopes; Dias, 2022, pág. 51).

A 1ª fase visa a adaptação do participante ao círculo: no primeiro encontro usa-se o futebol como tema de acesso, no segundo a criação de um filme, podendo os participantes trabalhar com ideias de roteiro, personagens relevantes na própria vida e a trilha sonora e no terceiro encontro se estabelecem diretrizes, regras, princípios e valores que devem nortear os círculos.

A seguir, 2ª fase é iniciada pelo tratamento de aspectos fundamentais para o desenvolvimento do projeto, tocando assuntos mais delicados, porém ainda com muita cautela, quando no quarto círculo irá se trabalhar a necessidade de expressar sentimentos (mesmo usando como metodologia a identidade de sentimentos presentes em certos personagens de quadrinhos) e o quinto círculo visa promover uma reflexão sobre os valores que orientam o comportamento na unidade prisional e como isso impacta na vida de cada participante.

Em continuidade, 3ª fase, tem por objetivo trabalhar uma ideia de restauração e mudança. No sexto encontro fala-se de empatia, despertando a compreensão da relevância de se viver não apenas para si, mas conseguir enxergar as necessidades do outro. O sétimo encontro visa promover a reflexão sobre a possibilidade de começar a construir um caminho de renovação, apesar das dificuldades, conforme uma lógica de reparo e definição de projetos a serem conquistados aos poucos, com um passo de cada vez, o que será melhor definido no oitavo encontro, quando os participantes serão estimulados e auxiliados a realizar um planejamento de vida.

Por fim, 4ª e derradeira fase, apresenta como finalidade ajudar na reflexão sobre escolhas e consequências, bem como o lugar do participante junto à família, o que é trabalhado no nono encontro, enquanto que no décimo há um diálogo sobre a necessidade de maior reflexão e prudência antes de tomarmos decisões. No círculo 11 busca-se a compreensão do detento sobre a pena que está submetido, o que precisa ser melhorado, o que cabe ao Estado e sobre a responsabilidade de quem está preso e no último círculo se fala sobre tudo o que foi trabalhado ao longo dos encontros, as novas amizades, os planos para o futuro.

Aqui, a proposta foi bem diferente, pois divergindo da ideia inicial de JR em que a vítima seria o personagem principal, aqui ela não é considerada, por outro lado permite o trabalho sobre aspectos distintos a respeito da responsabilidade da infração praticada e percepção do próprio comportamento.

E com o apoio, incentivo e normatização do CNJ, Centros de Justiça Restaurativa vão sendo implantados no país. Em 8 de novembro de 2022 foram inaugurados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) e a sala do Comitê Gestor de Política da Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora a prática já seja uma realidade desde 2016 junto ao CEDECA (Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente)⁶ que proporcionou o encontro de jovens infratores, familiares e vítimas ajudando na construção de percepção de responsabilidade, sensibilidade pelo outro, desenvolvimento de autoestima e confiança. A perspectiva de que imersão nas questões humanas limítrofes de sua natureza distintamente inspiradora ou daquela que decai, em última análise, está inclusa no amálgama de possibilidades de ser humano. Neste sentido, a sensibilidade não se constitui uma leniência, licenciosidade ou romantização, mas, ao contrário, na objetividade do trato e no avanço enquanto compreensão da conjuntural recorrência da própria existência e coexistência humana.

No entanto, uma questão levantada por Giamberardino (2022), que já se deixa entrever pelos exemplos de JR anteriormente citados, seria sobre o grau de relevância da normatização para que as práticas restaurativas sejam implementadas, tendo em vista o grande número de possibilidades que se apresentam, restando caracterizadas pela sua adaptabilidade e flexibilidade, podendo ser implementadas nas mais diversas situações de conflito e das mais variadas formas em conformidade com os fins que se pretende alcançar, seja de maneira “oficial”, em conjunto com a Justiça formal, seja por iniciativa de instituições comunitárias, como igrejas e escolas, de modo a pacificar conflitos sem a necessidade de lançar mão de mecanismos punitivos.

Considerações finais

Ainda que a comunidade humana esteja em um estágio civilizatório, no qual a maioria das pessoas ainda depositem suas crenças na retribuição como única alternativa à vingança e a sanção como mecanismo pedagógico de ordem social, estando o perdão, a conciliação e círculos de pacificação tidos como sinônimos de impunidade; por outro lado, a criminologia crítica e o garantismo penal conseguiram realizar um preciso diagnóstico a respeito das deficiências do sistema penal e das injustiças causadas pela sua aplicação seletiva, mas sem apontar com segurança quais opções poderiam substituí

6 <https://cedecarj.files.wordpress.com/2020/02/relatc3b3rio-avaliac3a7c3a3o-e-feitos-revisto.pdf>. Acesso em 28 de dezembro de 2022.

-lo, configurando uma crise, segundo a qual, sabe-se o que não funciona, mas não se aponta o que colocar no lugar.

A partir das reflexões havidas neste texto, compõe-se restante, um raciocínio de que a Justiça Restaurativa seja uma excelente e pertinente alternativa, um processo plural de reconhecimento e reconstrução de laços sociais que no lugar da punição e exclusão aposta no entendimento das diferenças e na inclusão através da criação de pontes, mas sem abrir mão da compreensão a respeito das várias situações e graus de lesividades inerentes a uma pluralidade de posturas e comportamentos, visto a voluntariedade dos envolvidos e a necessária segurança a ser garantida às vítimas, familiares e à comunidade, pelo que, no momento, ainda não seja possível abrir mão por completo de um sistema penal com fins de contenção e proteção de bens jurídicos efetivamente importantes, já assumindo para si limites ao seu poder punitivo, reduzindo sua intervenção prejudicial junto à sociedade e atuando em conformidade com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mais comprometido com a pacificação de conflitos e respeito à dignidade da pessoa humana.

Em tempo, é razoável assentir ao entendimento de que os cidadãos de sociedades modernas - termo aqui utilizado em sua apreensão filosófica, a saber, a que se mantém vinculada ou associada a um modo de ser e agir racional - não parecem mais se apresentar tão inclinados ou conformados, como mencionado no texto, em não participar do processo de produção das regras que regem a composição e solução de seus conflitos.

Se a participação cidadã pode ser avocada em um espaço democrático para criar soluções que dizem respeito a todos, a questão que se abre é a de saber os motivos pelos quais cidadãos autônomos não poderiam, em várias circunstâncias possíveis e razoáveis (que cada vez se revelam mais numerosas), no uso de suas razões comunicativas, tecerem suas próprias soluções para seus próprios conflitos, de maneira a exercitarem suas autonomias e gerar paz social.

Em contrapartida, o desenvolvimento dos procedimentos de busca pela consensualização em termos de direitos humanos garante aos cidadãos de uma sociedade uma ampliação do mundo da vida e da autonomia da pessoa, ou seja, redimensionando o espaço de ação para a realização dos seus próprios planos de vida.

Referências

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). *Filosofia Política Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003.

ELLIOTT, Elisabeth M. *Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e Sociedades Saudáveis*. São Paulo: Palas Athena, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. v.I 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Acerca de la legitimación basada em derechos humanos. *Un: Em la constelación posnacional*. Barcelona: Paidós Iberica, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla. 2004.

LOPES, Decildo Ferreira e DIAS, Maxuel Pereira. *Justiça Restaurativa na Execução Penal: um manual para aplicação de círculos de construção de paz em unidades prisionais*. São Paulo: Paulus, 2022.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

OUDSHOORN, Judah *et all*. *Justiça Restaurativa em casos de abuso sexual*. São Paulo: Palas Athena, 2019.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2015.

A IMPOSIÇÃO DA CONSTRUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CONSENSO COMO FORMA DE RACIONALIZAR O ACESSO À JUSTIÇA: VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?

Renata Balthazar Pereira Alves

Doutoranda e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Advogada no Fonseca Neto & Iorio Advogados

Resumo:

O objeto da pesquisa é proporcionar a análise crítica da atuação judicial na imposição de condições prévias ao acesso à prestação jurisdicional, em demandas de menor complexidade. A promoção da Paz, da Justiça e de Instituições Eficazes tem sido constante objetivo de desenvolvimento sustentável proposto na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Adaptar essa premissa à realidade e às necessidades reais de cada nação é proposta desafiadora e que exige atuação interdisciplinar, para promover sociedades mais justas e igualitárias. Contudo, os efeitos das decisões na era pós-verdade muitas vezes trazem adversidades que se desdobram em estímulo à litigiosidade endêmica, resultando no congestionamento dos tribunais brasileiros o que acaba por comprometer a qualidade na prestação jurisdicional em termos de celeridade e efetividade processual, na medida em que rompem com a efetividade dos direitos humanos. Os índices de litigiosidade dos tribunais brasileiros são alarmantes, em especial da Justiça Estadual. A propositura da imposição da tentativa da construção do consenso como etapa prévia à judicialização esbarra em cláusulas pétreas constitucionais. O ordenamento jurídico brasileiro conta com alternativas estimuladas pelo Poder Público para solucionar demandas de menor complexidade, aquelas com expressão econômica reduzida. É preciso ponderação e razoabilidade no proferimento de decisões que infringem a norma legal que beiram o ativismo judicial e estimulam a percepção pessoal para evitar a retroalimentação da máquina judicial. Muitas vezes a mediação pode auxiliar na solução de conflitos, sem a necessária imposição de construção extrajudicial do consenso.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Consenso extrajudicial; Interesse de agir; Ativismo judicial; Mediação judicial.

Introdução

O plano de ação global da Organização das Nações Unidas foi construído e vem sendo desenvolvido com o foco na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária na era da pós-verdade.

Nesse sentido, propõe-se a análise da imposição de construção do consenso e dos seus resultados, com a finalidade de compreender a sua verdadeira eficácia e relevância na sociedade brasileira.

Em que pesem os altos índices de congestionamento dos tribunais brasileiros, o estudo pretende compreender se o Judiciário deve ter o poder de criar, através de decisões adjudicadas, direitos sobrepostos ao garantismo constitucional, bem como ponderar se a arrojada estipulação de metas de redução dos estoques processuais impacta em (im)possível violação de direitos fundamentais deveras adjudicadas em decisões judiciais.

A iniciativa tem por base a análise de casos concretos para entender e explicar os limites do ativismo judicial, trazendo os respectivos impactos ao contexto do ordenamento jurídico brasileiro e tendo como base da pesquisa o minucioso estudo sobre a proteção do direito fundamental de acesso à justiça.

A desjudicialização pode e deve ser estimulada por adoção métodos adequados de construção de conflitos mencionados no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, para a construção de melhor alternativa na tomada de decisão para consolidar o acordo com o fito de evitar escalar o conflito ao Judiciário.

Contudo, determinações judiciais não podem se insurgir contrárias ao acesso à justiça, tema tão caro às nações.

Políticas públicas vêm sendo adotadas e certamente, ao longo dos anos, serão referenciais de serviços públicos, nesse ínterim, é conflitos de menor complexidade podem ser solucionados de forma célere convergindo para a cultura da paz.

Por fim, o estudo científico pretende como resultado final, apresentar possíveis soluções para o enfrentamento do ativismo judicial fundamentado na pós-verdade.

As garantias fundamentais brasileiras de acesso à justiça

O Brasil internalizou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 que dentre diversas diretrizes, eleva o acesso à Justiça à proteção do indivíduo. Assim, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz o garantismo do acesso à Justiça a toda a sociedade.

Como viés desse estímulo à proteção de direitos fundamentais, merece destaque a criação dos Juizados Especiais e do Código de Defesa do Consumidor, na década de 90, que trouxe maior acessibilidade, fomentando ainda mais o acesso à Justiça de forma rápida e econômica.

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou no seu artigo 3º o acesso à Justiça e inovou ao possibilitar a construção do consenso por meio de outros métodos.

Em contrapartida ao sucesso dessas inovações legislativas, atrelado ao perfil beligerante brasileiro, ao incremento das relações negociais, o Poder Judiciário passou a não absorver exponencial demanda para solucionar conflitos, e a crise do Judiciário é real, ainda que o estado de direito e os tribunais brasileiros sejam bem desenvolvidos (Susskind, 2019, p. 9-10).

A cultura da sentença (Watanabe, 1985, p. 85), enraizada na sociedade brasileira, direciona e sedimenta a constante obstrução da Justiça.

O Relatório Justiça em Números 2022 (p. 234) traz a sintetização de importantes dados sobre o perfil Judiciário brasileiro, e especificamente para o estudo em tela, fez-se o recorte da taxa de congestionamento na esfera cível, atualmente em 78% (setenta e oito por cento).

O Estado deve proporcionar o equilíbrio entre opostos para atender as necessidades dos cidadãos, em prol dos direitos fundamentais. Frise-se aqui o empenho do Conselho Nacional de Justiça, sempre atento ao fomento do acesso à justiça, com a edição de normas reguladoras - resoluções e diretrizes - para estimular a mediação, a conciliação, alinhando à evolução tecnológica equilibrada ao fomento da celeridade processual.

Contudo, a judicialização cotidiana exige do Judiciário constante reestruturação da sua capacidade (física e humana) para abarcar a demanda (Duarte, 2013, p. 35), e mesmo assim, considerando a massificação do consumo essa incessante reformulação dificilmente será o bastante, frente à massificação do consumo (Cury, 2018, p. 495).

Noutro giro, o conceito amplo de acesso à justiça, extrapola a percepção do acesso ao Judiciário importando no acesso ao processo justo (Watanabe, 2019, p. 2).

E é nesse sentido que a releitura do princípio do acesso à justiça é essencial para efetivação da jurisdição ainda que e extrajudicial, em conformidade com os ensinamentos de Pinho (2019, p. 243):

“Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente, a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito.”

Em que pese a expressa regulamentação no Código de Processo Civil de 2015 no § 2º do art. 3º o estímulo à solução consensual dos conflitos, sempre que possível, e embora sejam inúmeras as razões para a adoção de métodos adequados de solução de controvérsias fora do sistema formal (Cappelletti, 1992. p. 88) é imperioso o cuidado com a possível violação a direitos fundamentais.

Estabelecer a submissão administrativa do conflito consumerista ao consumidor.gov é acreditar que as barreiras da educação sobre direitos fundamentais, da inclusão social digital foram superadas, o que vai de encontro à realidade brasileira, já que os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (IBGE, 2022, p. 1) demonstra que em 2021, cerca de 95% (noventa e cinco por cento) da população brasileira utilizava a internet para enviar mensagens de texto, voz ou imagens ou para conversar por chamadas de voz ou vídeo, apenas. Isso significa que boa parte da população sequer tem conhecimento da proteção individual que a justiça multiportas¹ possibilita.

A inovação é necessária, contudo, percebe-se um desalinhamento de decisão judiciais impondo a construção extrajudicial do consenso como condição prévia à invocação da tutela jurisdicional. Trata-se da cirúrgica análise de decisões judiciais que estabelecem condição *sine qua nom* a submissão de conflito de interesse consumerista, à plataforma pública consumidor.gov.

Os limites da imposição da construção extrajudicial do consenso e o ativismo judicial

As 3 (três) condições da ação são bem delimitadas no ordenamento jurídico brasileiro em legitimidade ad causam; possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

O interesse de agir surge pela possibilidade de obter-se resultado favorável ao bem jurídico a ser tutelado, atendendo ao binômio “necessidade da tutela jurisdicional e adequação do provimento pleiteado” (Câmara: 1988, p. 120), ancorando-se na proibição da autotutela. E é nesse sentido que a imposição da construção extrajudicial do consenso esbarra no garantismo ao devido processo legal.

Tal imposição de construção do consenso pela via administrativa poderia ser justificada pela tentativa de solucionar o conflito de forma amigável, como por exemplo o protocolo de uma ligação para os canais de teatendimento, ou o envio de mensagem eletrônica, sem que seja exigida a submissão à única porta, qual seja o consumidor.gov.

Caso contrário, estar-se-ia rompendo com os princípios basilares do

1 O termo Justiça Multiportas surgiu em 1976 quando sugerido por Frank Sander (1979), professor da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, para denominar novas portas de acesso à justiça senão a única porta adjudicada

Direito, estabelecidos no regime democrático do Estado Brasileiro, beirando a ilegitimidade e arbitrariedade.

Assim, as traz-se à baila a análise da decisão judicial no processo nº 1000315-58.2020.8.11.0024 do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJ/MT) em que houve a determinação judicial de extinção do feito sem a análise do mérito fundamentada na falta de submissão do conflito à plataforma consumidor.gov..

A decisão se embasa na criativa tentativa de racionalizar o acesso à justiça como estímulo à decantação de demandas de menor potencialidade (Mancuso, 2020, p. 9), antes da efetiva invocação da prestação jurisdicional.

Em outro caso também inovador no processo nº 1001266-15.2021.8.11.0025 do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ/MS), restou entendido que pelo falo da plataforma consumidor.gov.br ter alto índice de resolutividade e pelo fato da parte não comprovar a tentativa de construção do consenso por aquela porta, restou configurada a falta de interesse de agir, e o magistrado estruturou sua decisão tendo como pano de fundo a explosão da litigiosidade que satura o sistema de justiça adjudicatória.

Além de ponderar a necessidade de conscientização da crise do Judiciário, o magistrado citou as inovações legislativas trazidas pelo CPC de 2015 de estímulo ao uso da justiça multiportas, mencionando, ainda, ‘Tema nº 350 - Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário’, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento que a falta do prévio requerimento perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS caracteriza a não postulação administrativa prévia.

Ocorre que, embora simpatizantes, essas teses atropelam verdadeiramente os direitos e garantias fundamentais amplamente debatidas mundialmente porque limita o direito fundamental do consumidor.

Os indicadores do consumidor.gov² apontam atualmente que 7.512.217 reclamações foram finalizadas, por outro lado, o Boletim Consumidor.gov.br 2022 (p. 6) demonstra que pouco mais de 1.200 (mil e duzentas) empresas estão cadastradas na plataforma, portanto abertas à negociação, quantidade irrisória frente ao universalidade brasileira.

Noutro giro, esse posicionamento se traveste de ativismo judicial, considerando que a sociedade ainda não está madura e evoluída o suficiente para absorver a orientação de submissão do conflito consumerista previamente ao consumidor.gov.br.

Decisões eivadas de opiniões pessoais, de voluntarismo e de subjetivismo se traduzem em ativismo judicial, e impor legitimidade ao ativismo judicial é permitir que o Judiciário atue desprovido de pudor (Neves, 2023, p. 43).

Pode-se considerar que o ativismo judicial ao invés de racionalizar o

2 <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir>

acesso à justiça, corrobora para o estímulo à prestação jurisdicional, por conta de decisões violadoras de direitos fundamentais e que retroalimentam o sistema judiciário, comprometendo a desobstrução do acesso à justiça.

Medidas eficazes de racionalizar o acesso à justiça

Certo é que a inovação § 3º do art. 3 do CPC/2015 fomentou o estímulo à justiça multiportas para composição de conflitos, mas essa mudança cultural precisa ser difundida à população por meio de progressivas ações educativas de conscientização dos potenciais de ganhos econômicos e de celeridade na construção do consenso.

A advocacia colaborativa, embasada no princípio da cooperação deve ser estimulada desde os bancos universitários, dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade na defesa dos interesses na promoção de ganhos mútuos. E aqui cita-se o redimensionamento da percepção da importância da designação da audiência de conciliação e mediação intrínseca aos trâmites dos Juizados Especiais Cíveis, como também prevista do artigo 334 do CPC, com vistas à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflito definida pela Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Instituído pela Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) tem por objetivo possibilitar o tratamento adequado da controvérsia. Esses centros de construção de consenso vêm aumentando exponencialmente para atender as demandas de conciliação e de mediação e em 2021, 1.476 (mil quatrocentos e setenta e seis) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) já haviam sido insta, ou seja mais de 50% (cinquenta por cento) das comarcas brasileiras já contam com esse órgão (Relatório Justiça em Números 2022, 2023, p. 201).

Com isso percebe-se a clara adoção de políticas públicas voltadas ao aparelhamento institucional de recursos humanos e recursos materiais para possibilitar o estímulo à construção do consenso sem violação a direito fundamental. Porém há a necessidade de trabalho de conscientização da sociedade como um todo para a aceitação e orientação no sentido de superar pré-conceitos creditando à mediação e à conciliação a real possibilidade de êxito no acordo como forma opcional prioritária à decisão adjudicada.

Em especial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem construindo infraestrutura adequada, para oferecer à sociedade serviço de qualidade, através de instalações adequadas e mediadores judiciais aptos a compor o conflito. Inclusive o próprio NUPEMEC³, em seu sítio, disponibiliza o acesso ao consumidor.gov como fase pré-processual de compor o conflito, e não como imposição prévia de acesso ao Judiciário.

O NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também ofe-

3 <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao>

rece mediação especializada para aqueles em situação de superendividamento, bastando apenas preencher formulário solicitando a prestação do serviço público.

Conclusão

Diversas tentativas vêm sendo estudadas para a desobstrução do sistema Judiciário brasileiro em prol do fomento à celeridade processual, efetividade do processo e o acesso ao processo justo.

No cenário atual, é preciso atenção especial ao ativismo judicial para evitar que decisões adjudicadas se tornem verdadeiras aberrações jurídicas, e desencadeiem outros problemas sociais, como o estímulo à prestação jurisdicional e a concessão excessiva de direitos fundamentais consagrados e protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, em favor de acordo abusivo.

Nesse sentido é necessário atribuir segurança jurídica, integridade e confidencialidade aos acordos para mitigar os impactos de algoritmos abusivos.

O proveito do uso da tecnologia vem efetivado pelo CNJ com edição de Resoluções como a Resolução CNJ nº 335/2020 que criou a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-Br) e pode atribuir maior equilíbrio e segurança jurídica aos acordos, na medida em que alinha a determinação da Lei Geral de Processamento de Dados (Lei nº 13.709/2018), através da Resolução CNJ nº 363/2021, quando determina que os tribunais adequem o tratamento dos dados transitados em suas plataformas virtuais, com o intuito de promover e fomentar a liberdade, a privacidade e o bem-estar dos jurisdicionados.

Novos contornos ao interesse de agir ainda precisam ser melhor apurados e estratificados com a devida seriedade que a matéria exige.

Atento à evolução dos interesses da sociedade, o Poder Judiciário vem se estruturando cada vez mais para absorver as necessidades da sociedade seja através da prestação jurisdicional, seja por meio do oferecimento de ferramentas de construção do consenso na fase pré-processual, sem violar direitos fundamentais.

Referências

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: 19 nov. 2023.

BRASIL. [CPC (2015)]. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#:~:text=Art.%203%C2%BA%20N%C3%A3o%20se%20excluir%C3%A1,a%20solu%C3%A7%C3%A3o%20consensual%20dos%20conflitos. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Centro de Documentação e Disseminação de Informações, Gráfica Digital. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101963_informativo.pdf Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. **Boletim Consumidor.gov.br 2022**. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/dia-do-consumidor-senacon-lanca-boletins-com-os-dados-de-reclamacoes-recebidas-em-2022/15-03-2023-boletim-consumidor-gov-br-2022_v6.pdf Acesso em: 19 nov. 2023

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CURY, Cesar Felipe et al. **Mediação**. In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. **Acesso à justiça, retroalimentação e flexibilização procedimental nos juizados especiais estaduais**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. n. 888. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009.

NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política três perguntas fundamentais para uma distinção**. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 43

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 243

SANDER, Frank. **The proud confederence: perspectives on justice in the future**. St. Paul Minn.: West Pub. Co., 1979 Disponível em: <https://searchworks.stanford.edu/view/1752776> Acesso em: 19 nov. 2023.

SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. USA: Oxford University Press, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Dei Rey, 2019.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANDO DA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS À PROTEÇÃO SOCIAL, NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS

Marcelo Paar Santiago

Doutorando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista do Doutorado e Mestre em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6899-4959>

Resumo:

Este trabalho, submetido ao Simpósio On59, é fruto de pesquisa que tem como tema o direito fundamental à boa administração pública quando da elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos, cuja delimitação está na utilização da efetividade como instrumento de medida da satisfação do destinatário da política pública de proteção social. A relevância temática está no acesso às políticas públicas de proteção social como direito humano. A investigação cinge-se ao seguinte problema: a não observância, pela Administração, do possível grau de satisfação da política pública de proteção social por parte dos seus destinatários, não feriria o princípio da efetividade e, por conseguinte, o direito fundamental à boa administração pública? A pesquisa tem como objetivo geral contribuir para o exame da elaboração e execução de políticas públicas de proteção social. Apresenta os seguintes objetivos específicos: investigar a diferença entre os princípios da eficiência, eficácia e efetividade; e investigar se a elaboração de políticas públicas dirigidas à proteção social está no rol de direitos fundamentais. A metodologia utilizará os tipos investigativo e analítico, sintetizada em pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa documental tem foco na Carta de Nice, no Tratado de Lisboa e na Constituição brasileira. A pesquisa bibliográfica estará direcionada à doutrina relacionada ao direito fundamental à boa administração pública, ao orçamento-programa e à efetividade. Apresentar-se-ão indicadores que demonstram que resultados melhores de políticas públicas de proteção social, no âmbito dos direitos humanos, são alcançados quando a efetividade é levada a efeito.

Palavras-chave: Princípio da efetividade; Direito fundamental à boa administração pública; Orçamento-programa voltado a resultados; Execução de políticas públicas dirigidas à proteção social no âmbito dos Direitos Humanos.

Introdução

O presente trabalho é fruto de pesquisa realizada para submissão ao Simpósio On59 do VIII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar, em 2023, que busca investigar o direito fundamental à boa administração pública quando da elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

A delimitação desta pesquisa está centrada na utilização do princípio da efetividade como instrumento de medida da satisfação do destinatário da política pública relacionada à proteção social.

A relevância temática deste artigo encontra guarida na assertiva de que é necessário tratar o adequado acesso às políticas públicas de proteção social como direito humano, para tanto entendendo a boa administração pública como um direito fundamental.

A hipótese inicial é de que são melhores os resultados de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos, quando o princípio da efetividade é levado a efeito.

O problema da pesquisa orbita na seguinte questão: a não observância, pela Administração, do possível grau de satisfação da política pública de proteção social por parte dos seus destinatários, não feriria o princípio da efetividade e, por conseguinte, o direito fundamental à boa administração pública?

O objetivo geral da pesquisa é contribuir para o exame da elaboração e execução de políticas públicas destinadas à proteção social. Os objetivos específicos desta pesquisa são: i) investigar a diferença entre os princípios da eficiência, eficácia e efetividade; e ii) investigar se a elaboração de políticas públicas dirigidas à proteção social está no rol dos direitos fundamentais.

A metodologia utilizou os tipos descritivo, investigativo e analítico, sintetizada em pesquisa documental e bibliográfica. No que se refere à pesquisa documental, o foco esteve voltado para o exame da legislação brasileira, em especial: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e a Lei Federal nº 4.320/64.

A pesquisa bibliográfica está direcionada à doutrina relacionada às regras e princípios relacionados com os institutos jurídicos que têm intrínseca relação com o direito fundamental à boa administração pública quando da elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

Assim, o presente trabalho se divide em seis seções para além desta introdução (primeira seção), que se desenvolvem da seguinte forma: a segunda seção cuida da origem da boa administração pública como direito fundamental no cenário da União Europeia; na terceira seção se investiga e se analisa o direito fundamental à boa administração pública e sua interligação com a dignidade da pessoa humana, o Estado de bem-estar, a sinceridade orçamentária, a legitimidade e os conceitos de governança e compliance; a quarta seção trata da interligação entre a elaboração e execução de políticas públicas de proteção social como direitos fundamentais e os Direitos Financeiro e Tributário; a quinta seção investiga o orçamento-programa e a técnica do orçamento de desempenho, como elementos legitimadores da aplicabilidade do princípio da efetividade no planejamento e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social como direitos fundamentais; a sexta seção analisa as diferenças conceituais existentes entre os princípios da eficácia, eficiência e efetividade; a sétima seção é a conclusão.

A boa administração pública como direito fundamental no cenário da União Europeia: origem

A ideia da boa administração pública como direito fundamental aflo- ra no processo de conformação da União Europeia, que no seu início teve como foco os interesses econômicos comuns dos países europeus. Naquele momento, a proteção aos direitos fundamentais não havia alcançado uma atenção prioritária da União Europeia.

Mas com o avançar do processo de unificação europeia, vislumbrou-se, de forma indelével, que os direitos fundamentais se consubstanciavam tam- bém como elementos aptos a gerar uma identidade europeia.

Nesta toada, não é demais relembrar o ensinamento de Bobbio (1992, p. 24) quando indaga que o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto de justificativa, mas sim de efetividade.

Nesta esteira, em 2000, surge a Carta de Nice, que explicitou normati- vamente um rol de direitos fundamentais, que passaram a integrar o direito comunitário, impondo, assim, consequências aos respectivos ordenamentos jurídicos dos países integrantes da União Europeia.

A Carta de Nice passou a ser pensada em 1999, na reunião do Conse- lho Europeu de Colônia¹, como um instrumento que assegurasse direitos

1 O Conselho Europeu estabeleceu que a Carta de Nice deveria abarcar os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como elen- cados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, refletindo as tradições constitucionais comuns dos Estados-Mem- bros enquanto princípios gerais do direito comunitário. Na elaboração da Carta de Nice, deveriam ser igualmente levados em conta os direitos econômicos e sociais existentes. CONSELHO EUROPEU DE COLÔNIA, reunião havida em 3 e 4 de junho de 1999, Decisões da Presidência, Anexo IV - Decisão do Conselho Europeu sobre Elaboração

fundamentais na União Europeia. As suas diretrizes e conteúdo foram delimitados já naquela reunião de 1999.

Ademais, também foi relevante para a consolidação da “boa administração” como um direito fundamental, ao menos no campo da União Europeia, a atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que verificou a necessidade de se criar de forma homogênea o tanto possível direitos fundamentais que repercutissem efeitos em todos os países membros da União Europeia, o que se revelou relevante para o funcionamento harmônico de alguns dos pressupostos da União Europeia, tais como a livre circulação de pessoas e bens.

Desta feita, em 7 de dezembro de 2000, o Parlamento Europeu; o Conselho da União Europeia; e a Comissão Europeia estabeleceram a normativa então sugerida pelo Conselho de Colônia, em 1999, onde seu art. 41 previu de forma explícita a “boa administração” como direito fundamental.

Ainda cumpre consignar que o Tratado de Lisboa, de 1º de dezembro de 2009, também teve papel de destaque na questão da “boa administração” como direito fundamental, isto porque, muito embora não transcreva o conteúdo do seu art. 41, reconhece textualmente à Carta de Nice o mesmo status de um tratado da União Europeia, sepultando, assim, qualquer indagação de que a Carta de Nice não poderia ser aplicada pelos estados que compõem a União Europeia, porque não se tratava de um tratado.

Essa confirmação da tendência na União Europeia em tratar a boa administração como direito fundamental acabou por ser abarcada, no geral, pela doutrina brasileira. Nesta toada, é de bom tom trazer à colação os ensinamentos de Vanice Valle (2010), que já no resumo de sua obra de pós-doutoramento assevera o seguinte:

A conclusão é de que é compatível com o sistema constitucional brasileiro, a afirmação de que a governança possa se apresentar como a face objetiva do direito fundamental à boa administração; e mais ainda, que o direito pode contribuir para a maior efetividade dessa linha de conduta administrativa que contribuir para a democratização. (grifos nossos).

No que se refere à boa administração como direito fundamental, Vanice Valle (2010, p. 105) também faz menção à concepção dos princípios e regras que normatizam a União Europeia. Vejamos:

Essa trajetória de controle do poder tem, como manifestação mais recente, a enunciação do direito fundamental à boa administração, trazida para o corpo de um diploma jurídico, ao longo do processo de institucionalização da União Europeia. Com tal iniciativa, juridicizou-se um bem da vida - “boa ad-

de uma Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

ministração” - cujo conteúdo precisa ser compreendido, para que se possa identificar pertença, efetivamente, ao campo daqueles direitos que merecem o regime típico da qualificação como fundamentais. (grifos nossos)

Vanice (2010, p. 106) conclui, então, que existe uma tendência brasileira em admitir a “boa administração” como direito fundamental, *in verbis*: “tendência já concretizada no cenário nacional a reconhecer, no ordenamento jurídico brasileiro, também um direito fundamental à boa administração.”

Corroborar tal assertiva o fato de que com a CRFB/1988, conforme ensina Giancarlo Sorrentino (2003, p. 22), os órgãos do poder político foram conformados com o intuito da realização dos valores e da tutela dos direitos fundamentais, amoldando-se, assim, em um Estado de serviço.

Noutras palavras, as balizas fixadas pela CRFB/1988 foram projetadas para a consecução da finalidade do agir administrativo. Finalidade esta que desemboca na boa administração como direito fundamental, em especial na agenda que trata da elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

O direito fundamental à boa administração e sua interligação com a dignidade da pessoa humana, o Estado de bem-estar, a sinceridade orçamentária, a legitimidade e os conceitos de governança e compliance

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz nos ensina que o direito fundamental à boa administração pública tem intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Muñoz (2012, p. 25) parte da assertiva de que a Administração é uma organização que serve com objetividade os interesses gerais. Assim, o Estado já não é mais um mero prestador de serviços públicos. “O Estado é, sobretudo e antes de tudo, garantidor de direitos e liberdades do cidadãos, para o que goza de um conjunto de novas técnicas jurídicas que lhe permitem cumprir cabalmente essa função.” Muñoz arremata, asseverando que “O Estado, através da Administração, deve garantir os direitos fundamentais.” (2012, p. 149).

Já Gustavo Binenbojm (2008, p. 51) assevera que a organização do Estado tem a finalidade de levar a efeito o superprincípio da dignidade da pessoa humana, que se situa no epicentro valorativo (axiológico) da ordem jurídica brasileira.

Não à toa o inciso III, do art. 3º, da CRFB/1988 estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ora, essa objetivação, indubitavelmente, busca levar a efeito a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, como instrumento, o direito fundamental à boa administração pública, em especial quando da elaboração e

execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

Neste contexto, torna-se relevante trazer à baila os ensinamentos de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 148) quanto à relação existente entre o Estado de bem-estar e a boa administração. Vejamos:

Hoje, a partir dos postulados do Estado dinâmico do Bem-Estar, o serviço público em sentido técnico-jurídico apenas conta na medida em que a realidade manifesta a emergência dos serviços de interesse geral, ou dos serviços de interesse econômico geral e, por isso, produz-se uma volta ao Direito Administrativo, certamente diferente daquele do século passado, mais desafiante, diante do seu papel essencial de construir técnicas jurídicas que garantam o bem-estar integral dos cidadãos.

Muñoz (2012, p. 29), ainda relaciona o direito fundamental à boa administração pública com o princípio da sinceridade orçamentária. Vejamos:

A boa administração, ou o bom governo, como anteriormente se comentou, tem uma dívida pendente com a realidade, pois só a partir dela se pode melhorar o presente para construir um melhor futuro.

Pensar a complexidade da realidade e aproximar-se dela a partir do pressuposto das nossas próprias limitações, além de acabar com todo dogmatismo, rompe também qualquer tipo de prepotência na análise de soluções às quais o agente público possa ver-se tentado. (grifos nossos).

E não é só. É insofismável a assertiva que a boa administração pública tida como direito fundamental traduz a ideia de legitimidade para o exercício do poder pelo governo e para suas escolhas no que tangem às políticas públicas a serem desenvolvidas por ele, em especial as relacionadas com a proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

Sobre a legitimidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36-38) leciona que relações baseadas somente na coercitividade não são tão estáveis e duradouras quanto àquelas que têm supedâneo no consenso, seja por intermédio de um modelo contratual ou convencional. Vejamos:

O que distingue, entretanto, é que as relações fundadas apenas ou predominantemente na *coerção* não serão tão duradouras quanto as que se fundem no *consenso*, situando-se entre ambas as relações *híbridas*, que, embora suportadas pela coerção, contam com um *mínimo de aceitação do grupo* - o que as aproximam das características consensuais institucionais espontâneas.

Pois bem, retornando ao *consenso*, conforme se apresente no grupo - de modo *induzido* ou *espontâneo* - desenvolver-se-ão dois tipos ele-

mentares de fundamento para a *organização da sociedade*: o modelo *contratual* e o modelo *convencional*.

[...]

E, realmente, tão poderoso foi o apelo consensual do *contrato*, que, ao se laicizar com o Renascimento, e ao se reentronizar o Conhecimento racional ao lado do Conhecimento revelado, o conceito pactista logo se difundiria e ganharia foros de universalidade, vertendo-se em reputados estudos filosóficos pioneiros, que mais tarde passariam a trabalhar o *fenômeno germinal da sociedade*. Contam-se, entre estes, os dos mais ilustres precursores das modernas Ciências Sociais, como Hobbes, Locke e Rousseau, assentando todos no *pacto*, ou seja, no *consenso manifesto* das sociedades, a *legitimidade* das instituições civis.

Pois bem, este consenso que desemboca na boa administração pública como direito fundamental, conforme leciona Marcelo Pereira dos Santos (2022, resumo), tem uma grande contribuição da governança pública e do compliance, em especial ao que, com o tempo, se convencionou denominar de “agir da Administração, em proveito do bem comum, além de facilitar a definição de critérios para definir as propriedades, diante da escassez de recursos, comparados ao amplo universo de demandas levadas aos organismos estatais.” Nesta senda, continua lecionando Marcelo Pereira dos Santos (2022, p. 9):

O gerenciamento da estrutura administrativa do Estado é um dos temas mais relevantes no âmbito da ciência jurídica contemporânea, porque está diretamente relacionado aos interesses do cidadão e é capaz de afetar a marcha evolutiva fática da sociedade para que sejam erguidos novos parâmetros e critérios normativos suficientes às ambivalências mediadas pela Administração Pública.

José Claudio Monteiro de Brito Filho (2018, p. 27-28), se posicionando acerca da melhor forma de distribuir direitos, assevera que os direitos fundamentais são aqueles que representam o mínimo existencial. Vejamos:

Nesse estudo, assumi como a melhor forma de distribuir direitos a que decorre da concepção de justiça denominada liberalismo igualitário, que defende que as pessoas devem ter direito, na medida de suas necessidades - leia-se, também, particularidades - **aos direitos fundamentais, que representam o mínimo necessário para que possam cumprir seus planos de vida**, quaisquer que sejam esses planos. (grifos nossos).

Já Juarez Freitas (2015, resumo) ensina que “em nosso modelo constitucional, as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e do direito

fundamental à boa administração pública.”

A interligação entre a elaboração e execução de políticas públicas de proteção social como direitos fundamentais e os Direitos Financeiro e Tributário

Luciano Benetti Timm (2010, p. 60) afirma que “a realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deles deveriam atender.”

Neste viés, do ponto de vista orçamentário e sua vinculação às escolhas feitas nas propostas de governo, podemos afirmar que normas que contemplem metas, diretrizes e objetivos financeiros, bem como contemplem a previsão de receitas e a fixação de despesas para a administração pública não podem ser genéricas e imprecisas, caso contrário se consubstanciarão em meras peças de ficção e/ou propaganda político-ideológica. Assim, devem ser o mais específicas e precisas (princípio financeiro da especificação²) o quanto possível e devem também buscar, o quanto possível, a efetividade das políticas públicas e, por conseguinte, a consecução dos direitos fundamentais e sociais, em especial no âmbito dos direitos humanos. Neste sentido, vejamos os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos (2018, p. 121):

Embora o objeto a ser controlado envolva a comparação entre as metas inicialmente fixadas pelo Poder Público e o resultado final de suas políticas, pode haver um problema prévio: a ausência de metas concretas a partir das quais algum controle possa se desenvolver. Nada obstante o que prevê a Constituição brasileira acerca do plano de governo, esse documento contém tradicionalmente apenas uma peça retórica de propaganda política, da qual como regra não é possível extrair qualquer meta tangível no que diz respeito às políticas que o Governo pretende implementar. O mesmo se diga acerca dos planos plurianuais e até mesmo das leis orçamentárias.

Desta feita, torna-se imperioso que as propostas de governo - de registro obrigatório na Justiça Eleitoral, sob pena de indeferimento da candidatura ao cargo de Chefe do Executivo - bem como as respectivas leis de cunho orçamentário (PPA, LDO e LOA) sejam elaboradas com sinceridade e de forma vinculada, buscando, por intermédio da boa administração pública, a consecução de políticas públicas de igualdade de oportunidades³ e inclusão

2 Quanto ao princípio da especificação, trazemos à baila os artigos 11; 22, IV; 88; 91; e 98, parágrafo único, todos da Lei 4.320/64.

3 Aqui temos a posição original de John Rawls. John Rawls (2008, p. 376) que assevera que os direitos devem ser distribuídos sobre a égide de dois princípios da liberdade e da igualdade. Tal distribuição seria de bens primários, que, segundo ele, se consubstanciam em:

que considerem a boa administração pública como direito fundamental, em especial quando da elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos.

Nabais (2005, p. 112) estabelece um vínculo entre a boa administração pública e o direito fiscal, uma vez que este seria o grande instrumento facilitador para a consecução da solidariedade social, assim, levando a efeito a fraternidade e os direitos fundamentais.

Torna-se, assim, evidente que a boa administração pública como direito fundamental tem intrínseca relação com o ciclo de políticas públicas, que por sua vez se entrelaça intimamente com o ciclo orçamentário. É que discutir políticas públicas sem tratar de orçamento público é, sem dúvida, travar uma discussão absolutamente estéril.

Eu mesmo já me posicionei outras vezes acerca da “íntima e necessária ligação dos Direitos Financeiro e Tributário com a consecução de políticas públicas, em especial às voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana”, logo, voltadas para boa administração pública como direito fundamental (2021, p. 597).

Não à toa, quando Fernando Facury Scaff (Scaff, In: Neto; Silva; Neves, 2018, p. 13) pergunta se o Direito Financeiro pode ser considerado um direito social? Ele mesmo responde afirmativamente, “em especial quando a ele se atribui uma finalidade, que é a de cumprir os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição.”

O orçamento-programa e a técnica do orçamento de desempenho, como elementos legitimadores da aplicabilidade do princípio da efetividade no planejamento e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social como direitos fundamentais

Aqui partimos do pressuposto de que não há como elaborar e executar políticas públicas positivas⁴ sem a tutela do Direito Financeiro. Sobre o tema, já me posicionei em artigo de 2021 (Santiago, 2021, p. 2, 5 e 6). Vejamos:

Com efeito, salvo as políticas públicas negativas - que são muito poucas, diga-se de plano -, não se realizam políticas públicas sem dinheiro público, fato que necessária e indispensavelmente envolve o Direito Financeiro na questão. Trata-se de matriz constitucional. O comando tem previsão no art. 165, I, II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), c/c o art. 35, I, II e III, do Ato das Disposições Constitucionais

liberdades, direitos, igualdade de oportunidades, riqueza, renda e autoestima. É a mesma perspectiva analítica que Amartya Sen (2001, p. 134-135) denominou de igualdade de meios.

4 Políticas públicas positivas são aqueles que exigem um agir (comissivo) da Administração Pública.

Transitórias (ADCT). As constituições estaduais e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios, simetricamente com a CRFB/1988, também trazem em seus respectivos textos tal comando.

[...]

Desta forma, convicto de que todos aqueles que lidam ou desejam lidar com o engendramento de políticas públicas devem saber, ao menos, sobre os princípios que norteiam a elaboração e a execução dos orçamentos públicos e sobre as regras que norteiam a elaboração e fixam os prazos de elaboração do Plano Plurianual - PPA, da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA.

Flávia Sousa Garcia Sanz (2018, p. 309) assevera que “para estabelecer políticas públicas é necessário compreender o regime de finanças públicas e os limites do poder de tributar.”

É que no estado democrático de direito, não podemos mais imaginar que o orçamento público, instrumentalizado pela lei orçamentária, seja concebido como mera peça autorizativa, sem qualquer carga impositiva. Com efeito, hodiernamente, o planejamento; a execução; o monitoramento; e a avaliação do orçamento e, por conseguinte, das políticas públicas nele contidas, devem ocorrer sob a técnica do orçamento de desempenho e sob a égide do princípio da programação (orçamento-programa). No mesmo sentido são as ponderações de Claudia Gurgel (Gurgel, Claudia. In: Pires; Vieira; Bacha, 2018, p. 17 e 30). Vejamos:

Na realidade constitucional brasileira, no centro das políticas sociais, os destaques são as normas que possibilitam o controle social na efetividade dos direitos humanos, tanto no âmbito do orçamento público quanto na criação dos instrumentos de participação.

[...]

Dos instrumentos de atuação do Estado na realização de seus compromissos institucionais, o orçamento público se destaca nessa tarefa, quando, a partir de uma abordagem mais funcional, deixa de ser entendido como peça contábil e financeira fixadora apenas da previsão de receitas e a fixação de despesas para determinado período, - visão tradicional do orçamento -, e passa a ser veículo condutor dos planos governamentais de desenvolvimento. Num aspecto mais dinâmico, torna-se um eficiente mecanismo de interação do Estado com a sociedade, dando suporte às ações públicas que se voltam à proteção e eficiência dos direitos humanos.

[...]

Não se pode olvidar que o Estado Democrático brasileiro Social e de Direito afirma-se, sobretudo, pela via do orçamento, com o devido controle dos gastos públicos e o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais.

É nesta esteira onde encontra-se o princípio da programação, que se consubstancia na assertiva de que as despesas públicas devem ser classificadas de acordo com suas finalidades e os respectivos recursos (dotações). Trata-se de uma classificação funcional e programática do orçamento público. Assim, o orçamento-programa deve contemplar dados e informações tanto de natureza quantitativa quanto qualitativa. A natureza quantitativa se relaciona com a dimensão físico-financeira do orçamento público, assim, orbitando na definição da quantidade de bens e serviços que serão entregues/prestados pelo ente público naquele específico exercício financeiro, para tanto fixando (na elaboração) e autorizando (no transcurso) as respectivas dotações.

Já a natureza qualitativa tem intrínseca relação com o princípio da efetividade, posto que a qualidade também tem uma vertente axiológica. Com efeito, o controle e, principalmente, a avaliação da qualidade do bem ofertado ou do serviço prestado pela Administração Pública também perpassa, inexoravelmente, pela medição do grau de satisfação de seus destinatários.

Assim, o orçamento-programa é a consequência instrumental advinda do princípio da programação. Ele interliga a gestão do dinheiro público e o planejamento governamental das políticas públicas, tratando-se, portanto, de instrumento balizador e paramétrico de consecução de políticas públicas eficazes, eficientes e efetivas.

Pode-se afirmar, portanto, que para a adoção do orçamento-programa exige-se, dentre outros, o cumprimento três requisitos: i) a necessidade de uma análise crítica setorizada acerca das despesas públicas; ii) a implementação da participação popular na elaboração da peça orçamentária; e iii) a exigência de que o gestor público motive pormenorizadamente suas escolhas. Pois bem, tais requisitos denotam que a adoção do orçamento-programa legitima da aplicabilidade do princípio da efetividade, uma vez que em todos os três requisitos existe, ainda que implicitamente, a necessidade de se levar em conta aspectos regionais, multiculturais, históricos e valorativos relacionados com a satisfação dos destinatários das políticas públicas insculpidas na peça orçamentária, inclusive e especialmente às de proteção social, como direitos fundamentais.

Já o orçamento de desempenho é uma técnica que não apenas se foca na formalidade da lei orçamentária e no equilíbrio das contas públicas; mas também e principalmente na qualidade e nos resultados dos programas governamentais. Desta forma, o orçamento de desempenho relaciona-se intimamente com o modelo de auditoria de desempenho, tendo, assim, intrínseca relação com as fases do acompanhamento e da avaliação do ciclo de políticas públicas e das fases do controle e da avaliação do ciclo orçamentário, portanto, tratando-se da análise crítica dos resultados da execução do orçamento e das políticas públicas, para tanto, mensurando indicadores relacionados à eficiência, eficácia e efetividade.

Com efeito, pode-se afirmar que a técnica do orçamento de desempenho legitima a aplicação do princípio da efetividade no campo orçamentária, uma vez que o foco desta técnica está na qualidade e nos resultados que os programas governamentais entregam, assim, por óbvio a medida desta qualidade e resultados também engloba o grau de satisfação de seus destinatários, em especial quando relacionados às políticas públicas de proteção social como direitos fundamentais.

As diferenças conceituais existentes entre os princípios da eficácia, eficiência e efetividade

Nesta seção se diferencia conceitualmente os princípios da eficácia, eficiência e efetividade, posto que são intrinsecamente ligados, mas de conceitos jurídicos distintos, portanto, produzindo diferentes efeitos no mundo dos fatos e no estabelecimento de políticas públicas de proteção social como direito fundamental.

O princípio da eficácia orbita na dimensão do desempenho que se expressa pelo alcance dos objetivos ou metas, independentemente dos custos que se teve para o atingimento da política pública. Relaciona-se, pois, com o alcance de resultados previamente fixados.

O princípio da eficiência está na dimensão do desempenho que se consubstancia no processo em si, no meio de alcance das metas e objetivos. Trata-se do “fazer mais com menos no menor tempo possível”, contudo, mantendo-se a qualidade desejada. Noutras palavras, o princípio da eficiência tem íntima relação com os planejamentos e métodos que buscam evitar o desperdício e a perda tempo.

Já o princípio da efetividade orbita na dimensão do desempenho que representa a relação entre os resultados alcançados e as transformações ocorridas. Possui foco externo, porque leva em consideração o grau de satisfação dos destinatários das políticas públicas, ocorrendo, portanto, uma análise crítica dos seus impactos. Está ligado à ideia de agregação de valores. É a dimensão do desempenho que representa a relação entre os resultados alcançados, as transformações ocorridas e o grau de satisfação das pessoas que são impactadas por aqueles resultados. Daí é possível afirmar que não há como ser efetivo sem alcançar eficácia; mas o fato de se obter a eficácia e eficiência, por si só, não garante o alcance da efetividade.

Desta forma, ao nosso sentir, é necessário que a administração pública, quando da valoração do bem ou serviço a ser entregue a sociedade, o faça levando em conta qual será o seu destinatário final, isto porque um mesmo bem ou serviço pode receber uma valoração diferente de diferentes grupos sociais, assim, impactando com maior ou menor intensidade em dado grupo, conforme suas cargas histórica e cultural. Isto também é ser efetivo.

Conclusão

O direito fundamental à boa administração pública se corporificou na União Europeia, com a Carta de Nice, de 2000, que ganhou o status de tratado com o art. 41 do Tratado de Lisboa, de 1º de dezembro de 2009.

A elaboração e execução de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos, deve passar pela sinceridade orçamentária, o compliance, a governança, a legitimidade, a dignidade da pessoa humana e o Estado de bem-estar. Somente assim se alcança, com certo grau de sucesso, a efetivação da boa administração pública como direito fundamental.

O direito fundamental à boa administração pública tem intrínseca relação com o ciclo de políticas públicas e com o ciclo orçamentário.

O atingimento da eficácia e eficiência, pela administração pública, quando elabora e executa políticas públicas, necessariamente não importa no alcance da efetividade, haja vista a significação valorativa (axiológica) dada àquelas políticas públicas pelos seus destinatários.

A elaboração de políticas públicas dirigidas à proteção social está no rol dos direitos fundamentais.

O orçamento-programa e a técnica do orçamento de desempenho, cada qual a seu modo, legitimam o princípio da efetividade no planejamento e execução de políticas públicas de proteção social, como direitos fundamentais.

Os princípios da eficiência, eficácia e efetividade, apesar de muito próximos e, em certa medida, interligados, têm conceitos jurídicos distintos.

São melhores os resultados de políticas públicas dirigidas à proteção social, no âmbito dos direitos humanos, quando a efetividade é levada a efeito.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. ISBN 9788573486735. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e Constituição**. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19ª reimpr., tradução de Carlos Nelson Coutinho. Traduzido de *L'età dei Diritti*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 14. nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado. Brasília/ DF.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Tributação, direitos fundamentais e liberalismo igualitário**. In: **Tributação e direitos humanos**. NETO, Calilo Jorge Kzan; SILVA, Maria Stela Campos; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CONSELHO EUROPEU DE COLÔNIA. **Reunião havida em 3 e 4 de junho de 1999, Decisões da Presidência, Anexo IV - Decisão do Conselho Europeu sobre Elaboração de uma Carta Dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm#an4. Acesso em: 14. nov. 2023.

FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/21688>. Acesso em: 14. nov. 2023.

GURGEL, Cláudia. **Democracia brasileira participativa e o orçamento público na defesa dos direitos humanos**. In: PIRES, Adilson Rodrigues. VIEIRA, Carlos Renato. BACHA, Rafael DUAİLIBE (organizadores). **Políticas públicas e tributação**. ISBN 978-85- 952-4037-7. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade - finalidade - eficiência - resultados**. ISBN 978-85-7700-112-5. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. ISBN 978-85-7700-631-1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NABAIS, José Casalta. **Solidariedade social, cidadania e direito fiscal**. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTIAGO, Marcelo Paar. Artigo: **Direitos financeiro e tributário e a consecução de políticas públicas voltadas aos direitos humanos**. Artigo apresentado e aceito para publicação no Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito - CAED-Jus 2021 como capítulo do livro: **Visões sobre direitos humanos e fundamentais**. Vol.1. 2021. Disponível em: <https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/08/01-CAEDJUS-2021-Visoes-sobre-direitos-humanos-e-fundamentais-v1.pdf>. Acesso em: 14. nov. 2023.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. **Governança e compliance na administração pública direta**. ISBN 978-85-519-1877-7. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

SANZ, Flávia Sousa Garcia. **Instrumentos fiscais para desenvolvimento local e inserção dos cidadãos na execução de políticas públicas**. In: **Tributação e direitos humanos**. ISBN 978-85-519-0479-4. NETO, Calilo Jorge Kzan; SILVA, Maria Stela.

SCAFF, Fernando Facury. **Notas para a compreensão do direito financeiro como um direito social**. In: **Tributação e direitos humanos**. ISBN 978-85-519-0479-4. NETO, Calilo Jorge Kzan; SILVA, Maria Stela Campos; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (Organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. ISBN 9788573486735. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Fundação Getúlio Vargas. Tese apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas para obtenção do título de pós-doutor. Área de concentração: Administração. Pós-doutorado em Administração, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12. nov. 2023.

OS AVANÇOS DA ENGENHARIA GENÉTICA E DO TRANSHUMANISMO: SURGINDO UMA NOVA ORDEM SOCIAL

Yasmin Juventino Alves Arbex

Doutoranda em Direito Público e Evolução Social (PPGD-UNESA). Mestre em Direito Social, Tutelas Coletivas e Direito Difuso (PPGD-UNISAL)

Resumo:

O avanço das ciências médicas sempre foi encarado como uma grande conquista para a sobrevivência da espécie humana, entretanto, surpreendentes descobertas como a edição genética através da técnica de alteração da biologia molecular que atua nas sequências de DNA, CRISPER Cas9, nos acendeu um sinal de alerta, já que qualquer parte do DNA humano pode ser alterada. Como objetivo, a presente pesquisa pretende analisar os interesses políticos e econômicos que gravitam em torno de novas descobertas na área da saúde, bem como a análise a respeito da necessidade de novas políticas públicas capazes de assegurar, ao menos em parte, que os usuários do Sistema Único de Saúde tenham acesso às novas tecnologias no tratamento e prevenção de doenças, fazendo valer direitos fundamentais como acesso à saúde pública de qualidade, garantia da dignidade da pessoa humana, igualdade, entre tantos outros. Este resumo faz parte da pesquisa em andamento, cujo tema é a abordagem a respeito dos impactos que o avanço desenfreado do melhoramento humano pode acarretar uma sociedade desigual, bem como a necessidade de imposição de limites éticos na aplicação de novos conhecimentos na área da saúde.

Palavras-chave: Ética; Direito fundamental à saúde; Engenharia genética; CRISPR CAS9.

Introdução

Durante séculos a população obtinha a mesma resposta para questões delicadas como a fome, as doenças, as mudanças climáticas. Toda a existência se dava em função da vontade de Deus, entretanto, quando o homem deu início ao controle dessas questões, respostas simples já não era mais aceita. A resposta certa deveria partir sempre da ciência.

Não é necessária uma análise apurada para se compreender o quanto a tecnologia está inserida no nosso cotidiano. Diariamente é possível se deparar com novas definições e conceitos a respeito dos mais diversos temas, mas afinal, o que é engenharia genética, edição gênica e transhumanismo?

Determinados conceitos podem parecer difíceis, algumas práticas podem se mostrar distantes, mas a tecnologia trabalhando a serviço do melhoramento da qualidade de vida, na superação dos limites físicos e mentais, é uma realidade, entretanto, a grande questão é: quem terá acesso a estes cuidados?

Ao menos por enquanto é possível verificar grande empolgação em relação às novas descobertas e as possibilidades de curar doenças mais complexas, mas pouco se discute a respeito das implicações éticas e sociais que permeiam o tema.

Não se nega que a Constituição Federal de 1988 possui mecanismos robustos em relação às defesas individuais, todavia, se faz necessário pensar o direito à saúde por um novo prisma, de forma inclusiva, para que as melhorias na qualidade de vida não se tornem responsáveis pelo agravamento da desigualdade social.

Conceitos para ambientação

Superada a fase de apresentação do tema, é necessário introduzir alguns conceitos para melhor compreensão das questões levantadas, como transhumanismo, engenharia genética, CRISPR Cas9.

Transhumanismo é um movimento filosófico, cultural e tecnológico que visa superar as limitações biológicas e melhorar a condição humana por meio da integração da tecnologia ao corpo e à mente, a fim de permitir que as capacidades naturais sejam superadas, surgindo uma nova categoria de pessoas: os artificialmente beneficiados.

O homem não admite mais esperar passivamente pela evolução biológica e a morte não é mais tão natural assim. “Se a morte era tradicionalmente a especialidade de sacerdotes e teólogos, hoje são os engenheiros que estão assumindo o caso”. (Harari, 2016, p. 32).

Atualmente para alguns cientistas, superar a morte é uma questão de tempo. Para estes, a questão gravita em torno de um planejamento concreto de renovação das células do corpo humano, criando assim um grupo de “amortais”. Achar que o homem seria capaz de evitar um acidente de trânsito, por exemplo, pode ser considerado uma ilusão, mas restaurar o corpo a fim de proporcionar longevidade com qualidade, isso sim é uma realidade.

As descobertas da genética nos apresentam a um só tempo uma promessa e um dilema. A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético

também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza - para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; para melhorar nossas capacidades física e cognitiva; para nos tornar “melhores do que a encomenda”. A maioria das pessoas considera inquietantes ao menos algumas das formas de manipulação genética. Entretanto, não é fácil articular nosso mal-estar. Os termos familiares dos discursos moral e político tornam difícil afirmar o que há de errado na reengenharia da nossa natureza. (Sandel, 2007, p. 14).

As abordagens para o aprimoramento humano podem ser categorizadas em duas vertentes principais: moderada e radical. A abordagem moderada tem como objetivo melhorar as condições de vida das pessoas, especialmente aquelas com certas limitações físicas ou mentais, e curar doenças que têm impactado a humanidade ao longo da história. Esta vertente não busca a imortalidade ou a eliminação de todas as limitações inerentes à condição humana, mantendo assim uma distinção clara entre humanos e máquinas. Por outro lado, os proponentes das alterações radicais, frequentemente associados ao movimento transhumanista, argumentam a favor de um desenvolvimento científico e tecnológico sem restrições. Eles defendem a ideia de que não há problema em uma pessoa possuir simultaneamente habilidades excepcionais, comparáveis às de figuras históricas como Albert Einstein, Leonardo da Vinci, Stephen Hawking e William Shakespeare, diferenciando-a significativamente dos demais seres humanos.

Alguns especialistas acham que o homem vai vencer a morte por volta de 2200; outros anunciam que será em 2100. Kurzweil e De Grey são ainda mais confiantes: eles sustentam que qualquer pessoa que tenha um corpo saudável e uma igualmente saudável conta bancária terá em 2050 uma chance séria de imortalidade, enganando a morte uma década por vez (Harari, 2016, p. 34).

Nick Bostrom, Diretor do Instituto para o Futuro da Humanidade, é um dos principais entusiastas do transhumanismo. Em seu artigo *Why I Want to be a Posthuman When I Grow Up*, o filósofo defende que é necessário ter ao menos uma entre três habilidades pós-humana para ser considerado um pós-humano. O primeiro ponto seria a capacidade de se manter completamente saudável, com o corpo e a mente produtivos; o segundo ponto é relacionado a cognição e as capacidades intelectuais gerais, como memória, raciocínio, humor e a capacidade de compreender. O terceiro ponto seria a emoção por meio da capacidade de aproveitar a vida e corresponder com afeto à vida e outras pessoas (2008, p. 1-2, tradução nossa).

Outros dois conceitos importantes para compreender as inovações que se seguem são os de engenharia genética e CRISPR-Cas9. A primeira se re-

fere ao campo da biotecnologia relacionado as técnicas de manipulação e recombinação direta do material genético dos seres vivos.

Engenharia genética compreende a totalidade das técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga hereditária de alguma espécie, seja com o fim de superar enfermidades de origem genética (terapia genética), ou com o objetivo de produzir modificações ou transformações com fins experimentais, isto é, de lograr (a concepção de) um indivíduo com características até esse momento inexistentes na espécie humana (manipulação genética) (Martínez, 1994, p. 32).

Em relação ao segundo conceito, a técnica CRISPR-Cas9 representa um método avançado de edição do genoma humano que possibilita a alteração do DNA em células vivas. Essa técnica atua como uma espécie de “tesoura” no nível genético, permitindo a modificação ou substituição de segmentos específicos do DNA humano. É importante destacar que as mudanças realizadas através desse procedimento afetam não apenas o indivíduo tratado, mas também podem ser transmitidas às gerações futuras, alterando a estrutura genética hereditária.

Alguns dos que se preocupam com a ética do melhoramento cognitivo apontam para o perigo de criar duas classes de seres humano - aqueles com acesso às tecnologias de melhoramento genético e aqueles que precisam se virar com a própria memória inalterada que se deteriora com a idade. E se os melhoramentos puderem ser transmitidos de geração em geração, as duas classes poderiam um dia tornar-se subespécies humanas: os melhorados e os naturais (Sandel, 2007, p. 21-2).

A terapia genética em células não reprodutivas (ou somáticas), tais como as fibras musculares ou os neurônios, age no sentido de reparar ou substituir genes defeituosos. O dilema moral surge quando as pessoas utilizam tais terapias não para curar uma doença, e sim para ir além da saúde, para melhorar suas capacidades físicas ou cognitivas, para erguer-se acima da norma geral (Sandel, 2007, p. 15-6)

O futuro que se descortina no campo da saúde, cada vez mais entrelaçado com avanços tecnológicos, traz consigo uma série de questões importantes, especialmente sobre a acessibilidade e a distribuição dessas novas tecnologias. À medida que emergem inovações aplicadas à saúde, cresce a necessidade de refletir sobre quem terá acesso a esses recursos avançados e como eles serão distribuídos de maneira justa e equitativa.

O Brasil se encontra em um ponto crucial, onde a adaptação e a evolução do seu quadro legal e ético em relação às novas tecnologias de saúde se fazem necessárias. Portanto, é crucial que a sociedade civil seja envolvida,

principalmente pelo fato de o Brasil ser um país de grande diversidade, onde as desigualdades podem significar muito mais acesso à tecnologias de ponta restritos a um pequeno número de privilegiados.

Legislação e regulamentação

Em meio à diversidade inerente à sociedade contemporânea, existe um consenso sobre certos valores fundamentais, entre eles a preservação da espécie humana. Este valor transcende diferenças culturais, sociais e individuais, refletindo-se em diversas esferas da legislação e da ética global. A Constituição Federal do Brasil de 1988, embora redigida num contexto anterior às atuais discussões avançadas de biotecnologia, estabelece princípios gerais que se mostram cada vez mais pertinentes diante dos avanços na engenharia genética e no transhumanismo.

À medida que a engenharia genética avança possibilitando intervenções cada vez mais profundas no genoma humano, surgem dilemas éticos e legais significativos. Questões como a modificação genética de embriões, a criação de organismos geneticamente modificados e a potencial criação de seres humanos ‘aperfeiçoados’ desafiam os princípios jurídicos e morais estabelecidos.

A Lei de Biossegurança do Brasil, Lei nº 11.105/2005, representa um marco regulatório essencial que complementa os dispositivos previstos no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o qual assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo. A lei, embora não mencione explicitamente as técnicas avançadas de edição gênica, como CRISPR-Cas9, aborda de maneira abrangente o uso, a pesquisa e a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), estabelecendo um importante referencial legal para questões de engenharia genética no país.

Portanto, tais princípios de índole transnacional, compreendidos na dicção do comentado artigo constitucional, conquanto considerados valores, inequivocamente, constituem o critério de aferição dos conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa maior (BONAVIDES, 2011).

Um dos seus principais objetivos é garantir que as práticas envolvendo OGMs observem sempre a segurança da saúde humana e do meio ambiente, estabelecendo normas para o cultivo, manipulação, comercialização e descarte dos organismos e seus derivados.

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquan-

to direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes [...] ao meio ambiente (Bonavides, 2011, p. 569).

Outro ponto crucial da Lei de Biossegurança é a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), responsável por avaliar e emitir pareceres técnicos sobre as atividades que envolvem OGMs, considerando os riscos e os benefícios de cada pesquisa para que a engenharia genética no Brasil seja uma prática segura e que atenda de forma ética os interesses da população.

Deste modo, é possível afirmar com precisão que a Lei de Biossegurança, somada a preceitos constitucionais como os estabelecidos nos artigos 5º, com previsão dos direitos fundamentais à vida e à segurança, os artigos 196 a 200, que abordam questões relacionadas à saúde pública, bem como o artigo 225 da CF/88, mencionado anteriormente, são suficientemente robustos para iniciar as discussões necessárias no complexo campo da engenharia genética e estabelecer equilíbrio entre as inovações científicas e os direitos do homem de forma ética e compromissada.

O papel das Políticas Públicas para mitigação das injustiças

Os interesses políticos e econômicos permeiam diversas esferas da sociedade, moldando o desenvolvimento e a implementação de tecnologias emergentes. Esses interesses se manifestam de várias maneiras, influenciando setores como a indústria tecnológica e farmacêutica, a inteligência artificial (IA), a saúde, e até mesmo a prestação de serviços médicos à distância, como a telemedicina.

No setor industrial, a produção de produtos tecnológicos e farmacêuticos que visam aprimorar as capacidades humanas é um exemplo claro. A possibilidade de desenvolver medicamentos personalizados de acordo com o perfil genético do paciente, ou atendimento robótico capazes de reduzir substancialmente falhas humanas são acessíveis a poucas pessoas.

Políticas governamentais representam uma importante peça para o acesso dos menos favorecidos a determinados cuidados de saúde, uma vez que os investimentos públicos eficazes são essenciais para a qualidade de vida dos menos favorecidos. A decisão de financiar essas áreas pode ser influenciada tanto pelo potencial de retorno econômico quanto pelo desejo de atender às necessidades de saúde pública.

Medidas de baixa complexidade como a telemedicina poderiam ser adotadas em larga escala para atendimentos com profissionais para além dos centros urbanos, entretanto, por motivos não muito claros, algumas ações que dependem muito mais de interesse público do que de orçamento não são adotadas.

Esses exemplos ilustram como os interesses políticos e econômicos influenciam a direção e o ritmo do desenvolvimento tecnológico e médico. Ao equilibrar esses interesses com considerações éticas e de equidade, é possível garantir que os benefícios dessas inovações sejam compartilhados de maneira mais ampla e justa na sociedade. Mas infelizmente o cenário, ao menos inicialmente, será de aumento da desigualdade social e injustiças.

A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas possam viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem - ou não - viver. (Sen, 2011, p. 48).

Comunidades mais ricas terão acesso preferencial a tecnologias de aprimoramento, as barreiras geográficas nesse sentido serão intensificadas, teremos o agravamento na disparidade da longevidade e qualidade de vida entre pessoas de classes sociais distintas.

Essas disparidades também serão agravadas no tocante a educação e emprego. Novas profissões irão surgir, novos postos de trabalho serão abertos, mas somente determinados grupos terão acesso à formação necessária para ocupar esses cargos.

Contudo, é essencial implementar políticas públicas eficazes para atenuar os impactos negativos sobre as populações mais vulneráveis. Torna-se prioritário garantir o acesso a um sistema de saúde pública de alta qualidade, integrando as mais recentes inovações tecnológicas. Isso pode ser alcançado, em parte, por meio de incentivos financeiros e parcerias entre os setores público e privado, que permitam a realização de pesquisas em território nacional, reduzindo seus custos. Além disso, é crucial conscientizar a população sobre as novas tecnologias disponíveis, elucidando seus potenciais riscos e benefícios, de modo que as pessoas possam expressar seu interesse em utilizar tais tecnologias e reivindicar o acesso a elas.

Não menos importante são as adoções de medidas de criação e manutenção de padrões éticos rigorosos na fiscalização dos direitos individuais, bem como assegurar que todos tenham as informações necessárias para

consentir ou não com determinados cuidados de saúde ou uso de informações pessoais e, em especial, a participação das comunidades na formulação de políticas públicas a fim de que as necessidades de diferentes grupos sejam atendidas.

A prevalência da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial sempre são, em primeiro plano, de ser aferida na situação concreta da pessoa diretamente atingida, não podendo ser dissolvida no contexto coletivo (Sarlet, 2011, p. 45), uma vez que abordados os direitos sociais e econômicos, passam eles a constituir uma garantia constitucional e um direito subjetivo (Canotilho, 2003, p. 338).

O Direito pauta sua relação com as políticas públicas além do texto normativo, atentando-se principalmente para a proteção social enquanto dever das instituições.

Conclusão

Este texto é uma breve exploração inicial de um assunto de grande complexidade e necessidade premente. As pesquisas relacionadas ao transhumanismo e a biotecnologia apresentam grandes desafios, mas uma enorme oportunidade para o desenvolvimento e melhoria na qualidade de vida da espécie humana. No entanto, existem ressalvas quanto à equidade no acesso às tecnologias emergentes, o potencial agravamento das desigualdades sociais e os questionamentos éticos e morais que acompanham a edição genética e o melhoramento das capacidades humanas.

Tornou-se urgente a abertura de um debate social amplo, não só com cientistas, políticos e empresários, mas a população em geral para que sejam estabelecidos limites éticos para garantir que tais tecnologias sejam desenvolvidas e aplicadas com base na dignidade da pessoa humana e no bem-estar individual e coletivo.

Deste modo, o desenvolvimento de políticas públicas robustas e regulamentações nacionais e internacionais são imperativas. Estas devem observar princípios como justiça, equidade e dignidade da pessoa humana, considerando os desafios estabelecidos pelo tema. As legislações existentes, como a Lei de Biossegurança e a Constituição Federal, oferecem um ponto de partida, mas expansões significativas são necessárias para alcançar os desafios emergentes.

A Constituição Federal, em seu preâmbulo e em artigos específicos, como os que tratam dos direitos à vida, à saúde e à integridade física, fornece um arcabouço para a regulamentação dessas novas tecnologias, entretanto, à medida que as inovações tecnológicas avançam, surgem novos questionamentos e desafios que vão além deste escopo.

Além disso, a participação ativa na formulação de acordos globais que regulem o uso de tecnologias avançadas é essencial para que o Brasil este-

ja na vanguarda das novas tecnologias e não seja um mero acompanhante das mudanças do mundo. portanto, a políticas públicas devem ser dinâmicas para que o Estado seja capaz de garantir, da forma mais justa e equitativa, seus deveres constitucionais de dignidade a todos os cidadãos.

Referências

BOSTROM, Nick. **Why I want to be a transhumanist when I grow up**. Medical Enhancement and Posthumanity, eds. Bert Gordijn and Ruth Chadwick (Springer, 2008), p. 1-2. Disponível em: <https://nickbostrom.com/posthuman.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado. Brasília/DF.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Diário Oficial da União. Brasília/DF.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. Tradução de Paulo Geiger. 20ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulación genética y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

SANDEL, Michael J.. **Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética**. Tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

POLÍTICA PÚBLICA DE INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Sara Vieira de Oliveira

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós - Graduação Direito (PPGD) pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Resumo:

O presente artigo analisa a política pública municipal de internação involuntária destinada as pessoas classificadas como usuários ou dependentes químicos, sua fundamentação constitucional e legislativa, bem como quais tem sido os resultados alcançados com a política implementada. A metodologia utilizada tem abordagem qualitativa, de natureza aplicada, com caráter exploratório e explicativo, desenvolvida por meio do levantamento dos dados relacionados ao longo do artigo. A partir desses dados foi possível observar que a política de internação voluntária não está integrada com outras políticas capazes de atender o indivíduo em outros aspectos de sua vida e nem foi capaz de reduzir o consumo de drogas.

Palavras-chave: Política sobre drogas; Redução de danos; Direitos Humanos.

Introdução

Em novembro de 2021, o *Global Drug Policy Index*, que é um projeto global em parceria com a sociedade civil e as redes comunitárias, divulgou o Índice Global de Políticas Sobre Drogas, que consiste em um relatório que compara as políticas públicas sobre drogas em trinta países (INDEX, 2021). O referido relatório utiliza quatro critérios para classificação dos países, são eles: ausência de respostas extremas, proporcionalidade e justiça criminal, redução de danos e acesso a medicamentos. Com base nesses critérios, o Brasil foi classificado com a pior política de drogas do mundo (Amâncio, 2021).

Classificação esta que ainda se mantém, conforme se observa pelo relatório de Resultados por Dimensões, Conjuntos de Políticas e Indicadores (INDEX, 2023), e os motivos, especificamente em relação ao Brasil são: confinamento não consensual de usuários para tratamento obrigatório, fre-

quente violência ou tortura contra suspeitos em casos de droga, prisões e detenções arbitrárias, restrito número de julgamentos justos, aplicação de políticas desproporcionais em certos grupos étnicos, de mulheres e de grupos de baixa renda, políticas de redução de danos enfraquecida e pouco acesso a medicamentos controlados para alívio da dor e sofrimento.

A realidade retratada pelo relatório *Global Drug Policy Index* é visível nas ruas das cidades brasileiras. Especificamente, na cidade do Rio de Janeiro, a Secretaria Municipal de Assistência Social em junho deste ano já mapeou trinta e três “cenas de uso” de crack. Os locais mais críticos estão na: Avenida Brigadeiro Trompowski, Passarela 10 da Avenida Brasil, Favela Bandeira 2, em Del Castilho, Rua Sá Freire em Copacabana e Rua Dois de Maio, no Jacarezinho (Autran, 2022). Como se vê as cenas de uso estão por toda cidade e retratam não só o consumo de drogas, mas também a fome, a miséria, violência e criminalidade (Galdo, 2022).

Este crescimento do uso de drogas na cidade do Rio de Janeiro tem acontecido de forma gradativa, já tendo sido verificado em 2018 um aumento de 50% do número de crianças entre 10 e 12 anos na rede do tráfico de drogas e 54,4% de jovens entre 13 e 15 anos, de maioria negros e pardos. Nessa mesma pesquisa, observou-se relação do uso de drogas com a evasão escolar, para buscar através do tráfico a manutenção financeira da família (Brasil, 2018). Com fundamento no número crescente de usuários de drogas na cidade do Rio de Janeiro, em 2019 o então Prefeito Marcelo Crivella sancionou o Decreto nº 46.314, que suplementa as alterações da Lei Federal 13.840, instituída em 5 de junho de 2019, passando-se a autorizar e regulamentar a internação involuntária de usuários e tornando-se a primeira capital brasileira a adotar esse procedimento (Brasil, 2019).

Também, com fundamento no combate às drogas, em 2021, uma operação policial na favela do Jacarezinho deixou vinte e oito pessoas mortas, sendo considerada a mais letal da história do Rio de Janeiro (G1, 2021). Novamente, neste ano outra operação policial deixou oito pessoas mortas, sendo considerada a operação mais letal do ano, no Estado do Rio de Janeiro (Brasil, 2022). Ocorre que, apesar dessas medidas, a situação dos usuários de droga continua crítica e crescente. Sendo que, em 2021, a própria Prefeitura do Rio de Janeiro divulgou em seu site uma pesquisa realizada pelo Censo da População de Rua da Cidade em 2020, e dentre 7.272 das pessoas entrevistadas, 17,7% justificaram o uso de drogas e alcoolismo como motivo para estarem dormindo nas ruas ou em unidades de acolhimento. Ainda, 3.289 responderam fazer uso de pelo menos uma droga dentre: tabaco, álcool, maconha, crack, cocaína e inalantes (RIO, 2021).

Nesse contexto, em que se observa um crescente aumento no número de usuários de drogas, especificamente na cidade do Rio de Janeiro, bem como que os usuários têm lugar certo na cidade, condição social e etnia, questiona-se quais foram as políticas públicas municipais adotadas e seu al-

cance.

Para isso, o presente artigo será desenvolvido em quatro capítulos. No primeiro, serão destacadas as políticas públicas vigentes no âmbito nacional e municipal, bem como a forma como têm sido implementadas. No segundo se esclarecerá quanto os direitos constitucionais relacionados. No terceiro capítulo se passa a analisar a política pública municipal de internação involuntária. Finalmente, o quarto capítulo consiste em consolidar as informações trazidas no presente estudo. Com essa finalidade, utilizou-se a metodologia de abordagem qualitativa, de natureza aplicada, com caráter exploratório e explicativo, desenvolvida por meio do levantamento doutrinário, normativo e administrativo, que se dá junto a banco de dados históricos, estatísticos e documentais da Prefeitura do Rio de Janeiro, bem como dados bibliográficos em livros, periódicos impressos e websites relacionados.

Política pública sobre drogas no âmbito nacional

Atualmente as Políticas Públicas Sobre Drogas no âmbito nacional estão descritas na Lei nº 11.343/06, que institui o Sistema Nacional e as condições de atenção e financiamento do tratamento dos usuários e dependentes de drogas. Esse sistema, denominado na própria lei como SISNAD tem por finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção do uso indevido, reinserção social e repressão do tráfico (art. 3º, incisos I e II).

Assim, o SISNAD deverá atuar em conjunto com o Sistema Único de Saúde - SUS e Sistema Único de Assistência Social - SUAS (art. 3º, §2º), tendo como objetivo contribuir para inclusão social do cidadão, promover a socialização do conhecimento sobre drogas e ainda, a integração entre as políticas de prevenção ao uso indevido (art. 5º). Para efetivação dessa política, os entes federativos devem atuar de forma integrada competindo à União formular, coordenar a execução e financiar com Estados e Municípios a execução das políticas sobre drogas (art. 8º). A referida Lei estabelece, portanto, que a elaboração das políticas deve ser conjunta, e que os Estados e Municípios devem desenvolver seus programas observando as diretrizes do Ministério da Saúde (art. 23).

Essa lei, entretanto, foi alterada em 2019 pela Lei nº 13.840/2019, e dentre outras alterações, passou a estabelecer a possibilidade de internação involuntária de usuários (art. 23-A), definindo ainda como sendo aquela que se dá sem o consentimento do dependente, a pedido de um familiar ou responsável, sendo certo que em sua falta poderá ser realizada com a autorização de um servidor público da área da saúde, assistente social e órgãos públicos integrantes do sistema (Art. 23-A, §3º, II). A internação involuntária deve se dar no prazo máximo de 90 (noventa) dias, fundamentada por laudo médico, sendo indicada depois de uma avaliação sobre o uso da droga, o

padrão de uso e na comprova hipótese da impossibilidade de utilização de outros métodos terapêuticos (Art. 23-A, §5º, I, II, III e IV).

Nesse sentido, considerando a legislação nacional vigente prevê a prática de atos voltados à redução de danos e atendimento integrado com outras políticas e com demais entes federativos, necessário entender também quais são as legislações do Município do Rio de Janeiro, e como tem se dado sua atuação.

Políticas públicas sobre drogas no município do Rio de Janeiro

As políticas públicas sobre drogas nos municípios são de suma importância, visto que analisa as questões específicas da cidade. Exatamente por isso, a Lei nº 11.343/06, citada acima, determina a elaboração de Conselhos Municipais sobre Drogas, que devem ter como objetivo auxiliar na política sobre drogas, colaborar com os órgãos governamentais no planejamento e na execução de políticas de drogas, propor instrumentos de cooperação voltadas ao acolhimento, prevenção, tratamento, reinserção social e participação no processo econômico, político, social e cultural do respectivo ente.

Entretanto, antes mesmo da vigência da referida lei, o Município do Rio de Janeiro através da Lei Municipal nº 3.298, instituída em 12 de novembro de 2001, e ainda vigente, criou o Conselho Municipal Antidrogas, definido pela própria lei como órgão consultivo para formulação de estratégia para execução de políticas de prevenção à dependência química (art. 2º). O referido conselho é composto por 22 pessoas, dentre elas representantes da sociedade civil, psicólogos, professores, médicos, biólogos e advogados, empossados em 2021 e com gestão até o ano de 2023 (Rio, 2021).

Ainda, o Plano Diretor do Município, instituído pela Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011, também vigente, estabelece como objetivo da política pública de saúde a promoção de ações e campanhas progressivas e continuadas sobre os malefícios do uso das drogas para a diminuição dos acidentes de trânsito, o incentivo a paternidade/maternidade responsável e redução das doenças infectocontagiosas e de vacinação (art. 262, V). Assim, estabelece a instalação e manutenção, com padrões de qualidade, de uma rede de serviços e de programas de caráter público direcionados aos usuários de drogas em todos os seus níveis social, abusivo e dependente que incluam desde ações de emergência até atenções de caráter promocional em nível permanente (art. 264, X).

Também, conforme já destacado na introdução deste artigo, em 2019 foi sancionado o Decreto nº 46.314, que permanece vigente, e que suplementa as alterações da Lei Federal 13.840, instituída em 5 de junho de 2019, passando-se a autorizar e regulamentar a internação involuntária de usuários, definida como “aquela que se dá sem o consentimento do dependente”, e pode ser realizada a pedido de um familiar, responsável legal, ou na falta

desse, por um servidor público da área de saúde, assistente social ou dos órgãos públicos integrantes do SISNAD (art. 4º, III, 'b').

O procedimento para internação voluntária foi previsto no art. 4º, inciso V do mesmo Decreto Municipal e prevê que deverá constar no processo administrativo a formalização pelo médico responsável, também deverá ser realizada uma avaliação com a indicação do uso da droga e do tipo e ainda, que a internação perdurará pelo tempo necessário à desintoxicação, este limitado a noventa dias. E finalmente, que a família ou representante legal poderá requerer a qualquer tempo ao médico a interrupção do tratamento. Dentre outras disposições, o Decreto também prevê ainda a possibilidade de convênio entre os órgãos municipais com entidades públicas e privadas sem fins lucrativos, para a assistência de usuários e dependentes (art. 2º), bem como instituiu o Cadastro Municipal da População em Situação de Rua (art. 3º).

Quanto às recentes medidas implementadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro, a última ocorrida e divulgada no próprio site, é a campanha “Você no Controle: Viva a Vida sem Drogas”, ocorrida entre junho de 2021 e maio de 2022, em 14 pontos da cidade e que abordou 6.616 pessoas para conscientizar sobre o uso problemático das drogas, bem como para dar conhecimento quanto a Rede de Atendimento Psicossocial (RAP), para oferecer prevenção e tratamento (Rio, 2021). Como se observa, a política sobre drogas do Município do Rio de Janeiro está vinculada a uma instituída há vinte e um anos, bem como ao Plano Diretor da cidade, já com onze anos de vigência. Assim, tem-se que as políticas sobre drogas estão correlacionadas à legislação já defasada em que até mesmo em relação à própria forma de tratar a questão.

Uso de drogas e Direitos Humanos

A Constituição Federal prevê em seu Capítulo II quando estabelece o rol de direitos sociais, a garantia a todos os indivíduos ao acesso à saúde, assistência aos desamparados e condições mínimas de vida (art. 6º). Assim, o direito à saúde está diretamente correlacionado ao princípio da vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante, Princípios esses que são resguardados por outro: o Princípio da Vedação ao retrocesso, que deve servir para garantir que esses direitos expressamente previstos no rol de direitos essenciais sejam assegurados (Fonte, 2015).

Sem dúvidas, as políticas sobre drogas, uma vez que integrantes do sistema de saúde, devem ser tratadas à luz da previsão constitucional, garantindo-se todos os direitos expressamente previstos, tais como a liberdade, a vedação à tortura e tratamento desumano, respeitando-se sua dignidade e honra. Por essa razão e em observância aos princípios gerais do SISNAD, a Plataforma Brasileira de Política de Drogas - PBPD, com objetivo de inte-

grar as políticas públicas, opera como uma rede para atuação conjunta das organizações não governamentais e especialistas, a fim de promover o debate e instituir políticas públicas que assegurem direitos humanos “na redução dos danos produzidos pelo uso problemático de drogas e pela violência associada à ilegalidade de sua circulação” (PBPD, 2020, p. 8).

A PBPD, portanto, defende a política de “Redução de Danos”, que é, um “conjunto de estratégias e uma política pública no âmbito da saúde”, focado não apenas em combater o uso das substâncias, mas sim, entender o contexto de cada pessoa, seus aspectos individuais, de forma efetivamente humanizada. (Petuco, 2011). O que se propõe, nas palavras de Petuco (2011, p. 7) é uma “escuta radical”, ou seja, “é preciso manter uma posição de curiosidade respeitosa”. E mais, propõe uma “ruptura com a ingênua ditadura moral”.

Essa mesma política de Redução de Danos está também consolidada através da Portaria nº 1.028, instituída em 01 de julho de 2005, pelo Ministério da Saúde, que determina ações que visam à redução de danos sociais à saúde, decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência, que devem estar relacionadas à informação, educação e aconselhamento, assistência social, saúde e disponibilização de insumos de proteção à saúde (art. 3º). Trata-se, portanto, de uma política não violenta e que respeite os direitos humanos amplamente previstos na Constituição Federal, dentre eles, a vedação de obrigar qualquer cidadão a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II), não ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e inviolabilidade da liberdade (art. 5º, VI), inviolabilidade da vida, intimidade e honra (art. 5º, X).

Análise da política pública de interação involuntária

Análise das políticas públicas

Como bem explica SECCHI (2020, p. 19) a política pública é como um “caminho para enfrentar o problema público”. Ou seja, a política pública é a materialização dos mais diversos instrumentos para resolução do problema público, dentre eles: leis, decretos, campanhas, decisões etc. Assim, a análise das políticas públicas se faz necessária para produzir informações que funcionem como subsídios para o processo decisório. (Secchi, 2020).

No mesmo sentido, Dye (2016) esclarece que a análise de políticas públicas é na verdade um conjunto de ações com o objetivo de investigar o que os governos estão fazendo e qual tem sido a eficácia da atuação deles. Para isso, importante estabelecer qual é de fato o problema público que se pretende tratar, qual seria a melhor ação para a resolução desse problema, quais os resultados da escolha dessa ação, se os resultados obtidos foram suficientes para resolver o problema e quais resultados futuros podem ser esperados se outras ações forem escolhidas (Dunn, 2017).

Quanto ao processo de elaboração de políticas públicas, este deve se dar pensando em medidas que modifiquem as estruturas que reproduzam o atraso e a desigualdade não só imediatas, mas também a longo prazo. Deste modo, quando do desenvolvimento de qualquer medida se deve pensar no “povo como sujeito e não objeto do governo.” (Bucci, 2013, p. 19, 20, 40). Sendo necessário, portanto, que sejam avaliados todos os contextos (econômicos, sociais, culturais, étnicos), bem as alternativas já propostas e os resultados obtidos (Bucci, 2013), caso contrário, se ignorado o sujeito principal e elaboradas em benefício próprio, as políticas públicas desenvolvidas poderão causar efeitos piores que a inexecução de qualquer medida (Coutinho, 2014).

Política pública municipal de internação involuntária

A política pública nacional sobre drogas vigente, dentre outras disposições, destaca a necessidade de atuação conjunta com os demais entes federativos. Já a legislação municipal vigente, está fundamentada na Lei Municipal nº 3.298/01, que criou o Conselho Municipal Antidrogas. Observe-se que esta lei foi instituída em 2001, ou seja, há vinte e um anos. Por essa razão, a própria nomenclatura do Conselho Municipal ainda vigente é defasada, isso porque, ao intitular-se “antidrogas”, já se coloca em uma posição de enfrentamento à droga em si, não observando o usuário. Essa posição cria então a chamada “guerra às drogas”, que na realidade significa guerra aos próprios usuários, criminalizando pessoas vulnerabilizadas e lugares marginalizados pelo próprio poder público (Sestokas; Oliveira, 2018, p. 161). Essa visão de combate ao uso da droga por si só é capaz de explicar as demais políticas instituídas pelo próprio Município, visto que esta mesma guerra às drogas é o que justifica as operações policiais reiteradas nas comunidades do Rio de Janeiro, cada vez mais letais e que frequentemente deixam centenas de mortos.

Ademais, importante destacar que o Plano Diretor do município é de 2011, ou seja, instituído há dez anos, e prevê em relação às políticas de droga a instituição de campanhas progressivas que eduquem quanto aos malefícios das drogas, com a finalidade de reduzir acidentes de trânsito, diminuir doenças contagiosas e incentivar a paternidade responsável. Ainda, prevê a existência de uma rede de saúde que auxilie no tratamento da dependência. Como se vê, não há estabelecido no Plano Diretor também, qualquer medida sobre drogas que busque devolver ao usuário em situação de vulnerabilidade condições dignas de vida, proporcionando-lhe educação, emprego, reintegração social. Também, conforme esclarecido no Capítulo três acima, com fundamento no número crescente de usuários de drogas na cidade do Rio de Janeiro, em 2019 o então Prefeito Marcelo Crivella sancionou o Decreto nº 46.314, que suplementa as alterações da Lei Federal 13.840, instituída em 5 de junho de 2019, passando-se a autorizar e regulamentar a inter-

nação involuntária de usuários e tornando-se a primeira capital brasileira a adotar esse procedimento (Brasil, 2019).

Logo após a publicação do referido Decreto, já houve atuação da prefeitura com remoção de pessoas em situação de rua, sem que houvesse informação quanto aos instrumentos apreendidos, os nomes das pessoas internadas e a localização de cada uma delas. Por essa razão, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro propôs ação judicial para que tais dados fossem ao menos públicos (Defensoria Pública, 2019). Diante disso, a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos se reuniu em 22 de agosto de 2019, para tratar do tema, concluindo como recomendação que a Secretaria Municipal de Saúde e a Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos deveria divulgar mensalmente quantas pessoas foram internadas e para onde foram encaminhadas (Câmara, 2019). Quanto a isso, inclusive, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos publicou Nota Pública de Repúdio (CNDH, 2019).

Mais uma vez, a demonização do uso de drogas é mais perceptível na promulgação do Decreto Municipal nº 46.314/19, e mais, fundamenta a atuação da prefeitura retirando indiscriminadamente e sem qualquer publicidade pessoas em situação de rua. Essa demonização fica ainda mais evidente com o convênio realizado entre a Prefeitura do Rio de Janeiro e o Instituto Manassés, instituição que atende seus assistidos com fundamento na “libertação através da palavra de Deus” (Manassés, 2020). Como se pode observar, a política instituída pelo Decreto Municipal em referência e ainda vigente, é discriminatória, não é voltada para o atendimento do indivíduo, mas sim, a uma guerra injustificada contra as drogas. A referida política também não resolve o problema público, visto que, apesar de sua vigência e dos demais instrumentos para sua efetivação, não houve redução do número de usuários, ao contrário, o número tem aumentado. Também, não está integrada com outras políticas, não observando integralmente o contexto de cada indivíduo, nem oportunizando melhores condições de saúde, educação, trabalho, moradia e de vida.

Considerações finais

Conforme exposto ao longo do presente artigo, os indicadores e notícias mais recentes sobre a situação nacional e municipal relacionadas ao uso problemático de drogas tem se agravado. Situação esta que é perceptível nas ruas da cidade. Apesar disso, as políticas públicas sobre droga em nível nacional são consideradas as piores entre trinta países. Dentre as políticas públicas nacionais se destacam a lei nº 11.343/06, que institui o Sistema Nacional Sobre Drogas, e dentre outras diretrizes, prevê a inclusão social do cidadão, a socialização do conhecimento sobre drogas e a integralização das políticas entre os demais entes governamentais. Entretanto, uma relevante

alteração trazida pela Lei nº 13.840/2019, passou a instituir a possibilidade de internação involuntária em âmbito nacional.

A partir dessa alteração legislativa, o Município do Rio de Janeiro fixou o Decreto 46.314/19, que regulamentou a internação involuntária e se tornou a primeira capital a aderir e regulamentar a alteração legislativa nacional. Observou-se ainda que as políticas públicas sobre drogas no Município do Rio de Janeiro é defasada e busca uma efetiva guerra às drogas e não a observância e atendimento necessário à pessoa. Essa forma de atuação do município colide com as previsões Constitucionais de garantia de direitos individuais e sociais à saúde, educação, moradia e condições mínimas de vida. Também, não observa a Portaria nº 1.028, do Ministério da Saúde que regulamenta a política de redução de danos, esta que realmente atende os objetivos e fundamentos constitucionais.

Além disso, a política de internação involuntária além de não observar os princípios constitucionais e diretrizes do Sistema Nacional Sobre Drogas, também não trouxe resultados significativos para o enfrentamento do problema, visto que dados recentes da Prefeitura do Rio de Janeiro demonstram que o número de dependentes e usuários de drogas tem aumentado.

Referências

AMÂNCIO, Thiago. **Brasil tem a pior política de drogas do mundo, aponta ranking inédito.** Folha de São Paulo. São Paulo. 2021. Disponível: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/11/brasil-tem-a-pior-politica-de-drogas-do-mundo-aponta-ranking-inedito.shtml>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

AUTRAN, Paula. **Fruto da miséria, uso de crack será aferido em novo censo feito nas ruas.** Veja Rio. Rio de Janeiro. 2022. Disponível em <https://vejario.abril.com.br/cidade/miseria-crack-censo-populacao-rua/> Acesso em 25 de agosto de 2022.

BRASIL, Agência. **Aumenta entrada de crianças na rede de tráfico de drogas no Rio.** Rio de Janeiro. 2018. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-07/aumenta-entrada-de-criancas-na-rede-de-trafico-de-drogas-no-rio>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

BRASIL, Agência. **Operação policial em favela no Rio é a mais letal do ano no estado.** Rio de Janeiro. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/seguranca/audio/2022-02/operacao-policial-na-favela-da-penha-no-rio-ja-e-mais-letal-de-2022>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25 de agosto de 2022

BRASIL. **Lei Federal nº 13.840 de 5 de junho de 2019.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20altera%20a,drogas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 25 de agosto de 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.343/06 de 23 de agosto de 2006.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 25 de agosto de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.028. 2005.** Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1028_01_07_2005.html. Acesso em 25 de agosto de 2022.

CÂMARA, Rio de Janeiro. **Lei nº 3.298 de 12 de novembro de 2001. Cria o Conselho Municipal Antidrogas do Rio de Janeiro e dá outras providências.** <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/2ed241833abd7a-5b8325787100687ecc/9dd7945af079e9cd032576ac0072e8ba?OpenDocument>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

CÂMARA, Rio de Janeiro. **Lei Complementar nº 111*, de 1º de Fevereiro de 2011 Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.** <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/cdd6a33fa14df-524832578300076df48?OpenDocument>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

CNDH, Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Nota Pública Em Repúdio Ao Decreto Municipal Do Rio De Janeiro Nº 46.314/2019 Que Institui A Internação Como Estratégia De Atendimento Às Pessoas Que Denomina “Dependentes De Drogas” E À População Em Situação De Rua.** Brasília. 2019. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/moco-es-e-notas/NotaPblicaDecretoRJ46314.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

DUNN, Willian N., **Public policy analysis: an integrated approach.** Routledge, 6ª ed. New York, 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA, Do Estado do Rio de Janeiro. **Prefeitura tem 24 horas para esclarecer remoção nas ruas. Rio de Janeiro.** 2019. <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9316-Prefeitura-tem-24-horas-para-esclarecer-remocao-nas-ruas> Acesso: 25 de agosto de 2022.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

G1, **Operação no Jacarezinho deixa 28 mortos, provoca intenso tiroteio e tem fuga de bandidos.** Rio de Janeiro. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/06/tiroteio-deixa-feridos-no-jacarezinho.ghtml>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

GALDO, Rafael. **Cracolândias se estendem no Rio e expõem flagelo distante de solução.** O Globo. 2022. Disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2022/05/cracolandias-se-estendem-no-rio-e-expoem-flagelo-distante-de-solucao.ghtml>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

MANASSÉS, Instituição social. **Parceria da Prefeitura do Rio de Janeiro com Instituição Manassés tira pessoas da dependência química.** 2020. <https://www.instituicaomanasses.com.br/noticias/07/01/parceria-da-prefeitura-do-rj-com-a-instituicao-manasses-tira-pessoas-da-dependencia-quimica/> Acesso em: 25 de agosto de 2022.

INDEX, The Global Drug Policy. **Índice Global de Política Sobre Drogas**. 2021. Disponível em <https://globaldrugpolicyindex.net/wp-content/themes/gdpi/uploads/GDPI%20Executive%20Summary%20ES.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

INDEX, The Global Drug Policy. **Resultados Por Dimensões, Conjuntos De Políticas E Indicadores**. 2021. Disponível em <https://globaldrugpolicyindex.net/country-profile/brazil/>. Acesso em 25 de agosto de 2022.

PBPD, Plataforma Brasileira de Política de Drogas. **Guia Sobre Política de Drogas para Municípios**. São Paulo. 2020. Disponível em: <https://pbpd.org.br/publicacao/plataforma-pbpd-guia-sobre-politica-de-drogas-para-municipios/> Acessado em 25 de agosto de 2022.

PETUCO, DÊNIS. Outras Palavras **Sobre o Cuidado de Pessoas que Usam Álcool e Outras Drogas**, 2011. Disponível em <https://issuu.com/dpetuco/docs/outraspalavras>. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

RIO, Prefeitura. **Campanha Você no Controle aborda mais de 6 mil pessoas**. 2021. Disponível em <https://prefeitura.rio/cidade/campanha-voce-no-controle-aborda-mais-de-6-mil-pessoas-nas-ruas-do-rio/> Acesso em: 25 de agosto de 2022.

RIO. Prefeitura Municipal. **Decreto nº 46.314 de 02 de agosto de 2019**. Disponível em [http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1720.nsf/f6d54a-9bf09ac233032579de006bfe6/9e9e99f33a6964ff832584570056a298/\\$FILE/58937DECRETO%20RIO%2046314_2019.pdf](http://aplicnt.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1720.nsf/f6d54a-9bf09ac233032579de006bfe6/9e9e99f33a6964ff832584570056a298/$FILE/58937DECRETO%20RIO%2046314_2019.pdf). Acesso em 25 de agosto de 2022.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas [livro eletrônico]: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo. Cengage Learning. 2020.

SESTOKAS, Lúcia; OLIVEIRA, Nathália. **A política de drogas é uma questão de mulheres**. SUR 27, v.15, nº 27, 2018.

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: INSTRUMENTOS PARA A PLENA EFETIVIDADE

Maria da Conceição Lima Melo Rolim

Advogada, Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro
Universitário Curitiba

Resumo:

A presente investigação tem por objetivo tratar acerca dos instrumentos existentes para a garantia do direito ao trabalho de pessoas com deficiência. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sete em cada dez pessoas com deficiência estão fora do mercado de trabalho no país. Esse fato preocupante demonstra a pertinência da discussão sobre esse tema e a necessidade de enfrentamento dos obstáculos vivenciados por esse grupo, apesar da existência de leis e regulamentações voltadas para assegurar igualdade de oportunidades. Pontua-se, desse modo, a seguinte problemática: Como os instrumentos jurídicos podem ser aprimorados para promover uma inclusão mais efetiva e igualitária de pessoas com deficiência no mercado de trabalho? A pesquisa aponta três objetivos a serem percorridos ao longo do caminho metodológico: identificar os instrumentos jurídicos voltados para a plena efetivação do direito ao trabalho de pessoas com deficiência, identificar os desafios enfrentados por essas pessoas na garantia desse importante direito fundamental e analisar de que forma as políticas públicas podem colaborar para a concretização desse direito. Apresenta-se uma análise dos instrumentos legais disponíveis para garantir a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, destacando a Lei de Cotas e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Como resultado, foi possível concluir que para a superação das barreiras enfrentadas por essa coletividade, especialmente nos espaços corporativos, é importante as empresas garantam à pessoa com deficiência pleno acesso a oportunidades de emprego e progressão de carreira em igualdade de condições com pessoas sem deficiência.

Palavras-chave: Direito ao trabalho; Pessoa com deficiência; Efetividade.

Introdução

A relação entre o direito fundamental ao trabalho e a inclusão das pessoas com deficiência representa uma base importante para a sociedade. Nesse sentido, a busca pela efetividade plena dos direitos da PcD não constitui somente o reconhecimento legal, mas a utilização de meios capazes de fornecer desenvolvimento profissional adequado a todas as pessoas, independentemente de suas limitações (Soares, 2021).

O direito ao trabalho, consagrado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, se relaciona ao direito subjetivo que cada indivíduo possui de acessar o mercado laboral e de sustentar a si e a sua família por meio de um ofício digno (Miraglia, 2009). No contexto internacional, destaca-se o art. 24º da Declaração Universal de Direitos Humanos que preconiza que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Dito isso, o presente artigo tem por objetivo analisar a relação entre direito ao trabalho e a inclusão de pessoas com deficiência no mercado laboral. A investigação também apresenta os instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para efetivar a participação da PcD em ambientes empresariais.

Nesse sentido, o tema justifica-se tendo em vista a necessidade iminente de enfrentar os desafios encarados pelas pessoas com deficiência, especialmente, no que se refere ao direito fundamental ao trabalho. Apesar da existência de leis e regulamentações voltadas para assegurar igualdade de oportunidades, a aplicação prática desses instrumentos frequentemente revela-se inadequada. Portanto, a avaliação das normas legais já presentes na legislação brasileira, juntamente com a proposição de melhorias é um passo importante para a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa.

Destaca-se com isso, a seguinte problemática: Como os instrumentos jurídicos podem ser aprimorados para promover uma inclusão mais efetiva e igualitária de pessoas com deficiência no mercado de trabalho? Nesse caminho metodológico, os objetivos a serem percorridos são: (i) Quais os instrumentos jurídicos voltados para plena efetivação do direito ao trabalho de pessoas com deficiência?; (ii) Quais os desafios enfrentados pelas pessoas com deficiência na garantia desse importante direito fundamental?; (iii) De que forma as políticas públicas podem colaborar para a concretização do direito desses indivíduos?

Em conclusão será observado que para vencer os obstáculos enfrentados por pessoas com deficiência, principalmente no ambiente corporativo, é fundamental a união de esforços de todos os setores da sociedade. Somente por meio da colaboração de toda a coletividade, torna-se possível construir um mundo equitativo que reconheça e valorize a diversidade.

Desafios da pessoa com deficiência no contexto laboral

São muitos os obstáculos que impossibilitam a permanência de pessoas com deficiência no ambiente laboral. Estigmas, falta de acessibilidade e discriminação afetam a oportunidade e crescimento profissional e, consequentemente, a autonomia desses indivíduos. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Olga Kos (2022), entre as 150 pessoas com deficiência entrevistadas, somente 2,74% responderam que trabalham.

Além disso, o salário dessas pessoas costuma ser menor em comparação ao de pessoas sem deficiência no exercício da mesma função. A remuneração diminuída impacta no padrão de vida desses profissionais, bem como compromete sua motivação e satisfação no ambiente de trabalho. Esses óbices dificultam o acesso a oportunidade de empregos e progressão de carreira da pessoa com deficiência (Soares, 2021).

Como consequência dessa baixa inserção no ambiente de trabalho, muitas vezes a PcD, precisa recorrer a auxílios governamentais ou subemprego para garantir o próprio sustento. Esses fatores impedem a autonomia e a participação plena no setor empresarial, o que consequentemente contribui para um ciclo de desigualdade e limitações. Além disso, a incerteza em relação a esses recursos e a falta de independência financeira podem gerar sentimentos de ansiedade e insegurança, prejudicando ainda mais o bem-estar desses indivíduos.

Segundo Barreto, Alves e Moraes (2012), é comum que indivíduos com deficiência enfrentem a ausência de ambientes de trabalho acessíveis. Esse cenário impacta diretamente na eficiência e produtividade desses profissionais, uma vez que torna as atribuições inatingíveis ou ainda mais desafiadoras, amplificando, assim, as restrições impostas por suas condições.

Segundo Sasaki (2009), há 6 dimensões de acessibilidade: arquitetônica, (facilidade de acesso e locomoção física), comunicacional (disponibilidade de comunicação), metodológica (acessibilidade de metodologias de ensino e aprendizagem), instrumental (utilização de equipamentos e instrumentos), programática (inclusão de pessoas com deficiência em projetos e programas culturais) e atitudinal (mudanças de comportamentos em relação às pessoas com deficiência). Destaca-se ainda a acessibilidade digital que, de acordo com Alves (2022), diz respeito ao direito de pessoas com deficiência terem livre acesso ao ambiente digital.

Contudo, o preconceito continua sendo um dos principais entraves, pois perpetua visões estereotipadas sobre esse grupo. Marques (1998) afirma que, a despeito das conquistas alcançadas, as concepções historicamente produzidas sobre essas pessoas ainda representam um forte estigma, o que influencia na percepção de que elas devem ser consideradas incapazes de contribuir socialmente. Essa visão exclui a efetiva integração e participação desses indivíduos como força de trabalho, independentemente das suas ha-

bilidades e capacidades.

Nas palavras de Freitas e Marques (2010), as crenças coletivas acerca da deficiência atuam como estruturas fundamentais para compreender a realidade, sendo consideradas formas predominantes de pensamento que classificam a deficiência. Essas concepções, além de influenciar, também orientam ações que têm o potencial tanto de promover quanto de dificultar a integração social e a participação no mercado de trabalho das pessoas com deficiência.

Rolim (2021) evidencia que a preparação do colaborador com deficiência apresenta características específicas, demandando um enfoque de formação adaptado e personalizado para respeitar as necessidades de aprendizado individuais. Desse modo, para integrar a PcD no ambiente organizacional, é importante garantir condições favoráveis à interação entre os colaboradores e parceiros da empresa, além de garantir que esses colaboradores possam desenvolver plenamente suas habilidades e potenciais.

Outrossim, a preparação da PcD, desde a educação básica até a formação profissional, também representa um desafio significativo. Apesar de o Brasil apresentar diversos progressos no que tange à educação inclusiva, pessoas com deficiência e suas famílias continuam enfrentando numerosos obstáculos no caminho a uma educação de excelência (Silva; Prais; Silveira, 2014).

A falta de acesso a uma educação de qualidade repercute no ingresso e progressão no mercado de trabalho, por isso, é de fundamental importância a preocupação com o ensino em todas as suas etapas. Importante ressaltar que as dificuldades abrangem não apenas o acesso físico às instituições educacionais, como também a necessidade de adaptações curriculares e recursos especializados que garantem uma experiência de ensino-aprendizagem verdadeiramente inclusiva.

De igual modo, a vertiginosa evolução tecnológica, apesar de seus inúmeros benefícios e o potencial de facilitar a vida profissional, pode apresentar impedimentos para a efetiva inserção da pessoa com deficiência no ambiente laboral quando não são adaptadas de acordo com as necessidades específicas do colaborador.

Cruz *et al.* (2015) afirmam que ao considerar formas de promover a inclusão digital no ambiente de trabalho, deve-se considerar a utilização de métodos como o uso de tecnologia assistiva e princípios ergonômicos, que permitem a adaptação do ambiente conforme as necessidades individuais dos colaboradores.

Segundo o CAT - Comitê de Ajudas Técnicas (2007, p. 3) o conceito de tecnologia assistiva engloba: “Produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de

vida e inclusão social.” Essa definição demonstra o papel vital dessa tecnologia na promoção da inclusão e na garantia de que todas as pessoas tenham o potencial de alcançar seu potencial máxima, independentemente de suas limitações físicas ou cognitivas.

A promoção da inclusão no ambiente de trabalho vai além de simplesmente garantir a presença de pessoas com deficiência nos postos de trabalho. É fundamental proporcionar condições que assegurem não apenas a entrada, mas também a permanência dessas pessoas no ambiente laboral. Nesse sentido, torna-se crucial não apenas considerar a adaptação física dos ambientes de trabalho, mas também fornecer suporte contínuo por meio de equipes interdisciplinares. Esses grupos devem ser compostos por diversos profissionais com papéis complementares na discussão e implementação de estratégias para a inclusão efetiva das pessoas com deficiência (Cruz *et al.*, 2015).

Ao promover um ambiente livre de barreiras para as PcDs, sejam elas físicas, atitudinais, de informação, ou de acesso, a empresa oportuniza uma condição de trabalho mais funcional e segura ao colaborador, favorecendo ainda, sua permanência na instituição. É importante ressaltar que um ambiente livre de barreiras não é benéfico apenas para as pessoas com deficiências, mas para todos que compartilham destes espaços. (Borges; Longen, 2019).

Dessa forma, é fundamental compreender que um ambiente sem barreiras não traz benefícios apenas para as pessoas com deficiência. A melhoria nas condições de acessibilidade beneficia a todos, criando um ambiente de trabalho mais eficiente, colaborativo e positivo. A diversidade de perspectivas e habilidades enriquece a dinâmica organizacional, impulsionando a inovação e fortalecendo uma cultura de diversidade. Assim, ao promover um ambiente de trabalho sem barreiras, sejam elas físicas ou não, a empresa não apenas cumpre um papel de responsabilidade social, mas também investe na construção de uma comunidade corporativa mais inclusiva, produtiva e alinhada aos valores da diversidade e igualdade.

Instrumentos para a efetivação do direito ao trabalho de pessoas com deficiência

Um marco importante para assegurar o efetivo direito ao trabalho das pessoas com deficiência foi estabelecido pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esse instrumento legal dedica seu capítulo VI especificamente para abordar e garantir o mencionado direito para as pessoas com deficiência. Nele são abordados temas como a garantia a ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos; a não-discriminação; a igualdade de oportunidades em relação a pessoas sem defi-

ciência; e o acesso a cursos de formação e capacitação.

Nesse mesmo raciocínio, destaca-se a Lei da Aprendizagem Profissional, estabelecida na CLT, art. 428, alterada pela Lei n. 10.097/2000 e, posteriormente, pela Lei n. 11.180/2005. Esse contrato de trabalho especial favoreceu significativamente para a inclusão laboral das pessoas com deficiência. O contrato de aprendizagem objetiva proporcionar qualificação profissional a jovens, combinando educação teórica em instituições de ensino com prática profissional em ambiente de trabalho. Segundo o §3º do artigo supracitado, não haverá impossibilidade de estipular o contrato de aprendizagem por mais de dois anos em caso de jovem aprendiz PcD.

Coutinho, Rodrigues e Passerino (2017) destacam também a atualização referente ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) previsto na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, é a garantia de um salário-mínimo por mês ao idoso com idade igual ou superior a 65 anos ou à pessoa com deficiência de qualquer idade. Até 2011, a concessão desse direito obstaculizava ao mercado formal de trabalho. Atualmente, o BPC não é mais cessado, apenas suspenso, quando a pessoa com deficiência inicia uma atividade profissional. Contudo, caso ocorra o desligamento do emprego, a pessoa terá a possibilidade de retomar o recebimento do benefício.

Outro avanço significativo para a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho pode ser encontrado no art. 93 da Lei nº 8.213/91, comumente chamada de Lei de Cotas, o qual determina que empresas com mais de 100 empregados preencham de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência. Caruso (2012, p. 29) elucida que:

A multa prevista no art. 133 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, é calculada a partir da diferença entre o número de trabalhadores com deficiência ou reabilitados contratados e o mínimo legal determinado pela cota. Tal déficit deve ser multiplicado por um valor, atualizado anualmente, que apresenta o nome de valor mínimo legal, acrescido de um percentual que varia de acordo com o número de empregados da organização.

Contudo, Lopes e Reicher (2018) apontam que as organizações ainda não conseguem cumprir de maneira integral o objetivado pela Lei de Cotas. Essa afirmação pode ser constatada por um estudo conduzido pelo Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) em 2019. De acordo com a pesquisa, das 11.751 empresas no estado de São Paulo analisadas, apenas 2.067 (17,6%) estavam em conformidade com a cota estabelecida naquele ano.

Adicionalmente, a implementação de políticas de inclusão por parte das empresas frequentemente se revela inadequada, muitas vezes limitando-se ao cumprimento dos requisitos legais mínimos. Carmo, Gilla e Quiterio

(2020) indicam que isso pode sugerir uma possível desconfiança quanto à capacidade produtiva do colaborador com deficiência. Essa falta de confiança pode ser observada na designação de postos de trabalho, pois persiste o estigma de que a pessoa com deficiência (PcD) é limitada em comparação aos outros colaboradores, cerceando suas potencialidades. A falta de um engajamento substancial com a diversidade e a inclusão impede a criação de ambientes de trabalho inclusivos. De igual modo, destaca-se a falta de um monitoramento eficiente das políticas de inclusão, capaz de identificar e coibir práticas discriminatórias, além de avaliar o impacto dessas políticas.

Vasconcelos (2010) destaca que, embora os resultados tangíveis relacionados ao aumento do emprego formal para pessoas com deficiência se revelem pouco expressivos, é crucial enfatizar a relevância do debate acerca do direito ao trabalho direcionado a esse segmento. Nesse contexto, é imprescindível a efetivação de mecanismos para concretizar essa garantia à PcD, bem como superar os desafios existentes na aplicação dos recursos já existentes. Dessa forma, a discussão em torno desse tema exige um tratamento abrangente, que incorpore tanto ajustes legais quanto a mobilização da sociedade para fomentar uma cultura que valorize e respeite a diversidade.

Incentivar a inclusão desse grupo social nos contextos empresariais e, conseqüentemente, formar equipes mais variadas em habilidades e conhecimentos, propicia que as empresas e a sociedade avancem em direção a uma maior aceitação da diversidade. Portanto, a inclusão não deve ser vista, pelas empresas, apenas como uma obrigação legal, mas como um compromisso que traz benefícios para as organizações e para a sociedade como um todo.

Nesse contexto, é fundamental que as organizações adotem práticas inclusivas como: políticas de inclusão que envolvam a oferta de treinamentos para que o colaborador com deficiência possa desenvolver suas habilidades; remuneração de acordo com sua capacitação; garantia de acessibilidade nos locais de trabalho; a promoção de medidas para combater o preconceito e a discriminação, dentre outras ações.

Guimarães, Oliveira e Vicente (2017) propõem que seja realizada parceria com organizações não-governamentais (ONGS) que possam oferecer programas direcionados para o desenvolvimento de competências técnicas e habilidades socioemocionais da PcD. Essa abordagem sugere que as empresas estabeleçam colaborações estratégicas com ONGs que tenham expertise na capacitação de pessoas com deficiência.

De igual maneira, Carmo, Gilla e Quiterio (2020) salientam que é necessário adotar uma nova abordagem no processo de recrutamento de forma a permitir que candidatas com deficiência desenvolvam suas potencialidades. Ademais, igualmente fundamental que as empresas estejam atualizadas acerca das tecnologias assistidas, as quais incluem e proporcionam autonomia às pessoas com deficiência.

Fialho *et al.* (2007) realça a necessidade de oferecer treinamento espe-

cializado para colaboradores com deficiência (PCDs), inclusive, no ambiente de trabalho. Essa capacitação visa sensibilizar tanto gestores quanto demais membros da equipe sobre a importância da inclusão e, simultaneamente, eliminar preconceitos e disparidades relacionadas à deficiência.

Com isso, conclui-se que para a superação das barreiras enfrentadas por esse grupo, especialmente nos espaços corporativos, é importante que sejam adotadas diversas medidas de inclusão importantes. A adoção de práticas socialmente responsáveis desempenha um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Considerações finais

A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho é um tema de grande importância para a sociedade, uma vez que o trabalho é um direito fundamental e essencial para a autonomia e a dignidade humana. No entanto, apesar da existência de leis e regulamentações voltadas para assegurar igualdade de oportunidades, ainda há muitos desafios a serem enfrentados para garantir a plena efetividade desse direito.

A partir da análise apresentada nas linhas antecedentes, é possível destacar a importância dos instrumentos legais disponíveis para garantir a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, como a Lei de Cotas e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. No entanto, é necessário que esses instrumentos sejam efetivamente aplicados e fiscalizados, a fim de garantir a plena efetividade do direito ao trabalho para as pessoas com deficiência.

Além disso, é fundamental que as empresas assumam um papel ativo na inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, por meio de políticas de inclusão e acessibilidade, além da promoção de uma cultura de diversidade. A adoção de práticas socialmente responsáveis desempenha um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, e as empresas têm um papel importante nesse processo, bem como todos os setores da sociedade.

Em síntese, é fundamental que toda a coletividade se engaje na promoção da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, por meio de políticas públicas, ações das empresas e conscientização da população em geral. Somente assim será possível garantir a plena efetividade do direito ao trabalho para as pessoas com deficiência e construir uma sociedade mais inclusiva.

Referências

ALVES, Lucilene Quintiliano. Acessibilidade digital no ensino superior público brasileiro no ano de 2020. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 11, p. 1013-1020, 2022.

BARRETO, Monáisa Targino; ALVES, Marielza Barbosa; MORAIS, Germano Lia Fook Vasconcelos de. A acessibilidade nas empresas: percepção dos portadores de deficiência visual inseridos no mercado de trabalho. *In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA*, 9., 2012. **Anais [...]**. 2012. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/28516237.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BORGES, Aline Vieira; LONGEN, Willians Cassiano. Inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho e as perspectivas de acessibilidade. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 2, n. 6, p. 5520-5531, 2019.

CARMO, Marwin *et al.* Um estudo sobre a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro. **Interação em Psicologia**, v. 24, n. 1, 2020.

CARUSO, Andrea Soares. **Reverberações da Lei nº 8.213/91 à luz das concepções de deficiência**: estudo de caso sobre o programa de sensibilização gerencial em uma organização privada de ensino profissionalizante. 2012. Disponível em: https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/14768/1/Tese_Andrea%20Caruso.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

COMITÊ DE AJUDAS TÉCNICAS. **Ata da Reunião VII**, de dezembro de 2007. Disponível em: https://www.assistiva.com.br/Ata_VII_Reuni%C3%A3o_do_Comite_de_Ajudas_T%C3%A9cnicas.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

COUTINHO, Kátia Soares; RODRIGUES, Graciela Fagundes; PASSERINO, Lilliana Maria. O trabalho de colaboradores com deficiência nas empresas: com a voz os gestores de recursos humanos. **Revista brasileira de educação especial**, v. 23, p. 261-278, 2017.

CRUZ, Daniel Marinho Cezar *et al.* O trabalho e a tecnologia assistiva na perspectiva de pessoas com deficiência física. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, v. 26, n. 3, p. 382-389, 2015.

FIALHO, Camila Borges *et al.* Inclusão de Pessoas com Deficiência no ambiente organizacional: Responsabilidade Social ou Obrigação Legal?. **Revista de Carreiras e Pessoas**, v. 7, n. 3, 2017.

FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. Formas de ver as pessoas com deficiência: um estudo empírico do construto de concepções de deficiência em situações de trabalho. **RAM - Revista de Administração Mackenzie**, v. 11, p. 100-129, 2010.

GUIMARÃES, Daniel Silva; OLIVEIRA, Fabio Viana; VICENTE, Leonardo Rodrigues. Inclusão de pessoas com deficiência na empresa como fator responsabilidade social-Inclusion of people with disabilities in the company as a factor social responsibility. **Cientific@-Multidisciplinary Journal**, v. 4, n. 1, p. 19-31, 2017.

INSTITUTO OLGA KOS. **De acordo com INIOK-PCD, trabalho e renda são desafios contínuos para pessoas com deficiência**. 2022. Disponível em: <https://www.institutoolgakos.org.br/noticia/de-acordo-com-iniok-pcd-trabalho-e-renda-so-desafios-contnuos-para-pessoas-com-deficinci>. Acesso em: 17 nov. 2023.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo; REICHER, Stella Camlot. **(Des)cumprimento da Lei de Cotas nas organizações da sociedade civil**. 2019.

Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9404/10/Bapi_20_des_cumprimento.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

MARQUES, Carlos Alberto. Implicações políticas da institucionalização da deficiência. **Educação & sociedade**, v. 19, p. 105-122, 1998.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo**. 2009. Disponível em: https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27325/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf?sequence=1. Acesso em: 19 nov. 2023.

ROLIM, Maria da Conceição Lima Melo. Responsabilidade Social Empresarial e a inclusão da Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: para além do dever legal. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA, v. 6, n. 1, 2021. **Anais [...]**. Coimbra: CIDH, 2021. Disponível em: <http://trabalhoscidhcoimbra.com/ojs/index.php/anaiscidhcoimbra/article/view/811>. Acesso em: 18 nov. 2023.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. **Revista Nacional de Reabilitação (Reação)**, v. 12, n. 2, p. 10-16, 2009.

SILVA, Priscila; PRAIS, Fabiana Gomes; SILVEIRA, Andréa Maria. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte, Brasil: cenário e perspectiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, p. 2549-2558, 2015.

SOARES, Maria Clara Persilva. **A encruzilhada entre deficiência e emprego: os caminhos do direito do trabalho pela perspectiva deficiente**. 2021. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/38686/7/Disserta%c3%a7%-c3%a3o%20 para%20 dep%b3sito%20 -%20 Maria%20 Clara%20 Persilva%20 Soares_organized.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

VASCONCELOS, Fernando Donato. O trabalhador com deficiência e as práticas de inclusão no mercado de trabalho de Salvador, Bahia. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 35, p. 41-52, 2010.

RELAÇÕES ESCRAVISTAS CONTEMPORÂNEAS: UMA ANÁLISE SOCIOESPACIAL DO TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO NO SUDOESTE DO MARANHÃO

Bruna Feitosa Serra de Araújo

Professora Adjunta da Faculdade Santa Terezinha. Pós-Doutora em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Doutora e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Desenvolvimento Socioespacial e Regional pela Universidade Estadual do Maranhão

Resumo:

Embora não haja dúvida de que o trabalho análogo ao escravo seja fenômeno global, interessa averiguar como tem sido tratado em terras brasileiras, mais especificamente no sudoeste do estado do Maranhão (Açailândia). Para tanto, adota-se o método que caminha do abstrato ao concreto, ancorando-se no método histórico-dialético e quanto aos procedimentos de pesquisa enquanto técnicas de operacionalização adota-se a pesquisa bibliográfica e documental. A escolha do Maranhão como objeto de estudo se deu por duas razões: a primeira devido ao número expressivo de casos de escravidão denunciados no Estado e a segunda pela vontade de enfrentar a discussão dos fatores fundamentais para configuração da escravidão contemporânea. Justifica-se diante da necessidade de um delineamento mais preciso, que propicie uma melhor compreensão da problemática do trabalho escravo contemporâneo, parte constitutiva da história social do trabalho brasileira, verificando quais são as suas especificidades e de que forma esses processos de sobreexploração de trabalhadores conjugam-se com processos de produção e de resistências em diferentes experiências de trabalho rural para se perpetuarem na atualidade.

Palavras-chave: Escravidão; Maranhão; Processos de sobreexploração; Trabalho rural.

Introdução

Este artigo analisa o trabalho escravo contemporâneo no estado do Maranhão a partir de um recorte socioespacial, haja vista o estado ser um

dos cinco estados da federação com os maiores índices de trabalho escravo. Especialmente, Açailândia no sudoeste do Maranhão, é apontada como o município com maior ocorrência dessa prática sendo a cidade que mais fornece essa mão de obra para outros centros do país.

No Maranhão, a carência de infraestrutura não garante desenvolvimento socioeconômico e sustentável para a maioria da população. Em 2019, apresentou o maior percentual de pessoas sem instrução, isto é, 16,6% da população segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2019.

Associado a esse quadro, possui o maior número de pessoas vivendo em situação de pobreza. Segundo a Síntese de Indicadores Sociais 2018 (SIS), com 54,1% dos maranhenses vivendo com menos de R\$ 406,00 (quatrocentos e seis reais) por mês. O Maranhão, nesse sentido, é parte de um processo que para além das diferenças regionais (com danos socioambientais e culturais a que não devem ser negligenciadas) existem pontos de contatos com os diferentes desenvolvimentismos brasileiro.

Nas três últimas décadas, o modelo de desenvolvimento centrado na exportação de commodities, ocasionou transformações significativas na reorganização do território e na dinâmica socioeconômica e ambiental. Neste cenário de vulnerabilidade social, apenas 6,5% dos municípios maranhenses (14 dos 217 municípios do estado) possuem serviço de esgotamento sanitário por rede coletora de esgoto, segundo a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) realizada pelo IBGE (2017).

Em face desse cenário, impera a necessidade de buscar meios de sobrevivência, e isso expõe principalmente, os homens adultos em idade produtiva à ação de aliciadores/intermediadores de mão de obra, que arregimentam trabalhadores para as mais variadas formas de trabalho, submetendo-os a exploração, coerção e violência, com destaque para as atividades relacionadas ao roço da juquia, produção de carvão vegetal e trabalho na cana-de-açúcar (Moura, 2009).

Numa conjuntura de desativação de políticas públicas e direitos sociais, os desdobramentos desses processos é a inserção de pessoas em situação de vulnerabilidade social no mercado informal de trabalho, o que acaba por fazer com que homens e mulheres, no limite de suas necessidades básicas de subsistência, se submetam ao trabalho escravo:

A existência do trabalho escravo e todas as formas bárbaras de relações de trabalho são, portanto, o subproduto da radicalização do neoliberalismo principalmente nos países dependentes. Neste, a superexploração da mão de obra sobre a qual Marini escreve se radicaliza e amplia suas formas de expressão (Oliveira, 2023).

A maioria esmagadora dos casos elencados por órgãos oficiais é composta por trabalhadores rurais vindos de regiões onde o Índice de Desenvol-

vimento Humano (IDH) é considerado baixíssimo. Tal cenário nos impulsiona compreender esses processos reais, visando, sobretudo, contribuir no debate dos pontos de estrangulamento que impedem ou dificultam o enfrentamento a neoescravidão.

Polissemia da expressão contemporânea do trabalho análogo ao escravo

Plurais são as designações dadas ao fenômeno de exploração ilícita e precária do trabalho, ora chamado de “escravidão contemporânea”, “neo-escravatura”, “trabalho forçado”, “situação análoga à escravidão”, “trabalho escravo”, “exploração do trabalho”, “semiescravidão”, “trabalho degradante”, entre outros, que são utilizados indistintamente para tratar da mesma realidade.

Assim sendo, a expressão contemporânea é polissêmica capaz de abrigar numa espécie de conceito guarda-chuva que vai desde a exploração do trabalho até trabalho forçado. Para Antônio Alves de Almeida (2011, p. 63), “a multiplicidade e variação dos termos utilizados indica que os critérios de análise estão em discussão tanto no campo político-ideológico quanto no que diz respeito ao seu enquadramento na legislação trabalhista e nos códigos de defesa dos direitos humanos.”

Malgrado as diversas denominações, considera-se escravidão contemporânea os casos em que o trabalhador é submetido à condição degradante de trabalho (retirando sua dignidade e o expondo a riscos sua saúde e segurança física e mental dada a falta de alojamentos, alimentação, equipamentos de proteção individual precário), jornada exaustiva que o leva ao limite de suas forças e a formas de cerceamento da liberdade (não se trata da liberdade do direito de ir e vir, mas da liberdade de se desligar do serviço em função da servidão por dívida com a retenção de documentos) e o isolamento geográfico do local de trabalho.

A persistência inaceitável de casos de trabalho escravo explicita a profunda contradição da modernidade tecnológica. O trabalho na globalização neoliberal impõe a precariedade como modelo de gestão do trabalho. A respeito desta tendência em curso, Antunes (2018) é enfático quanto a falácia da “nova era da felicidade” com o avanço das tecnologias informacionais e eletrônicas e a ilusão de uma sociedade digitalizada e teologizada que levaria ao paraíso de um mundo sem trabalho. O mundo real (insiste o autor) é muito diverso do seu desenho ideal.

O Maranhão na representação contemporânea da neoescravidão

Em 1995, o governo Fernando Henrique Cardoso assumia, oficialmente, a existência do trabalho escravo contemporâneo no país perante a Orga-

nização Internacional do Trabalho¹ (OIT).

Mesmo com alta subnotificação, entre 1995 e 2017, os dados revelam que 52.766 (cinquenta e dois mil setecentos e sessenta e seis) mil trabalhadores foram resgatados em todos os estados brasileiros. Segundo o Relatório Índice de Escravidão Global 2018 da Fundação Walk Free, no Brasil possui cerca de 369 (trezentos e sessenta e nove) mil brasileiros trabalhando em situação degradante. Devido a dificuldade de acesso às localidades onde ocorre esse tipo de violação é difícil mensurar, com exatidão, o número de trabalhadores escravizados (Brandão; Rocha, 2013).

O estado do Maranhão figura entre os 05 (cinco) estados com os maiores índices de trabalho escravo do Brasil. Desde 1995, quando o Estado brasileiro reconheceu oficialmente a existência deste crime, 3.335 (três mil trezentos e trinta e cinco) mil trabalhadores foram resgatados. Esse número representa 6,3% dos 52.766 mil trabalhadores libertados até o ano de 2017, segundo dados do Ministério do Trabalho (ONG Repórter Brasil, 2019).

Quanto à escolaridade dos trabalhadores resgatados naturais do Maranhão entre 2003 a 2017, a grande maioria é de analfabetos (41%) ou têm até o 5º ano incompleto (39%) (Maranhão, 2018).

Observa-se que uma característica comum das vítimas são as vulnerabilidades diversas, mas a principal é socioeconômica. Esses trabalhadores têm pouca ou nula inserção em políticas públicas e estão submetidos, igualmente, a outras formas de opressão, como a racial e a de gênero, por isso conhecer o perfil dessas vítimas ajuda a estabelecer estratégias de prevenção e inserção social.

A prática do trabalho escravo, principalmente, na região de fronteira agrícola amazônica, revela uma situação de extrema vulnerabilidade e miséria social. Os trabalhadores libertados, na grande maioria dos casos, são homens na faixa dos 18 (dezoito) aos 40 (quarenta) anos, o que se explica pelo fato deste tipo de atividade requerer resistência e força física, que deixam suas regiões na expectativa de encontrar trabalho em outro lugar (Sakamoto, 2006). Ou seja, a mão de obra se desloca para onde existem empregos disponíveis.

Segundo a relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU), as causas do trabalho escravo no setor rural está:

1. Intrinsecamente associada à pobreza, a questão da concentração da propriedade da terra que afeta o Brasil como um todo e em particular os estados de origem dos trabalhadores rurais escravizados, é também uma causa estrutural do trabalho escravo. Sem terra, a renda do trabalhador, normalmente baixa, torna-se seu esteio para a sobrevivência.

1 Agência do Sistema das Nações Unidas, fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social como condição para a paz universal e permanente. Atua no Brasil desde 1950. Em 2002, a OIT iniciou no Brasil um projeto para ajudar as instituições nacionais a erradicar o problema do trabalho escravo.

2. Sem terra, sem emprego e, portanto, incapaz de sustentar a si e às suas famílias, alguns trabalhadores se submetem à exploração, aceitando o risco de cair em situações de desumanidade, condições de vida e degradantes de trabalho, e buscar oportunidades de trabalho no norte e partes do nordeste do Brasil. Alguns trabalhadores deixam o norte do Brasil para migrar para o sul na esperança de melhores condições de trabalho, mas também acabam no trabalho escravo.

3. O trabalho escravo se intensificou no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 devido à expansão das técnicas agrícolas modernas na Amazônia brasileira, que exigiram o recrutamento de mais trabalhadores (a Amazônia brasileira é sete vezes maior que a França e igual a Europa Ocidental).

4. O crescimento da pecuária, exploração madeireira e a produção de soja colocou uma grande pressão sobre os recursos da Amazônia, levando ao desmatamento acelerado, que em alguns casos, em última análise, aumenta a demanda por trabalho escravo. (Shahinian, 2010)

Açailândia² é o município que ocupa a primeira posição no ranking estadual dos municípios maranhenses por ocorrência de trabalho escravo no período de 1995 a 2018, segundo dados do Ministério do Trabalho e Comissão Pastoral da Terra (ONG Repórter Brasil, 2019).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) aponta que 42,5% de todo o trabalho escravo utilizado no Brasil vem do Maranhão (Sousa, 2004):

Considerando-se apenas os migrantes oriundos de outros estados, tem-se que quase a metade deles (42,5%) era do Maranhão.

[...]

Alguns grupos de trabalhadores são aliciados diretamente no próprio local de origem pelos gatos. Há uma preferência por estes migrantes, que são considerados pelos fazendeiros e pelos empreiteiros como “mais trabalhadores” e menos exigentes. Alguns grupos são “encomendados” e vão direto para uma determinada fazenda.

As atividades mais comuns desses trabalhadores são as empreitadas temporárias como: construção de cercas, roçados de juquirá, limpeza de pasto, desmatamento e derrubadas, colheita, produção de carvão, construção de linhas de transmissão de energia elétrica, limpeza, plantio e corte de cana de açúcar, sojicultura, entre outros (Setres, 2011).

Sakamoto (2011, p. 31) chama atenção a respeito das experiências das entidades da sociedade civil que atuam no combate ao trabalho escravo, que

2 No município de Açailândia a grande propriedade serve de base para os plantios de eucalipto que abastecem a atividade siderúrgica e para o desenvolvimento de uma pecuária dita moderna, associada a um arranjo produtivo que envolve o beneficiamento de carne (frigoríficos) e de leite (laticínios).

mostram que não há uma organização criminoso com recursos financeiros e estratégias visando o tráfico de escravos ou à exploração das regiões de expansão do capital, o que existe são ações, na maior parte das vezes pulverizadas e sem coordenação, sob responsabilidade dos próprios fazendeiros, seus gerentes, prepostos e “gatos”.

Deve ser sublinhado que o emprego de práticas escravagistas no período de 1995 a 2017 se concentram principalmente em empreendimentos extrativistas e agropecuários. Nestes casos, associado, predominantemente, à expansão da fronteira agropecuária nos estados Amazônicos, muitos trabalhadores são submetidos a condição de exploração na derrubada da floresta, na abertura de pastos e terras para plantações (ONG Repórter Brasil, 2019).

O Atlas do Trabalho Escravo no Brasil oferece um perfil típico do trabalho escravo. Em geral, trata-se de migrante maranhense, de sexo masculino, analfabeto funcional, que foi levado para as fronteiras móveis da Amazônia, em municípios de criação recente, onde é utilizado principalmente em atividades vinculadas ao desmatamento (Théry, 2009). Invariavelmente, sua aparência nas diferentes fazendas são semelhantes: roupas e calçados rotos, mãos calejadas, pele queimada do sol, dentes não cuidados, alguns aparentando idade bem superior à que tinham em decorrência do trabalho duro e extenuante no campo (OIT, 2011, p. 55).

A ONU os descreve como sendo trabalhadores recrutados em estados caracterizados pela extrema pobreza, analfabetismo e desemprego rural (Shahinian, 2010). São trabalhadores que também buscam a complementação de renda e não somente porque são “enganados” pelos agenciadores. Muitos deles conhecem a realidade das fazendas antes mesmo de chegarem até elas para trabalhar, mas afirmam ‘não terem outra escolha’, em determinados períodos do ano, para levantar recursos financeiros para sua família. Antes disso, são vítimas da “precisão”, uma situação que pode ser percebida mais como causa do que como consequência:

os trabalhadores são recrutados por contrato verbal, e levados de ônibus para plantações e fazendas, geralmente localizadas em outro estado do Brasil. Alguns trabalhadores recrutados sofrem abusos físicos, sexuais e verbais, além de ter que trabalhar em condições inadequadas, anti-higiênicas e inseguras. [...] Direitos trabalhistas e regulamentos de segurança são rotineiramente ignorados. Os trabalhadores arriscam sua saúde, e muitos sofrem de doenças tropicais e lesões relacionadas ao trabalho [...] A dureza de sua situação frequentemente leva ao abuso de álcool e drogas. [...] Em certos casos, os trabalhadores que já passaram por problemas físicos e psicológicos estão cientes de que podem ser explorados. No entanto, por causa de sua extrema pobreza, condição de vulnerabilidade e desespero por trabalho, eles são forçados a aceitar sua situação (Shahinian, 2010, p. 08).

De acordo com o Ministério da Economia, dos trabalhadores resgatados entre 1995 e 2019 pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel, 95% (noventa e cinco por cento) destes são homens; 83% possuem entre 18 e 44 anos; 33% são analfabetos, enquanto 39% concluíram somente até a 4ª (quarta) série do ensino fundamental (Ministério Da Cidadania, 2020, p. 18).

Considerações finais

As relações escravistas contemporâneas no estado do Maranhão, compreendida aqui como uma questão emblemática, abrangente, complexa e desafiadora uma vez que o capitalismo na sua etapa de financeirização, ao se reinventar, preserva os seus elementos mais regressivos. A partir de uma perspectiva crítica o foco foi a compreensão do trabalho escravo, particularmente, no sudoeste do Maranhão, região onde é imperiosa a força de grandes empresas mineradoras e do agronegócio.

Percebeu-se que o Brasil continua sendo um país ainda muito marcado pelo descompasso entre o que se prevê nas leis e a realidade. Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa “estamos diante de uma das mais dolorosas feridas na sociedade brasileira: a inadmissível persistência de trabalho escravo no país.”

Compreende-se que a imensidão do território brasileiro, aliada à complexidade da escravidão contemporânea, faz com que seja matéria de urgência a erradicação do trabalho escravo, mas isso depende, ainda, de um esforço integrado das instituições governamentais e sociedade civil, ações institucionais governamentais articuladas e a contínua mobilização dos movimentos sociais. Isso implica, alocar recursos humanos, técnicos e financeiros no aprimoramento da fiscalização e a reinserção das vítimas resgatadas.

Referências

ALMEIDA, Antônio Alves de. **Pastorais lutam por trabalho livre e digno**. In: Trabalho escravo contemporâneo: um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRANDÃO, André; ROCHA, Graziella. **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil na perspectiva da atuação dos movimentos sociais**. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 16, n. 2, jul./dez. 2013, p. 196-204. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (PNAD Contínua) 2019**. IBGE: Rio de Janeiro, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de Indicadores Sociais 2018**. IBGE: Rio de Janeiro, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Suplemento de saneamento básico (MUNIC)**. IBGE: Rio de Janeiro, 2017.

MARANHÃO. **Programa Estadual de Enfrentamento ao Trabalho em Condições Análogas à de Escravo (2018-2023)**. São Luís, MA, 2018.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **O sistema único de assistência social no combate ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas**. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social: Brasília, 2020.

MOURA, Flávia de Almeida. **Escravos da precisão: economia familiar e estratégias de sobrevivência de trabalhadores rurais em Codó (MA)**. São Luís: EDUFMA, 2009.

OLIVEIRA, Denis. **A radicalidade do neoliberalismo e as consequências da super exploração do trabalho**. In: Revista Socialismo e Liberdade: os desafios do mundo do trabalho hoje. São Paulo: Dandara, 2023.

ONG REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar! (no Maranhão) - 2018**. São Paulo, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil**. Brasília: OIT, 2011.

SAKAMOTO, Leonardo Moretti. **Trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Brasília: OIT Brasil, 2006.

SECRETARIA DE ESTADO DO TRABALHO E DA ECONOMIA SOLIDÁRIA DO MARANHÃO. **Fique de Olho! - Cartilha de Combate ao trabalho escravo**. SETRES: São Luís, 2011.

SHAHINIAN, Gulnara. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences - Mission to Brazil**. United Nations, General Assembly, 30 August 2010.

SOUSA, Ubirajara Almeida. **Trabalho escravo no Maranhão**. Fórum de Erradicação do Trabalho Escravo no Maranhão, out. 2004.

THÉRY, Hervé. **Atlas do trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: Amigos da Terra, 2009.

WALK FREE FOUNDATION. **The global slavery index**. 2018.

SOBRE NOMEAR LAGARTAS E BORBOLETAS: A UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO NAS ESCOLAS BRASILEIRAS

Tathiane Magalhães Chaves Ferreira

Mestre em Direito Público e Evolução Social pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Estácio de Sá; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito
Processual Civil

Resumo:

O direito de utilizar um nome que reflita a real identidade do indivíduo faz parte de uma luta histórica das pessoas transgêneros, aqui incluídas as travestis e transexuais. Observa-se, concomitantemente, uma violência direcionada a esse grupo vulnerável, acompanhada de uma omissão estatal na garantia de seus direitos humanos e fundamentais, tais como o direito a igualdade e a dignidade. Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar a garantia do direito ao uso de nome social nas escolas brasileiras e sua correlação com os processos de inclusão e exclusão social. Os objetivos específicos contemplam compreender os avanços e retrocessos das políticas públicas brasileiras sobre o tema, verificar os dados oficiais e não oficiais sobre a violência, bem como identificar as normativas vigentes e as decisões vinculantes. A metodologia aplicada baseou-se em levantamento de dados, revisão bibliográfica, por intermédio de pesquisa em livros e artigos, bem como análise de jurisprudência paradigmática. O tema apresenta grande relevância uma vez que estudantes transgêneros sofrem preconceito e marginalização, o que dificulta seu acesso à educação. O estudo se justifica na tentativa de vislumbrar políticas públicas que atuam como formas de inclusão desse grupo hostilizado, uma vez que insistir em nomear um estudante transgênero com seu nome registral não reflete sua identidade autoconstruída e prejudica sua inserção na sociedade. Os resultados obtidos demonstram que a presença ou a ausência de políticas públicas, tal como a utilização de nome social nas escolas, ora analisada, está diretamente relacionada com a inserção desse grupo marginalizado.

Palavras-chave: Biodireito; Nome social; Educação; Políticas públicas; Inclusão.

Introdução

Uma lagarta se transformará em borboleta mesmo que, após a ruptura do casulo, ainda seja chamada daquela maneira. Então, por que lhe negar o novo nome já que ele consegue expressar toda a sua essência? Pessoas transgêneros passam por grandes mudanças e o direito de utilizar um nome que lhe represente assume relevância nesse processo. O nome de uma pessoa não é apenas um meio de reconhecimento perante a sociedade, mas também, e principalmente, uma fonte de autoidentificação. A identidade, a personalidade e a singularidade de cada indivíduo devem ser autoconstruídas com liberdade e com o respeito da sociedade na qual ele está inserido.

Embora a construção de identidade seja um direito de todos, os menores de 18 anos se deparam com maior dificuldade em seu efetivo exercício. A vulnerabilidade dos indivíduos infantojuvenis reside especialmente na assimetria de poder dentro do núcleo familiar e social, sendo também relevante no ambiente escolar. A presente pesquisa aborda o desafio de estudar formas de inclusão da comunidade LGBTQIAPN+ em um mundo que impõe padrões de linguagem, vestimenta e conduta.

Esse padrão estabelecido socialmente é definido como binário cisgênero heteronormativo, uma vez que divide todas as pessoas em apenas homens e mulheres, e que define como “correto” o indivíduo heterossexual cisgênero, sendo as demais identidades de gênero e orientações sexuais entendidas como desviantes. Destacou-se no trabalho a importância de estudos que investiguem meios de inclusão e aceitação da pluralidade das formas de expressão da sexualidade humana nos diversos ambientes sociais, inclusive nas escolas, investigando as principais políticas públicas educacionais adotadas no Brasil. Realizou-se uma pesquisa qualitativa, predominantemente exploratória, com análise crítica dos dados coletados. O presente artigo buscará responder, ainda que parcialmente, ao seguinte questionamento: a presença (ou a ausência) de políticas públicas educacionais que envolvem a utilização de nome social nas escolas brasileiras estão relacionadas com a proteção da dignidade desse grupo vulnerável?

A importância do nome enquanto direito da personalidade

O nome de uma pessoa não é mera identificação formal e cartorária. Ele possui suma importância na forma como essa pessoa será individualizada socialmente, sendo considerado como um direito da personalidade. Esse entendimento foi positivado pelo legislador brasileiro, que colocou o nome civil no Capítulo II do Código Civil de 2002 (CC/02), capítulo este dedicado aos direitos da personalidade (Brasil, 2002).

O reconhecimento exterior da pessoa, no seio familiar e social, deve se coadunar com o reconhecimento interno, a percepção que cada indivíduo tem de si. Essa compatibilização, em geral, não ocorre com o nome recebido

ao nascer por pessoas transgêneros. Isso porque a pessoa transgênero não se identifica com os padrões estabelecidos para o sexo de seu nascimento.

Dessa forma, a utilização do nome social surge como meio de adequação para o reconhecimento da pessoa perante a sociedade como ela realmente se percebe, enquanto seu registro civil não é alterado. Nesse sentido, Jaqueline Gomes de Jesus define o nome social como “[n]ome pelo qual as travestis e pessoas transexuais se identificam e preferem ser identificadas, enquanto o seu registro civil não é adequado à sua identidade e expressão de gênero” (Jesus, 2012, p. 17). Utilizar um nome que não está associado à sua autopercepção dificulta sobremaneira sua inclusão. “Nessa situação, o nome é primordial, pois é a partir dele que o aluno se individualiza e é reconhecido socialmente, devendo estar associado ao gênero que representa” (Carmo; Fumes; Lira, 2021, p. 17).

Maria Lúcia Chaves Lima (2013) analisou os efeitos da política pública do nome social como estratégia de inclusão escolar de pessoas transgêneros a partir de entrevistas de oito travestis/transexuais. Ela argumenta que se deve avaliar o potencial de produção de modos de subjetivação e defende que a inclusão da diversidade no ambiente escolar depende de múltiplos fatores, sendo o nome social apenas um deles. Para a autora não basta a simples normatização da temática. É necessário que a norma seja conhecida, incorporada e produza efeitos para que ocorra a inclusão do grupo marginalizado.

Com base nas entrevistas, conversas com integrantes dos movimentos LGBT, travestis e transexuais, gestores/as, além de professores/as, diretores/as de escolas e estudantes, pode-se afirmar que a implementação dessa política foi insuficiente para se produzir os efeitos esperados: a aceitação do uso do nome social por parte de gestores/as e professores/es e a consequente permanência ou retorno de travestis e transexuais para as escolas. (Lima, 2013, p. 95).

Como se pode perceber, a oposição de gestores e professores quanto à utilização de nome social por alunos transgêneros dificulta a inclusão e permanência desses estudantes em sala de aula. Isso porque o nome funciona não apenas na identificação, mas possui também uma forte influência na identidade e senso de pertencimento. O nome pode auxiliar ou dificultar a integração do indivíduo na sociedade.

A omissão estatal - a ausência de lei sobre o uso de nome social nas escolas brasileiras

Como relatado anteriormente, o nome é considerado um direito da personalidade e tem grande relevância para o sentimento de pertencimento e inclusão de pessoas transgêneros. Tendo em consideração o respeito à identidade e à dignidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu na Ação

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275/DF que pessoas transgêneros maiores de 18 (dezoito) anos podem alterar seu nome e gênero diretamente no registro civil, sem necessidade de judicialização da demanda. Além disso, o pedido deve se pautar apenas na autodeclaração da pessoa transgênero, sem necessidade de cirurgia de redesignação sexual prévia, tampouco laudos médicos. Em razão desta decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n.º 73 do CNJ para regulamentar o procedimento. Contudo, cumpre destacar que os estudantes em idade escolar possuem, em sua maioria, idade inferior a 18 (dezoito) anos. Portanto, a decisão acima citada não pode ser diretamente aplicada.

Em 27 de junho de 2022, foi publicada a Lei 14.382/2022 que promoveu algumas alterações na Lei de Registros Públicos. O art. 56 da referida lei foi profundamente alterado, passando a determinar que a pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoal e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico. Novamente, os indivíduos infantojuvenis foram excluídos da normatização.

Logo, os estudantes menores de 18 (dezoito) anos não conseguem alterar seu nome registral diretamente em cartório, sendo muito relevante para sua inclusão no ambiente escolar a utilização de nome social. Resta evidente a omissão do Poder Legislativo brasileiro sobre o tema.

Sobre a questão, o Ministério da Educação (MEC), através do Conselho Nacional de Educação (CNE), publicou o Parecer CNE/CP n.º 14/2017, homologado na Portaria n.º 33, publicada no D.O.U. de 18/01/2018 e a Resolução n.º 1/2018 CNE/CP que versam sobre a normatização nacional sobre o uso do nome social na educação básica.

Cumpre rememorar que o Código Civil de 2002, nos seus artigos 3º, 4º e 1.690 (Brasil, 2002), estabelece que são absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesseis) anos e relativamente incapazes os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos. Tal determinação acarretou dúvida sobre a necessidade de representação ou assistência, respectivamente, dos pais ou responsáveis de alunos transgêneros quando estes desejarem o uso do nome social nos estabelecimentos de ensino.

O condicionamento do uso do nome social apontado acima, facilitado apenas aos indivíduos maiores de 18 (dezoito) anos, gera efeitos danosos aos estudantes transgêneros abaixo dessa faixa etária, uma vez que esses geralmente são impedidos do acesso ao direito, às vantagens sociais e educacionais, incrementando estatísticas de *bullying*, assédio, constrangimento e abandono escolar. Esses problemas continuariam a existir, mas poderiam ser minimizados com a adoção do nome social (Carmo; Fumes; Lira, 2021, p. 5).

A escola, que se apresenta como uma instituição incapaz de lidar com a diferença e a pluralidade, funciona como uma das princi-

país instituições guardiãs das normas de gênero e produtora da heterossexualidade. Para os casos em que as crianças são levadas a deixar a escola por não suportarem o ambiente hostil, é limitador falarmos em “evasão” (Bento, 2011, p. 555).

O Parecer CNE/CP n.º 14/2017 instituiu a possibilidade de utilização do nome social nas escolas de todo o país, com o objetivo de inclusão desses alunos bem como de prevenir a evasão. Destacou que a partir de 2015, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) regulamentou a possibilidade de uso do nome social no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), conforme o Edital n.º 6, de 15 de maio de 2015. Ressaltou-se a relevância do tema considerando-se que:

Já sendo praticamente norma nacional o uso do nome social para maiores de 18 anos, convém considerar que a restrição aos de menoridade legal tem provocado graves consequências aos estudantes, aos seus familiares e, de modo geral, à sociedade brasileira, uma vez que a interdição do nome social a esse segmento não tem produzido os benefícios sociais e educacionais arrolados e preconizados na legislação nacional.

Ao contrário, avolumam-se as estatísticas de violência e abandono da escola em função de bullying, assédio, constrangimento, preconceito, além de outras formas de discriminação, que podem ser minimizadas pela adoção do nome social e pelo respeito à identidade de gênero desses estudantes. (CNE, 2018, p. 7).

Verificou-se a necessidade urgente de padronização e acesso dos estudantes ao uso do nome social em todos os estados da federação. Como destacado no próprio parecer, “*o nome social não aplaca todos os problemas de violência e discriminação na educação brasileira, acena, no entanto, para o respeito à diversidade sexual e à promessa de uma educação com menos evasão*” (CNE, 2018, p. 4).

Bento (2011, p. 555) argumenta que o processo não é de evasão e sim de expulsão porque há um desejo social de excluir as pessoas que não condzem com o comportamento esperado para seu gênero, sendo necessário um maior estudo para precisar as causas que influenciam as crianças a não quererem frequentar o espaço escolar, bem como enfrentar os dilemas do cotidiano escolar, dentre eles, a intolerância fomentada pela homofobia e transfobia. Tendo em vista que a alteração do nome no registro civil por menores não foi facilitada, a utilização do nome social surge como solução temporária para esses alunos nas instituições de ensino.

Diante desse cenário, tanto a Portaria n.º 33 de 2018 do CNE quanto a Resolução n.º 1/2018 do CNE/CP determinam a possibilidade de uso do nome social nas escolas. A tese tem como objetivo principal padronizar nacionalmente o acesso ao direito de utilização do nome social nas escolas, bem como compelir professores e gestores a permitir o acesso ao referido

direito.

Diante do exposto, julgamos procedentes os reclamos dos ativistas LGBTI e dos estudantes que conclamam pela possibilidade de uso do nome social, sendo mais do que oportuna efetiva normatização nacional que pacifique e oriente os entes federados na presente matéria (CNE, 2018, p. 8).

Contudo, a Resolução n.º 1/2018, em seu artigo 4º, mantém a exigência de que a solicitação seja mediada pelos pais ou responsáveis. Ocorre que, muitas vezes, a própria família do estudante transgênero não apoia ou é contrária a tal pleito, criando um óbice ao uso do nome social. Em decorrência, percebe-se um conflito entre o poder familiar e a dignidade e o melhor interesse da criança ou adolescente. Frequentemente, a escola adota uma postura neutra, considerando a situação como inevitável, e nada faz para auxiliar esse estudante (Bento, 2011, 556).

Embora, historicamente, as instituições de ensino tenham servido como reprodutoras de uma visão naturalizada e heteronormativa das relações sociais, mudanças e debates recentes atravessam a sociedade brasileira chegando até as salas de aula. *“Há um saudável incômodo de educadores/as, gestores/as das políticas públicas e do ativismo em trazer para o cotidiano escolar a reflexão dos direitos humanos em uma perspectiva ampla”* (Bento, 2011, 558).

Tendo em vista que o problema existe, cumpre agora analisar as políticas públicas relacionadas com a temática.

As políticas públicas educacionais: o combate à violência e o estímulo à inclusão social

Inicialmente, cumpre esclarecer que o termo política pública carrega consigo um enorme conteúdo e grandes diferenças conceituais, a depender do referencial teórico a ser empregado. Será utilizado aqui o conceito adotado por Leonardo Secchi (2016, p. 1) no qual *“políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”*.

Para o autor, uma política pública é uma diretriz confeccionada com o objetivo de enfrentar um problema público, possuindo dois elementos fundamentais, quais sejam, a intencionalidade pública e a resposta ao problema público. Portanto, uma política pública é estabelecida com o objetivo de resolver um problema percebido como coletivamente relevante.

Secchi (2016, p. 10) identifica a existência de um problema público quando a situação analisada é considerada inadequada ao mesmo tempo em que se vislumbra a expectativa do alcance de um cenário hipotético melhor. Ou seja, quando existe uma situação atual vivenciada e objetiva-se uma situação ideal vislumbrada como possível ou atingível. Ademais, a situação em

análise deve ser relevante para a coletividade.

A política pública pode ser entendida como uma estratégia de intervenção e regulação do Estado em relação às questões sociais trazidas a debate, em função de lutas de movimentos de garantias de direitos civis, políticos e sociais. No Brasil, a preocupação com direitos LGBTQIAPN+ entrou na pauta apenas recentemente, quando começou a ser considerado um problema público a ser solucionado. Os primeiros movimentos foram organizados pela sociedade civil, tais como o I Encontro de Grupos Homossexuais Organizados e o I Encontro Brasileiro de Homossexuais, ambos na cidade de São Paulo, e o 1º Encontro de Homossexuais Militantes, em 1979, no Rio de Janeiro, abordando temáticas sobre a violência e a AIDS.

A pressão da sociedade demandava respostas por parte do poder público, com a criação de políticas públicas que visassem possibilitar a essa minoria vulnerável o acesso a direitos. Um marco histórico foi a criação pelo Governo Federal, através do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e do Ministério da Saúde, do Programa Brasil sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, instituído em 2004 (Dias, 2011). Esse programa objetivava a inclusão, não discriminação e promoção dos direitos humanos da população LGBTQIAPN+, com a implantação de políticas públicas voltadas para o combate da violência e da discriminação relacionadas à orientação sexual, bem como a reafirmação do combate à homofobia, incluindo tais premissas na defesa dos direitos humanos como compromisso do Estado e da população em geral (Brasil, 2004).

A 1ª Conferência Nacional versando sobre direitos humanos e políticas públicas voltadas para a população LGBT ocorreu em Brasília, no ano de 2008. Novamente, é possível identificar a atuação da sociedade civil como impulsionadora de políticas públicas a serem adotadas pelo poder público, uma vez que no ano seguinte, em 2009, foi instituído o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (Dias, 2011).

Sobre a perspectiva da possibilidade ou não de participação de atores não estatais no estabelecimento de políticas públicas, se faz relevante o ensinamento de Leonardo Secchi (2016) naquilo que ele denomina de Primeiro nó conceitual. O autor ressalta a existência de divergência entre autores e pesquisadores sobre o assunto, dividindo-os em dois grandes grupos, a saber, a abordagem estatista ou estadocêntrica e a abordagem multicêntrica ou policêntrica. No primeiro grupo, se considera que existe um monopólio dos atores estatais, enquanto, no segundo grupo, se admite a presença também de atores não-estatais.

Embora a coerção estatal seja um relevante mecanismo de política pública, não é o único. Por essa razão adota-se no presente trabalho uma

abordagem multicêntrica ou policêntrica, na qual Estado e sociedade podem atuar de forma conjunta ou independente para a solução de problemas públicos, considerando-se que os demais atores não estatais possuem acesso a outros instrumentos de política pública, tais como divulgação de informação, campanhas, prêmios, incentivos positivos e prestação de serviços (Secchi, 2016, p. 4).

Em 2010, a Presidência da República publicou o Decreto n.º 7.388 que estruturava o funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) à época. Importante destacar que o referido Decreto foi revogado pelo Decreto n.º 9.883, de 27 de junho de 2019, que versava sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, apresentando terminologias gerais e sem explicitação das minorias a serem protegidas. Atualmente, está em vigor o Decreto 11.471/2023, que revogou o anterior e instituiu o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Queers, Intersexos, Assexuais e Outras.

O projeto Escola sem Homofobia foi lançado em 2011 com o objetivo de implementar e efetivar ações para promover ambientes políticos e sociais favoráveis à garantia dos direitos humanos, bem como o respeito às orientações sexuais e à identidade de gênero no ambiente escolar brasileiro (BRASIL, 2011). No entanto, o projeto, que continha um kit didático anti-homofobia, encontrou grande oposição da bancada religiosa do Congresso Nacional, recebendo a alcunha de “kit gay”. Em decorrência da pressão exercida por esses grupos conservadores, a Presidente vetou o material e suspendeu sua distribuição (Hilário; Saleh, 2019, p. 201).

Em 2009, a Emenda Constitucional n.º 59 alterou a redação do artigo 214 da CRFB/88 estabelecendo que o plano nacional de educação deveria ser determinado em lei, com duração decenal, objetivando articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definindo “*diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas*” (Brasil, 1988). O Plano Nacional de Educação (PNE), atualmente em vigência, foi instituído pela Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014, e possui duração decenal a partir da data de sua publicação, também prevista em seu artigo 1º. O artigo 2º, inciso III, da Lei n.º 13.005/14 prevê que uma de suas diretrizes é a “*superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação*” (Brasil, 2014).

Não há no referido artigo menção a um tipo específico de discriminação na redação vigente. Contudo, no projeto que tramitou no Congresso Nacional, o texto inicialmente aprovado na Câmara dos Deputados continha a informação de que a superação das desigualdades teria ênfase na promoção da igualdade de gênero, racial, além de orientação sexual. Posteriormente, durante a votação no Senado, o texto original foi substituído pelo atual

(Hilário; Saleh, 2019, p. 202).

O debate se intensificou acerca da chamada “ideologia de gênero” nas escolas, sendo amplamente combatida pelos setores mais conservadores do Poder Legislativo. Nesse contexto, surgiu o Programa Escola sem Partido. O programa é fruto do Movimento Escola sem Partido que adotou, entre outras estratégias, a judicialização das relações interpessoais no ambiente escolar, bem como a mobilização política para que Estados e Municípios aprovassem projetos de lei em conformidade com os ideais do movimento.

Diversos Municípios aprovaram leis com conteúdo que objetivava proibir o ensino sobre sexualidade, identidade de gênero e orientação sexual nas escolas. Posteriormente, várias Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foram ajuizadas contra essas leis, como exemplos: ADPF 457 na qual foi contestada a Lei 1.516/2015 de Novo Gama/GO, ADPF 460 sobre a Lei 6.496/2015 de Cascavel/PR, ADPF 461 sobre a Lei 3.468/2015 de Paranaguá/PR, ADPF 465 sobre a Lei 2.243/2016 de Palmas/TO, ADPF 467 sobre a Lei 3.491/2015 de Itapatinga/MG e a ADPF 600 sobre a Lei Orgânica 55/2018 de Londrina/PR, sendo os pedidos julgados procedentes em todas as ADPFs supra citadas. A Procuradoria Geral da República (PGR) defende que ao instituir a proibição de qualquer referência à diversidade sexual em sistema de educação municipal, a lei invadiu competência da União. O Movimento Escola sem Partido, em sua posição contrária à “ideologia de gênero”, fomentou diversos projetos de lei que padecem de vício de inconstitucionalidade além de restringir o direito à educação, ferir os direitos humanos e incentivar a discriminação contra a comunidade LGBTQIAPN+.

O debate dentro das escolas sobre gênero e sobre diversidade sexual objetiva uma diminuição dos preconceitos socialmente impostos por meio de informação e racionalidade, concretizando as determinações contidas no artigo 1º, inciso III e no artigo 3º, inciso IV, da CRFB/88. Silva (2013) relata que a argumentação sobre sexualidade nas escolas visa garantir a proteção de direitos fundamentais além de propiciar debate sobre discriminação e violência contra pessoas de orientações sexuais diversas e promover o respeito e a tolerância.

As políticas públicas que visam garantir uma educação que aborde temas relacionados a gênero e diversidade sexual objetivam promover o respeito, a igualdade e a dignidade humana. Servem ainda de auxílio para a diminuição da violência e opressão contra a população LGBTQIAPN+. Por outro lado, as políticas públicas contrárias a abordagem destes assuntos nas instituições de ensino visam a manutenção de uma visão mais conservadora da sociedade. Faz-se necessário sopesar também o direito que as crianças e adolescentes têm de receber ensino de qualidade, e isso inclui não somente as disciplinas tracionais, mas uma construção de cidadania plena, nos moldes do artigo 205 da CRFB/88.

Toda democracia moderna é também uma sociedade na qual as pessoas se diferenciam bastante segundo um grande número de parâmetros, entre eles religião, etnia, riqueza e classe, incapacidade física, gênero e sexualidade, e na qual todos os eleitores fazem escolhas que têm um impacto significativo na vida das pessoas que discordam deles. Um modo de avaliar qualquer sistema educacional é perguntar quão bem ele prepara os jovens para viver numa forma de organização social e política com essas características. Sem o apoio de cidadãos adequadamente educados, nenhuma democracia consegue permanecer estável. (Nussbaum, 2015, p. 11).

Nussbaum acredita que a educação e a formação, em um sentido mais amplo, têm um importante papel no desenvolvimento de uma democracia plena. Ela acredita que deve haver uma educabilidade das emoções desde a infância como forma de controlar o desejo de domínio sobre os outros, o que ela chama de hierarquias nocivas. Ela também destaca a importância de desenvolver nos indivíduos a capacidade de sentir um genuíno interesse pelos demais sujeitos e a importância de uma formação integral.

Quando vivemos em sociedade, se não aprendemos a enxergar tanto o eu como o outro dessa forma, imaginando em ambas capacidades inatas de pensar e de sentir, a democracia está fadada ao fracasso, porque ela se baseia no respeito e na consideração, e estes, por sua vez, se baseiam na capacidade de perceber os outros como seres humanos, não como simples objetos (Nussbaum, 2015, p. 07).

A inexistência ou a deficiência de políticas públicas voltadas para a inclusão dos alunos de minorias sexuais, tal como a adoção do nome social ora estudada, é identificada como uma omissão prejudicial aos estudantes. Surge então a necessidade de analisar a violência direcionada a esse grupo vulnerável por meio do levantamento de dados.

O preconceito, a violência e a ausência de dados oficiais governamentais

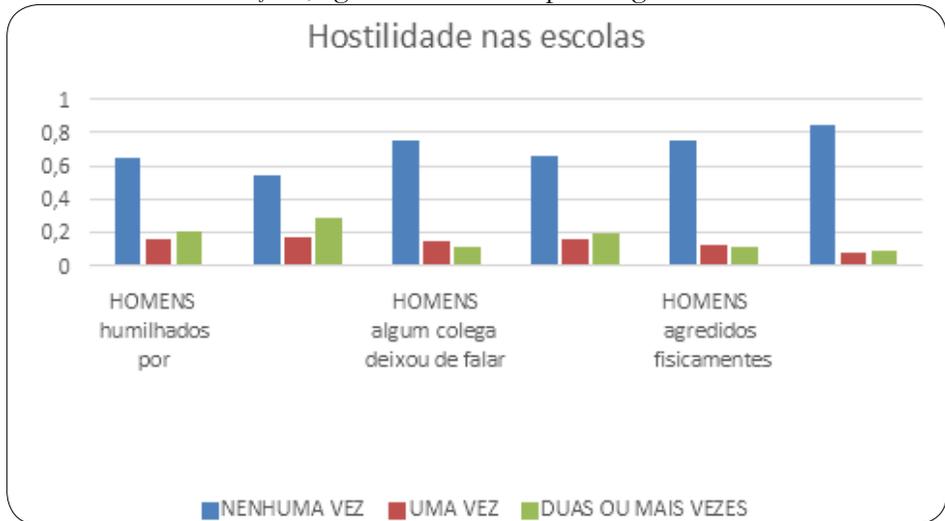
Como dito anteriormente, as pessoas que compõem a comunidade LGBTQIAPN+ não se encaixam no padrão de normalidade socialmente imposto. Por essa razão sofrem preconceito e muitas vezes são marginalizadas podendo sofrer, inclusive, violências físicas e psicológicas. Embora as instituições de ensino devessem ser capazes de cuidar, incluir e ensinar às crianças a compreenderem a diferença e a pluralidade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, não é incomum que o preconceito e a discriminação ocorram nesses ambientes vitimando esse grupo vulnerável.

Considerando que vulnerabilidade é um risco enfrentado pelo indivíduo no tocante à sua vida, ao seu trabalho e aos seus bens por ser detentor de determinadas características ou estados que o enfraquece perante os demais, colocando-o em situações de desamparo, dificuldade e estresse difíceis de serem labutados diante das atuais contingências, o transexual é um sujeito vulnerável. Os vulneráveis carecem de tutela social, material e psicológica, conforme o caso concreto, visto que cada um possui limitações diferentes, sendo atingido de maneira variada sob certos aspectos. (Vieira, 2012, p. 85).

Trata-se de grupo vulnerável, historicamente discriminado e socialmente desprotegido. Frequentemente são vítimas de crimes de ódio, motivados por preconceito. Destaque-se que não existem dados oficiais sobre identidade de gênero e orientação sexual no Brasil, uma vez que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não apura essas informações no censo nacional, utilizando apenas dados agrupados em homens e mulheres.

Esse critério binário de levantamento de dados pode ser observado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD sobre Educação, realizada no ano de 2019. O IBGE levantou o percentual de estudantes do 9º ano do ensino fundamental por frequência com que sofreram algum tipo de violência nos 30 dias anteriores à pesquisa, tais como humilhação, isolamento social, agressão física, agressão em ambiente virtual, dividindo-os por sexo (homem e mulher). O gráfico abaixo ilustra os números totais obtidos.

Gráfico 1 - Humilhações, agressões físicas e psicológicas no ambiente escolar.



Fonte: Autoria própria com dados extraídos do IBGE. PNADC, 2019.

Essa mesma pesquisa também levantou o percentual de estudantes do 9º ano do ensino fundamental, que se sentiram ameaçados, ofendidos ou humilhados nas redes sociais ou aplicativo de celular, nos 30 dias anteriores à pesquisa, por sexo, sendo relatado por 9,9% dos alunos e 18,4% das alunas a informação de que teriam sofrido algum tipo de agressão no ambiente virtual.

Não é possível verificar as motivações que levaram às humilhações, agressões físicas e psicológicas, bem como as sofridas em ambientes virtuais acima descritas, uma vez que não há esse questionamento no levantamento realizado pelo IBGE. No entanto, é possível afirmar que o ambiente escolar pode ser hostil. Levando-se em consideração os relatos feitos por representantes da minoria LGBTQIAPN+ é possível teorizar que uma parte dessas agressões seja motivada por preconceito contra sexualidades não hegemônicas. Logo, é crível que o ambiente escolar seja ainda mais hostil para as pessoas transgêneros do que é para as pessoas cisgêneros, necessitando de medidas que atenuem a evasão escolar decorrente das hostilidades e agressões, tal como a utilização de nome social objeto deste trabalho.

Dados sobre a violência sofrida por pessoas LGBTQIAPN+ são levantados pelo Grupo Gay da Bahia no Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil.

Em 2020, 237 LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) tiveram morte violenta no Brasil, vítimas da homotransfobia: 224 homicídios (94,5%) e 13 suicídios (5,5%).

Diferentemente do que se repete desde que o Grupo Gay da Bahia iniciou tal pesquisa, em 1980, pela primeira vez, as travestis e mulheres trans ultrapassaram os gays em número de mortes: 161 travestis e mulheres trans (70%), 51 gays (22%) 10 lésbicas (5%), 3 homens trans (1%), 3 bissexuais (1%) e finalmente 2 heterossexuais confundidos com gays (0,4%). (Grupo Gay Da Bahia, 2021).

Além disso, estatísticas sobre a violência contra esse grupo são levantadas também pela organização internacional Transgender Europe.

Em nosso país, o espaço reservado a homens e mulheres transexuais, e a travestis, é o da exclusão extrema, sem acesso a direitos civis básicos, sequer ao reconhecimento de sua identidade. São cidadãs e cidadãos que ainda têm de lutar muito para terem garantidos os seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida, ameaçado cotidianamente.

Violências físicas, psicológicas e simbólicas são constantes. De acordo com a organização internacional Transgender Europe, no período de três anos entre 2008 e 2011, trezentas e vinte e cinco pessoas trans foram assassinadas no Brasil. A maioria das vítimas são as mulheres transexuais e as travestis. (Jesus, 2012, p. 11).

Ademais, os dados da violência contra mulheres transgêneros no Estado do Rio de Janeiro, no período de 2015 a 2022, foram levantados pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) no Tabnet da Secretaria de Saúde Estado do Rio de Janeiro (SES-RJ) e publicados em uma matéria realizada pelo Jornal O Globo denominada “*Escalada do ódio. Rio tem explosão de violência contra mulheres trans, com quase um caso por dia*”, em 12/06/2022.

Em 13/04/2022, a CNN publicou matéria intitulada “*Cresce 300% o uso de nome social nas escolas públicas na última década*”, na qual informa que entre 2012 e 2021 mais de 15.000 (quinze mil) alunos da rede pública de ensino fizeram uso do nome social em suas fichas de matrícula. O levantamento foi realizado pelo Núcleo Investigativo da CNN a partir de dados fornecidos pelas Secretarias Estaduais de Educação, obtidos via Lei de Acesso à Informação (LAI), e contemplam tanto estudantes do ensino básico (infantil, fundamental e médio) quanto da Educação de Jovens e Adultos (EJA).

De acordo com a matéria, em São Paulo foram realizados cerca de 7.000 (sete mil) registros nos últimos 10 (dez) anos, sendo o Estado com maior número de casos de utilização do nome social. Cabe aqui destacar que o direito ao uso de nome social nos cadastros de alunos da rede estadual paulista foi regulamentado por meio do Decreto n.º 55.588, de 17 de março de 2010, que dispõe sobre o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos do Estado de São Paulo.

Os dados levantados pelas mídias jornalísticas acima transcritos são de fundamental importância uma vez que, conforme anteriormente relatado, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não apura informações sobre sexualidade ou sobre minorias LGBTQIAPN+ no censo nacional, identificando todas as pessoas em apenas dois grupos: homens e mulheres.

Tendo em vista a problemática acima explicitada, em fevereiro de 2022, o Ministério Público Federal (MPF) do Acre ajuizou Ação Civil Pública (ACP) para que campos sobre “orientação sexual” e “identidade de gênero” fossem incluídos nos questionários básico e amostral do Censo 2022. A Justiça Federal do Acre acolheu liminarmente o pedido, por meio de decisão prolatada pelo juiz Herley da Luz Brasil. No entanto, a liminar foi suspensa por decisão do presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) da Justiça Federal do Acre, o desembargador federal José Amílcar Machado.

Os números acima levantados evidenciam que a marginalização e o preconceito, além de fatores de exclusão social, conduzem à afronta contra direitos básicos das minorias LGTBQIAPN+, tais como dignidade, integridade física e até a vida. Resta evidente o problema público, sendo necessária a adoção de políticas públicas efetivas para garantia dos direitos humanos desse grupo vulnerável.

Conclusão

Diante do estudo feito e dos dados coletados foi possível verificar que a presença (ou a ausência) de políticas públicas educacionais que envolvem a utilização de nome social nas escolas brasileiras estão relacionadas com a garantia de dignidade desse grupo vulnerável. Resta nítida a necessidade de estudos que investiguem meios de inclusão e aceitação da pluralidade de formas de expressão da sexualidade humana nos diversos ambientes sociais, inclusive nas escolas.

Os processos de preconceito e marginalização estão diretamente vinculados à desinformação, à desigualdade e à discriminação, sendo obrigação da escola, da sociedade e do Estado adotar medidas para garantia dos direitos humanos envolvidos. A escola deve ser um local seguro no processo de crescimento, auto percepção e autoconstrução das futuras gerações, promotora de condutas que visem a igualdade, o respeito e a democracia efetivos para todos, com respeito a pluralidade inerente a humanidade. Deste modo, espera-se que a escola seja um espaço democrático e acessível a todas as pessoas.

Com este objetivo, é necessário começar garantindo o mínimo de dignidade através da possibilidade de utilização de nome social a todos os indivíduos que desejarem fazer uso do seu direito. Não cabe a terceiros decidir quem se é, tampouco como se deve ser chamado. Dessa forma, que seja garantido às borboletas o direito de serem chamadas de borboletas, sendo totalmente irrelevante se um dia foram chamadas de lagartas. A cada indivíduo deve ser garantido um nome que verdadeiramente reflita sua identidade.

Referências

BENTO, Berenice. **Na escola se aprende que a diferença faz a diferença**. Estudos Feministas, Florianópolis, 19(2): 548-559, maio-agosto/2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/DMNhmpzNbKWgH8zbgQhLQks/?lang=pt>. Acesso em: 28 de maio de 2022.

CARMO, Bruno Cleiton Macedo do; FUMES, Neiza de Lourdes Frederico; LIRA, Wlademir Paes de. **Direito ao uso do nome social por estudantes transgêneros em contraposição ao poder familiar**. Educação, Santa Maria, v. 46, 2021. ISSN: 1984-6444. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reveducao>. Acesso em: 11 jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Rumo a um novo ramo do direito**. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 249-263, 2011.

HILÁRIO, Pedro Henrique Cardoso; SALEH, Sheila Martignago. **A questão de gênero e diversidade sexual nas políticas públicas educacionais**. In: Políticas públicas no século XXI. Org. Kelly Gianezini, Adriane Bandeira Rodrigues. - Criúma, SC: UNESC, 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2ª edição - revista e ampliada, dez. 2012. Disponível em:

<http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

LIMA, Maria Lúcia Chaves. **O uso do nome social como estratégia de inclusão escolar de transexuais e travestis**. Tese de Doutorado em Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos: porque a democracia precisa das humanidades**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SILVA, Ariana Kelly Leandra Silva da. **Diversidade sexual e de gênero: a construção do sujeito social**. Nufen, Belém, v. 5, n. 1, p. 12-25, 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912013000100003. Acesso em: 12 nov. 2022.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **A vulnerabilidade do transexual**. In: SANCHES, Mário Antonio; GUBERT, Ida Cristina (org.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR/ Champagnat Editora, p. 85-102, 2012.

CRIAÇÃO E FIM DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UM COMPARATIVO ENTRE BRASIL E MÉXICO

Luciana Miguel Cavalcante Lima

Aluna da Pós Graduação em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. Estagiária em Docência UNIFEMM

Resumo:

O artigo em questão propõe uma análise abrangente do desenvolvimento dos programas condicionais de transferência monetária no Brasil e no México, utilizando uma abordagem comparativa entre esses dois países. O objetivo central é identificar fatores que explicam a origem, evolução e descontinuação desses programas, sob a ótica das teorias relacionadas ao processo de desenvolvimento de políticas públicas. O artigo alerta para as implicações do uso político dessas ferramentas, destacando possíveis consequências para a eficácia e estabilidade a longo prazo dos programas sociais.

Palavras-chave: Programas condicionais; Transferência monetária; Análise comparativa; Políticas públicas.

Introdução

O objetivo deste artigo é apresentar uma análise do início, desenvolvimento e fim ou mitigação dos programas condicionais de transferência monetária no Brasil e no México. Utilizando uma dimensão comparativa entre os países, procuramos por fatores que possam explicar a origem, as mudanças e fim ou ainda a mitigação desses programas.

Não é aleatória a escolha dos dois países para uma análise comparada, se trata de duas das maiores economias da América Latina e do Sul, os dois maiores programas de transferência de renda e que são referência para todo o mundo.

Buscamos analisar esses fatores à luz das teorias sobre o processo de desenvolvimento de políticas públicas. Percebe-se que o objetivo dos programas era aumentar o investimento em capital humano e interromper o ciclo da pobreza; no entanto, como qualquer outra política pública, eles não estão isentos de erros e distorções de seus objetivos por ações humanas es-

pecíficas, tornando-se presas fáceis de líderes políticos que exploram tais falhas para obter capital político e promover suas agendas. Eles identificam deficiências públicas e insatisfação com os programas existentes, destacando problemas como corrupção, burocracia, ineficiência ou falta de alcance adequado. Ao fazer isso, conseguem construir uma narrativa convincente que ressoa com os eleitores, potencializando sua dominação carismática e prometendo soluções simplificadas e impactantes. Uma vez no poder, esses líderes frequentemente buscam dismantelar programas sociais anteriores, argumentando que são ineficazes ou corruptos. Em vez disso, promovem a criação de novos programas sociais que levam sua marca pessoal, buscando aumentar assim seu controle sobre a política social do país.

Isso pode ser uma estratégia eficaz para consolidar o poder e construir uma base sólida de apoio, mas também pode ter implicações significativas para a eficácia e estabilidade de longo prazo dos programas sociais.

Metodologia

A metodologia empregada neste trabalho baseou-se em uma abordagem multidisciplinar, utilizando diversas fontes de informação para comparar o desenvolvimento dos programas sociais no Brasil e no México. A análise foi fundamentada em notícias, artigos científicos e dados coletados de órgãos governamentais. O estudo das notícias permitiu uma compreensão em tempo real dos eventos relacionados aos programas mexicano e brasileiro.

A inclusão de artigos científicos enriqueceu a pesquisa com perspectivas acadêmicas, oferecendo análises aprofundadas, teorias e contextos históricos que contribuiram para uma compreensão mais robusta dos fatores envolvidos no desenvolvimento dos programas. A coleta de dados diretamente de órgãos governamentais acrescentou uma dimensão quantitativa à pesquisa, possibilitando a análise de estatísticas e indicadores oficiais, proporcionando uma base sólida para as conclusões.

Além disso, a análise do decurso histórico do desenvolvimento dos programas sociais ofereceu uma perspectiva temporal, permitindo identificar padrões, mudanças ao longo do tempo e eventos críticos que influenciaram a trajetória desses programas. A combinação dessas abordagens metodológicas proporcionou uma visão abrangente e aprofundada do tema, permitindo uma análise crítica e informada sobre os programas condicionais de transferência monetária no contexto desses dois países.

Progesa/Oportunidades/Prospera - início, desenvolvimento e mitigação

Em 1997, o Programa de Educação, Saúde e Alimentação (Progesa), foi implementado no México, durante a presidência de Ernesto Zedillo (1994-2000), com o objetivo de aliviar a pobreza e desenvolver o capital

humano por meio de transferências monetárias diretas às famílias. O economista Santiago Levy atuou como Vice-Ministro das Finanças no México durante o governo de Zedillo e foi um dos arquitetos do programa, juntamente com Luiz Tellez, Graciela Teruel, Paul Gertler, entre muitos outros profissionais e importantes estudiosos de diversas áreas que contribuíram para o programa.

O artigo intitulado “Alívio da Pobreza no México”, de maio de 1991, é uma das primeiras contribuições de Santiago Levy sobre os desafios enfrentados pelo governo mexicano na redução da pobreza, como a eficácia dos programas sociais existentes na época da publicação do artigo. Ele também mencionou a necessidade de distinguir entre pobreza moderada e extrema, acesso limitado a oportunidades econômicas, falta de infraestrutura em áreas rurais e a necessidade de políticas abrangentes e sustentáveis.

Em 1994, quando Ernesto Zedillo assumiu a presidência do México, Santiago Levy foi nomeado Vice-Ministro das Finanças e Crédito Público. Se o Programa Progresas tivesse paternidade, ela seria reconhecida aos Santiago Levy e José Gómez de León, um demógrafo que chefiou a Comissão Nacional da População do México. Gómez de León foi o primeiro coordenador nacional do Progresas.

Em 1995, Gómez de León e Levy lançaram um projeto-piloto na região mexicana de Campeche para combater a extrema pobreza usando bancos de dados de beneficiários de dois programas subsidiados existentes de leite e tortillas. A assistência consistia em transferências monetárias diretas em vez de alimentos, e exigia que pessoas em grupos vulneráveis (gestantes, lactantes e bebês) passassem por consultas médicas regulares. O projeto foi um sucesso, os beneficiários cumpriram suas condições e a equipe resolveu alguns problemas antes de lançar o Progresas nacionalmente.

Ao longo do tempo, o programa passou por sucessivas mudanças de nome e design, caracterizadas pelo aumento da população-alvo e de suas condicionalidades e mecanismos de controle.

Progresas foi o programa pioneiro de transferência de renda na América Latina. Curiosamente, seu criador, Santiago Levy, afirma publicamente ter se encontrado em 2003 com o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, na Granja do Torto, a casa de campo presidencial no Brasil, e que nesta reunião com o Presidente e sete ministros de Estado, Levy alega ter explicado as bases e o desenvolvimento do Progresas no México seis anos antes. Mais tarde, o Brasil lançou seus próprios programas CCT, Fome Zero e Bolsa Família.

Em 2000, Vicente Fox assumiu a presidência pelo Partido de Ação Nacional (PAN) no México, que historicamente era um partido de oposição ao de Zedillo, que pertencia ao Partido Revolucionário Institucional (PRI). Fox foi presidente até 2006. A eleição de Fox em 2000 marcou a primeira vez em mais de sete décadas que um candidato de oposição, não afiliado ao PRI, venceu a presidência do México. Uma longa lista de presidentes sucessivos

do PRI remonta a 1934 até Francisco Labastida Ochoa, o candidato do PRI, que foi derrotado em 2000 nas eleições por Vicente Fox. Essa derrota marcou o fim da longa hegemonia do PRI na presidência do México.

Durante o governo de Ernesto Zedillo, Vicente Fox, afiliado ao Partido de Ação Nacional, foi um dos principais líderes de oposição. Vicente Fox e seu partido foram críticos do governo de Ernesto Zedillo, especialmente em questões como corrupção, transparência, democracia e reformas estruturais. Durante o período eleitoral de 2000, Fox fez campanha prometendo trazer mudanças e quebrar a hegemonia do Partido Revolucionário Institucional.

Quando Vicente Fox assumiu a presidência do México, Santiago Levy foi nomeado Vice-Ministro de Assuntos Fiscais no Ministério das Finanças e Crédito Público. Em 1999, Levy publicou um novo artigo chamado “Poverty alleviation in Mexico” junto com outros estudiosos. O relatório destaca a importância de políticas públicas integradas, envolvendo diferentes setores, como educação, saúde e desenvolvimento social. O relatório defendia a criação de um sistema abrangente de proteção social para combater efetivamente a pobreza.

Em 2002, o Progresa transformou-se no programa Oportunidades, após um longo trabalho de Santiago Levy, Graciela Teruel, Othoniel Arce, Graciela Márquez, entre muitos outros estudiosos que contribuíram para as várias fases do Progresa/Oportunidades. A principal mudança foi o critério para acessar o programa, que passou a ser a renda mínima per capita mensal e todos que estavam abaixo dessa “Línea de Bienestar Mínimo” poderiam ser integrados ao programa. O programa continha componentes de transferência de renda e outros não monetários, como ações e serviços. Além disso, o programa expandiu-se para outras partes do México que o Progresa não havia alcançado durante o governo de Zedillo.

De acordo com Francesa Lamanna, economista sênior do Banco Mundial, o Progresa/Oportunidades foi bem-sucedido porque visava a uma população bem definida, com mecanismos claros de seleção. Além disso, as famílias eram incentivadas a enviar seus filhos para a escola e centros de saúde assim que recebiam dinheiro diretamente, as restrições de renda eram aliviadas e tinham a chance de romper o ciclo da pobreza. Além disso, o design do programa facilita uma presença forte da equipe entre os beneficiários, proporcionando uma excelente avaliação e detecção precoce de problemas.

O Oportunidades foi o maior programa de combate à pobreza no México, cobrindo 5,8 milhões de famílias pobres em 2014, e com um orçamento de US\$2,8 bilhões, equivalente a 0,23% do PIB. (De la Fuente, Ortiz-Juárez, Rodríguez-Castelán, 2017).

As regras eleitorais do México preveem um mandato de 6 anos sem possibilidade de reeleição para o presidente. Após o governo de Vicente Fox, Felipe Calderón foi eleito e assumiu o cargo de 2006 a 2012. Santiago

Levy deixou o governo de Vicente Fox em 2004, quando aceitou o cargo de Vice-Presidente e Economista-Chefe da Divisão de Redução da Pobreza e Gestão Econômica do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Felipe Calderón era membro do Partido de Ação Nacional (PAN), um partido político de centro-direita no México. Não houveram mudanças significativas no programa Oportunidades durante seu governo. O programa Oportunidades continuou a ser implementado com base nos princípios e diretrizes previamente estabelecidos. Sob o governo de Calderón, o programa manteve o foco em transferências condicionais de dinheiro, buscando combater a pobreza por meio de investimentos em educação, saúde e nutrição. As famílias beneficiárias continuaram a receber apoio financeiro condicional ao cumprimento de obrigações, como a frequência escolar das crianças, a participação em exames médicos regulares e o acesso a serviços de saúde.

Em 2014, o programa passou por uma reestruturação durante o governo do Presidente Enrique Peña Nieto, que ocupou o cargo de 2012 a 2018 pelo partido político PRI. Essa reestruturação envolveu uma expansão das ofertas de assistência à saúde para oferecer intervenções adicionais e intensificar o desenvolvimento na primeira infância. Além disso, foi renomeado para Programa Prospera. Porém, a maior mudança no programa passou por uma conexão dos beneficiários aos serviços de educação para jovens e bolsas de estudo para formação profissional, permitindo que os beneficiários tivessem acesso a empregos formais.

Andrés Manuel López Obrador, conhecido como AMLO, foi eleito presidente do México em julho de 2018 e assumiu o cargo em 1º de dezembro do mesmo ano. Ele concorreu ao cargo como candidato do partido político chamado MORENA, ou “Movimento Regeneração Nacional”. Durante sua campanha eleitoral, ele apresentou uma plataforma política que incluía várias propostas-chave, como combate à corrupção, fortalecimento das políticas sociais, promoção da inclusão financeira e busca de uma abordagem mais equitativa na distribuição de recursos. Entre suas críticas mais notáveis estava a avaliação do Programa Prospera, que ele considerava insuficiente para aliviar a pobreza no México, argumentando que seus benefícios eram inadequados e que a burocracia associada ao programa consumia recursos valiosos que poderiam ser melhor direcionados às famílias necessitadas.

Em 2019, o governo de Andrés Manuel López Obrador eliminou os componentes de saúde e nutrição do programa Prospera, concentrando-se em bolsas para educação superior e técnica, enquanto concedia um valor mais modesto a famílias com crianças matriculadas na pré-escola, ensino fundamental ou médio inferior. (Araujo, Macours, 2021).

O maior e mais longo estudo realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento sobre o Progres, “Educação, Renda e Mobilidade: Impactos Experimentais da Exposição Infantil ao Progres após 20 Anos”, conduzido pelos pesquisadores M.Caridad Araujo e Karen Macours, apre-

senta conclusões positivas sobre o Programa Progres/Oportunidades.

A pesquisa mostrou que indivíduos incluídos ao Progres ainda na infância, especificamente antes 18 meses de vida, resultaram em 0,4 anos a mais de escolaridade quando tinham entre 18 e 20 anos. A exposição diferenciada ao programa na infância resultou em um aumento de 8% na probabilidade de concluir o ensino médio, um aumento de 18% na conclusão do ensino médio superior e um aumento de 67% na obtenção de estudos universitários. No geral, a exposição anterior levou a uma mudança na distribuição da educação em todos os níveis, com resultados especialmente fortes para as mulheres. Além disso, e em consonância com os resultados educacionais, a exposição diferenciada ao Progres na infância aumentou a renda esperada, especialmente para as mulheres. Também aumentou a mobilidade geográfica. (Araujo, Macours, 2021)

Além disso, a exposição anterior ao programa atrasou a paternidade e a formação de famílias em cerca de meio ano (em relação à média de controle de 21 anos), mas não alterou a probabilidade de ter filhos. Apesar dos resultados positivos do programa, comprovados por muitos estudos, o governo mexicano, sem resistência do Congresso Nacional e da sociedade mexicana, praticamente encerrou o programa Prospera. (Araujo, Macours, 2021)

Outro estudo conduzido pelo National Bureau of Economic Research (Kugler, Adriana D., Rojas, Ingrid, 2018), intitulado “Os programas de transferência condicional de renda melhoram o emprego e os ganhos no longo prazo? Evidências do México”, avaliou os impactos de longo prazo dos programas de transferência condicional de renda no emprego e nos ganhos dos jovens. O enfoque foi em crianças entre 7 e 16 anos e acompanharam seu progresso por 17 anos. A conclusão foi que uma exposição mais longa aos programas de transferência condicional de renda resultou em maiores chances de concluir o ensino médio e até um ano de educação terciária. Os resultados foram mais fracos no grupo de crianças mais velhas que foram expostas ao programa e para as crianças de mulheres analfabetas. As crianças expostas por sete anos ou mais aos programas de transferência condicional de renda no México ganharam 2,9 anos a mais na escola do que as crianças que nunca foram expostas ao programa. O estudo também mostrou que indivíduos expostos ao programa por oito anos ou mais tinham 36% mais chances de ter um contrato de trabalho e ganhavam 5 pesos a mais por hora do que aqueles que nunca foram expostos aos programas de transferência condicional de renda.

Por outro lado, Letícia Animas Vargas, a coordenadora nacional do programa apontada por Andrés Manoel Lopes Obrador, afirmou em várias ocasiões que o programa era um sistema de controle no qual os beneficiários tinham que cumprir várias obrigações antiéticas, como participar de reuniões políticas e/ou votar no partido no poder. Ela também afirmou que a maioria dos facilitadores do programa, totalizando cerca de 300.000, era

filiada a partidos políticos. Além disso, ela apontou que o valor da assistência recebida pelos beneficiários do Prospera era 30-40% menor do que deveria ser e que as mulheres frequentemente tinham que comparecer a sessões obrigatórias em instalações de saúde, onde eram obrigadas a oferecer subornos a médicos e enfermeiros para que sua presença fosse registrada, mesmo sem receber atendimento médico.

O orçamento destinado ao Prospera, após grandes mudanças no programa, agora é direcionado ao Programa de Bolsas Benito Juárez. Os beneficiários ainda precisam matricular seus filhos na escola para se qualificarem para o programa, mas as condicionalidades são menos intensas do que antes. Pesquisas futuras são recomendadas para determinar como essas mudanças afetarão a sociedade mexicana.

Bolsa Família-implantação, evolução, fim e recriação

A redemocratização no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), trouxe consigo uma significativa reforma no sistema de proteção social do país. Ao estabelecer o Benefício de Prestação Continuada (BPC) como o primeiro programa assistencial para garantia de renda, equiparar os benefícios urbanos e rurais, e fixar em um salário mínimo o valor-base dos benefícios previdenciários, a CF/88 estabeleceu uma estrutura institucional fundamental para as políticas de garantia de renda no Brasil.

A partir de 2000, foram implementados diversos programas federais de transferência de renda. O Bolsa Família foi implementado em outubro de 2003 através de uma medida provisória do governo federal que foi convertida na lei 10836/2004. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento e combate à fome, o programa inicialmente abrangia 3,6 milhões de famílias abrangidas e em agosto de 2010 já havia se expandido para 12,7 milhões de famílias. Foram enfrentados diversos desafios ao longo do tempo, como a operacionalização do cadastro único. Os municípios foram essenciais visto que o Bolsa Família tinha por característica o modelo de gestão descentralizada, utilizando-se como parâmetro dados do IBGE sobre número de famílias pobres e mapas de pobreza produzidos pelo próprio IBGE. Com relação ao modelo e formato, não houveram grandes mudanças ao longo do tempo no programa.

Os critérios para inclusão de famílias no programa são públicos. Tais critérios definem quais famílias serão elegíveis a aderir ao programa e quais não serão. Famílias com renda inferior a R\$ 120,00, estão elegíveis para receber o PBF, mas isso não é garantia de inclusão no programa. Ocorre que é destinado um valor no orçamento para o programa, caso a dotação orçamentária se esgote, não será mais concedido o benefício a novos aderentes. Ao longo do tempo, foi-se adaptando o orçamento para aumentar o número

de famílias abrangidas.

O benefício a princípio era concedido por um período de 2 anos. Dessa forma, a cada dois anos, os agentes municipais do programa deveriam verificar se as famílias ainda estão elegíveis a receberem o benefício. São usados também outros dados em outras bases de dados para verificação da continuação da elegibilidade.

Em 2021, o Bolsa Família abrangia o número de 14,7 milhões de famílias, ou seja, aproximadamente um quarto dos brasileiros. Havia também benefícios variáveis vinculados à criança ou ao adolescente, à gestante e à alimentação de bebês, entre outros. As condicionalidades estavam ligadas a manutenção de frequência escolar mínima e vacinação e peso mínimo para crianças menores de 7 anos e a frequência a consultas pré-natais de gestantes.

As consequências políticas da operação lava jato culminaram na eleição de Jair Bolsonaro em 2018, que assim como Andrés Manuel Lopes Obrador, se elegeu alegando ser um deputado de baixo clero e prometendo um governo técnico para que os escândalos de corrupção denunciados não ocorressem novamente. Similarmente ao AMLO, Jair Bolsonaro também alegava entender as necessidades do povo, criticava o sistema político em vigor até em então e prometia uma mudança estrutural do sistema político brasileiro.

Em 2021, após intensas negociações com o Congresso Nacional, o governo federal editou a medida provisória número 1061/2021 que foi convertida na lei 14284/21, instituindo o programa Auxílio Brasil e revogando o Programa Bolsa Família no prazo de 90 dias.

O Auxílio Brasil era composto em dois grandes blocos. No primeiro, há um conjunto de benefícios de transferência direta de renda e no segundo, há mecanismos de “incentivo ao esforço individual e à emancipação produtiva”. Propôs a criação do programa Alimenta Brasil. O programa era claramente um subterfúgio do governo para tentar garantir sua reeleição, o desenho do programa visava buscar a construção de uma identidade entre os eleitores beneficiários do programa social e o então presidente. O valor do benefício era de 400,00 e em julho de 2022 aumentou para 600,00 além de incluir benefícios para caminhoneiros e taxistas de até 1000,00 previstos para durar até dezembro/2022. Em 15 de dezembro de 2022 o Tribunal de Contas da União publicou auditoria feita no programa que constatou a possibilidade de pagamento indevido a milhões de famílias em 2022. O desenho do programa incentivou declarações inverídicas sobre composição familiar, com a fragmentação de famílias para que cada fragmento recebesse os R\$ 600,00 mínimos. Ou seja, a maior parte dos novos gastos orçamentários foi direcionada a pessoas que moram sozinhas e não ao público prioritário do PAB, que são crianças e adolescente.

Ciclos de implementação de políticas públicas

As políticas públicas podem ser examinadas como um ciclo que abrange diferentes fases: agenda, formulação, implementação e avaliação. Embora esse ciclo não reflita necessariamente a realidade de forma linear, ele representa uma ferramenta analítica significativa para compreendermos os processos decisórios envolvidos nas políticas públicas (Souza, 2003).

A primeira fase, da agenda, é o momento em que são definidos os temas prioritários a serem objetos de uma determinada política pública. Nessa fase, é importante compreender o motivo pelo qual alguma situação ou demanda se torna prioritária de atenção governamental ao longo do tempo (Souza, 2003; Capella, 2006). Na fase de formulação, a segunda fase, as políticas se tornam objeto de formulação, de planejamento, de decisão sobre seus modelos e objetivos. Nessa fase, é importante compreender como as políticas públicas foram formuladas, quais os atores que estavam envolvidos nesse processo, a forma de planejamento e outros detalhes (Souza, 2003). Na fase de implementação, a terceira fase, ocorre a concretização dos planos formulados. Por fim, na fase de avaliação, os resultados das políticas públicas serão mensurados. Aqui, busca-se compreender os diferentes instrumentos utilizados para a avaliação e os resultados alcançados, ou seja, a efetividade da política pública criada.

A questão central desses estudos deve ser uma busca a respeito das diferenças entre os objetivos planejados e os resultados alcançados na realidade. O que se buscava alcançar e o que realmente foi o efeito dessa política pública ao ser posta em prática.

Grande contribuição veio do estudo a respeito dos burocracia de nível de rua (BNR) que começaram nos anos 1970. Esse conceito de burocracia de nível de rua foi apresentado no livro de Michael Lipsky denominado “*Street-level bureaucracy*” (2010) ou em português, “*Burocracia de nível de rua*”. Os funcionários que trabalham diretamente na interação com usuários de serviços públicos em condições de escassez de recursos são considerados os burocratas de nível de rua. Eles fazem a interface do estado com usuários das políticas públicas anteriormente criadas. Os exemplos principais são policiais, professores, profissionais de saúde, entre outros.

Os estudos na área de implementação de políticas são extremamente importantes para a melhoria desses processos. Devido à complexidade das sociedades humanas, os processos relacionados a implementação das políticas públicas são intermináveis. Podem ocorrer variações no conteúdo, podem ser utilizados diversos instrumentos, podem contar com elementos estatais ou particulares, as possibilidades são inesgotáveis. Importante notar que o Estado se legitima de forma proporcional a sua capacidade de colocar as políticas públicas em prática, vez que são a face mais visível do Estado (Pollitt, 2013). O grande objetivo desse campo é a análise de como as políti-

cas públicas são construídas e postas em prática por meio da ação de burocratas.

A dominação carismática

A teoria da dominação carismática de Weber poderia explicar em parte o que leva tantas pessoas a escolha de um determinado político baseando-se em identificação pessoal e não em projetos, propostas ou lado partidário.

O conceito de política, segundo Max Weber, abrange diversos significados, mas converge na compreensão da direção do agrupamento político, denominado “Estado”, e da influência exercida nesse sentido. A política, para Weber, é o conjunto de esforços voltados para a participação no poder ou para influenciar suas decisões, seja entre Estados ou dentro de um único Estado.

Weber define o Estado como uma relação de dominação sobre o homem pelo homem, fundamentada no uso legítimo da violência. A legitimação da dominação, segundo ele, ocorre por meio do poder tradicional, carismático ou legal. No contexto do Estado Moderno, Weber destaca a importância do carisma na figura do líder político, identificando duas formas de fazer política: viver “para” a política, atribuindo significado à vida política, ou viver “da” política, usando-a como fonte de renda.

Dessa forma, o político carismático, que lidera mobilizando e convencendo, segue a tendência de partidos sem princípios, focados em recursos financeiros e poder, em detrimento das questões programáticas.

Weber explora também os princípios de legitimação da dominação e os tipos puros de dominação legítima: racional, tradicional e carismática.

Sobre a dominação carismática, Weber afirma que “*a dominação carismática, como algo extra cotidiano, opõe-se estritamente tanto à dominação racional, especialmente a burocrática, quanto à tradicional, especialmente a patriarcal e patrimonial ou a estamental. Ambas são formas de dominação especificamente cotidianas - a carismática (genuína) é especificamente o contrário.*” (Weber, 2000, p. 16) Para ele, a dominação carismática não segue regras, é impulsiva e se refere apenas a afeições. Cria uma conexão a partir de uma narrativa heroica e desconsidera elementos que se sobrepõem a todos como leis, jurisdições formais e normas jurídicas. Para Weber, essa conexão carismática tem sido como fio condutor e criador da história.

Futuras pesquisas podem analisar de forma mais profunda se líderes como Jair Bolsonaro e Andrés Manuel Lopes Obrador podem se encaixar nesse perfil de antagonismo à dominação legal-racional e ao Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Dessa forma, percebe-se dois presidentes de espectros políticos dife-

rentes, com narrativas semelhantes utilizando-se retórica de anticorrupção para finalizar programas sociais que passaram por amplas avaliações, sabinas e com resultados estáveis e positivos ao longo do tempo para destinar recursos a seus programas, criados por ele a fim de vincular seu nome a programas sociais e criar um elo político com o eleitor de forma rápida.

No caso do Brasil, diante do resultado das eleições de 2022, apesar do uso maciço dos programas e benefícios sociais com fins eleitorais para tentar reeleição, o presidente Jair Bolsonaro perdeu as eleições e diante da eleição do presidente Lula cujo governo criou o Bolsa Família, o programa foi recriado pela medida provisória 1164/2023 convertida em lei 14601/2023.

Diante de toda essa análise comparativa, fica a sugestão de que talvez as futuras pesquisas nessa área que possam contribuir para blindar programas sociais de flutuações políticas.

Referências

ARAUJO, M. C., MACOURS, K. **Education, Income and Mobility: Experimental Impacts of Childhood Exposure to Progresa after 20 Years.** IDB Working Paper Series N° Idb-Wp-01288. <http://dx.doi.org/10.18235/0003808>, 2021.

DE LA FUENTE, Alejandro, ORTIZ-JUÁREZ, Eduardo; RODRÍGUEZ-CASTELÁN, Carlos. **Living on the edge: vulnerability to poverty and public transfers in Mexico**, Oxford Development Studies, DOI: 10.1080/13600818.2017.1328047, 2017.

Del Valle, A. **The effects of public health insurance in labor markets with informal jobs: Evidence from Mexico.** Journal of Health Economics, 77, 102454, 2021.

HEVIA DE LA JARA, Felipe. **De Progresa a Oportunidades: efectos y límites de la corriente cívica en el gobierno de Vicente Fox.** Sociológica (México), 24(70), 43-81. Acessado em 31 de maio de 2023, em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732009000200003&lng=es, 2009.

KUGLER, Adriana D., ROJAS, Ingrid. **Do CCTS improve employment and earnings in the very long-term? Evidence from Mexico.** NBER Working Paper No. 24248, 2018.

TOMAZINI, Carla Guerra. **Disputas em torno das políticas de transferências de renda no Brasil e México: coalizões de causa e a consolidação do paradigma “capital humano”.** Em C. G. Tomazini and e M.R. Lukic (Ed). **As ideias também importam: abordagem cognitiva e políticas públicas no Brasil** (p. 115-144). Curitiba: Juruá Publishing Company, 2013.

LEVY, S. **Progress Against Poverty.** Washington: Brookings Institution Press. 2006.

LEVY, S. **Poverty Alleviation in Mexico**, World Bank's Policy Research Working Paper 679, 1991.

LIPSKY, Michael. **Street level bureaucracy.** Nova York, Russel Sage. 1980.

SILVA, S. P. da. **Bolsonaro government impacts on Coronavirus time in Brazil**. *Electronic Journal of Education*, 14, e4355145. <https://doi.org/10.14244/198271994355>, 2020.

POLLITT, Christopher. **New Perspectives on Public Services. Place and technology**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SOUZA, Celina. **“Estado do campo” da pesquisa em políticas públicas no Brasil**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/P74kwjCmQ5Q5ySrKLYpgdCB/abstract/?lang=pt#>. Acesso em 15 de setembro de 2023.

THE WORLD BANK. Health expenditure, public (% of GDP). (2022), Disponível em <https://data.worldbank.org/indicator/SH.XPD.CHEX.GD.ZS> Acessado em 21 de abril de 2023.

NECROPOLÍTICA NO COMBATE À GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL: ENTRE O RACISMO E A SELETIVIDADE PENAL

Pedro Vitor Brito Sarmiento Rocha

Resumo:

Em decorrência das mudanças da sociedade moderna, o direito penal é legitimado diante de novos contornos sob a perspectiva de atender anseios sociais, fundamentado no sentimento de insegurança e aumento do risco. No Brasil, a política da morte adaptada pelo Estado se intensifica com a militarização da força e o combate repressivo contra aqueles que têm cor e endereço preestabelecido, com a roupagem de combate à impunidade. A presente incursão teórica se propõe na análise da política de drogas adotada no ordenamento jurídico brasileiro, em que o sistema repressivo da Lei nº 11.343/06 e a ideologia da diferenciação de tratamento, que prioriza elementos subjetivos em sua caracterização, diminui as consequências para o usuário, mas, em contrapartida, preserva o caráter de combate ao “inimigo interno” que são vistos historicamente como uma ameaça. Nessa incursão teórica foi utilizada a metodologia pelo procedimento bibliográfico, haja vista que ao tratar de vida e morte há que se evadir de mera análise ensaística, consubstanciando assim a pesquisa a partir da leitura da legislação, doutrina, jurisprudências e obras sobre o tema. Sob esse prisma, será utilizado o método dedutivo, buscando apresentar os resultados pautados em uma análise detalhada.

Palavras-chave: Guerra às drogas; Seletividade; Racismo; Necropolítica.

Introdução

No Brasil, a política criminal desde a sua concepção foi pautada e consubstanciada através de um fenômeno colonialista. Rememorando a formação político-social em solo brasileiro, parece-me relevante destacar que a essência da construção jurídica, e, conseqüentemente, criminológica, foi inspirada em um verdadeiro sentimento eurocêntrico de dominação e poder sobre os povos nativos.

Nessa direção, imersa sob a mesma ideologia, no Brasil, a ciência crimi-

nal, durante muito tempo, tornou-se limitada às práticas da Necropolítica e essa ideia permanece até a atual conjuntura. Diante disso, surge o ponto de partida para o diagnóstico racista dos tratamentos repressivos estatais contra aqueles cujo endereço e cor são preestabelecidos

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a política de drogas no Brasil como fomento da seletividade penal, com o intuito de explicitar o porquê desse instituto ser um fundamento da necropolítica, bem como objetivos específicos, quais sejam: compreender como a Necropolítica se constrói na atual conjuntura brasileira, através do direcionamento da morte contra aqueles fenotipicamente selecionados, assim como demonstrar de que forma a política nacional de drogas justifica a repressão estatal em face da juventude suburbana, colaborando para o genocídio negro, e, consubstanciando a política de morte no País.

Tais explicações mostram-se necessárias para o combate da problemática abordada na pesquisa, a qual torna-se imprescindível entender o porquê de a política da guerra às drogas ser um fenômeno necropolítico? E, como a imposição da legislação penal e as medidas de combate a este crime aproxima-se de aspectos característicos da seletividade penal?

Para isso, a presente incursão teórica utilizou a metodologia pelo procedimento bibliográfico, a partir da leitura da legislação, doutrina, jurisprudências e obras sobre o tema, haja vista que pesquisa nessa seara apresenta demandas ontológicas, como vida e morte por exemplo, e, por isso não deve se limitar somente em análises ensaísticas. Sob esse prisma, será utilizado o método dedutivo conceituado pelo raciocínio lógico para obter uma conclusão, buscando apresentar uma análise detalhada e minuciosa sobre a guerra às drogas e como esta resultará na construção da Necropolítica na sociedade moderna.

O presente estudo, portanto, viabiliza a hipótese sobre a perspectiva da legislação criminal ser tutelada pela subjetividade e supressão dos princípios garantistas, havendo a efetivação do Direito Penal cada vez mais seletivo, em que se define um “inimigo” social em decorrência de características fenotípicas, ao qual recairá a política de morte, consubstanciando, portanto, a necropolítica.

Da necropolítica

Paulatinamente, a teoria da biopolítica Foucaultiana foi transmutada em vista da nova concepção da globalização neoliberal. Dentre as remodelagens do conceito de biopoder, há que se destacar os preceitos sustentados por Achille Mbembe, cientista político, filósofo e historiador camaronês, que fundamentou seu entendimento pela expansão da lógica colonial como fundamento das atuais formas de poder no mundo.

O autor apresenta a Necropolítica, definindo-a como um fenômeno

cuja soberania se manifesta “no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” (Mbembe, 2016, p. 5), em outras palavras, não será mais a política de sustentação da vida, e sim, de produção da morte.

Insta dizer que a construção basilar da Necropolítica e do Necropoder, se deram através de diálogos com o filósofo Frantz Fanon que baseia sua análise por meio da crítica ao colonialismo, numa dimensão geopolítica.

É estabelecido pela concepção fanoniana que o processo de colonização e dominação eurocêntrica gerou estigmas epistemológicos, os quais estabeleceram uma rotulagem aos negros, imigrantes, indígenas, e demais minorias, como inimigos dentro de uma guerra social (Fanon, 1968).

Sob o contexto dos estudos pós-coloniais, Mbembe compactua com Fanon, pautando a soberania como uma instituição de direitos antagônicos para com pessoas dissemelhantes, e, mantendo o espaço como sua matéria-prima, pode estabelecer o local e os indivíduos que sofrerão com a violência repressiva (Mbembe, 2016). Em diferente síntese, a soberania manifesta-se por “definir quem é descartável e quem não é” (Mbembe, 2016, p. 41). Ergue-se, nessa perspectiva, o Necropoder.

Entrementes, com fulcro no que é manifesto por Mbembe, o Necropoder apresenta três características. A primeira, diz respeito ao contexto geopolítico, pela fragmentação territorial que apresenta duplo objetivo: “impossibilitar qualquer movimento e implementar a segregação” (Mbembe, 2016, p. 43). A segunda, trata-se do racismo, que, através da rotulagem fenotípica, vai selecionar a população que será descartada. A terceira e última característica, é a criação de um estado de exceção permanente, contra aquele grupo específico, no território fragmentado. (Mbembe, 2016).

Seguindo esse raciocínio, o filósofo correlaciona o conceito de biopoder apresentado por Foucault, as pautas coloniais expressadas por Fanon, e as noções de Estado de sítio e de Estado de exceção. A relação entre esses conceitos apresenta as bases do Necropoder, que, em certo momento, respaldam critérios normativos para o direito de matar (Mbembe, 2016).

A problemática reside na utilização do estado de exceção em âmbito interno, como força motriz do Necropoder, direcionado aos que são considerados descartáveis (Mbembe, 2016).

Resta patenteado que a Necropolítica se moldou durante a evolução histórica, e, na atual conjuntura histórica se manifesta através de formas distintas de matar. A primeira é “fazer morrer”, em decorrência da ação estatal, dos altos índices de mortalidade do povo negro. A segunda é “deixar morrer”, por causas evitáveis, direcionada a questão territorial, em que a população negra é ignorada, local esse que falta apoio e políticas públicas, saneamento básico, entre outras políticas de saúde pública.

A política de drogas no Brasil

O advento da Lei nº 11.343 em 2006 foi precedida de clamores e teses jurídicas pela defesa da descriminalização do uso de drogas. O avanço legislativo que a nova lei impôs (ou deveria concretamente impor) foi a sustentação do desencarceramento do usuário, o qual não seria mais apenado por pena privativa de liberdade. No mesmo sentido, exasperou-se a pena que era prevista ao traficante, pois a pena mínima passou de três para cinco anos, mantendo a pena máxima como já era prevista, em quinze anos. (Brasil, 2006).

Concentramos a análise do art. 28, o qual não criminalizou de fato a conduta. O que verdadeiramente ocorreu foi somente a abolição da privação da liberdade ou de direitos, todavia, ainda permaneceu a ilicitude do fato, havendo somente uma despenalização, ou descriminalização formal, não havendo legalização da conduta (Gomes, 2013).

Em face disso, o referido dispositivo demonstra evidente inconstitucionalidade, haja vista que, ao tutelar o bem jurídico da saúde pública, confronta diretamente com os princípios fundamentais da garantia de liberdade, da vida privada e intimidade, afrontando a “máxima da proporcionalidade” (Alexy, 2017).

É perceptível que o bem jurídico defendido pelo referido artigo é um subterfúgio escancarado pelo paternalismo, que se justifica pela “interferência de um Estado ou de um indivíduo em outra pessoa, contra a vontade desta, e defendida ou motivada pela alegação que a pessoa intervencionada ficará melhor ou protegida de lesão” (Dworkin, 2002).

Outrossim, como argumento adicional, cabe destacar o perigoso o § 2º, do art. 28, o qual diz que para diferenciar o uso do tráfico, a autoridade “atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Brasil, 2006).

O grande problema do § 2º, art. 28, é a positivação da necropolítica no ordenamento jurídico brasileiro. Quando a autoridade pauta suas considerações nas “circunstâncias sociais e pessoais e nos antecedentes do agente”, denota-se uma análise sobre aspectos subjetivos para determinação do consumo pessoal. Sob essa perspectiva que se faz presente a seletividade, fomentando “os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida” (Batista, 2003, p. 135).

Ainda sobre o referido dispositivo, quando se menciona que para diferenciar o usuário, “será levado em conta o local e às condições sob os quais a ação se desenvolveu,” há clara evidência do que Fannon defendia ao dizer que o mundo colonial era dividido por zonas: a zona do colonizador e a zona do colonizado. Nota-se que o território da colônia é separado, e, a repressão estatal, através de uma soberania vertical, atinge somente as áreas

periféricas, transformando-as em espaços de violência (Fanon, 1968).

Por todo exposto, é indubitável que, em virtude do racismo, a Lei de Drogas através de dispositivos que escancaram a seletividade penal, serve como força motriz da política de morte, direcionada àqueles cuja cor e endereço são preestabelecidos.

A consolidação da guerra às drogas como fenômeno necropolítico

A necropolítica, indubitavelmente, resta consubstanciada na sociedade brasileira, principalmente, pela engrenagem da política de guerra às drogas. Diante o exposto, é imprescindível que essa incursão apresente achados quantitativos, haja vista que, ao tratar de aspectos sobre vida e morte, não restrinja a abordagem em meras análises ensaísticas.

O Sistema do Departamento Penitenciário Nacional ao expor os dados de incidências por tipo penal de janeiro a junho de 2023, evidencia que 28,29% são constituídos pela lei de drogas, segundo maior percentual entre os delitos, atrás somente dos crimes contra o patrimônio. Nota-se que essa guerra é direcionada quando a composição por cor e raça dos sistemas prisionais estaduais, mostra que 67,78% são negros (pretos e pardos) (Brasil, 2022).

Conforme aludido, a necropolítica estabelece um padrão quase que imutável, pois ao analisar outros estudos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), esses apresentam que os Negros são o principal grupo vitimado pela violência independente da ocorrência registradas. Há exemplo tratando-se das Mortes Violentas em 2022, 76,9% são vítimas negras (FBSP, 2023).

Corroborado a este fato, da análise feita sobre a raça/cor das vítimas de intervenções policiais com resultado morte Brasil no mesmo ano, têm-se que 83,1% são negros, 76% tinham entre 12 e 29 anos. (FBSP, 2023).

No triênio 2019-2021, dos mais de 300 mil registros analisados no Mapa dos Desaparecidos, 62,8% dos são homens, 29,3% são jovens entre 12 a 17 anos e 54,3% são negros. (FBSP, 2023).

No que se refere ao crime de Estupro, o qual apresenta maior número de ocorrências na história, 56,8% das vítimas são negras, assim como, as vítimas de feminicídios, sendo 61,1%. (FBSP, 2023).

Outrossim, é importante salientar que desde a promulgação da Lei 11.343/06, a evolução da população negra no sistema prisional brasileiro sempre esteve em ascendência. Segundo os dados do Anuário brasileiro de Segurança Pública, feito um recorte do ano de 2005 até 2021 há uma variação em 367,4% da população negra. Em 2011, 60,3% da população encarcerada era negra e 36,6% branca, já em 2021, a proporção foi de 67,5% de presos negros para 29,0% de brancos (FBSP, 2022).

Nota-se que o perfil da população carcerária não se modificou. Na ver-

dade, é notório que o fenômeno de encarceramento de negros e jovens somente se intensifica, visto que 46,4% dos presos têm entre 18 e 29 anos e 67,5% são negros (FBSP, 2022).

Já em 2023, entre a população carcerária, jovens de até 29 anos (43,1% da população carcerária), sendo negros (68,2%), o mesmo perfil das vítimas que lideram os dados de Mortes Violentas Intencionais. (FBSP, 2023).

Diante o exposto, é evidente que a política de guerra às drogas é um mecanismo da necropolítica na atual conjuntura, junto a uma legislação simbólica que fomenta a repressão contra grupos determinados. Portanto, conclui-se que todo esse processo repressivo contra as drogas decerto aumentou, todavia, as vítimas sempre foram as mesmas.

Considerações finais

No Brasil, a crise moral e principiológica é manifestamente potencial. Institutos garantistas são suprimidos, ao mesmo tempo que a punibilidade se expande de maneira efusiva. Aliado a isso, o direito penal é usado como *prima ratio*, legitimando-se a ação reativa estatal em face de dispositivos simbólicos e subjetivos que são direcionados a grupos específicos.

Todo esse contexto foi sintetizado por Achille Mbembe em sua tese da Necropolítica. Conforme discutido neste trabalho, a construção da política de morte que presenciamos através do combate às drogas, foi discutido por Foucault através da Biopolítica, mas somente apresenta contornos perante a modernidade quando Mbembe apresenta a base estruturante da atual conjuntura social, que foi o período colonialista.

O advento da Lei nº 11.343/06 estabeleceu a positivação da seletividade no ordenamento jurídico brasileiro através dos seus preceitos subjetivos e, também, inconstitucionais, como no caso do seu artigo 28. Torna-se lúcido destacar a presença do paternalismo que se faz presente quando justificam a tutela de proteção de bens jurídicos coletivos em demandas individuais.

O que se percebe é uma justificativa falha em legitimar o direito penal do autor em virtude da criação de inimigos sociais que precisam ser eliminados para que a sociedade prospere. Tais considerações se mostram presentes na capacidade de valoração subjetiva do § 2º do artigo 28, da lei de droga, o qual sustenta as noções teóricas abordadas por Mbembe de maneira tipificada.

A política criminal a todo momento flerta com o punitivismo desenfreado, junto a uma legislação simbólica apoiada por clamores sociais. Sob esse prisma, reverbera-se a filosofia de que a morte é a resposta adequada para desestabilização da norma penal.

A partir da análise efetiva da lei de drogas, percebeu-se que a aplicação do Necropoder resta consubstanciado de fato na sociedade brasileira.

BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 30 nov 2023.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**, volume IV, legislação especial penal. 7.^a ed., rev. e atualizada. Saraiva, 2012.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Direito Penal do Inimigo no Rio de Janeiro: Do confronto ao tráfico de drogas ao discurso da pacificação**. Disponível em: <http://www.carvalhoadv.com/userfiles/publications/DIREITO%20PENAL%20DO%20INIMIGO%20NO%20RIO%20DE%0JANEIRO%20%20Do%20confronto%20ao%20tr%20de%20drogas%20a%20discurso%20da%20pacifica%20A7%20A3o.pdf>. Acesso em 30 nov 2023.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2002. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>. Acesso em: 30 nov 2023.

DWORKIN, Gerald. **Paternalismo**: algumas novas reflexões. In: Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, n. 7, p. 71-80, 2012, p. 74.

FANON, Frantz. **Condenados da terra**, Tradução: José Laurênio Mello, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança

Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 30 nov 2023.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975- 1976). Tradução de Marina Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MBEMBÉ, Achille. **Necropolítica** - biopoder, soberania, estado de exceção política da morte. Arte & Ensaios, revista do ppgav/ eba/ ufrj | n. 32 dezembro, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em 30 nov 2023.

MBEMBE, Achille. **Políticas da inimidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições, 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. - 1^a ed. (ano 2008), 2^a reimpr. - Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Luana Rebeca Silva. **Tráfico de drogas, Direito Penal do Inimigo e**

Seletividade Penal na definição entre Usuários e Traficantes: um estudo em sentenças da 1ª vara de tóxicos da comarca de Salvador no ano de 2016. Orientadora: Alessandra Mascarenhas Prado. 2018. 82 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26395/1/Luana%20Rebeca%20S.%20Pereira.pdf>. Acesso em 30 nov 2023.

PIAGET, J. **Psicologia da Inteligência**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1956.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2018. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske#:~:text=O%20Sistema%20de%20Freios%20e%20Contrapesos%20consiste%20no%20controle%20do](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske#:~:text=O%20Sistema%20de%20Freios%20e%20Contrapesos%20consiste%20no%20controle%20do.). Acesso em: Acesso em 30 nov 2023.

RAMOS, Isabela Augusta. A seletividade do sistema penal na Lei de Drogas. 2014. 64 p. Monografia. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2014. p. 54.

RIBEIRO JR. Antônio Carlos. **As drogas, os inimigos e a necropolítica**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MaX11LehvzIJ:https://periodicos.ucs.br/index.php/cadernosdoceas/article/download/251/223+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 30 nov 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de: DANESI, Antonio de Pádua. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos: sobre os limites nvioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal**. Trad. Luís Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9- 37, 2005.

RACISMO PRISIONAL E SEUS EFEITOS NECROPOLÍTICOS NAS PRISÕES BRASILEIRAS

Leide Hellen Silva Rodrigues

Graduanda em Direito na Faculdades Santo Agostinho

Resumo:

O racismo estrutural persistente no sistema prisional brasileiro é reflexo das desigualdades históricas pós-abolição da escravatura. A Lei Áurea não libertou os negros, mas os sujeitou a uma nova opressão: a associação injusta entre identidade racial e criminalidade. Isso resultou em um sistema de justiça que pré-julga e marginaliza os negros, desde o primeiro contato com as autoridades até o desfecho dos processos criminais, levando à superlotação carcerária, majoritariamente composta por pessoas negras. Este estudo busca compreender as ramificações do racismo prisional no Brasil por meio de pesquisa e estatísticas. Visa identificar padrões discriminatórios e impulsionar mudanças tangíveis nas políticas criminais para enfrentar a desigualdade racial e as violações dos direitos humanos no sistema carcerário. Reformular toda a estrutura do sistema penal é crucial, não só na abordagem policial, mas também na execução das penas, para garantir a dignidade dos presos e promover uma verdadeira justiça social, onde a cor da pele não determine o destino legal. No contexto brasileiro, examinar o legado histórico da escravidão e como persiste na configuração do sistema prisional é fundamental. Autores como Abdias do Nascimento e pensadores contemporâneos, como Sueli Carneiro e Silvio Luiz de Almeida, contribuem para compreender as dinâmicas raciais no sistema prisional. A solução requer ações concretas e políticas públicas transformadoras, combatendo o racismo institucional e garantindo igualdade de oportunidades para todos. Este estudo busca contribuir para essa transformação, reconhecendo a urgência de uma abordagem justa e igualitária no sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: Estereotipado; Lei Áurea; Necropolítica; Racismo Prisional; Sistema carcerário.

Introdução

A persistência contínua do racismo estrutural no sistema prisional do

Brasil é um reflexo tangível das desigualdades enraizadas que remontam aos tempos coloniais. A história pós-colonial brasileira foi marcada pela exploração brutal dos negros como mão de obra escrava. Apesar do marco representado pela Lei Aurea, que for Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística. malmente aboliu a escravidão há 135 anos, a libertação prometida por essa legislação não se concretizou para a população negra. Pelo contrário, os negros enfrentaram e ainda enfrentam formas persistentes de preconceito, marginalização social e limitações no acesso a oportunidades.

Autores proeminentes, como Silvio de Almeida (2018) e Achille Mbembe (2018), fundamentados na visão filosófica de Foucault, destacam a natureza intrínseca e sistêmica do racismo. Eles ressaltam que o Estado absorveu e perpetua essa ideologia socialmente construída para manter as desigualdades raciais, normalizando práticas discriminatórias que impactam diretamente a população negra até os dias atuais.

O sistema prisional brasileiro reflete intensamente esse contexto, operando sob a influência arraigada e estrutural desses preconceitos. O racismo prisional emerge como uma clara demonstração da desigualdade racial, onde critérios como cor da pele e local de residência frequentemente determinam o encarceramento, muitas vezes sem um julgamento justo. Nesse sentido, a pesquisa proposta busca explorar e aprofundar a compreensão dos efeitos necropolíticos do racismo no sistema carcerário brasileiro. Ela pretende analisar como as políticas públicas, a atuação policial e o desfecho dos processos criminais são moldados por essa construção racista, conforme enfatizado por Mbembe (2018).

A análise proposta por esta pesquisa é fundamental para evidenciar as estruturas excludentes que permeiam a sociedade brasileira. Destaca-se a alarmante disparidade entre a população carcerária, composta em sua maioria por indivíduos negros, e a população branca. É crucial ressaltar não apenas as violações dos direitos humanos e da dignidade dos presos, mas também a incapacidade das políticas criminais em abordar efetivamente as questões estruturais presentes no sistema carcerário. Este estudo visa revelar as dinâmicas das necropolíticas, iluminando como esses fenômenos permeiam as práticas de encarceramento e provocando uma reflexão crítica sobre a desigualdade racial profundamente enraizada nas estruturas do sistema penal brasileiro.

É importante salientar que a necropolítica no sistema prisional brasileiro é um fenômeno estrutural, enraizado nas instituições e práticas sociais, o que torna sua superação um desafio complexo. Além disso, a necropolítica e a segregação sociorracial têm um impacto prejudicial na democracia, contribuindo para a perpetuação da desigualdade e da violência. Esses elementos ameaçam o próprio Estado de Direito, ressaltando a urgência de medidas eficazes para enfrentar o racismo estrutural, promover a equidade e assegurar o pleno exercício dos direitos para todos, independentemente de sua cor

ou origem étnica.

Necropolítica e segregação sociorracial no Brasil

A necropolítica e a segregação sociorracial representam conceitos fundamentais para compreender o histórico racista do Brasil, bem como sua persistência nos dias atuais. A necropolítica, conceito cunhado pelo pensador camaronês Achille Mbembe, descreve a utilização do poder estatal para determinar quem vive e quem morre, controlando as vidas da população por meio da violência, da marginalização e da exclusão.

No contexto brasileiro, a história de exploração racial remonta ao período colonial, quando a população negra foi trazida à força da África para servir como mão de obra escrava. Mesmo após a abolição formal da escravidão, esses indivíduos não foram integrados igualitariamente à sociedade. Pelo contrário, foram submetidos a diversas formas de discriminação e segregação.

A segregação sociorracial persiste de várias maneiras, desde o acesso desigual à educação e ao emprego até a representatividade política e a justiça social. A população negra enfrenta condições socioeconômicas desfavoráveis, vivendo em áreas periféricas com infraestrutura precária, enfrentando altos índices de violência e tendo menos oportunidades de acesso a serviços básicos de qualidade.

No âmbito do sistema prisional, a segregação se torna ainda mais evidente. A população carcerária brasileira é majoritariamente composta por pessoas negras e pardas, refletindo a seletividade do sistema de justiça, que muitas vezes pré-julga e marginaliza indivíduos com base na cor da pele, endereço e condição socioeconômica. A falta de políticas eficazes de reinserção social e a superlotação das prisões acentuam ainda mais essa realidade discriminatória.

A necropolítica se manifesta nesse cenário, onde a violência do Estado atinge de forma desproporcional a população negra, seja pela brutalidade policial, pela falta de acesso a direitos básicos ou pela ausência de políticas públicas que combatam efetivamente as desigualdades estruturais. A persistência dessas práticas revela uma continuidade do passado racista do Brasil nos dias atuais, evidenciando a urgência de medidas concretas para enfrentar o racismo estrutural, promover a equidade e garantir o pleno exercício dos direitos para todos, independentemente da cor da pele.

A necropolítica e a segregação sociorracial representam conceitos fundamentais para compreender o histórico racista do Brasil, bem como sua persistência nos dias atuais. A necropolítica, conceito cunhado pelo pensador camaronês Achille Mbembe, descreve a utilização do poder estatal para determinar quem vive e quem morre, controlando as vidas da população por meio da violência, da marginalização e da exclusão. No contexto brasileiro,

a história de exploração racial remonta ao período colonial, quando a população negra foi trazida à força da África para servir como mão de obra escrava. Mesmo após a abolição formal da escravidão, esses indivíduos não foram integrados igualmente à sociedade. Pelo contrário, foram submetidos a diversas formas de discriminação e segregação. A segregação sociorracial persiste de várias maneiras, desde o acesso desigual à educação e ao emprego até a representatividade política e a justiça social. A população negra enfrenta condições socioeconômicas desfavoráveis, vivendo em áreas periféricas com infraestrutura precária, enfrentando altos índices de violência e tendo menos oportunidades de acesso a serviços básicos de qualidade. No âmbito do sistema prisional, a segregação se torna ainda mais evidente. A população carcerária brasileira é majoritariamente composta por pessoas negras e pardas, refletindo a seletividade do sistema de justiça, que muitas vezes pré-julga e marginaliza indivíduos com base na cor da pele, endereço e condição socioeconômica. A falta de políticas eficazes de reinserção social e a superlotação das prisões acentuam ainda mais essa realidade discriminatória. A necropolítica se manifesta nesse cenário, onde a violência do Estado atinge de forma desproporcional a população negra, seja pela brutalidade policial, pela falta de acesso a direitos básicos ou pela ausência de políticas públicas que combatam efetivamente as desigualdades estruturais. A persistência dessas práticas revela uma continuidade do passado racista do Brasil nos dias atuais, evidenciando a urgência de medidas concretas para enfrentar o racismo estrutural, promover a equidade e garantir o pleno exercício dos direitos para todos, independentemente da cor da pele. coloque mais informações sobre o contexto prisional brasileiro

O sistema carcerário brasileiro e os reflexos da necropolítica no encarceramento em massa

O sistema carcerário brasileiro é um reflexo das desigualdades sociais e raciais do país. A população carcerária é majoritariamente negra e pobre, e os presos são frequentemente vítimas de violência e discriminação. A necropolítica, conceito cunhado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, descreve a utilização do poder estatal para determinar quem vive e quem morre, controlando as vidas da população por meio da violência, da marginalização e da exclusão. No Brasil, a necropolítica está presente no sistema prisional de diversas maneiras. Uma delas é a seletividade do sistema de justiça, que criminaliza e encarcera desproporcionalmente a população negra. De acordo com dados do IBGE, em 2022, 68,2% da população carcerária brasileira era composta por negros, enquanto apenas 42,8% da população brasileira se declarava branca. Isso significa que, em números absolutos, havia mais negros encarcerados do que brancos, mesmo que a população branca seja numericamente superior.

Essa disparidade é resultado de diversos fatores, incluindo a discriminação racial, a desigualdade socioeconômica e a violência policial. A população negra é mais propensa a ser vítima de crimes violentos, a ser abordada e revistada pela polícia e a ser condenada por crimes mais graves. Isso ocorre porque a polícia e o sistema de justiça criminal estão impregnados de racismo. A população negra também é mais propensa a viver em condições socioeconômicas desfavoráveis, o que aumenta sua vulnerabilidade à criminalidade. Isso ocorre porque as pessoas negras têm menos acesso a oportunidades de educação, emprego e moradia, o que as torna mais propensas a se envolver em atividades criminosas. A violência policial também é um fator importante que contribui para o encarceramento em massa da população negra. A polícia é mais propensa a usar força letal contra pessoas negras, o que aumenta a probabilidade de que elas sejam assassinadas ou presas. A fala do juiz Edinaldo César Santos Junior, coordenador executivo do Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros (ENAJUN), é um exemplo claro da necropolítica no sistema prisional brasileiro. Ao questionar por que a população carcerária é majoritariamente negra, ele aponta para a relação entre racismo, pobreza e encarceramento. O juiz afirma que a maioria dos pobres é negra porque o racismo estrutural impede que os negros tenham as mesmas oportunidades de acesso à educação, ao emprego e à moradia que os brancos. Isso resulta em uma situação de desigualdade socioeconômica que torna os negros mais vulneráveis à criminalidade e ao encarceramento.

A fala de Santos Junior é um alerta para a necessidade de enfrentar o racismo estrutural no Brasil. O sistema carcerário brasileiro é um reflexo da necropolítica, que determina quem vive e quem morre no país. A população negra é a principal vítima dessa política, sendo encarcerada de forma desproporcional.

Além da seletividade do sistema de justiça, a necropolítica no sistema carcerário brasileiro também se manifesta de outras formas, como:

As condições precárias de encarceramento: as prisões brasileiras são superlotadas, insalubres e violentas. Os presos vivem em condições desumanas, com falta de alimentação, higiene, assistência médica e jurídica. Essa situação aumenta o risco de morte e doenças, e contribui para a perpetuação do ciclo de violência.

A falta de acesso à educação e ao trabalho: os presos têm dificuldade de acesso à educação e ao trabalho, o que dificulta sua reinserção social. Essa situação aumenta a probabilidade de que eles voltem a cometer crimes após a libertação.

A discriminação racial: os presos negros são mais propensos a sofrer violência e discriminação dentro das prisões. Isso ocorre porque o racismo está presente em todas as esferas da sociedade, incluindo o sistema prisional.

Essas consequências da necropolítica no sistema carcerário brasileiro têm um impacto devastador na vida dos presos, de suas famílias e da socie-

dade como um todo. Enfrentar a necropolítica no sistema carcerário brasileiro é um desafio complexo. É necessário promover mudanças estruturais na sociedade, para combater o racismo e a desigualdade socioeconômica.

Certamente, a complexidade e a amplitude das questões presentes no sistema carcerário brasileiro exigem uma análise mais aprofundada das ramificações da necropolítica e do racismo estrutural. Além das manifestações já mencionadas, é essencial destacar a falta de programas efetivos de ressocialização dentro das prisões. A ausência de oportunidades educacionais e de treinamento profissional durante o cumprimento das penas contribui para a perpetuação do ciclo de criminalidade e reincidência. A negligência estatal em oferecer alternativas de reintegração social aos detentos reflete um sistema falho que não apenas pune, mas também falha na missão de reabilitar indivíduos para a vida em sociedade após o período de prisão.

Outro ponto crucial é a necessidade de uma abordagem humanizada e não apenas punitiva no tratamento dos detentos. As condições desumanas das prisões, aliadas à superlotação e à violência, não apenas violam os direitos fundamentais dos presos, mas também reforçam um ambiente propício para a perpetuação da criminalidade e da desesperança. Investimentos em políticas de respeito aos direitos humanos, melhorias nas instalações prisionais e a promoção de um ambiente de tratamento digno são fundamentais para romper com esse ciclo de degradação e exclusão.

Além disso, é imperativo reconhecer a importância da conscientização e da capacitação dos agentes do sistema prisional. Treinamentos focados na identificação e desconstrução de preconceitos raciais, de gênero e de classe são passos essenciais para garantir um tratamento justo e igualitário a todos os detentos. Isso envolve a promoção de uma cultura institucional que valorize a diversidade e promova a empatia, visando a redução da violência e da discriminação dentro das prisões.

A resolução dessas questões não é apenas uma responsabilidade do sistema penal, mas sim uma demanda que transcende as fronteiras da justiça. Requer um comprometimento amplo da sociedade, do poder público, de instituições educacionais e de organizações da sociedade civil. Somente com uma abordagem multifacetada, que atue nas causas estruturais e promova a inclusão social, será possível enfrentar efetivamente as profundas desigualdades e injustiças presentes no sistema carcerário brasileiro.

Considerações finais

Considerando o exposto sobre a persistência do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro, é crucial reiterar a importância de encarar esse cenário desafiador de frente. A análise profunda dessas questões revela não apenas a existência de graves desigualdades históricas, mas também aponta para a necessidade urgente de ações transformadoras. A perpetuação do ra-

cismo no sistema carcerário não apenas compromete os direitos humanos dos indivíduos encarcerados, mas também enfraquece os fundamentos democráticos do país. A segregação sociorracial e a necropolítica, enraizadas nas estruturas institucionais, impõem uma ameaça à democracia ao perpetuarem a desigualdade e a violência.

Nesse sentido, a reflexão crítica e a análise minuciosa propostas neste estudo são passos cruciais para desvelar essas dinâmicas profundamente arraigadas. A conscientização sobre a desigualdade racial presente no sistema penal brasileiro é o primeiro passo para a busca por mudanças efetivas. A busca por soluções requer uma abordagem abrangente, que vá além das políticas criminais tradicionais. É fundamental repensar e reformular as estruturas fundamentais do sistema prisional, promovendo não só a igualdade perante a lei, mas também as oportunidades iguais para todos os cidadãos, independentemente da sua origem étnico-racial.

A superação do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro demanda esforços coordenados, políticas públicas abrangentes e um compromisso sólido com a justiça social. Este estudo, ao aprofundar a compreensão dessas questões, visa contribuir para esse movimento transformador, promovendo uma sociedade mais justa, inclusiva e equitativa para todos os brasileiros.

A necropolítica e a segregação sociorracial representam conceitos fundamentais para compreender o histórico racista do Brasil, bem como sua persistência nos dias atuais. A necropolítica, conceito cunhado pelo pensador camaronês Achille Mbembe, descreve a utilização do poder estatal para determinar quem vive e quem morre, controlando as vidas da população por meio da violência, da marginalização e da exclusão.

No contexto brasileiro, a história de exploração racial remonta ao período colonial, quando a população negra foi trazida à força da África para servir como mão de obra escrava. Mesmo após a abolição formal da escravidão, esses indivíduos não foram integrados igualitariamente à sociedade. Pelo contrário, foram submetidos a diversas formas de discriminação e segregação.

A segregação sociorracial persiste de várias maneiras, desde o acesso desigual à educação e ao emprego até a representatividade política e a justiça social. A população negra enfrenta condições socioeconômicas desfavoráveis, vivendo em áreas periféricas com infraestrutura precária, enfrentando altos índices de violência e tendo menos oportunidades de acesso a serviços básicos de qualidade.

No âmbito do sistema prisional, a segregação se torna ainda mais evidente. A população carcerária brasileira é majoritariamente composta por pessoas negras e pardas, refletindo a seletividade do sistema de justiça, que muitas vezes pré-julga e marginaliza indivíduos com base na cor da pele, endereço e condição socioeconômica. A falta de políticas eficazes de reinser-

ção social e a superlotação das prisões acentuam ainda mais essa realidade discriminatória.

A necropolítica se manifesta nesse cenário, onde a violência do Estado atinge de forma desproporcional a população negra, seja pela brutalidade policial, pela falta de acesso a direitos básicos ou pela ausência de políticas públicas que combatam efetivamente as desigualdades estruturais. A persistência dessas práticas revela uma continuidade do passado racista do Brasil nos dias atuais, evidenciando a urgência de medidas concretas para enfrentar o racismo estrutural, promover a equidade e garantir o pleno exercício dos direitos para todos, independentemente da cor da pele.

Certamente, para compreender e abordar adequadamente o racismo estrutural arraigado no sistema prisional brasileiro, é crucial considerar a urgência de medidas que transcendam a esfera meramente repressiva e adentrem a promoção efetiva da igualdade e justiça. Essa situação demanda uma revisão profunda das políticas públicas, visando não apenas a reformulação das estruturas carcerárias, mas também a criação de programas de reinserção social eficazes. Essas iniciativas devem focar na educação, formação profissional e assistência psicossocial, a fim de romper com o ciclo de reincidência e oferecer oportunidades reais de reconstrução de vidas.

Além disso, é essencial um olhar crítico para os procedimentos policiais e a aplicação da lei, implementando treinamentos que sensibilizem os agentes para a neutralidade racial e promovam abordagens menos discriminatórias. É preciso também uma revisão das políticas de drogas, considerando que a criminalização tem impacto desproporcional sobre minorias étnicas, e direcionar esforços para abordagens de saúde pública e redução de danos.

A efetivação dessas mudanças requer um compromisso coletivo e contínuo de diversos setores da sociedade, desde o poder público até organizações não governamentais e a população em geral. Somente com uma abordagem holística, voltada não apenas para o encarceramento, mas para a criação de condições sociais mais equitativas, é possível começar a dismantelar as estruturas que perpetuam o racismo no sistema prisional e, conseqüentemente, na sociedade como um todo.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BORGES, J. O que encarceramento em massa? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: N-1, 2018.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: EDIPRO, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm Acesso em: 27 de outubro de 2022.

Desafios do Desenvolvimento, Brasília, DF v.8, n.70, 2011, p. 34-42

DIAS, Jefferson. Necropolítica. Todo Estudo. Disponível em: <https://www.todoe-studo.com.br/sociologia/necropolitica>. Acesso em: 22 de novembro de 2022.

FERRAJOLI, Luigi Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2022.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014. Almeida, Silvio Luiz de Racismo estrutural / Silvio Luiz de Almeida. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 264 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro

MORE, Thomas. Utopia. Organização George M. Logan, Robert M. Adams; tradução Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla - 2a. Ed - São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000070.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2022.

SOTERO, Ana Paula da Silva; TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. Racismo estrutural e seus efeitos necropolíticos no ensino superior: a aplicação da justiça restaurativa como instrumento de efetividade da educação igualitária e da justiça sociorracial. *Dialogia*, [S. l.], n. 38, p. e20454, 2021. DOI: 10.5585/38.2021.20454. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/dialogia/article/view/20454>. Acesso em: 22 nov. 2022.

O IMPACTO DA NECROPOLÍTICA BRASILEIRA NOS GRUPOS ALVO DE VIOLÊNCIAS POLICIAIS

Lis Loureiro Sousa

Discente em Direito na Faculdade Santo agostinho - Vitória da conquista, discente em Ciências da Computação na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Membro do Programa de Educação Tutorial Institucional - PETI interdisciplinar - UESB

Resumo:

Na América Latina, é evidente o legado colonialista sob a ótica eurocêntrica predominante nos países que foram colonizados. No caso específico do Brasil, percebe-se que o preconceito resultante desse legado exerce uma influência marcante em diversas esferas sociais. De maneira alarmante, observa-se a presença da necropolítica no país, a qual se utiliza como um instrumento coercitivo capitalista, especialmente contra a população negra. Neste estudo, busca-se analisar os aspectos intrinsecamente ligados à violência policial no Brasil. Além disso, pretende-se esclarecer os perfis das vítimas dessas violências. O objetivo é destacar como a necropolítica e o racismo estrutural direcionam de forma direta as violências para a população negra, sendo moldados pelos aspectos históricos e políticos que definiram essa etnia como alvo desses abusos de poder. Dessa forma, esta dissertação utilizará a análise documental de instrumentos estatísticos como fonte para evidenciar a discrepância na incidência de violência policial contra negros em comparação com outros grupos étnicos em conjunto com o embasamento teórico que será fundamentado em ensaios e composições acadêmicas sobre a temática, proporcionando uma análise crítica e embasada nos elementos históricos, sociais e políticos que contribuem para esse cenário preocupante.

Palavras-chave. Biopoder; Necropolítica; Racismo estrutural; Violência.

Introdução

E como analgésico nós posta que
Um dia vai tá nos conforme
Que um diploma é uma alforria
Minha cor não é uniforme

Hashtags #PretoNoTopo, bravo! 80 tiros te lem-
bram que existe pele alva e pele-alvo
Quem disparou usava farda
Quem te acusou nem lá num tava
Porque um corpo preto morto é tipo os hit das
parada: Todo mundo vê, mas essa porra não diz
nada [...]
Primeiro cê sequestra eles, rouba eles, mente sobre
eles
Nega o deus deles, ofende, separa eles
Se algum sonho ousa correr, cê para ele
E manda eles debater com a bala que vara eles,
mano
Infelizmente onde se sente o sol mais quente
O lacre ainda tá presente só no caixão dos adoles-
cente
Quis ser estrela e virou medalha num boçal
Que coincidentemente tem a cor que matou seu
ancestral
Um primeiro salário
Duas fardas policiais
Três no banco traseiro
Da cor dos quatro Racionais
Cinco vida interrompida
Moleques de ouro e bronze
Tiros e tiros e tiros
O menino levou 111
Quem disparou usava farda
Quem te acusou nem lá num tava
É a desunião dos preto junto à visão sagaz
De quem tem tudo, menos cor, onde a cor importa
demais
(Trechos da música *Ismália*, do rapper *Emicida*).

A música “*Ismália*” composta pelo rapper *Emicida* aborda de forma contundente a relação entre a violência policial e a comunidade negra no Brasil. Os versos dessa canção são um poderoso reflexo das realidades que muitos afro-brasileiros enfrentam em um país onde a brutalidade policial e o preconceito racial são questões profundamente entrelaçadas.

A temática da violência policial e do racismo é amplamente relevante ao se discursar sobre os problemas atuais referentes aos direitos humanos no Brasil. Além de ser um país constituído a partir da colonização europeia, constituído as custas do suor e sangue dos africanos escravizados durante séculos, mesmo após a abolição da escravidão, também foi o país que estruturou um racismo extremamente profundo em sua sociedade, de modo que sua repercussão persiste dois séculos depois da assinatura da lei áurea.

Neste artigo, será explorado os efeitos micropolíticos do racismo nas operações policiais, destacando como as práticas discriminatórias se traduzem em prisões injustas e mortes de pessoas negras, e como o biopoder estatal interfere nas dinâmicas sociais que levam a tais incursões. Também abordar-se-á a importância a necessidade de uma ampliação dos debates sobre a hierarquia racial presente na sociedade contemporânea destrinchando a marginalização do povo negro e por que essa hierarquia ainda persiste.

O biopoder foucaultiano e a necropolítica de Mbembe: diferentes abordagens ao uso de poder do estado contra pessoas negras

Ao se abordar o tema de repressão estatal e racismo, o uso da análise das obras de Michael Foucault é inevitável, pois ao discorrer sobre a influência de poder do estado no aspecto social, sua teoria a respeito do biopoder e biopolítica é imprescindível para compreensão do cenário contemporâneo. É por meio das suas obras, *A vontade de saber* (1976) e *vigiar e punir* (1975), que se pode traçar uma correlação entre a necessidade de punição para reafirmação de poder.

O primeiro conceito a ser citado, é o biopoder, o qual pode ser definido como o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais que possibilitam gerar estratégia geral do poder. Outrossim, tal conceito pode ser detalhado de forma mais contundente quando atrelado a biopolítica, uma forma de poder que atua sobre a vida através dos corpos dos indivíduos, por meio de técnicas disciplinares visando torná-los produtivos e, ao mesmo tempo, politicamente mais dóceis enquanto foca no controle da população quanto a quem vive e quem morre, onde o mecanismo de tal direito de morte ele denomina como racismo.

O racismo na sociedade do biopoder se revela como uma tecnológica a serviço da biopolítica, o ponto relevante desse no papel estatal é que o racismo está atrelado aos mecanismos utilizados para o Estado exercer tal controle. O que caracteriza o racismo moderno não é seu caráter ideológico sim a possibilidade de ceifar uma vida em uma sociedade de maneira normalizada.

Por conseguinte, tem-se a clara evolução dos mecanismos utilizados para exercer poder e controlar uma sociedade, pois em sua obra *vigiar e punir* expõe-se uma visão coercitiva do estado de maneira divergente. A narrativa aborda o uso dos suplícios como maneira moderna de exercer controle em uma sociedade pelos seus governantes, e em seguida a queda dessa para uma visão menos bárbara, onde a ausência da liberdade substituiu as penas corporais. Por fim, como consequência a penalização de restrição longe do convívio social auxiliou a garantir a integridade física dos condenados, mas, infelizmente, teve impacto na desumanização dos mesmos. Nesse viés, ao

analisar o diálogo entre as obras, percebe-se que apesar de tratar de focos distintos sua conexão no cenário atual é gritante, visto que o racismo utilizado pelo biopoder no controle social da vida também interfere naqueles cujo são mais afetados pelas penalizações atuais, pois é o mesmo grupo a sofrer com ambos: a população negra.

Todavia, na análise do cenário brasileiro quanto a temática discutida não se pode apenas basear-se no pensamento foucaultiano, pois a formação do território brasileiro em seu passado colonial possui mais tópicos necessários a serem evidenciados. Nesse diapasão, a teoria da necropolítica idealizada pelo historiador Achille Mbembe melhor define o contexto do país, posto que ao basear-se na noção de biopoder foucaultiana, os conceitos de soberania e estado de exceção permite a melhor compreensão de como a destruição e materialização de povos ocorreu a partir do controle estatal na autonomia dos povos.

Portanto, a necropolítica embora possua um dos aspectos de sua existência pautada no conceito determinado por Foucault não deve ser definida como uma mera releitura deste, pois é constituída de historicidade própria, pautada em um período e civilizações específicos. Assim, o aparato tecnológico político voltado para o massacre populacional nesse contexto é individual, não generalizado como nas obras focaultinanas, tendo por fim, uma espécie de poder durante as colonizações da África e das Américas ocorrido de modo particular, a qual refletiu na relação social da Europa no período moderno e, mesmo após a o ápice do neoliberalismo ainda está enraizada nas populações colonizadas e colonizadoras.

A necropolítica no cotidiano brasileiro

Em suma, a visão necropolítica se pauta em um fator histórico específico, posto que sua concepção derivou da análise do autor a respeito das relações de poder entre colônia e colonizadores. Nesse ínterim, ao referir-se ao cenário brasileiro, obtém-se inúmeras considerações sobre o desdobramento na sociedade contemporânea. Destarte, precisa-se compreender o papel colonial na formação social, posto que sua relevância é intrinsecamente ligada com o efeito necropolítica atual. A formação colonial pode ser descrita como uma batalha pela vida, ao passo que os escravos eram vistos como ferramentas de trabalho e tratados como tal, sendo forçados a condições degradantes, trabalhos árduos e não possuíam qualquer respeito como seres humanos, por que se preocupar com o bem estar de objetos inanimados, o qual o simples propósito era a servidão? Sendo assim, o estudo de Mbembe abordou essa relação para definir o que seria a necropolítica.

A experiência colonial permitiu a Mbembe a vislumbrar no sistema de plantation (adotado no Brasil durante o período colonial, sendo a utilizado nos engenhos de açúcar do Nordeste brasileiro

nos séculos XVI e XVII) verdadeiros espaços de morte. Diante desse panorama não é difícil concluir que para Mbembe a necropolítica, diferentemente do racismo foucaultiano, aparece durante o processo de colonização europeu ocorrido na Modernidade. Esse processo não só contou com a escravidão do povo africano, mas também com o extermínio massivo da população indígena nas Américas. No sistema de plantation Mbembe enxerga a figura do estado de exceção, com todos os seus consectários lógicos: suspensão do ordenamento jurídico, subtração da condição política do homem e o governo exercido por meio de “força de lei”. Ao ser levada ao extremo, a lógica do estado de exceção pode levar à subtração do estatuto jurídico e reduzir a condição humana à simples corpos biológicos. Vale lembrar que no sistema de plantation, ou mesmo no sistema escravocrata, o escravo perde a condição humana para se tornar uma coisa (o que outrora foi denominado de “devir-objeto”). (Neves, 2020, pág. 84).

No contexto brasileiro, a assinatura da Lei Áurea em 1888 foi um marco legal na história do país, simbolizando o fim oficial da escravidão. No entanto, é crucial reconhecer que essa emancipação não resultou automaticamente na eliminação das estruturas de opressão e exploração. A abolição da escravatura, muitas vezes, foi mais uma mudança formal do que uma transformação efetiva nas condições de vida da população negra. Nessa perspectiva, o Brasil foi forjado em um projeto histórico pautado em estratégias políticas de necropolítica e etnocídio, no uso da memória do colonialismo e do sistema escravocrata. (Corrêa, 2019).

Após a abolição, as práticas de exploração laboral persistiram, muitas vezes disfarçadas sob novas formas, perpetuando a continuidade das desigualdades sociais, econômicas e raciais, as quais moldaram a trajetória do Brasil.

O legado do colonialismo também desempenhou um papel significativo na configuração da sociedade brasileira. A imposição de estruturas de dominação durante o período colonial deixou cicatrizes profundas, contribuindo para ao crescimento do racismo e ascensão da necropolítica. A utilização da memória do colonialismo e do sistema escravocrata como estratégias políticas revela uma continuidade de poder e controle que persiste nas dinâmicas sociais e políticas contemporâneas.

O colonialismo é intrinsecamente violento, pois impõe uma ordem de dominação e exploração sobre os povos colonizados. Consequentemente, cria-se uma estrutura de opressão que degrada a identidade e a dignidade dos colonizados. Posto isso, o fator de discussão sobre a relação entre o racismo e a violência policial, destacando como as forças de segurança frequentemente atuam como agentes do colonialismo, perpetuando a opressão racial e a repressão. (Fanon, 2005). Nesse diapasão, o território brasileiro com herança da necropolítica instaurada colonialmente e o racismo herdado

dos aspectos sociais do período, ao repercutirem na sociedade do século 21, refletem em inúmeras problemáticas vistas na contemporaneidade, onde por mais que os artifícios mudem, o a necropolítica ainda é inevitável.

Dessa forma, a compreensão da interconexão entre o colonialismo, o racismo e a violência policial é fundamental para analisar as problemáticas presentes na sociedade brasileira contemporânea. A herança da necropolítica instaurada colonialmente, aliada à persistência do racismo, contribui para a complexidade dos desafios enfrentados pelo Brasil no século XXI. Enquanto as formas de opressão podem se manifestar de maneiras distintas, a compreensão profunda desses vínculos históricos é essencial para criar abordagens eficazes na busca por uma sociedade mais justa e equitativa.

Violência policial sob o viés racial: o impacto do racismo estrutural e a criminalização de negros

“As desigualdades continuarão a crescer em todo o mundo. Mas, longe de alimentar um ciclo renovado de lutas de classe, os conflitos sociais tomarão cada vez mais a forma de racismo, ultranacionalismo, sexismo, rivalidades étnicas e religiosas, xenofobia, homofobia e outras paixões mortais.” (Mbembe, 2017, pág. 2).

O papel do racismo estrutural vai muito além do que apenas xingamentos ou piadas racistas, o racismo como dito por Mbembe, torna-se uma ferramenta de desigualdade, ou melhor, desde a colonização nunca deixou de ser, representando um papel de ferramenta para o controle social. O Brasil, em seu histórico de luta racial, detém uma cultura racista desde sua formação, essa conjuntura reflete na hierarquia de poder do país ao projetar uma desigualdade absurda entre as classes sociais, com o aspecto da raça como principal tópico a ser destacado. Devido a essa carga histórica que resultou na marginalização dos negros e na persistência da necropolítica, o papel desse preconceito reflete consideravelmente no tratamento estatal com respeito as pessoas de cor, onde a violência policial reflete a estrutura de privilégio vivida pelos brancos na sociedade.

Logo, faz-se pertinente compreender o tamanho dessa discrepância, onde os dados dos próprios governos mostram o quanto a sociedade está à mercê do poder coercitivo do estado, e como esse determina quem deve viver. De acordo a rede de observatório de segurança, os dados de 2020 mostram que na média geral dos estados brasileiros, Bahia, Ceara, Pernambuco, Piauí, rio de janeiro e são Paulo, a quantidade de negros mortos compunham cerca de 80% dos mortos pela polícia. Não obstante, esse cenário é recorrente nas notícias brasileiras, sendo essa uma das situações que passam despercebidas da mídia a menos que ocorram em uma situação extrema.

Posto isso, a violência policial é contumaz, e reverbera de diferentes

formas. No país, tem-se um histórico, por exemplo, de chacinas policiais como: Carandiru (1992), Urso Branco (2002), Queimados (2006), Jacarezinho (2021). Além das grandes operações policiais que ocorrem regularmente nas periferias e favelas. Dessa forma, um padrão pode ser reconhecido das vítimas dessas situações, não é mera coincidência que a minoria atingida seja a de pessoas negras, visto que a criminalização desses tem raízes históricas como já dito, como uma herança da dominação necropolítica e reflexo colonialista, onde o corpo negro é transformado em objeto e destituído de subjetividade, assim, quando não há subjetividade não há sujeito, e se não há sujeito também não haverá existência. (Souza, Castelar, Santana, Souto; 2020) .

Outrossim, essa violência possui diversas facetas, posto que não apenas a violência física é utilizada assim como a violência psicológica impostas pelas consequências do comportamento associado às instituições policiais.

A tortura ainda não está totalmente erradicada das delegacias de polícia, podendo-se dizer que a realização de interrogatórios com tom de coação indicativos de violência simbólica são quase uma regra no caso de suspeitos de crimes graves que pertencem às classes baixas.

A violência estatal está fortemente, pois a possibilidade de uso da força e a discricionariedade nesse uso são as marcas distintivas do ethos policial. É a possibilidade de recorrer ao uso da força que faz com que a polícia seja a instituição que é. (Ávila, 2016)

Com base na citação anterior é claro um exemplo de uso de violência psicológica no âmbito policial, em um âmbito onde as camadas socialmente excluídas claramente estão mais suscetíveis a tal tratamento. Dentro de um setor com tamanha influência social, alto poder coercitivo e tecnologias de influência, este ser controlado por uma biopolítica estatal em conjunto com a política da morte é completamente alarmante.

No mesmo viés psicológico tem-se nos documentos publicados no Relatório Anual 2021 da condege, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas por meio de reconhecimento fotográfico, das quais 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE, isso reforça a existência de um alvo racializado das polícias e como esse viés também se caracteriza como uma violência inconcebível.

Por fim, é nítido com base nos dados e análises relatados como a necropolítica infere nas hierarquias e relações sociais brasileiras, evidenciando uma realidade perturbadora no Brasil, onde o racismo estrutural é uma força dominante que perpetua a desigualdade e a violência sistêmica. A persistência da necropolítica, o tratamento desigual das pessoas com base na cor da pele e a violência policial que atinge de forma desproporcional as comunidades negras são sintomas de um sistema profundamente enraizado e persiste,

o qual com o apoio estatal, continua a perpetuar.

Conclusão

A persistência do racismo estrutural no Brasil é evidenciada nas práticas discriminatórias das forças policiais, portanto é um ponto de relevância necessário a ser retratado. Ao refletir uma herança histórica profunda que permeia diversas instituições, a necropolítica, enraizada no período colonial, continua a exercer influência direta nas relações sociais, contribuindo para a perpetuação da violência sistêmica contra a população negra. Essa conjuntura cria um ambiente onde a cor da pele ainda determina a maneira como as pessoas são tratadas, resultando em desigualdades marcantes na aplicação da lei e em um sistema que reproduz as injustiças históricas.

A desigualdade na atuação policial contra a população negra, é evidenciada por dados que apontam para uma proporção significativamente maior desses entre as vítimas da violência policial. Essa discrepância representa uma violação clara dos direitos humanos e ao texto constitucional brasileiro. Ademais, esse fator ilustra como as práticas discriminatórias das forças policiais resultam em prisões injustas e mortes desproporcionais. Assim, nesse diapasão é justificada a necessidade de abordar essas questões vai além da reforma superficial e exige uma análise profunda das estruturas institucionais que perpetuam essas violações sistêmicas.

Além das violações físicas, a violência policial tem consequências psicológicas duradouras nas comunidades negras, impactando negativamente o bem-estar mental e emocional. Essa realidade representa um desafio significativo para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática no Brasil, onde a justiça e a igualdade sejam fundamentais. Diante desses desafios, a sociedade civil desempenha um papel crucial na conscientização, mobilização e exigência de mudanças estruturais, onde a busca por perspectivas mais justas e inclusivas requer um comprometimento efetivo com políticas públicas antirracistas, educação que promova a igualdade e uma reavaliação profunda das dinâmicas de poder que permeiam o sistema legal brasileiro.

Referências

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. “Violência policial: estratégias de controle pelo Ministério Público.” In: Salgado, Daniel de Resende; Dallagnol, Deltan Martinazzo; Cheker, Monique. (Org.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 462-499.

BUENO, Isabela Simões. Necropolítica made in Brazil: exercício do poder de morte nas periferias do capitalismo através do racismo, v. 18, n. 2, p. 196, agosto 2020. Disponível em: petdefilosofiaufpr.wordpress.com. Acesso em: 03 de novembro de 2023.

Colégio Nacional De Defensores Públicos Gerais; Defensoria Pública Do Rio De Janeiro. Relatório Anual 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/> arqui-

vos/1029. Acesso em: 3 de novembro de 2023.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa; Vieira, Cainã Domit. Necropolítica da memória escrava no Brasil pós-abolição. *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 11, n. 26, p. 368 - 401, jan./abr. 2019.

EMICIDA, Ismália. Emicida. [Online]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/emicida/ismalia-part-larissa-luz-e-fernanda-montenegro/>. Acesso em: 03 de novembro de 2023

FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2005.

FERREIRA, Manuel.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. F86h *História da sexualidade I: A vontade de saber*, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

MBEMBE, Achille. “A era do humanismo está terminando.” *Revista IHU on-line (Instituto Humanitas Unisinos)*, 24 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/564255-achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando>. Acesso em: 03 de novembro de 2023

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. 80 p.

NEGRIS, A. Entre Biopolítica e Necropolítica: uma questão de poder. *ÍTACA (RIO DE JANEIRO. ONLINE)*, v. 36, p. 79, 2020.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. *Pele-alvo: a cor da violência policial*. Rio de Janeiro: CESeC, 2021.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. Relatório 2019. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/554085715/Rede-de-Observatorios-da-Seguranca-Relatorio-2019>. Acesso em: 03 de novembro de 2023.

SANTOS, Lucas Gabriel de Matos; COSTA, Arthur Barbosa da; DAVID, Jessica da Silva; PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro. Reconhecimento Facial: Tecnologia, Racismo e Construção de Mundos Possíveis. *Psicologia & Sociedade*, v. 35, e277141. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/wJFV8yjBBr7cYnm3q6SXDj-F/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 3 de novembro de 2023.

SOUZA, L. G.; CASTELAR, M.; SANTANA, K. S. O.; SOUTO, V. S. “Mulheres negras e Necropolítica: como enfrentam a morte de seus filhos?”. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, v. 9, n. 3, p. 301-313, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.17267/2317-3394rpd.v9i3.3096>.

ZAFFARONI, FOCALT E MBEMBE: UM ESTUDO CRIMINOLÓGICO DO INIMIGO NO DIREITO PENAL À LUZ DO BIPODER E DA NECROPOLÍTICA

Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru. CEUB-ITE (Bauru, SÃO PAULO/BRASIL). Pesquisadora do Grupo. Historicidade do Estado, Direitos e Direitos Humanos - UFBA. Advogada. Pedagoga. Historiadora

Allana Regina Andrade Kinjyo

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru - CEUB-ITE (Bauru, SÃO PAULO/BRASIL). Advogada

Resumo:

A presente pesquisa tem por espoco, analisar a relação dialógica entre as obras “Vigiar e Punir” de Michel Foucault (1987), “O Inimigo do Direito Penal” de Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), e “Necropolítica” de Achille Mbembe (2018). As três obras apresentam reflexões liames histórico-sociológicas sobre encarceramento, relações de poder, racismo e política criminal. A clássica obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir” (1987), discute acerca da execução penal do condenado no século XVIII, período em que a dor corporal era o objeto da ação punitiva, ao passo que, Mbembe (2018) ao discorrer sobre o conceito de biopoder sustenta ser “aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu controle”. O corpo tem ligação direta com o campo político, visto que as relações de poder, perpassem esses espaços da vida. A essência do inimigo é conduzida conceitualmente por Zaffaroni (2007), ao afirmar que “a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado”. Neste sentido, o poder, o corpo e o inimigo do Direito Penal podem estar diretamente imbrincados, formando possível tríade do encarceramento. A metodologia está ancorada na revisão bibliográfica, por meio livros, teses, dissertações e artigos disponíveis em sítios eletrônicos. Como resultado da pesquisa, é possível afirmar que ao longo do estudo, restou constatado que a utilização econômica do corpo, como força de produção que lhe é investida, por relações de poder e dominação, propiciam o agravamento da situação

prisional, com severos efeitos institucionais e pessoais às pessoas encarceradas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito penal; Encarceramento; Biopoder; Necropolítica.

O cárcere, os corpos, a vingança e o poder punitivo

Desde os primórdios da sociedade civil, verifica-se a existência de conflitos entre indivíduos, como corolário da própria condição de sociabilidade, resultando assim, num processo natural que pode, ser causa de divergência de pensamentos ou opiniões nas relações entre os indivíduos. Destes empasses, evoluiu-se até as primeiras codificações, com o estabelecimento das primeiras formas de repreensão às atitudes/ações que visavam violar os direitos ou o bem jurídico do próximo. O termo “vingança” é historicamente conhecido pela sua previsão no Código de Hamarubi (2.083 a.C.), onde, esta codificação buscou limitar os objetivos do popularmente ditado “olho por olho, dente por dente”. Entretanto, a história do Direito Penal é possível observar que existiu um lapso temporal denominado como “período da vingança”, do qual este apresentou fases e evoluções que influenciaram estoicamente. A doutrina conceitua este período a partir de uma divisão tríplice, representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública (Bittencourt, 2020). Sobre o tema, Bittencourt (2020) esclarece que:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. (Bittencourt, 2020, Pag. 185).

A técnica do encarceramento surge então, na história e no direito, como o emprego do ato de aprisionar, não caracterizado ainda, no sentido de cumprimento de pena, mas sim como uma garantia de punição. Trata-se então do direito penal no Século XVII, onde o indivíduo era mantido sob o domínio físico do Estado, em espaços como calabouços, ruínas, torres de castelo dentre outros espaços que serviam de tutela para aprisionamento, anteriormente à decisão punitiva final, qual seja, o suplício imposto ao encarcerado. O período da vingança prolonga-se até o século XVIII, onde, no citado momento, predominava a “vingança divina”, situação pela qual, o castigo era aplicado pelos representantes da igreja católica, por uma “delegação” divina. Neste período, destaca-se como legislações predominantes o Código de Manu (1.500 a.C), bem como previsões legais com características

de crueldade marcantes, previstas nas codificações no Egito (Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia (Bittencourt, 2020).

Neste momento, como bem explica Bittencourt (2020) “O Estado afastou a vingança privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a seguridade social, surgindo a vingança pública, que nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre o poder divino e o poder público”. Neste diapasão, percebe-se que o Poder Público assume a competência total pelo exercício e aplicabilidade da Execução Penal, objetivando assegurar uma ordem coletiva social. O próprio ato de punição, através da reclusão, estava relacionado ao costume da Igreja, de punição do clero com tal pena. Acreditava-se que através do isolamento, pensado como local de encontro com Deus e consigo mesmo, seria possível a reconstrução racional do indivíduo. Assim, a tutela estatal era interpretada socialmente como uma derivação do poder divino de Deus, demonstrando o domínio social que a Igreja Católica exercia à época. Portanto, a violação das normas estabelecidas pelo Estado, derivadas de suposta conexão com o Poder Divino, representavam verdadeiro desrespeito à “autoridade divina” (Valois Coelho, 2012).

Os martírios corporais, a escravidão e a pena de morte exercida, através do suplício, eram sanções previstas pelo Estado, na tentativa de coibir a chamada “vagabundagem social”, que tem fundamento histórico no século XVI. A pena de prisão, caracterizava apenas um procedimento antecessor a pena final, servindo principalmente, como forma de amedrontar a sociedade, haja vista que o martírio acontecia em local público, para que todos pudessem presenciar o cumprimento da pena de morte. Neste ínterim, Gudín Rodríguez (2014), ao enfrentar a temática do encarceramento ao longo da história, aponta que,

En sus primeros momentos la prisión es un establecimiento destinado a la custodia de los reclusos. Em la antigüedad salvo casos excepcionales, los delincuentes convictos no quedaban confinados em prisiones, sino que eran sometidos con penas corporales o pecuniarias. Así, las penas privativas de la libertad, son un concepto relativamente moderno. (Rodríguez, 2014, p. 01).

A política do Iluminismo europeu é essencial para o deslinde da história da ciência penal, não somente da Itália, mas como uma formulação pragmática dos pressupostos de uma teoria jurídica do delito e da pena. De igual modo, no cenário de uma concepção liberal do estado de direito, fundamentava-se as ações do poder no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre ao qual, insurge as ideias do contrato social e da divisão de poderes. Neste cenário, assevera Baratta (2011),

“Do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia do contrato social segue-se que o critério da medida da

pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica; enquanto a exclusão da pena de morte é derivada por Beccaria da função mesma do contrato social, com a qual aquela constataria logicamente, já que é impensável que os indivíduos espontaneamente coloquem no depósito público não só uma parte da própria liberdade, mas sua própria existência. Da ideia de divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, própria do processo inquisitório, da prática de tortura, assim como a afirmação da exigência de salvaguardar os direitos do imputado por meio da atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas à lei.” (Baratta, 2011, p. 34).

Do processo de globalização se relaciona ao desaparecimento, em princípios do século XIX, do grande espetáculo da punição física: o corpo suplido é escamoteado, “exclui-se do castigo, a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva” (Focault, 1999, p. 18). Desta mutação, a punição vai se tornando a parte mais velada do processo penal, deixando o campo da percepção quase diária e adentrando na consciência abstrata, tendo por eficácia a fatalidade antes intensamente visível, resultando em uma mecânica exemplar de punição que muda as engrenagens. Assim, com o processo de revolução industrial, os fatores mais importantes para a transformação parcial do poder punitivo é visto na concentração urbana, considerando o aumento considerável do número de pessoas indesejáveis.

As prisões, a pena, e a punição como economia do castigo

Os pensadores iluministas e liberalistas, aos discutirem à época, qual seria o objetivo das punições, ressaltando no debate, sobre a necessidade de reformas estrutura nas prisões. Diante desses novos pensamentos, com as contribuições reformativas apresentadas por pensadores como, John Howard e Jeremy Bentham, influenciados pelos argumentos formulados por Cesare Beccaria (2010) sobre a deficiência na efetividade da pena, viu-se no século XIX, a criação dos primeiros sistemas penitenciários nos Estados Unidos da América. Este novo modelo de instituição, criado nos Estados Unidos, seria marcado pelo isolamento, o silêncio e o trabalho, como premissa da pena de prisão, representando a construção de penitenciárias no estilo panóptico, formulado por Jeremy Bentham (Mcgowen, 1988).

O benefício econômico percebido pelo Estado, nestes sistemas, representava verdadeira exploração da mão de obra prisional, que se fundava na ideia de desobrigação do Estado em arcar com o sustento do preso que, através da disciplinar do trabalho, não mais iria “focar” na formulação de pensamentos criminosos. Entretanto, ambos os sistemas (Pensilvânia e Auburn) foram criticados pela desumanidade no tratamento dos prisioneiros, que apresentavam grande abalo psicológico, em virtude da pressão que era

exercida pelo isolamento (Maia, 2017).

A clássica obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir” (1987) traz à baila contextualização da procedibilidade da execução penal do condenado no século XVIII, período em que a dor corporal era o objeto da ação punitiva. À época, após o receber a sentença condenatória, o preso deveria pedir perdão publicamente, e posteriormente “levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras” (Foucault, 2014), seria erguido, era torturado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, um verdadeiro, onde paulatinamente, seria esquartejado. As passagens desta obra suscitam o modo em que a execução da morte era procedida é um verdadeiro espetáculo de atrocidades humanas, que era apreciada em praça pública por toda a sociedade, e que marcou o século pela prática dos suplícios.

O dinamismo do procedimento punitivo era realizado pela figura do “executor”, definido no exemplo de Foucault como um homem “forte e robusto”, a fim de justificar a dificuldade que este teve no esquartejamento do condenado. O exemplo o exercício punitivo através do suplício e da utilização do tema traduz o estilo penal daquele momento, época em que a “economia do castigo” é redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, visto que diante dos diversos e grandiosos episódios surgiram a posterior, concernente à escândalos para justiça tradicional, acompanhada das ideias iluministas, surgiram inúmeros projetos reformistas. Depreende-se uma nova teoria da lei e do crime, ressignificando a justiça moral e política do direito de punição, tal como, resultou na extinção de antigas ordenamentos, costumes, abrindo espaço para a redação de códigos “modernos”, que resultaria em uma nova era da justiça penal.

O corpo, como bem ressalta Foucault (2014), era observado como um “corpo político”, do qual, representava um conjunto de elementos materiais e de técnicas que serviam de armas, de reforço, de via comunicativa, e, sobretudo, de ponto de apoio para relações de poder e de saber que, investiam nos corpos humanos e os submetiam estes a objeto de saber. Em resumo, a reforma individual, daqueles tidos como delinquentes, era realizada através do sofrimento corporal. Desconhecia-se, à época, o cumprimento de pena através da restrição da liberdade, como ocorre na atualmente e sim, através da tentativa de disciplinar o indivíduo e principalmente, sua alma, considerando o caráter pedagógico divino ali exercido, em desfavor daqueles que destoavam dos padrões socialmente construídos e impostos pelo Estado.

No pensamento foucaultiano, a alma habita o corpo e o leva à existência, representando uma mesma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo e, conseqüente sofrimento deste. A alma, de fato, resultava o efeito e servia de instrumento de uma anatomia política (Foucault, 2014). Assim, da intervenção da Igreja Católica na imposição de regras socialmente construídas e justificadas pela divindade, à formalização e aplicação pelo Estado

de práticas punitivas de crueldade àqueles que iam a oposição a estes termos, chegava ao fim de um século e presenciava o nascimento de um novo conceito de prisão.

O mundo entre guerras, totalitarismo e estado de exceção

É no cenário da Europa de entre guerras (1918-1939), que o heroísmo era fortemente exaltado, oportunidade em que irrompeu no mundo, novos autoritarismos, com discursos penais variáveis, de caráter até mesmo biológico, a exemplo do marxismo na Rússia (Zaffaroni, 2007), de idealismo na Itália e de brutal genocídio na Alemanha. Permeiam a esse período, o deslumbre com o Estado de Exceção, ressurgindo paralelamente, à luz de ideologia proveniente do século XIX, a ideia da existência de um cerne de periculosidade (“cônjuge inseparável e legítimo do racismo”) (Zaffaroni, 2007), ao qual se classifica pessoas como perigosos ou inimigos, e que seriam posteriormente, submetidos a um sistema penal “paralelo” àqueles compostos por tribunais especiais de cunho inquisitorial ou policial.

O Estado de Exceção é composto pela ausência de normas legítimas do exercício do Poder Estatal. A Filosofia do Direito, sustenta sobre esse período, a existência de descompasso no uso do poder, razão ao qual, os governos autoritários oprimem os direitos fundamentais das maiorias, à exemplo das ditaduras do século XX, “que causaram injustiças e discriminações por meio de leis e decisões administrativas” (Dimoulis, 2007). Em verdade, a governança de cunho autoritário exerce seus poderes de forma repressiva e fortemente genocida, articulando sistemas penais subterrâneos, com incrédulas práticas como tortura, desaparecimento, execuções administrativas e penais, sejam estas individuais ou em massa, e sem qualquer respaldo legal.

A tese do inimigo assenta a possibilidade de uma negação jurídica da condição de uma pessoa, razão ao qual lhe é direcionado um tratamento penal diferenciado, não em razão da sua essência e sim, como um reflexo da individualização deste indivíduo como ser humano. Quando à esta essência subjetiva, tal temática toma forma segundo a teoria política de Carl Schmitt, que realiza resgate do conceito tradicional originário do direito romano, em que, a par de um Estado absoluto, o inimigo não é tão somente um sujeito infrator, mas em verdade, um estrangeiro que em sua essência, sempre será possível a ocorrência de conflitos que não poderiam ser solvidos pelo sistema de normas pré-estabelecidas (Zaffaroni, 2007).

A conveniência do exercício legal reinava nestes cenários, visto que apesar da existência de leis redigidas por juristas, estes não poderiam “dirigir-se aos autocratas que as encomendavam através de seus amanuenses” (Zaffaroni, 2007), se limitando ao poder onímodo com vistas a agradá-los. Um exemplo de tal conduta é observada nas leis de defesa e de proteção do Estado nazista, visto que estas eram dirigidas a agradar Führer, mas de igual

modo, o público que levantavam argumentos de concordância às supostas qualidades destas, sob o falso escudo de proteção contra aqueles que desoavam dos ditames da sociedade. Assim, as leis do autoritarismo de entreguerras apresentam entre si traços idênticos, de caráter frontalista. O Estado representava nesse contexto, a figura substitutiva à sociedade na prática da violência, caracterizando verdadeira antítese entre o direito posto por este e a violência fática. Portanto, para Freud (1977):

[...] a violência podia ser derrotada pela união, e o poder daqueles que se uniam representava, agora, a lei, em contraposição do indivíduo só. Vemos assim, que lei é a força de uma comunidade. Ainda é violência, pronta para se voltar contra qualquer indivíduo que lhe se oponha; funciona pelos mesmos métodos e persegue os mesmos objetivos. A única diferença real reside no fato de que aquilo que prevalece não é mais a violência de um indivíduo, mas a violência da comunidade (1977, p. 247).

O poder punitivo, em suas mazelas históricas, em especial nos Estados totalitaristas, agia de maneira a proceder de forma violenta e extremamente discriminatória e até mesmo, desumano em desfavor de certas pessoas e grupos étnicos, conferindo-lhes um tratamento punitivo que lhes retirava até mesmo, sua condição existencial e humana.

A violência aplicada pelo Estado era supostamente reafirmada pela sociedade, vez que, esta não mais necessitava realizar a “justiça” com as próprias mãos, por possuir uma regulamentação social para tanto, sendo esta tutela atribuída por figuras judiciárias que teriam responsabilidade pelos atos punitivos na Execução Penal. O Estado, por seu turno, era cruel na execução das penas impostas, por meio de seus agentes estatais que, aplicavam os juízos finais de morte e punições, através do uso do corpo como ponto de dor e sofrimento (Foucault, 2014). Os agentes do Estado, quando optavam por conceder o benefício da vida aos indivíduos, por vezes, determinavam a imposição de penas alternativas até piores do que a pena capital, como por exemplo, amputações de membros ou outro tipo de violência corporal cruel, aterrorizante e inumana. Em verdade, o direito penal sempre aceitou a ideia de um inimigo, mas deste ponto se agrava a verificação de uma incompatibilidade com o Estado de direito, o que, Zaffaroni (2007) assevera ser adequado,

“uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo o seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste de direito penal que compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”. (Zaffaroni, 2007, p. 26).

Inobstante, a possibilidade de negar o efeito perverso do conceito do inimigo no direito penal, este pressupõe o exercício real do poder punitivo como uma obra das agências executivas do Poder Estatal, encarregados pela coerção. Outrossim, estudos nesse sentido, são comumente realizados em disciplinas de cunho mais descritivo, a exemplo da criminologia e da sociologia, e a par dessa ideia, o direito penal como uma ciência, doutrina ou saber jurídico. Baratta (2011), realiza aprofundamento na filosofia do direito penal com base na fundamentação filosófica da ciência penal desenvolvida por Cesare Beccaria (2017).

Reflexão epistemológica

O jurista Eugenio Zaffaroni (2007) introduz em sua clássica obra “O inimigo do Direito Penal”, teoria penalista que assenta mesma nomenclatura, ao qual sustentado que as pessoas privadas de liberdade, tem seus direitos cerceados ao não lhe serem aplicadas infrações sancionadas dentro dos liames do direito penal, mesmo diante forte influência positiva exercida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, observado nas últimas décadas. A lógica da eliminação do corpo permaneceu por muito tempo, tendo em vista tratar-se de procedibilidade “fácil”, onde os indesejáveis deixavam de constituir um problema (Zaffaroni, 2007, p. 44). As dificuldades em relação aos indesejáveis eram manifestadas diante do aumento da concentração urbana, razão ao qual era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. A grande hipocrisia desta transmutação reside no fato de que não seria mais tolerável continuar matando-os em praças públicas, momento ao qual fora necessário a busca por outras formas de eliminação. O poder sobre o corpo, de outro turno, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX, tendo em vista que a pena não mais se centralizava no suplício como forma de sofrimento, tomando como objeto punitivo, a perda de um bem ou de um direito.

A remodelação do sistema punitivo teve como elemento circunstancial a superação dos suplícios. Foucault (1987) ressalta que “hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como ‘humanização’ que autorizava a não o analisar.” (Foucault, 2014). O registro temporal desse período não permite o escamoteamento histórico desses procedimentos, visto que estes influenciaram na transformação do objeto executivo do sistema punitivo. A par disso, diante das grandes transformações institucionais, ergue-se o caráter essencialmente corretivo da penal, ao qual as punições passaram a ser menos físicas, tendenciosamente discreta na arte do sofrimento, “mais velados e despojados de ostentação” (Foucault, 2014).

Em contraponto, Mbembe (2018) realiza em seu ensaio, memória aos ensinamentos de Foucault (1975), ao discorrer sobre o conceito de biopoder,

ao qual sustenta ser “aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu controle” (Mbembe, 2018). Os sistemas punitivos, em termos foucaultianos, são posicionados em certa “economia política” do corpo, ao passo que mesmo quando não são utilizados os castigos violentos ou sangrentos, e sim métodos suavizados de correção, sempre se trata do corpo e suas forças, “da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão”.

O corpo tem ligação direta com o campo político, visto que as relações de poder tem alcance direto com estes, ao passo que são passíveis de marcação, direção, suplícios, e; sujeitos ainda, ao trabalho. O investimento político que é inerente à essa ligação resulta da utilização econômica do corpo, como força de produção que lhe é investida, por relações de poder e dominação. Foucault afirma que, “o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso”. A par disso, o poder punitivo constitui uma espécie de controle que pode ser denominada “tecnologia política do corpo”, sendo esta difusa, e dificilmente em discursos contínuos e sistemáticos, e sim, resultante de um material e processos sem relações entre si.

Mbembe cita o autor Bataille, ao tratar das configurações da soberania, ao qual argumenta que a “recusa em aceitar os limites a que o medo da morte teria submetido o sujeito”, e por isso, em decorrência do domínio natural de proibições, inclui-se ao rol a morte. Ao contrário da subordinação, que tem seus ditames na necessidade de evitar a morte, a soberania se utiliza do exercício (e permanência) do poder, através da demandada risco da morte.

Segundo a teoria da necropolítica, “a guerra, afinal, é tanto um meio de alcançar a soberania como uma forma de exercer o direito de matar” (2011, p. 06). Ao se pensar a “guerra” como elemento histórico diretamente ligado ao exercício do poder, é possível proceder referência ao que Zaffaroni explica sobre esses períodos “anormais”, tendo em vista que, a guerra se traduz em um cenário em que se exerce o estado de exceção, que deve por certo, tem vigência limitada. De outrossim, inexistente possibilidade de compatibilização espacial para o exercício do Estado de Direito e o Estado de Exceção, que por efeito deste último “obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os dos direitos humanitários invocando a criminalidade” (Zaffaroni, 2007).

O conceito de estado de exceção é historicamente discutido em relação ao nazismo, ao totalitarismo e aos campos de concentração/extermínio, fato este que Mbembe (2018) ressalta que “os campos da morte em particular tem sido interpretados para a violência soberana e destrutiva e como o último sinal do poder absoluto do negativo”. Sobre a ascendência desses regimes, imperioso trazer à baila novamente, a autora Hannah Arendt (2012), em que em sua obra “Origens do totalitarismo”, a mesma infere que “não há paralelos à vida nos campos de concentração. O seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte” (Mbembe, 2018).

A guerra é um recurso estatal para a manutenção do poder, ao passo que, segundo Zaffaroni (2007), diante do fim de uma conflagração, “é necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados”. O estado de exceção, imposto durante o período de guerra, resulta na suspensão temporal do estado de direito, o que deriva em um arranjo espacial permanente, que se mantém continuamente com a ausência de um estado ordinário da lei. Mbembe correlaciona o estado de exceção, o estado de sítio e a teoria do biopoder, de Foucault. O filósofo africano argumenta que o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar. A supracitada relação de inimizade nos remete à teoria de Zaffaroni, ao qual, o inimigo do Direito Penal tem por essencialidade o tratamento diferenciado, ao passo que o direito lhe nega sua condição de pessoa.

O risco das formas de soberania reside no fato de que não se objetiva alcançar a autonomia, e sim, “a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos, humanos e populações.” (Mbembe, 2018). Nesse sentido, segundo Mbembe, Foucault afirma que o direito do soberano de matar e os mecanismos de biopoder são elementos da forma em que se procedem os Estados modernos, sendo o Estado nazista o mais completo exemplo do exercício do direito de matar, o que resultou na extrapolação biológica do tema do inimigo político.

De igual modo, percebe-se que a estabilidade do poder estará ameaçada pela figura do *inimigo*, indivíduo este que tem sua essência elementarmente conceituada no Direito Romano, e individualizado por Carl Schmitt, no desenvolvimento da teoria política. O filósofo alemão infere o inimigo político em uma relação estatal ao qual “sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade”. Em relação ao *hostis* (verdadeiro inimigo político), nota-se o exercício diferenciado do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal, em razão do incomodo que estes refletem no poder, sendo classificados como insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros.

Do processo de escamoteamento dos suplicios, Foucault (2014) registra que um dos países mais reacionários à remodelação da execução das penas foi a Inglaterra, ao qual este justifica a reação negativa sob o argumento de que o país não quis “diminuir o rigor de leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780-1820”. Inobstante, há que se salientar que, o supracitado país, historicamente, se originou como uma das primeiras monarquias e, até os dias atuais, ter-se a monarquia britânica como uma das mais conhecidas mundialmente, ao qual integra a lista de 42 (quarenta e dois) países de detém monarcas como chefe de Estado. Deste fato, denota-se a manutenção do poder e seus ditames epistemológicos.

Em paralelo, necessário trazer à cotejo o instituto social do autoritarismo cool, definido por Zaffaroni (2007, p. 59) como, “o autoritarismo

do entreguerras e seu exercício de poder punitivo”. Sob este diagnóstico, Zaffaroni sustenta o crescimento do poder punitivo, diante de situações de emergência que, indesejavelmente se prolongam por período indeterminado, prorrogando o cenário de Estado de Exceção. Verifica-se elementos sociais como a submissão à lógica do medo e o cancelamento da exigência de lesividade, o que resulta em uma ideia de perigo.

Todavia, verifica-se que a prorrogação da premissa do perigo é por vezes, inconcepta, até mesmo um raciocínio coletivo de periculosidade presumida, o que permite fazer uma analogia doutrinária da teoria política e do direito penal. A par dessas ideias, observa-se que o imaginário social de um inimigo e de uma periculosidade contínua, abre espaço para que o poder punitivo atue sem o respeito de qualquer limite, haja vista a perpetuação de uma “autorização” passível de um cenário de Estado de Exceção. O positivismo criminológico emergente dos movimentos do Século XIX, criou conceitos importantes, a exemplo da periculosidade, que pode ser compreendida como uma determinação biológica, ao qual caberia às autoridades proceder a neutralização e conseqüente, eliminação do entes ditos como daninhos.

A justificativa para este movimento punitivo é baseado na constante elucidação de guerra e identificação da existência de um inimigo, conjunto este tido como verdadeiro mito social, de cunho fortemente discriminatório. A partir dessas premissas, construiu-se socialmente, formas de punição a par de sistemas penais diferenciados às ocasiões e aos “tipos” de pessoais, aos quais, aos inimigos é destinado sistemas penais subterrâneos ou paralelos. Historicamente, há vários momentos ao redor do mundo, que justificam a formação do conceito do Autoritarismo Cool, a exemplo dos Estados Unidos, quando da década de 1980, diante de um cenário crescente de tráfico de drogas, e posteriormente, diante do abalo estatal e social pelos atentados ocorridos nas Torres Gêmeas, em Nova Iorque (2001), onde cresceu o temor ao terrorismo.

Ter-se-á, situações de autoritarismo cool como a xenofobia massiva na Europa, onde entende-se que os imigrantes devem ser vistos e compreendidos como inimigos, mas tão somente aqueles que buscam uma vida melhor por meio de uma atividade laborativa, tratando-se de verdadeira xenofobia seletiva, que se diferencia estes daqueles que vão aos países europeus em prol do turismo e consumismo local. Estes exemplos elucidam o que Zaffaroni justifica que tal conceito é baseado em convicções passageiras e modesta, diante da criação de uma ilusão que se obtém mais segurança urbana, com a ideia de um aumento do rigor da legislação penalista, o que legitima a violência penal e procura-se a punição de um inimigo que não se define exatamente quem é.

A difusão culturas de novas práticas punitivas coaduna com uma nova política de controle atuarial, que é resultado de um concurso contributivo de variáveis intermediárias que serão introduzidas no imaginário popular, como

uma forma de construção social do consenso, que posteriormente será plenamente legitimada e sustentada. O autoritarismo cool tem por elemento o que o jurista argentino sustenta como “opacidade de perversão”, tratando-se esta de uma espécie de perversão sem brilho, sem convicção ou embaçamento teórico, resumindo-se a um discurso meramente publicitário, sem qualquer inspiração de cunho acadêmico e repleto de irracionalidade social. A modulação de um ambiente de perigosidade social, medo e construção social da figura do inimigo público, implementa de forma cultural, na psicologia popular, um sentimento de pânico de insegurança, com consequente geração de substancial demanda por melhores meios de proteção, com vistas à maior segurança. Todos estes liames de luta contra a criminalidade, aproximam as instituições de controle social e de opinião pública ao discurso midiático, único e sólido, em favor de práticas penais punitivistas, como forma de aperfeiçoar as práticas penais de repressão, ditas como inovadoras e específicas “políticas de prevenção”, diversas daquelas observadas nos formatos tradicionais de prevenção ao crime, presentes nos ditames dos fins do sistema de justiça criminal.

Assim, as grandes transformações e oscilações na dinâmica dos sistemas econômicos de produção e de circulação das mercadorias, que foram implementados gradativamente, ao longo da história da civilização capitalista, constituirá, elementos determinantes para a adoção de um sistema punitivo específico, com a formulação de métodos e modos, de menor ou maior alteração e graduação dos níveis de intensidade. Nas palavras formuladas por Melossi e Pavarini (2021), quanto à relação do cárcere e fábrica, “uma conexão entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna”.

Em sentido semelhante, Baratta (1997) alerta que, em perspectiva deste contexto, os diferentes sistemas penais e suas consequentes variações, estariam de forma íntima, relacionado às fases do desenvolvimento da economia, haja vista o desaparecimento de um dado sistema de produção, resulta com que a correspondente pena reste inaplicável, de modo que, todo o sistema de produção possua por tendência evolutiva, a busca por formas punitivas que possam corresponder às suas relações de produção e economia.

A reconstrução histórica da elevação da prisão, constituída como a principal instituição social que auxilia na manutenção e reprodução do sistema de produção capitalista, no decorrer de um desenvolvimento social, de cunho político e econômico de uma sociedade, resulta em transparente conclusão de que a própria história civilizatória reconhece o fracasso do projeto de prisão. Em uma representação da função ideológica que declarou o combate, controle e redução da criminalidade, as diversas reformas e projeto na luta punitiva, que por vezes se vestiu com novas roupagens, perpetuam a falha na constituição de um sistema verdadeiramente punitivo, com vistas disseminação da exclusão e deterioração dos grupos mais vulneráveis da so-

cidade, que economicamente, detém menores recursos financeiros, em contraposto àqueles, que acumulam as riquezas e direitos, e são beneficiários de tudo que o poder pode resultar.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do Direito Penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico - Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Edição de Bolso. São Paulo: Edipro, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte Geral. Tratado de direito penal**. Vol. 1. 26. Ed - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**, trad. Lon L. Fuller. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREUD, Sigmund. Sobre o narcisismo: uma introdução. In S. Freud, *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud* (v. XIV, p. 85-119). Rio de Janeiro: Imago, 1977.

MAIA, Clarissa Nunes [et.al.] (org.). **Histórias Das Prisões No Brasil**, Volume 1. p. 12. 1ª ed. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

MBEMBE, Achille. Biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. N1-edições, 2018. p. 11.

MCGOWEN, R. **The Well-Ordered Prison: England, 1780-1865**. In: MORRIS, Norval; ROTHMAN, David J. (Org.) *The Oxford history of the prison: The Practice of Punishment in Western Society*. New York, Oxford, Oxford Press, 1988.

Melossi, Dario e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)** - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11). 2ª edição, agosto de 2010, 3ª reimpressão, outubro de 2021.

RODRÍGUEZ, Faustino Gudín; BURÓN, Javier Nistal. **La historia de Las Penas**. 1ª Ed. São Paulo: Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

VALOIS COELHO, Luís Carlos Honório. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade**. Orientador: ALVINO AUGUSTO DE SÁ. 2012. p. 19. Dissertação (Mestrado Direito Penal e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A INTERSECCIONALIDADE DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RACISMO NA VULNERABILIDADE DAS MULHERES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

João Marcelo Sousa Maia

Graduando em Direito na Faculdade Santo Agostinho, campus de Vitória da Conquista - BA

Vinicius Sampaio Aguiar

Graduando em Letras Modernas na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, campus de Vitória da Conquista - BA

Resumo:

A teoria da política de morte estatal, intitulada por Achille Mbembe como Necropolítica, é uma teoria que ultrapassa os conceitos da biopolítica elencados por Foucault e revela, cientificamente, as marcas deletérias do racismo na sociedade brasileira. Neste ínterim, observa-se que a Necropolítica se sustenta das desigualdades sociais presente na sociedade brasileira, estipulando a morte dos corpos negros. A teoria tende à olhar para indivíduos do sexo masculino, contudo as mulheres negras também são corpos-alvos da Necropolítica. Destarte, o presente artigo tem por escopo estudar os efeitos do racismo e machismo nas mulheres negras brasileiras, bem como a interseccionalidade entre a discriminação e violência de gênero e de racismo que estas sofrem, correlacionando com o conceito da Necropolítica e observando a ausência de garantias que contemplem a proteção integral das mulheres negras frente à uma sociedade com raízes racistas. Outrossim, pretende-se estudar também os efeitos que a ideologia tem sobre as vítimas, que por pelo poder da palavra, atingindo o subconsciente, passam a reproduzir discursos que ferem a si mesma.

Palavras-chave: Ideologia; Interseccionalidade; Mulheres; Necropolítica.

Introdução

O filósofo Achille Mbembe, trouxe um novo conceito para a biopolítica trazida por Foucault. O autor camaronês inova ao trazer o conceito da Necropolítica, sendo esta a biopolítica de extermínio, com o enfoque

principal para os países “ex-colônia”. As condições mortíferas que o Estado cria, resulta, não somente, na morte daqueles que se têm o desejo de eliminar, mas também fazem com que determinadas classes estejam submetidas, constantemente, a uma “quase-vida”, uma vida baseada na busca pela sobrevivência, de maneira que fazem os indivíduos estarem assujeitados a desumanas tentativas de (re)existência, causadas pela ausência de direitos mínimos.

Destarte, Mbembe (2018) ensina que a colonização foi a maior experiência humana da operacionalização da Necropolítica, observamos nesse momento que a política de morte teve seus efeitos aplicados para a população indígena e negra que foram escravizados em solo brasileiro, sendo dizimados e humilhados, sendo escravizados e vendidos como mercadoria do sistema colonial, para mantimento deste sistema, e, diga-se de passagem, como base para um modelo que timidamente surgia: o capitalismo. Em um olhar contemporâneo da realidade brasileira, apesar da abolição da escravidão ter sido efetivada de maneira formal em 1888, os efeitos necropolíticos do racismo ainda se perpetuam como herança colonial. O Estado, que deveria ser o garantidor da igualdade material, direciona necropolíticas segregacionistas para a população negra que nunca foi reparada pelos trezentos anos de escravidão e que ainda sofre as consequências da desigualdade sociorracial na dificuldade de acesso às políticas públicas sociais.

Portanto, considerando que na sociedade a mulher negra ainda está em estado de vulnerabilidade de modo muito mais latente do que os homens negros, atentaremos-nos para as mulheres negras, que apesar de “contarem” com movimentos sociais que visam a proteção de Direitos Humanos sobre elas, infelizmente, ainda se encontram desamparadas frente a incapacidade social de perceber a interseccionalidade na discriminação.

Referencial teórico

O racismo e o efeito do seu ideário em mulheres negras

A palavra raça está etimologicamente ligada à humanidade há bastante tempo, é bem verdade que até o século XVI era aplicada apenas para estabelecer classificações entre plantas e animais, conforme aponta Almeida (2019). É legítimo afirmar que a aplicação do termo de raça para classificar o humano foi uma das principais justificativas para o Colonialismo, ora, deve ser lembrado que em um primeiro momento, o Colonialismo, à luz do iluminismo europeu, tinha o objetivo de levar a civilização para os povos primitivos, que desconheciam as benesses do liberalismo e iluminismo. Percebe-se, neste momento, que havia uma raça que se julgava superior à outra e que “a vulgaridade, a brutalidade tão habitualmente desenvolta e sua má-fé fizeram do colonialismo um exemplo perfeito de antiliberalismo”. (Mbembé *apud* Almeida, 2019, p. 19).

Surge então o racismo como justificativa, inclusive científica Almeida (2019), para demonstrar que havia classificação entre as diferentes raças humanas, de modo que havia aqueles que nasceram para mandar e guiar a humanidade, e outros para obedecer, uma vez que não possuíam capacidade intelectual para outra função. No transcorrer da história o racismo adotou diferentes concepções e aplicações, na modernidade observa-se uma sistemática diferente, contudo ainda se verifica uma forte ligação com o colonialismo:

[...] inferioridade intrínseca e natural, que surgiu no final do século XVII ou início do século XVIII, e culminou no século XIX, quando adquiriu o reforço pseudocientífico de teorias biológicas de raça, e continuou a servir como apoio ideológico para opressão colonial mesmo depois da abolição da escravidão. (Wood *apud* Almeida, 2019, p. 21).

Após mais de 300 anos de escravidão, e após explicações científicas, como efeito, o racismo passou a ser naturalizado, uma vez que tal prática não é estática, é orgânica, assumindo novas funções e adquirindo novos significados dentro da nova estrutura social, concordante ao que Gonzalez evidencia (1984). Ora, o ideário racista deve ser compreendido para além de um processo político e histórico, fulcralmente deve também ser encarado como um “processo de constituição de subjetividades, de indivíduos cuja consciência e afetos estão de algum modo conectados com as práticas sociais.” (Almeida, 2019, P. 40), que para Silvio Luiz de Almeida gerou como consequência um sistema que fornece uma explicação racional para desigualdade racial, e por conseguinte fomenta sujeitos que não serão abalados diante da discriminação e da violência racial, dado que entenderão a hostilidade e preconceito como algo comum, trivial. Concordante ao afirmado pelo autor supramencionado, o racismo, enquanto ideologia, molda o inconsciente (2019). Neste desiderato, Almeida (2019, p. 42) afirma que “a ideologia, portanto, não é uma representação da realidade material, das relações concretas, mas a representação da relação que temos com essas relações concretas.”

Leila Gonzalez (1982) auxilia no entendimento do racismo enquanto ideologia e como esta foi naturalizado ante à atual sociedade brasileira, impedindo, total ou parcialmente, a compreensão de diversos problemas sociais como consequências da discriminação e violência racial:

[...] o papel da raça na geração de desigualdades sociais é negado, noutro o preconceito (racial) é reduzido a um fenômeno de classe e, por último, a discriminação racial constitui um resíduo, a discriminação racial constitui um resíduo cultural do já distante passado escravista. Nenhuma destas perspectivas considera seriamente a possibilidade de coexistências entre racismo, industrialização e desenvolvimento capitalista. (Gonzalez, 1982, p. 88).

A interseccionalidade entre raça e gênero

Noutro giro, é imperioso trazer à lume o conceito de Interseccionalidade, que é instrumento basilar na construção dos estudos que permite alcançar o objetivo do presente artigo, bem como compreender como a discriminação interseccional favorece a Necropolítica brasileira e como tais mecanismos afetam os aparelhos ideológicos a disposição das mulheres negras brasileiras. Neste passo, Kimberlé Crenshaw, pioneira no estudo da interseccionalidade da discriminação de raça e gênero, pondera em suas lições que:

A associação de sistemas múltiplos de subordinação tem sido descrita de vários modos: discriminação composta, cargas múltiplas, ou como dupla ou tripla discriminação. A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. (Crenshaw, 2002b, p. 177)

Ato contínuo, a Interseccionalidade para Akotirene (p. 14, 2019): é “pensado por feministas negras cujas experiências e reivindicações intelectuais eram inobservadas tanto pelo feminismo branco quanto pelo movimento antirracista, a rigor, focado nos homens negros”. Ainda segundo a autora:

A interseccionalidade visa dar instrumentalidade teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado - produtores de avenida identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais. (Akotirene, p. 14, 2019)

Nesse desiderato, Kimberlé Crenshaw afirma ainda que a interseccionalidade permite visualizar as interações entre as ditas avenidas identitárias, observando a falha do feminismo em proteger e olhar para as mulheres negras, visto que os ambientes feministas reproduzem o racismo, ao passo que o movimento antirracista falha em proteger e olhar para as mulheres negras, em decorrência de ser fortemente influenciada pelo machismo. Destarte, Crenshaw afirma que as “experiências das mulheres negras não podem ser enquadradas separadamente nas categorias de discriminação racial ou da discriminação de gênero” (p. 8, 2002) mas estas avenidas identitárias devem

ser analisadas conjuntamente, para assim entender os efeitos da ineficácia ocasionada pela colisão destes mecanismos discriminatórios nas mulheres negras.

Para compreender o fenômeno da interseccionalidade, Crenshaw exemplifica que quando há um problema ou “condição imposta de forma específica ou desproporcional a um subgrupo de mulheres é simplesmente definido como um problema de mulheres” (p. 174, 2002b), desconsiderando a particularidade do subgrupo, acontecendo o que ela intitula de superinclusão, que por consequência gera efeitos incapazes de remediar a condição ou abuso aos quais as mulheres foram submetidas, uma vez que o problema foi absorvido pela estrutura de gênero de modo que, no exemplo dado, seria despercebido a questão racista que influenciou o fato gerador do problema. Outrossim, além do fenômeno da superinclusão, Kimberlé Crenshaw informa que, concorrentemente, as mulheres também estão sujeitas à subinclusão, que torna a diferença invisível, para melhor compreensão, a autora traz o exemplo da esterilização de mulheres marginalizadas, veja-se:

[...] a esterilização forçada de mulheres em todo o mundo não tem sido tratada como uma questão racial, embora, quando cuidadosamente examinada, se reconheçam aí fatores de risco, como raça, classe e outros, que determinam quais mulheres, mais provavelmente, sofrerão e quais não sofrerão esses abusos.” Comumente, apenas grupos específicos de mulheres em qualquer país são o alvo, mas a distribuição seletiva dos abusos não tem sido investigada como um exemplo de discriminação racial. (p. 175 -176, 2002b)

Ora, tais mecanismos que invisibilizam o sofrimento feminino, ainda que em parte, é estrutural, e pode-se afirmar que até proposital, posto que a visão tradicional da discriminação, enraizada e difundida pela escravidão e pelos seus consequentes efeitos somados com a omissão e ineficácia do estado em garantir Direitos para a população negra, age para excluir a sobreposições interseccionais.

Sendo assim, é essencial destacar que o fim do sistema escravocrata não possui o significado de afirmar que as raízes racistas foram superadas, conforme salienta Sotero (2021). Desse modo, conclui-se que a invisibilidade na discriminação é uma consequência colonial, que ainda tem suas raízes nas ideologias racistas que perfazem a sociedade atual. Neste aspecto, a autora supracitada ainda afirma que:

A permanência da desigualdade sociorracial foi intensificada após o período de escravidão, tendo em vista que a população negra deixou de ser vista como mercadoria, mas permanecia presa nas engrenagens do racismo estrutural que se petrificou, de forma simbólica na realidade social” (Sotero et al. p. 5, 2021)

Em continuidade, a inalterabilidade do feminismo branco e outras instâncias de direitos humanos é consequência do mesmo fenômeno susodito, e para Akotirene (2019), essa invariabilidade se deve ao fato dos movimentos encontrarem enormes dificuldades metodológicas e práticas na condução das identidades interseccionais.

A Interseccionalidade na discriminação entre raça e gênero, ocorre com bastante frequência na sociedade contemporânea não só na brasileira, mas a do mundo todo - todavia, ainda é possível identificar a falta de fomento de discussões mais assíduas e políticas públicas mais consistentes, visando o combate ao racismo. Uma vez que, esse debate não é acessível para toda população, Crenshaw afirma que é ainda “particularmente difícil de ser identificada onde forças econômicas, culturais e sociais silenciosamente moldam o pano de fundo, de forma a colocar as mulheres em uma posição onde acabam sendo afetadas por outros sistemas de subordinação”. (p. 176, 2002b). E continua sua argumentação de que esse pano de fundo, estrutural, diga-se de passagem, faz parecer que essa subordinação é um “fato da vida, natural ou pelo menos imutável”, resultando em obscuridade quanto à percepção da posição em que são colocadas.

Necropolítica enquanto vetor de propagação da violência de gênero

A Necropolítica, como Achille Mbembe, denomina a política de morte que o poder Estatal adota, ou seja, como o Estado seleciona não apenas quem deve morrer, mas também quais grupos sociais devem estar sujeitos a condições de quase morte. Isto é, a Necropolítica é uma corrente político-filosófica que estabelece parâmetros para a gerência da vida através da morte ou ainda, pela condição de quase morte. Tendo isso em vista, relembramos a ligação intrínseca que esse conceito tem com as lições de Michel Foucault, que por sua vez, foi o pioneiro nas discussões acerca do Biopoder, fazendo referência ao poder soberano que o Estado, representado pela sua autoridade máxima, exerce. Tal prática é definida em duas categorias: primeiro como um dispositivo que extrai do corpo humano sua força produtiva; e segundo como uma biopolítica da população, sendo esta última a manifestação da ideologia e o primeiro o modelo pelo qual o Estado mantém os indivíduos produtivos para si.

Nesse prisma, pode-se afirmar que o Biopoder possui como principal característica a capacidade de controlar a natalidade e outros aspectos correlacionados a vida dos indivíduos, de modo que, as maneiras, quase sempre racionalizadas, de manifestação desse poder expressa a vontade do soberano, Foucault (1988). Entrementes, ainda que o sociólogo francês analise Estados com estruturas ultrapassadas, percebe-se fatores congruentes com o Estado atual, dado que para o tirano, o poder da morte não se manifestava e nem

se manifesta de maneira absoluta e incondicional, contudo, ocorre ainda, de forma legítima, sendo-lhe lícito às autoridades legais decidir sobre a vida e a morte da população.

É sublime trazer à lume que Achille Mbembe elucida que a escravidão, e sistema colonial entre os sujeitos Colonizador e Colonizado pode ser compreendida como “uma das primeiras instâncias da experimentação biopolítica” (p. 130; 2016). Neste momento, evidencia-se que a atuação Necropolítica estatal, acontece, geralmente, em países que foram colonizados. Desse modo, ao criar condições mortíferas para sua população, o Estado, age no sentido de fazer com que determinada parte da população marginalizada não seja assistida e não tenha seus direitos garantidos. Logo, o Estado cria condições para as mazelas sociais e para a criminalidade, e produz instituições e mecanismos falhos para dar a sensação de que está tentando melhorar a vida da população alvo.

Portanto, é possível afirmar que a população negra é desassistida das garantias de direitos fundamentais e de políticas afirmativas. A autora brasileira Juliana Borges (2019) relembra que o debate de gênero tem pouca atenção no que tange à justiça criminal, e que, situada no cruzamento identitário já abordado neste artigo, está ainda mais vulnerável às necropolíticas estatais. Isto é, as mulheres, por serem mulheres se encontram em lugar de maior vulnerabilidade quando comparadas aos indivíduos do sexo masculino. Dito isso, frisar-se-á que as mulheres negras sofrem uma dupla discriminação, a racial e a de gênero, e, portanto, se localizam ainda mais desamparadas frente a garantias de direitos, principalmente no que tange à Justiça Criminal.

Ato contínuo, a pensadora Carol Akotirene, traz uma forte informação que ajuda a evidenciar a necropolítica ao tempo em que revela como as mulheres negras estão vulneráveis, e conseqüentemente, mais desprotegidas de políticas afirmativas e outros aparatos estatais:

“Já estabelecendo o diálogo teórico entre o pensamento interseccional de Audre Lorde e Achille Mbembe, enquanto as mulheres brancas têm medo de que seus filhos possam crescer e serem cooptados pelo patriarcado, as mulheres negras temem enterrar seus filhos vitimados pelas necropolíticas” (p. 16, 2019)

No discurso trazido por Akotirene, pode-se perceber o fenômeno interseccional que acomete as mulheres negras brasileiras, qual seja, o foco do discurso da necropolítica parece possuir enfoque no corpo negro masculino, deixando de lado que as filhas das mulheres negras também estão sujeitas às políticas de morte.

A palavra como a arma ideológica mais poderosa a serviço da necropolítica

Partindo do pressuposto de que “a vida é dialógica por natureza. Viver significa participar de um diálogo.” Bakhtin (2010, p. 272), podemos asseverar que toda realidade é edificada por meio da linguagem e das suas implicações na cadeia dialógica. Como princípio basilar da teoria bakhtiniana, a dialogia é entendida como uma estrutura, na qual os sujeitos intersubjetivamente se relacionam e se interconectam por meio do ato da enunciação e, como produto, o enunciado é a expressão da avaliação e tonalidade atribuída por cada sujeito a partir das suas atuações e socializações no campo da atividade humana. Ou seja: “todo enunciado é um elo na cadeia discursiva. É a posição do falante nesse ou naquele campo do objeto e do sentido.” (Bakhtin, 2016, p. 49-47). Na dialogia os enunciados se imbricam a partir da co-criação, do entrelaço advindo das interrelações, já que toda enunciação está interligada a outro(s) discurso(s), seja ele pertencente a uma mesma cadeia ideológica ou não.

Tendo em vista, assegura-se que toda realidade é resultado de uma dialogização, portanto, questionamo-nos sobre as implicações desse ato articulado a ideologias sem alteridade, como as projetadas pelos colonizadores. É evidente que o processo de colonização foi fortemente potencializado pelo poder da palavra. Como assegura Volóchinov (2017, p. 100) “a palavra acompanha e comenta todo o ato ideológico”, por ser o maior signo, por excelência, a serviço da ideologia. Por isso, toda palavra está atravessada a um fio ideológico, alocando-se nas áreas da comunicação social.

Desde a colonização as instituições de poder se apoiam na força da linguagem para criar e ditar as mais repugnantes representações sociais e atualmente esse processo se potencializa da mesma maneira, contudo, muitas vezes, de modo camuflado. Como já mencionado nas outras seções, a necropolítica ao apoiar-se nos aparelhos ideológicos para fundamentar e expandir suas práticas, utilizam-se da linguagem como ferramenta primordial para alcançar os seus sujeitos alvos, os fazendo acreditar nas suas projeções, disfarçadas de boa-fé.

Sendo assim, tendo esse mecanismo em vista, é fulcralmente relevante atentarmos-nos às ações infaustas, amparadas por diálogos sem alteridade, sutilmente e covardemente impostos para as mulheres negras no Brasil. É preciso despertarmos para identificarmos os efeitos dessa violenta prática estatal, para então desestruturá-los.

Metodologia

A presente pesquisa baseou-se em estudos bibliográficos através de autores renomados, permitindo uma reflexão crítica acerca da temática abordada. Ademais, como corpus para o trabalho garimpamos recortes de notícias

nacionais que tematizaram e expuseram as centenas de casos oriundos dos efeitos da interseccionalidade de raça e gênero no Brasil.

A priori realizamos uma extensa pesquisa em sites populares como o G1, Uol, Folha de São Paulo entre outros, visando selecionar corpos que melhor se adequassem à nossa proposta. Os que se mostraram mais produtivos para a nossa análise foram as matérias produzidas pelo G1, dispostos a seguir:



Oficial da PM réu por caso de mulher arrastada por viatura é nomeado em secretaria do RJ

O capitão Rodrigo Boaventura, envolvido na morte de Cláudia Ferreira da Silva, será superintendente de Combate aos Crimes Ambientais da Secretaria estadual de Ambiente. Pasta informou que o oficial responde a processo e não foi condenado.

Por G1 Rio
17/11/2020 19h02 · Atualizado há 2 anos

Um ano e meio após jovem ser morta por ex-namorado na BA, família denuncia processo inativo na Justiça: 'Seguimos na luta'

Caso aconteceu em Cachoeira. Vítima tinha medida protetiva contra ex-companheiro, que descumpriu determinação judicial e matou a jovem enquanto ela voltava da universidade.

Por G1 BA
17/05/2021 13h36 · Atualizado há 2 anos



ONU pede informações ao Brasil sobre caso Luana; PMs são réus pelo assassinato em Ribeirão Preto, SP

Policiais são acusados de matar Luana Barbosa dos Reis, em abril de 2016, após espancamento durante abordagem. Itamaraty já prestou esclarecimentos, mas conteúdo é mantido sob sigilo.

Dados e discussões

A partir da análise dos eventos trágicos, trazidos pelas matérias susoditas, foi percebido a clara ação necropolítica do Estado, operacionalizada pela Polícia Militar, que se deleita - e abusa- sob o poder que detém, qual seja, o monopólio da violência, conforme ensina Weber (2013). Ora, no primeiro

print exposto acima, se verifica que uma mulher, negra, foi arrastada por uma viatura da polícia militar, a vítima, que por razões óbvias, veio a óbito. Independente do delito que a vítima possa ter cometido, o tratamento e procedimento policial é esdrúxulo, é necropolítico, haja vista que se não tivessem o intuito de matar, tinham de torturar.

A segunda imagem, por sua vez, não traz a necropolítica operacionalizada pela polícia, contudo, percebe-se que uma mulher morreu em decorrência de feminício, isto é, morreu pelo simples fato de ser um ser humano do sexo masculino. A matéria informa que, concordante ao que familiares da vítima afirmaram, o ex-namorado é filho de desembargador, e por esse motivo o processo fora arquivado, mesmo sem a menor resolução de mérito. Outrossim, o jornal ainda afirma que não encontrou o processo no site do TJ-BA, e quando entrou em contato com os servidores do tribunal, lhe foi informado que o processo “está tramitando dentro da regularidade”. Nota-se, a partir de então, que há um auxílio Estatal para manter a sociedade, e principalmente a família da vítima distante da resolução do processo, configurando-se assim a operacionalização da Necropolítica.

Bem, é certo afirmar que, no que tange às matérias trazidas pelo primeiro e terceiro prints, se as vítimas não fossem negras, dificilmente seriam vítimas. E que se na situação da segunda notícia, a vítima não fosse mulher, sequer haveria ocorrido a fatalidade.

Conclusão

Em suma, esse artigo serve como mais uma tentativa de denunciar a hostilização do estado e o seu (des)serviço prestado às incontáveis mulheres negras brasileiras que residem e são postas às margens desse país. Como dispostos pelos corpos desse trabalho, pudemos visualizar e constatar as desumanas condições que as vítimas são impostas e como o Estado age de modo conveniente aos seus interesses, propiciando que a vida seja um direito de poucos, enquanto a morte seja controlada por eles, a partir das suas passivas, arquetizadas e fulminante negligências.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 264 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).

CRENSHAW, Kimberlé. **A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero**, publicado pela Revista Estudos Feministas, nº1, sob a coordenação de Luiza Bairros, da Universidade Católica de Salvador, 2002a. Disponível em: ht-

[tps://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253342/mod_resource/content/1/InterseccionalidadeNaDiscriminacaoDeRacaEGenero_KimberleCrenshaw.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4253342/mod_resource/content/1/InterseccionalidadeNaDiscriminacaoDeRacaEGenero_KimberleCrenshaw.pdf), Acesso em: 10/11/2023.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o Encontro de Especialistas Em Aspectos Da Discriminação Racial Relativos Ao Gênero**. Ed v. 10 n. 1, 2002b, disponível em:<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/0> acesso em: 10/11/2023.

FOUCAULT, Michel; **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

GONZALEZ, L.; HASENBALG, C.; **Lugar de Negro**; Editora Marco Zero Ltda., Rio de Janeiro, 1982

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1, 2018.

MBEMBE, A.; **Necropolítica, Biopoder, Soberania, Estado De Exceção, Política da Morte**; revista do ppgav/eba/ufrj | n. 32 | 2016.

SOTERO, Ana Paula da Silva; TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza. **Racismo estrutural e seus efeitos necropolíticos no ensino superior: a aplicação da justiça restaurativa como instrumento de efetividade da educação igualitária e da justiça sociorracial**. Dialogia, [S. l.], n. 38, p. e20454, 2021. DOI: 10.5585/38.2021.20454. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/dialogia/article/view/20454>. Acesso em: 14 nov. 2023.

WEBER, Max. **Ciência E Política: Duas Vocações**. Copyright, 1967 e 1968. Dunker & Hunblot, Berlim. Ed. 20, 2013

<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2021/05/19/onu-pede-informacoes-ao-brasil-sobre-caso-luana-pms-sao-reus-pelo-assassinato-em-ribeirao-preto-sp.ghtml>

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/11/17/oficial-da-pm-reu-por-caso-de-mulher-arastada-por-viatura-e-nomeado-em-secretaria-do-rj.ghtml>

<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2021/05/17/um-ano-e-meio-apos-jovem-ser-morta-por-ex-namorado-na-ba-familia-denuncia-processo-inativo-na-justica-seguimos-na-luta.ghtml>

GÊNERO, RAÇA E O EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA: O QUE A REALIZAÇÃO DE ENTREVISTAS COM JUÍZAS NEGRAS INFORMA SOBRE DIVERSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO?

Priscila Coelho

Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Assessora Acadêmica no Mestrado Profissional da mesma instituição. Especialista em Proporcionalidade Penal no Eixo 1 do Programa Fazendo Justiça

Resumo:

Esse texto decorre de uma pesquisa empírica mais ampla e em andamento, cujo objetivo é compreender como diferentes marcadores sociais se entrecruzam e se relacionam com a trajetória, o ingresso e o exercício da magistratura criminal por diferentes perfis de mulheres. O material empírico que compõe essa investigação consiste em um conjunto de 14 entrevistas realizadas com magistradas atuantes em diferentes níveis de jurisdição, lotadas em diversas regiões do país, todas com exercício em áreas relacionadas ao campo criminal. Nesse artigo, apresento uma análise preliminar das informações compartilhadas por magistradas negras (seis de uma amostra total de quatorze mulheres). A questão racial, portanto, será o principal elemento de análise deste artigo, que identifica inúmeras situações de violência vivenciadas por essas mulheres. Se, por um lado, há a indicação do estranhamento percebido por parte de algumas pessoas ao verem estas juízas ocupando um cargo de poder como a magistratura, por outro, a mesma situação pode ensejar o reconhecimento e a identificação por parte dos jurisdicionados, vítimas e/ou testemunhas, reforçando a importância da diversidade e representatividade na atuação judicial.

Palavras-chave: Gênero; raça e atuação judicial; Mulheres negras na magistratura; Mulheres negras na magistratura criminal; Representatividade; Diversidade no poder judiciário.

Introdução

A falta de representatividade feminina em cargos de poder como a

magistratura é um problema que ocupa cada vez mais destaque no cenário brasileiro. A predominância de homens ocupando cargos públicos tem sido apontada como uma situação de difícil enfrentamento e que demanda a intervenção do estado para a promoção de políticas de ações afirmativas, que permitam ao menos diminuir o discrepante desnível na presença de mulheres no Poder Judiciário, principalmente nos cargos mais altos da instituição.

Um exemplo do que se procura abordar nesse texto foi a recente indicação de um homem - Flávio Dino, anteriormente Ministro da Justiça e Segurança Pública, no dia 27 de novembro de 2023, para ocupar a vaga no Supremo Tribunal Federal (STF) após a aposentadoria da Ministra Rosa Weber. A composição da Suprema Corte do país, que já apresentava deficiente representatividade, uma vez que era composta por nove Ministros homens e duas Ministras mulheres, passa agora a ser constituída por apenas uma mulher. Merece destaque o fato de que todos os ocupantes são brancos.

O atual presidente Lula desconsiderou as reivindicações realizadas por diversos grupos da sociedade civil e representantes do Poder Judiciário pela indicação de uma Ministra negra para substituir o posto vago. Organizações como “Juristas Negras”, “Instituto de Defesa da População Negra”, “Coalizão Negra por Direitos”, e o “Nossas” promoveram campanhas para que houvesse a indicação de mulheres negras para ocuparem as cadeiras vagas no Supremo. A indicação anterior, realizada no início de junho de 2023, para substituir a vaga do antigo Ministro Ricardo Lewandowski, apontou outro homem branco para a Corte, o então advogado Cristiano Zanin.

Algumas instituições e autoridades públicas se manifestaram em resposta à segunda indicação seguida de um homem branco pelo Presidente da República. Entre elas, merece destaque a carta encaminhada pela Aliança Feminina pela Equidade¹, afirmando que a ação “evidencia a cegueira deliberada de nossos representantes na manutenção da falta de representatividade no mais alto órgão do judiciário brasileiro”. Este documento também relembra que, “ao longo dos 132 anos de existência, o STF nunca cedeu espaço para uma mulher negra”, além de apontar que “a representatividade é essencial para a legitimidade e equidade de qualquer instituição”. O grupo “Mulheres Negras Decidem” também encaminhou Carta ao Presidente² comunicando que a escolha “reflete uma falta de compromisso no enfrentamento dos problemas históricos e urgentes do nosso país”. Além disso, foi ressaltado que “o racismo persiste em nossa sociedade e a política institucional desempenha um papel fundamental na luta contra ele”.

É importante lembrar que a eleição do atual presidente foi considerada uma mudança na política anteriormente exercida pelo governo Bolsonaro, com a promessa de um governo democrático e inclusivo. Neste ponto,

1 A carta na íntegra pode ser acessada no seguinte Instagram: @aliancafemininapelaequidade.

2 A carta na íntegra pode ser acessada no seguinte Instagram: @mulheresnegrasdecidem.

foi representativa a subida à rampa do Palácio do Planalto, em sua posse, do presidente acompanhado de pessoas que simbolizavam a diversidade do povo brasileiro. A faixa presidencial foi, inclusive, recebida por uma mulher negra. A mensagem deste ato prometia o exercício de um governo diverso, representativo e comprometido com diversos setores da população brasileira, incluindo grupos mais vulnerabilizados. Deste modo, causa estranheza e indignação a desconsideração destas questões no momento de nomeação para a ocupação de um cargo de poder, no mais alto nível do Poder Judiciário.

A falta de representatividade de gênero e raça não é um problema apenas da Suprema Corte do país. Considerando as respostas fornecidas pela magistratura ao Censo do Poder Judiciário 2023, temos 59,3% de homens e 40% de mulheres. Do total de respondentes, 82,4% se identificaram como brancos(as), enquanto apenas 13% como negros(as) (BRASIL, 2023). É importante destacar que essas informações não representam a totalidade da magistratura, mas apenas àqueles(as) que responderam ao questionário enviado pelo Conselho Nacional de Justiça. Contudo, outros levantamentos anteriores e similares já apontaram essa mesma desproporção de gênero e raça na instituição.

O “Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018”, por exemplo, indicou a representação de 38% de mulheres na magistratura. Com relação “ao perfil étnico-racial, a maioria se declara branca (80,3%), 18,1% negros (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6% de origem asiática (amarelo). Apenas 11 magistrados se declararam indígenas” (Brasil, 2018). A pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário (BRASIL, 2021) aponta o total de 12,8% de magistrados e magistradas negras no judiciário, o que equivale a um total de 1.534 pessoas. De acordo com essa pesquisa, pessoas brancas exercendo a magistratura constituem 85,9%, o equivalente a 10.267 juízes e juízas. Essa diferença fica ainda mais expressiva nos tribunais superiores. Considerando o total de respondentes - 68% de toda a magistratura -, pessoas negras representam 8,8% dos desembargadores e desembargadoras do país. Enquanto o total de brancos(as) ocupando este mesmo cargo é de 90,5%. A ocupação dos cargos superiores é relevante por permitir a realização de ações capazes de promover efetivas mudanças institucionais.

Ao lado da análise sobre a representatividade de gênero e raça na magistratura, é preciso observar o perfil da população brasileira. “Somando pretos (9,1%) e pardos (47%), temos um total de 56,1% da população negra no Brasil, o que torna questionável a presença de apenas 12,8% dessas pessoas na magistratura”. (Coelho, 2022, p. 16) Essa mesma discrepância é bastante expressiva quando observamos o percentual de pessoas brancas na população (43%) e na magistratura (85%). Esses dados evidenciam uma profunda divergência no acesso de pessoas negras e brancas à instituição.

Além disso, as ações adotadas no âmbito do Pacto Nacional do Judi-

ciário pela Equidade Racial, evidenciam a existência de desigualdades raciais e determina medidas a serem adotadas no Poder Judiciário para a eliminação do racismo estrutural. O compromisso foi aderido por todos os Tribunais de Justiça Estaduais, Eleitorais, Federais, Militares, pela Justiça do Trabalho e pelos Tribunais Superiores. Reconhecendo a desvantagem racial presente no judiciário brasileiro, propõe-se a adoção de medidas afirmativas, compensatórias e reparatórias para reduzir a diminuta presença de pessoas negras nestas instituições.

Por fim, outra ação que merece destaque na compreensão sobre a ausência de representatividade racial e de gênero no judiciário foi a aprovação, em setembro de 2023, da Resolução CNJ nº 525/23, que alterou a Resolução CNJ nº 106/10 para dispor sobre ação afirmativa de gênero para o acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Ao observar a Resolução publicada, chama atenção o fato de questões relacionadas à raça estarem presentes nos “considerandos” deste documento, apesar de as alterações realizadas não apresentarem diretrizes específicas para magistradas negras. Este é um fato relevante porque a proporção de juízas negras na instituição é muito menor do que a de magistradas brancas. “Para cada 1 (uma) magistrada negra existem 7 (sete) brancas”. O total de magistradas brancas supera até mesmo a quantidade de juizes negros. “Para cada 1 (um) magistrado negro existem 4,3 juízas brancas”. (Coelho, 2022, p. 156).

Outro fato que chamou atenção sobre a Resolução foi a retirada da observância da ação afirmativa para a promoção por antiguidade. A ação chegou a ser criticada por membros do Poder Judiciário e associações da magistratura, que alegaram ofensa a um critério que compreendem como “objetivo”. A alegada objetividade, contudo, esconde distorções criadas e reproduzidas por uma instituição que, por muito tempo, foi ocupada exclusivamente por homens. Além disso, algumas ações adotadas por determinados tribunais, como a retirada da jurisdição de magistradas durante o período de licença maternidade, também causa impactos na promoção pelo critério de antiguidade, ainda que essa avaliação seja apontada por alguns como totalmente “objetiva”.

Em todo caso, a aprovação da Resolução evidencia a existência de uma assimetria de gênero e raça na ocupação da cúpula do Poder Judiciário. Toda a contextualização aqui apresentada, expõe o problema como sendo muito mais complexo do que a simples falta de interesse de determinados perfis em ascenderem na instituição. Também evidencia como não se trata apenas de uma questão de tempo até a ocupação de cargos mais altos, tendo em vista a desproporção presente, ainda que em menor medida, já no primeiro grau de jurisdição. Na próxima seção irei apresentar algumas percepções compartilhadas por mulheres negras que já ocupam o Poder Judiciário, em diferentes níveis de jurisdição - desde um recente ingresso, até a vinculação a cargos nos Tribunais Superiores. Os relatos compartilhados pelas juízas

que participaram da pesquisa aparecem citados no texto, entre aspas, acompanhado do código de identificação que garante a anonimização das participantes. Esse código é formado pela letra J e um número, que segue a ordem em que foram realizadas as entrevistas. Duas das categorias compartilhadas serão apresentadas e trabalhadas neste texto: o estranhamento e o reconhecimento pela presença destas mulheres na magistratura.

O estranhamento pela ocupação de um cargo de poder

O “estranhamento” presente na fala das magistradas negras entrevistadas para a pesquisa, também foi apontado na pesquisa conduzida por Raíza Feitosa Gomes (2018), cujo material empírico também foi composto por entrevistas feitas com magistradas negras e identificou que estas mulheres - ainda que na posição de juízas -, vivenciam situações de violência e opressões veladas e explícitas. Elas são questionadas não apenas pelas práticas que adotam na atuação judicial, mas também pela própria presença neste cargo. (Raíza Gomes, 2018)

Ao falar sobre “estranhamento”, é importante ressaltar como a educação constitui um fator de exclusão do acesso de pessoas negras aos cargos da magistratura e, mais especificamente, de mulheres negras, por ser comumente destinado a elas tanto papéis de trabalho externo, quanto o trabalho doméstico de cuidado familiar, afetivo e de organização e gerenciamento da casa. Para além do fato educacional que provoca uma barreira no ingresso à magistratura, o material empírico desta pesquisa tem permitido observar a existência, no interior do Poder Judiciário, de mecanismos institucionais muito sofisticados de manifestação do racismo, que atuam para reforçar a excepcionalidade e provocar um estranhamento pela ocupação deste espaço por mulheres, principalmente negras. De acordo com Sueli Carneiro, “o racismo, o ceticismo e a exclusão social a que as mulheres negras estão submetidas se potencializam e se retroalimentam para mantê-las numa situação de asfixia social, que põe em perspectiva as condições mínimas necessárias para o empoderamento das mulheres negras em nossa sociedade” (Carneiro, 2009 [2020], p. 281-282).

As juízas negras que entrevistei, apontaram o entrecruzamento de opressões (J8), e ressaltaram como o “estranhamento” se manifesta pela própria presença em lugares não imaginados para estas mulheres. Uma das entrevistadas (J11), recentemente empossada na magistratura, disse que “fazer parte de uma estrutura tão antiga e hierarquizada, [tendo] como chefes desembargadores, que estão acostumados com deferências e com um tratamento que [ela] não está acostumada, é difícil de lidar”. E, complementa, “uma mulher nova, negra e nordestina, não é o que eles estão acostumados a ver”. Outra juíza (J12), com mais de 20 anos de magistratura e que já atuou como delegada, disse que os estranhamentos ocorrem porque o racismo ra-

ramente é explícito e é exatamente isso que o faz ser tão difícil de ser enfrentado e combatido. Nas palavras da entrevistada, “muito raramente a pessoa chega e aponta o dedo e diz assim ‘você é uma negrinha desqualificada e eu não quero conversar com você’. Muito raramente, muito raramente. Existe sim. Existe esse tipo de abordagem agressiva sim, mas em 99% das vezes, o racismo é manifestado de outras formas” (J12). Um dos exemplos citados por esta juíza para ilustrar o que afirma é o da pessoa que senta na sua frente e diz que está esperando o juiz. A entrevistada informa o quanto esse comportamento reforça o padrão mental do homem branco no comando, enquanto a mulher negra não é imaginada nesta posição.

Outra entrevistada (J9) disse não saber afirmar se as violências que vivencia decorrem de questões de raça ou de gênero, pois esses marcadores se conjugam na prática. Para outra juíza (J8) “a discriminação surge de um estranhamento de você estar em um lugar, que não é concebido como um lugar que lhe caiba, dentro dos parâmetros que foram estabelecidos, por quem estabelece as coisas”. Outra participante (J10) ressaltou como esse estranhamento pode ser acompanhado de um “expressivo desrespeito, ao ponto de ficar muito evidente que, se fosse um homem fazendo a mesma fala, repercutiria de uma maneira diferente”. Essa magistrada também coloca como um desafio o rompimento com os estereótipos de gênero e de raça, que coloca pessoas negras como “sujeitos de segunda categoria”, que não poderiam estar ocupando esse espaço da magistratura, o que faz com que ocorra uma constante tentativa de invalidação do que essas mulheres dizem.

Alguns dos exemplos compartilhados em entrevista ilustram bem o “estranhamento” que é colocado por essas mulheres. Em uma interação temporária com um cartório na capital, uma servidora perguntou para uma das entrevistadas (J11): “você tem quantos anos?”. A resposta foi: “vinte e nove”. Diante da idade anunciada, a funcionária disse: “então eu não vou te chamar de Excelência ou de Meritíssima”. A resposta foi: “não vai porque eu não vou trabalhar aqui, né?”, seguida da risada de todos os presentes. Além dessa situação, a mesma magistrada compartilha o desconforto externalizado por um funcionário do Conselho da Magistratura que, em determinado momento de uma conversa burocrática sobre o ingresso na instituição, disse: “desculpa é que eu não consigo te chamar de senhora”. Para a entrevistada, essas não são questões relacionadas à idade, ainda que possa parecer em um primeiro momento, pois acredita ser pouco provável que um juiz homem e jovem passasse pela mesma situação. Em suas palavras: “se fosse qualquer outro colega, homem, ele não ia ter essa dificuldade. Por mais que ele tivesse a mesma cara de novo que eu tenho. Então todo dia tem uma pequena coisinha assim”.

O estranhamento como opressão e como forma de domínio, também pode se manifestar no questionamento sobre a capacidade técnica e profissional dessas mulheres. A entrevistada com menos tempo na carreira (J11),

disse que “tomar posse como cotista gera uma ansiedade a mais, você pensa que vai ser testada mais vezes”. Outra entrevistada (J9), com quinze anos de magistratura e dez anos na mesma comarca, disse algo muito semelhante, afirmando sentir que a sua capacidade intelectual é testada o tempo todo. Esta mesma juíza disse que já ouviu comentários que chegaram até ela sobre pessoas dizendo que “ela não deveria ser magistrada, por não ter capacidade intelectual para tal”. Também afirmou ter ficado sabendo de advogados que, ao orientarem os seus clientes, referiam-se a ela como ‘aquela juíza é doida’. Atuando há 10 anos nessa mesma comarca, a entrevistada disse não saber afirmar se as pessoas com quem trabalha aprenderam a mascarar melhor o preconceito ou acostumaram-se com ela. Ainda sobre o questionamento da capacidade destas mulheres, outra entrevistada (J12), há mais de 20 anos na magistratura afirma:

(...) ainda que, com as suas ferramentas se consiga ocupar certos espaços, tem que ter consciência de que o escrutínio social sobre o seu trabalho é muito mais rigoroso. Então você não pode escorregar. O que poderia ser um mero deslize para um homem branco, se é com uma pessoa que não deveria estar lá, socialmente falando, esse olhar é muito mais rigoroso. Então eu tenho consciência de que o meu trabalho, ele é (...) o escrutínio é mais severo. Então sabemos e percebemos que o tempo inteiro é como se tivesse um fecho de luz sobre o nosso trabalho, procurando onde que está o deslize. (...) Então, tenho consciência de que há esse escrutínio e que esse escrutínio vai me acompanhar. Pode ter trinta anos de trabalho, cinquenta, ter títulos, não vem ao caso, estará, você sabe sempre que tem que estar muito atento, porque a cobrança é muito severa (J12).

Outra magistrada (J10) afirmou que a sua relação “com os servidores era excelente” e sempre foi “muito bem acolhida”, ainda que tivesse havido “um estranhamento com relação à questão de raça e de gênero”, no início, por serem “liderados por uma mulher, uma mulher negra, né?”. Também foi compartilhado o relato sobre o questionamento que acontece em audiências realizadas virtualmente. Uma das entrevistadas (J9) afirmou que mesmo inserindo sempre a identificação “juíza de direito” junto com o seu nome, costuma ser questionada sobre ser ou não a magistrada da audiência. Outro exemplo compartilhado por essa mesma juíza (J9) foi ter sido perguntada, por parte de um funcionário terceirizado do tribunal, ao estacionar em uma vaga reservada para juízes/as, se ela era secretária. Mesmo saindo de “um carro de porte médio” e “bem vestida”, o questionamento buscou indicar que a vaga era exclusiva para magistrados/as. Ou seja, nas palavras da entrevistada, “o fato de eu estar debaixo de uma placa escrito ‘juíza’, não fez com que ele me enxergasse dessa maneira”.

Além da relação com servidores, colegas da magistratura e jurisdicio-

nados/as, essas mulheres costumam enfrentar, principalmente no início de carreira, quando lotadas no interior, situações de estranhamento por parte da própria população local. Uma delas compartilhou (J10): “eu me lembro que, na segunda comarca em que eu estive, a senhora que trabalhava pra mim, logo que ela começou a trabalhar, ela dizia que batiam na porta da casa dela pra perguntar se era verdade que a juíza da cidade era negra”. A magistrada também compartilha a percepção de um tratamento completamente diferente destinado a outro magistrado, homem branco, atuando na mesma comarca e que recebia convites para eventos e usufruía de mais oportunidades de socialização e integração na comunidade local.

Todas as situações descritas, que não correspondem à totalidade do que foi compartilhado por essas magistradas, ilustram bem como esse estranhamento provoca uma falta de pertencimento e questionamento constante sobre a ocupação do espaço judicial. Também representa uma carga mental elevada e que gera sofrimento. Ainda que o exercício de um cargo de poder possa estabelecer uma certa proteção social para essas mulheres, que são sistematicamente discriminadas, subjugadas e vulnerabilizadas em um país racista e perpetuador de desvantagens como o Brasil, isso não elimina as opressões que serão cotidianamente vivenciadas no interior do próprio Poder Judiciário. Uma das entrevistadas (J10) disse estar sempre com a sua carteira, pois tem medo da instituição não reconhecê-la e passar por algum tipo de constrangimento, inclusive por parte da própria polícia, em determinados lugares.

Todo esse contexto também poderá provocar a criação de uma “courageira” para proteção institucional. “Pelo fato de ser mulher e ser negra, você já está acostumada que as pessoas te deslegitimem, então você já traz a couraça de antes” (J8). Essa mesma entrevistada (J8) também afirmou “nós, mulheres, nos fazemos mais sisudas, mais duronas para poder impor”. Esta juíza compartilhou que a primeira vez que deu uma gargalhada em audiência foi na quarta comarca em que trabalhou, “lá para uns seis anos de magistratura”. Ela aponta que o processo de “perceber-se, compreender-se e entender-se mulher” envolve “saber identificar e neutralizar os sistemas opressivos que vão se acumulando”. Apesar de pontuar que existem diferentes formas de reagir, a entrevistada ressalta a importância da identificação e compreensão de determinadas ações como opressoras e discriminatórias e o atuar que se contrapõe a estas violências.

Do estranhamento ao reconhecimento e a importância da ocupação de cargos de poder

O ato político que pode decorrer da atuação destas mulheres, não consiste em um processo natural. Tal como compartilhado em entrevista (J8), esse “reconhecer-se” passa por camadas de neutralização da dor e do reco-

nhecimento em “um lugar de subalternidade forçada, de diferenciação forçada, que lhe priva de relações afetivas, que lhe priva de lugares que você poderia estar por sua competência e que faz todo esse sistema de opressão ser tão complexo” a ponto de minar a própria autoaceitação (J8). Isso significa que o questionamento e a contraposição ao modelo vigente, nem sempre estará presente na atuação de perfis que divergem do que foi naturalizado como padrão para a ocupação de cargos de poder - homens, brancos, socialmente privilegiados -, porque esse reconhecimento causa dor e gera sofrimento.

Contudo, apesar de todas as violências apontadas pelo “estranhamento” vivenciado por estas mulheres ocupando um cargo de poder como a magistratura, também foi possível identificar o impacto positivo que as suas imagens pode causar, a partir do reconhecimento de pessoas que acessam ao judiciário, sejam acusados(as), vítimas ou testemunhas. Uma das entrevistadas (J8) disse que durante a pandemia teve “a oportunidade de [se] emocionar sem dizer nada”, ao perceber o impacto causado nas partes que ingressavam na audiência por videoconferência e encontravam uma juíza negra, de turbante, de trança”. A magistrada compartilhou situações em que pessoas negras eram a maioria nesse espaço e que, apesar de nada ter sido dito, ocorreu uma identificação da ocupação de um espaço que, em suas palavras, “nos tem sido retirado e que, há um tempo atrás, era impossível de imaginar-se”. A magistrada destaca como a surpresa expressada por essas pessoas é diferente do estranhamento que não a reconhece no lugar de juíza, pois relacionada com um “olhar de reconhecimento mútuo que se estabelece” (J8).

Esse mesmo reconhecimento também foi apontado como motivação para a atuação no campo criminal. Uma das magistradas (J10) afirmou que “se enxerga no jurisdicionado”, principalmente porque a maior parte da população carcerária é composta por pessoas negras³. E pontua que o jurisdicionado também se reconhece ao vê-la na posição de magistrada, estabelecendo-se uma relação de respeito pela autoridade judicial que ela representa. A relação com os jurisdicionados não foi o único exemplo citado em entrevista. Ao relatar a dificuldade que teve de conseguir ser identificada como juíza na entrada do fórum (J11), uma das entrevistadas, recém-ingressa na magistratura, compartilhou a presença de uma recepcionista que facilitou esse processo. Nas palavras desta juíza: “Ela me notou e eu notei ela. A gente se nota. A gente se vê diferente”. Outro exemplo descrito por essa mesma magistrada - e que se relaciona com a questão do reconhecimento e da representatividade -, foi o relato sobre a realização de audiência com um secretário negro, com feições parecidas com as da entrevistada, que disse:

3 Atualmente, pretos e pardos representam 67% da população prisional brasileira, de acordo com os dados compartilhados pelo Sisdepen - 1º semestre de 2023. Informação disponível em: <[Anais de Artigos Completos - VOLUME 6 | 225](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaYTc2NWl4M2EtZTAvMS00Y2M2LWWEyMjEtYzFINTZlMzgyMTllIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0N0GMtNDNnMmNy05MWEyLlRiOGRhNmJmZThlMmJ9>”. Último acesso em 01 dez. 2023.</p></div><div data-bbox=)

“eu achei ele tão parecido comigo e eu fiquei achando muito bonito, sabe? era uma beleza que eu via muito grande, na nossa semelhança” (J11).

Outro exemplo sobre o reconhecimento aqui relatado foi compartilhado por outra entrevistada (J9) que disse que alguns réus já choraram ao vê-la, porque ela se parecia com uma prima, com a irmã ou com a mãe da pessoa criminalmente processada. A entrevistada reforça a importância da representatividade e compartilha que já ouviu várias vezes falas como “minha filha tem o cabelo como o seu, ela também quer ser juíza”. Ela destaca a importância desse reconhecimento, mas diz ter cuidado para não reproduzir um discurso meritocrático de autorresponsabilização exclusiva do indivíduo para o alcance de determinados cargos:

Isso é uma maneira da pessoa se enxergar, dela se ver, que ela também pode. Não é uma tarefa... não é simples, né? É árduo. É um caminho longo. É espinhoso. Mas é possível. Claro que a gente tem uma série de elementos, né? Aí, também não posso me colocar como regra quando eu sou a exceção. E eu gostaria muito de ser a regra. Mas não sou. Então quando essas pessoas me veem, eu não posso deixar de considerar que isso é uma esperança, é uma luzinha para essas pessoas (J9).

Além do reconhecimento, a ocupação de cargos de poder - como a magistratura - por mulheres negras, também auxilia na “quebra da representação social negativa” (J12), que auxilia a dismantlar o preconceito e o racismo, à medida que a diversidade vai ocupando espaços anteriormente destinados apenas a um perfil muito específico. De acordo com uma das juízas entrevistadas (J12), a ocupação mais diversificada de espaços de poder auxilia na compreensão e percepção de que estes são espaços adequados para diferentes perfis, inclusive o de mulheres negras, dismantlando, portanto, o racismo que influencia a formação e perpetuação de determinados padrões de pensamento discriminatórios.

O ingresso na instituição e a alteração da representação social que se tem sobre os/as integrantes da magistratura é um ponto que foi colocado, por uma das entrevistadas (J8), como um desafio enfrentado por pessoas negras na instituição. “O desafio de não deixar-se convencer de que está no lugar errado, de que é menos”. Com relação às mulheres, a magistrada indica que o desafio é o de “impor-se com naturalidade e fazer-se prevalecer, sem estranhamento, com propriedade, porque esse é um lugar que nos cabe, que nos é de direito, como qualquer ser humano outro” (J8).

Considerações finais

A realização de entrevistas com mulheres inseridas na magistratura criminal tem permitido a identificação de diversos elementos relevantes para compreender uma instituição secular que, há não muito tempo, foi ocupa-

da exclusivamente por homens. Busquei apresentar neste texto, alguns dos componentes compartilhados por juízas negras entrevistadas para a pesquisa.

Os resultados preliminares deste trabalho reafirmam a importância de não essencializar e reproduzir uma imagem única da atuação judicial destas mulheres, ainda que muitos dos relatos se repitam e exponham violências muito semelhantes vivenciadas no cotidiano das entrevistadas. Além disso, a partir do que foi compartilhado, também foi possível observar como os marcadores de raça e gênero se misturam na prática e tornam-se difíceis de serem identificados em determinadas situações. O texto apresentou dois elementos principais para compreender a presença destas mulheres na ocupação de um cargo de poder como a magistratura: o estranhamento e o reconhecimento.

Se, por um lado, o estranhamento pode ocorrer pela ausência de identificação destas mulheres com o cargo de juízas, por outro, o reconhecimento pode se manifestar a partir da alteração da representação social de homens brancos ocupando a carreira, além da identificação com a autoridade judicial, por parte de pessoas negras que acessam ao Poder Judiciário. Outros elementos de análise ainda serão aprofundados no desenvolvimento da pesquisa, que já evidencia a importância da diversidade e representatividade na atuação judicial.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **2º Censo do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/10/resultados-finais-censo-do-poder-judiciario.pdf>>. Último acesso em 28 nov. 2023.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres negras e poder: um ensaio sobre a ausência. In: CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Jandaíra, 2020c.

COELHO, Priscila. Representatividade, Magistratura e Sistema de Justiça Criminal. **Boletim IBCCRIM**, ano 30, nº 360, novembro/2022. Disponível em: ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/781/8975>. Último acesso em 01 dez. 2023.

COELHO, Priscila. Gênero e o Exercício da Magistratura: uma análise preliminar a partir da realização de entrevistas com mulheres magistradas. **VII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra - 2022**. Anais de Artigos Completos - Volume 6, 2022. Disponível em: [8f3de9_1adeb8acea484f6283ab0e550f9fe95c.pdf \(cidhcoimbra.com\)](https://www.cidhcoimbra.com/8f3de9_1adeb8acea484f6283ab0e550f9fe95c.pdf)>. Último acesso em 01 dez. 2023.

GOMES, Raíza Feitosa. **Magistradas Negras no Poder Judiciário Brasileiro**: representatividade, política de cotas e questões de raça e gênero. Orientadora: Adriana Vieira. 2018. 129 f. Dissertação de Mestrado.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais**: investigações em psicologia social. Editado em inglês por Gerard Duveen. Traduzido do inglês por Pedrinho A. Guareschi. -5ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

A ABORDAGEM DOS DIREITOS HUMANOS NOS LITÍGIOS CLIMÁTICOS

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Doutora e Livre Docente em Energia pela Universidade de São Paulo
Mestre em Direito Econômico e Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

O objetivo desse artigo é discorrer e analisar os efeitos das mudanças climáticas no âmbito dos direitos humanos a partir de ações judiciais instauradas em diversas jurisdições. A hipótese inicial do trabalho é que em decorrência dos efeitos das mudanças climáticas tem se verificado o aumento de violação de direitos humanos. A metodologia é analítica e qualitativa, utilizando-se de métodos de revisão da literatura e de estudo de caso. Os resultados demonstram que o número de ações judiciais tem crescido relativamente aos efeitos das mudanças climáticas e há necessidade de medidas que permitam a proteção de direitos humanos em diversas partes do mundo, especialmente nos países mais pobres. As considerações finais tecem as dificuldades para a aplicação dessas medidas que visam a proteção dos direitos humanos e o conceitual da justiça climática como proposta aos desafios que abarcam as consequências decorrentes das mudanças climáticas.

Palavras-chave: Mudanças climáticas; Direitos Humanos; Justiça climática; Litigância climática.

Introdução

O objeto da presente pesquisa é investigar dois temas bastante discutidos na atualidade que são mudanças climáticas e proteção dos direitos humanos. Justifica-se esse tema em virtude da vulnerabilidade de comunidades e a violação de direitos humanos observados a partir de uma série de impactos globais, na seara ambiental, causadores da elevação da temperatura do planeta e que intensificam a ocorrência de eventos extremos.

O tema mudanças climáticas é recorrentemente presente em acordos internacionais, particularmente, interessa para essa pesquisa o Acordo de Paris, que desenvolveu metodologia própria para diversos países assinarem

compromissos para limitar as respectivas emissões de gases de efeito estufa (GEE). Além disso, observa-se crescente casos ofensa aos direitos humanos levados a tribunais em diversas jurisdições, em que as partes alegam a necessidade de medidas de governos e de empresas em prol da justiça climática.

Nessa linha, verifica-se o aumento de ações judiciais e medidas administrativas referentes, direta ou indiretamente, às mudanças climáticas globais, denominando-as de casos de litigância climática. Nesse aspecto, destacam-se algumas ações emblemáticas como o caso *Leghari v. República do Paquistão*, no qual o tribunal concluiu que ao deixar de implementar a Política Nacional de Mudanças Climáticas o governo lesou direitos fundamentais dos cidadãos, os quais precisam ser protegidos.

Assim, o objetivo desse artigo é analisar os efeitos das mudanças climáticas no âmbito dos direitos humanos a partir da litigância climática. A hipótese inicial do trabalho é que em decorrência dos efeitos das mudanças climáticas tem se verificado o aumento de violação de direitos humanos. A metodologia é analítica e qualitativa, utilizando-se de métodos de revisão da literatura e de estudo de caso. Os dados das ações foram coletados, sobretudo, na plataforma do Sabin Center.

O tópico 1 trata da construção dos direitos humanos e mudanças climáticas. No item 2, abordam-se ações em diversas jurisdições. No tópico 3, apresentam-se as considerações finais.

Direitos Humanos e mudanças climáticas

Anteriormente a 2015, apenas 19 casos climáticos foram registrados no mundo, considerando as bases de dados acima citadas. Dessa forma, professor César Rodríguez-Garavito (2023) observa que 148 casos foram classificados como de direitos humanos relativos às mudanças climáticas em 38 jurisdições e em 11 instâncias judiciais ou quase-judiciais internacionais. Destaca, inclusive, que apesar de alguns entraves ao cumprimento do Acordo de Paris, os números de litígios desde 2015 se mantiveram crescentes e constantes, o que reforça, ao ver dessa pesquisa de doutoramento, a nova consciência global quanto à justiça climática.

No relatório *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, os dados apresentados até dezembro de 2022, consideram litígios sobre mudanças climáticas do Sabin Center com 2.180 casos registrados em 65 jurisdições e tribunais internacionais ou regionais, órgãos para-judiciais ou outros órgãos adjudicatórios, incluindo procedimentos especiais das Nações Unidas e tribunais de arbitragem. Esse número inclui 1.522 casos nos Estados Unidos da América e 658 casos em todas as outras jurisdições.

No relatório das autoras Joana Setzer e Catherine Higham (2023), o foco é abrangente e não faz uma referência específica aos direitos humanos e mudanças climáticas. Assim, segundo essas autoras mais de 2.341 casos

foram registrados nos bancos de dados de litígios climáticos do Sabin Center for Climate Change Law, e aproximadamente 1.557 casos foram registrados desde 2015, o ano do Acordo de Paris. No período compreendido entre junho de 2022 e maio de 2023, foram catalogados novos 190 casos. Observa-se um crescimento no total de casos, apesar de em termos comparativos se verificar uma queda em relação a anos anteriores. Para os autores, esse cenário pode ter como razão o declínio contínuo no número de casos registrados nos Estados Unidos nos anos desde o final do governo do ex-presidente Trump. No entanto, em outros países o crescimento permaneceu relativamente estável, exceto em 2021, quando houve um aumento significativo no número de casos registrados.

De acordo com Joana Setzer e Catherine Higham, importa salientar que, de modo geral, 90% (noventa por cento) dos litígios climáticos desde junho de 2022, foram impetrados por organizações não governamentais (ONGs), indivíduos ou ambos. Registrou-se um declínio na proporção de casos globais movidos contra governos, que representavam 70% dos casos, contudo nos últimos 12 meses, foram apenas 54% dos casos registrados. Por outro lado, o litígio estratégico contra empresas continua a se desenvolver, com casos direcionados a corporativos de uma gama crescente de setores. O número de casos estratégicos continua a aumentar, com os litigantes empregando estratégias reconhecíveis em diferentes jurisdições. Muitos casos climáticos podem ser classificados como “estratégicos”, o que significa que são movidos com o objetivo de influenciar o debate mais amplo sobre a tomada de decisões relevantes para as mudanças climáticas.

Em termos gerais, Joana Setzer e Catherine Higham (2023) destacam que no período analisado, foram registrados 81 (oitenta e um) casos contra governos fora dos EUA, que buscam questionar a falta de ambição nas metas climáticas, a falha na implementação de políticas ou legislação, ou ambos. Também, dezessete casos foram registrados contra grandes corporações contestando seus planos e/ou metas climáticas com base no fato de que são inadequados, assim como argumentos sobre “lavagem climática.”

Ademais, observam que: (i) 206 (duzentos e seis) casos buscam integrar considerações, padrões ou princípios climáticos em uma determinada decisão e foram registrados globalmente, incluindo questionamentos sobre o desenvolvimento de novos projetos de combustíveis fósseis; (ii) vinte e oito casos com o objetivo de impedir o fluxo de financiamento para projetos ou atividades de alta emissão; (iii) quatorze casos questionam governo ou empresa por não ter se adaptado às exigências da crise climática, seja por não adaptar propriedades ou operações aos riscos físicos ou por não considerar os riscos de transição; (iv) dezessete casos buscam indenizações com base em uma suposta contribuição para os danos causados pelas mudanças climáticas; finalmente, (v) oito casos visaram incentivar a priorização de questões climáticas entre os tomadores de decisão públicos e privados, atribuindo res-

ponsabilidade pessoal por falhas no gerenciamento adequado dos riscos climáticos.

Em termos de ações que envolvam direitos humanos e mudanças climáticas, conforme o professor César Rodríguez-Garavito (2023), é necessário se observar que há ações em que os litigantes adotaram predominantemente uma estratégia de duas dimensões: (i) pediram aos tribunais que tomassem as metas do regime climático como referências para avaliar as ações dos governos, consoante com o regime climático compreendido no Acordo de Paris, nos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas e outras fontes oficiais; (ii) invocaram as normas, os marcos e os mecanismos de aplicação dos direitos humanos para fazer com que os governos sejam responsáveis por esses objetivos.

Portanto, nota-se uma correlação argumentativa nas ações climáticas no que diz respeito ao arcabouço internacional construído relativamente às mudanças climáticas e na seara de direitos humanos se percebe o uso do aparato historicamente criado para fins de busca da proteção às violações.

Professor César Rodríguez-Garavito (2023) apresenta uma abordagem crítica e sistemática de uma série de casos mundiais que envolvem direitos humanos e mudanças climáticas. Essa tese de doutoramento explora os conceitos utilizados nesse autor para fins de comparação ao caso brasileiro. Segundo ele, a maioria dos casos pleiteiam reduções das emissões e tem um viés de fazer cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Acordo de Paris. Do conjunto por ele levantado, os Estados nacionais são parte ré em 148 (cento e quarenta e oito) processos, considerando 2015 a 2021. Na base de dados do Sabin Center, 122 casos envolvem violação de direitos humanos considerando Estados no polo passivo, excetuando-se EUA.

Em termos de ações movidas contra empresas, destacam-se os litígios contra a Shell, um deles na Holanda e outro na África do Sul; dois casos nos tribunais franceses contra a petrolífera Total; ainda, na França, processos distintos movidos contra a empresa Casino e Electricité; na Alemanha, tem-se casos contra Wintershall Dea, além de dois processos contra empresas de automóveis; na Nova Zelândia, ações em face de empresas poluidoras e com altas emissões de carbono; na Austrália, processo contra proposta de mina de carvão; no Japão, caso contra uma usina a carvão; uma queixa na OCDE contra a empresa polonesa Group PZA S/A; no Reino Unido, processo contra empresa de previdência privada; no Equador, um caso em face da PetroOriental S/A; na Argentina, cinco ações frente às usinas de termoelectricidade; além de um inquérito transnacional plurianual da Comissão de Direitos Humanos das Filipinas contra as 47 (quarenta e sete) maiores petrolíferas do mundo. Em resumo, verifica-se que agentes cujos produtos são relacionados aos combustíveis fósseis figuram como parte ré na maioria de casos, além dos Estados signatários do Acordo de Paris que não estejam observando suas metas de redução nacionalmente determinadas.

Dentre os argumentos utilizados nos casos, César Rodríguez-Garavito (2023, p. 28) destaca que “a primeira estratégia envolve desafiar políticas estatais ou corporativas, incluindo a ambição, a velocidade ou o nível de implementação das metas de mitigação dos Estados.” Esse autor aponta que 74% (setenta e quatro por cento) dos casos seguiram essa linha de estratégia, considerando o Acordo de Paris, inclusive o emblemático caso de Urgenda. No Brasil, por exemplo, em 2021 foi movida ação por jovens cujo teor apela para a insuficiência das metas relativamente às obrigações já existentes na Política Nacional sobre Mudanças do Clima (PNMC), no Acordo de Paris e na Constituição Brasileira. Na Alemanha, essa alegação foi válida também para o caso Neubauer, em que se questionou o plano de curto prazo e a imprecisão de medidas de mitigação dos gases de efeito estufa por parte do governo.

A segunda linha de argumentos se refere ao questionamento de políticas e de projetos específicos que significam o incremento de emissões de gases de estufa comparativamente aos deveres assumidos pelos Estados nacionais. Assim, registram-se casos com o intuito de impedir novos projetos de carvão ou de petróleo em países como Equador, Uganda, Tanzânia, Moçambique; novas faixas aeroportuárias em Viena e Londres; políticas de promoção contra o desmatamento da Amazônia brasileira; processo contra subsídios para projetos de energia derivados da biomassa na Coreia do Sul. Em termos de políticas, os casos demonstram que os demandantes contestam projetos que se destinam ao combate das mudanças climáticas. Por exemplo, referente a um projeto de energia renovável, ou seja, um parque eólico, os demandantes criticam a sua construção sem a consulta de uma comunidade indígena, é o caso litigado pelo Centro Europeu de Direitos Humanos e Constitucionais (ECCHR) e o Projeto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ProDESC) contra Electricité de France (EDF). Outro exemplo, é a contestação de uma licença de extração de petróleo com limite de tempo, que implica na limitação de direito de propriedade, movido pela empresa IPC Petroleum France contra o governo francês.

Litigância climática no mundo

A maior parte dos processos ainda está em andamento, não tendo decisões transitadas em julgado ou definitivas. A razão para esse resultado, segundo César Rodríguez-Garavito (2023), ocorre pelo fato de ações que envolvem direitos humanos e mudanças climáticas ainda ser um fenômeno recente, a partir de 2015, sobretudo, dado o Acordo de Paris.

Outro dado relevante é a paridade de resultados entre as demandas decididas de modo favorável às partes autoras e aos Estados. Alguns casos positivos para os autores são: Urgenda v. Países Baixos; Rodríguez Pena v. Colômbia; Leghari v. Paquistão; processo contra as carbon majors; Plano B

Earth v. Secretário de Estado dos Transportes do Reino Unido; Friends of the Irish Environment v. Irlanda ; Moncayo et al. v. PetroAmazonas et al.; Neubauer v. Alemanha; Shrestha v. Primeiro-Ministro; Client Earth v. Banco Europeu de Investimentos; Development YES - Open Pit Mines NO v. Group PZU S.A.; decisão da Suprema Corte Mexicana sobre a legislação de etanol; caso da Earthlife contra permissão das autoridades sul-africanas para implantação de uma nova usina a carvão; e caso questionando uma decisão administrativa que permitiria um projeto de desenvolvimento urbano que ameaçava um aquífero local na África do Sul.

Dentre esses casos, vale salientar o Urgenda v. Países Baixos, que na opinião do professor Wedy (2021, p. 01) se destaca como a primeira decisão que obrigou um estado a adotar medidas efetivas:

A Suprema Corte da Holanda, no final do ano de 2019, declarou e emitiu decisão de cunho mandamental para que o governo holandês cortasse as emissões de gases de efeito estufa no país em 25% em relação aos níveis de 1990, até o final do ano de 2020. Foi a primeira vez que um Estado foi obrigado por um tribunal a adotar medidas efetivas contra a mudança climática. (...).

Na primeira decisão, no ano de 2015, o Tribunal Distrital de Haia emitiu ordem para que o governo reduzisse as emissões de gases de efeito estufa em pelo menos 25% em relação aos níveis de 1990 nos cinco anos seguintes. O pedido formulado na peça exordial exigia reduções nas emissões de gases de efeito estufa (GEE) entre 25% e 40%.

A decisão que, em boa hora, levou em consideração teorias consagradas dos direitos humanos, foi expressa ao reconhecer a possibilidade de danos causados às gerações atuais e futuras (aceitando não apenas perspectiva intrageracionais, como intergeracionais) (Wedy, 2021, p. 01).

Ademais, outro caso emblemático, Leghari v. Paquistão apresenta clara correlação entre direitos humanos e mudanças climáticas:

De acordo com a corte, portanto, o fracasso das autoridades governamentais paquistanesas em implementar, em tempo, o Quadro Nacional de Política Climática “violou os direitos fundamentais dos cidadãos que precisam ser salvaguardados”. Na fundamentação da decisão, a corte citou a incidência direta dos seguintes direitos fundamentais e princípios constitucionais para o deslinde do feito:

- a) Direito à vida (artigo 9), que inclui o direito a um ambiente saudável e limpo;
- b) O direito à dignidade humana (artigo 14);
- c) Os princípios constitucionais de democracia, da igualdade, da justiça social, da justiça econômica e da justiça política, que incluem no seu âmbito e compromisso os princípios ambientais interna-

cionais do desenvolvimento sustentável, da precaução, da avaliação do impacto ambiental, da equidade intergeracional e intrageracional e a doutrina da confiança pública (public trust doctrine) (Lahore High Court Green Bench, 2015, *apud* Wedy, 2020).

A corte, portanto, aplicou, no caso, de modo mais abrangente e aprofundado, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais se comparado o mesmo com célebres e exitosos litígios climáticos, como o caso Urgenda na Holanda. Prevaleceu em Leghari o princípio da justiça ambiental, acompanhado do entendimento quase universalizado da necessidade imediata de combate ao aquecimento global. A referida tradição da justiça ambiental, consubstanciada em ações locais, de acordo com a decisão da corte, precisa alcançar, em caráter urgente, uma dimensão globalizada. O tribunal, portanto, na decisão, concretizou direitos fundamentais com base na Constituição paquistanesa.

Por outro lado, ações que tiveram desfechos benéficos aos Estados somam 23 desde 2015, são eles: Plano B Earth v. Secretário de Estado de Negócios, Energia e Estratégia Industrial do Reino Unido; Ione Teitiota v. Ministério de Negócios, Inovação e Emprego da Nova Zelândia; expansão do aeroporto de Viena-Schwechat; Reynolds v. Flórida; Pandey v. Índia; o caso de biomassa da União Europeia; Greenpeace Nordic Association v. Ministério do Petróleo e Energia; Armando Ferrão Carvalho v. Parlamento Europeu; Friends of the Irish Environment v. Fingal County Council ; Greenpeace Luxemburg v. Ministério da Previdencia Social; Opiniões adotadas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no caso de Ioane Teitiota . Ações que levaram em conta políticas públicas podem ser mencionadas, ainda: Portland Pipeline Corporation v. Sul de Portland; IPC Petroleum França v. França ; DG Khan Cement Company Ltd. v. Punjab .

Professor César Rodríguez-Garavito (2023, p. 33) considera que há um conjunto comum de questões e normas levantado nos pleitos das partes em litígios climáticos que envolvem direitos humanos. Esse autor sistematiza seguindo o modelo weberiano com a descrição estilizada que se destina a capturar a lógica subjacente que corta a grande maioria dos casos:

Quais as normas que, a partir do direito internacional e do direito doméstico, se aplicam à avaliação judicial das políticas climáticas implementadas pelos governos? As novas normas e doutrinas jurídicas que abordam essa questão dizem respeito ao status legal das normas internacionais se nacionais sobre MCDH, indo desde as regras do Acordo de Paris e as recomendações do IPCC até os regimes de direitos humanos internacionais e do direito constitucional.

Às luzes desses padrões, os governos têm a obrigação legal de reduzir as emissões de gases de efeito estufa? Tribunais e litigantes abordam essa questão por meio de normas emergentes sobre a

possibilidade de revisão judicial da política climática e a existência de um direito passível de judicialização a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana.

As políticas governamentais (relativas a metas de emissões ou atividades específicas emissoras de gases do efeito estufa) são compatíveis com tais direitos e deveres? As normas emergentes sobre essa questão buscam estabelecer padrões, à luz das obrigações envolvendo mudanças climáticas e direitos humanos, da “parcela justa” da contribuição dos países para a mitigação climática global, a compatibilidade das ações e políticas estatais com essa parcela e os remédios judiciais, se houver, que os tribunais devem conceder para responsabilizar os Estados (Rodríguez-Garavito, 2023, p. 33).

Em termos de normas que corresponderiam a um consenso internacional, Rodríguez-Garavito (2023, p. 34): “litigantes e tribunais têm frequentemente recorrido ao entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o consenso jurídico aplicável a casos domésticos de direitos humanos ou equivalentes em outros regimes regionais ou domésticos.”

Assim, no pleito dos direitos, as partes em regra usam tratados e declarações universais e regionais de direitos humanos para consubstanciar seus pedidos, além do próprio Acordo de Paris e relatórios do IPCC. O objetivo do Acordo de Paris referente aos limites de emissões antrópicas, ou seja, manter o aumento da temperatura média global abaixo de 2°C acima dos níveis pré-industriais e empreender esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C. Exemplos de casos nessa linha são *Greenpeace Germany v Alemanha*, em que se concluiu que o estado estaria adotando medidas para alcançar as metas; e *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Feds Dep’t da Env’t, Transport, Energy & Comm’ns*, em que o julgamento focalizou a falta de legitimidade processual, porém o norte do pedido era a exigência de maior ambição de mitigação do governo suíço. Para Rodríguez-Garavito, essa tendência de consenso normativo internacional pode auxiliar na consolidação de uma convergência entre direitos humanos, proteção ambiental e governança climática.

Outro ponto é averiguar as obrigações legais passíveis de judicialização em termos de redução das emissões de GEE. Rodríguez-Garavito (2023, p. 35) conclui no sentido de afirmar que existe o reconhecimento ao direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana adotado a partir de direitos humanos universalmente reconhecidos ou de direitos constitucionais relativos a um meio ambiente saudável. Inclusive, o reconhecimento de direitos das futuras gerações passa a fazer parte das decisões, é o caso de *Neubauer v. Alemanha e Futuras Gerações da Amazônia v. Colômbia*.

Dentro da linha do caso *Neubauer v. Alemanha*, professores Sarlet, Wedy e Fensterseifer (2021, p. 01) dizem que:

A discussão em torno da “justiça entre gerações (ou intergeracio-

nal)” tem sido colocada no contexto político contemporâneo de forma emblemática por meio de amplos e progressivos protestos promovidos em diversos lugares do mundo - mas, em especial, no contexto europeu - pelos jovens do movimento estudantil Fridays for Future (em português, “Sextas-Feiras pelo Futuro”) sobre a questão da proteção climática, como bem simboliza a estudante sueca Greta Thunberg, com seus protestos toda sexta-feira na frente do Parlamento do seu país, em Estocolmo (desde o mês de agosto de 2018). Na Alemanha, o movimento de jovens por justiça climática ganhou contornos políticos extremamente significativos nos últimos anos, inclusive impactando o debate político e o resultado das recentes eleições para o Parlamento Federal alemão (Bundestag) no mês de setembro passado, com resultados bastante favoráveis para partidos políticos que enfatizam a proteção climática nos seus programas, como é o caso do Partido Verde alemão. Entre as lideranças da vertente alemã do movimento Fridays for Future, destaca-se a jovem ativista climática Luisa Neubauer, que figura como uma das autoras das reclamações constitucionais (verfassungsbeschwerde) ajuizadas contra a Lei Federal sobre Proteção Climática (Klimaschutzgesetz - KSG), aprovada no final de 2019, julgadas pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) da Alemanha no primeiro semestre deste ano. As reclamações constitucionais foram ajuizadas por um grupo de nove pessoas, na sua maioria jovens - entre eles, como referido anteriormente, a ativista Luisa Neubauer -, que foram apoiadas por diversas entidades ambientalistas alemãs. Entre os autores das reclamações, há, inclusive, alguns residentes em outros países, como, por exemplo, Nepal e Bangladesh - este último um dos países mais vulneráveis ao aumento do nível do mar derivado das mudanças climáticas -, o que apenas reforça a natureza transfronteiriça da crise climática. Entre diversos argumentos articulados pelos autores das reclamações, destacam-se as violações ao direito fundamental a um futuro em conformidade com a dignidade humana (menschenwürdige zukunft) e ao direito fundamental ao mínimo existencial ecológico (ökologisches existenzminimum) (Sarlet, Wedy e Fensterseifer, 2021, p. 01).

A segunda norma é relativa à competência legal dos tribunais para fazer cumprir os deveres estatais em relação à ação climática, em geral, e às reduções de emissões de GEE, em particular.

Sendo assim, a maioria dos casos tem se observado a tendência de os tribunais se considerarem competentes para rever as políticas públicas estatais e determinar a reparação de direitos humanos violados. Ou seja, a discricionariedade não é vista como absoluta e cabem revisões judiciais sobre políticas públicas, posto se estar diante de questões técnicas e regulatórias na seara de mudanças climáticas, e não de aspectos políticos que caberiam o juízo de discricionariedade do gestor. Por exemplo, no processo Notre Af-

faire à Tour v. França , decidiu-se a responsabilidade do estado francês por omissão em tomar medidas ambiciosas do ponto de vista climático. Outro exemplo é o caso do etanol no México e de Urgenda, em que os tribunais decidiram que as políticas dos respectivos governos afetavam de modo desproporcional os direitos humanos.

Ademais, o terceiro aspecto comum que pode ser constatado no âmbito das ações que envolvem os direitos humanos e mudanças climáticas se refere à compatibilidade das políticas estatais com direitos e deveres relativos ao clima. Dentro dessa seara, casos como os dos aeroportos de Viena e Londres são contestados em termos de consistência com as metas de mitigação de GEE. Destacam-se nessa mesma linha, litígios no Sul Global, em que ações ou omissões estatais são questionadas em face do progresso das metas de GEE, é o caso de Earthlife Africa Johannesburg v. Minister of Env'tl. Affairs e Leghari v. Paquistão. Outros processos contestam as metas de mitigação, que consideram insignificante, o que seria inconstitucional, como o caso Kim Yujin et al. v South Korea.

De modo geral, os argumentos de defesa dos Estados, segundo Rodríguez-Garavito (2023, p. 40), giram em torno da natureza do sistema climático enquanto bem público, sendo assim, a redução das emissões por um país sem a colaboração dos demais não afetaria a prevenção do aquecimento global, não existiria o direito passível de judicialização. Por outro lado, demandantes e o próprio judiciário têm se consubstanciado na responsabilidade prevista no Acordo de Paris, dentro do conceito de parcela mínima justa, ou seja, cada Estado é responsável por sua parte e deve ser chamado a responder por ela:

Em suma, as normas que emergem da litigância em DHMC contribuem para abordar algumas das questões jurídicas inovadoras levantadas pela emergência climática - incluindo o corpus aplicável do direito internacional, o status do direito à ação climática e a um sistema climático habitável, e os deveres individuais dos países relativos às contribuições para a mitigação climática. Ao menos na versão típica-ideal de que a maioria dos casos se aproximam, eles se encaixam no quadro de governança pós-Paris. Os casos de DHMC ajudam a fornecer a esse quadro alguns dos parâmetros processuais e substantivos, até então inexistentes, e que são necessários para que a regulação climática faça progressos substanciais contra o aquecimento global. Isso não significa, entretanto, que o quadro estrutural de DHMC possa, por si só, lidar adequadamente com as complexidades de regulamentação climática, nem que os conceitos e doutrinas de direitos humanos abordem adequadamente as principais questões pendentes no litígio climático (Rodríguez-Garavito, 2023, p. 40).

Desta feita, ressalta-se que de modo genérico, as ações climáticas po-

dem construir outras forças como pressão do movimento social às negociações para definição de estruturas normativas. Na seara dos direitos humanos é forçoso avançar e reconhecer limitações, por exemplo, EUA e China que apresentam óbices em suas tradições legais em termos de litígios climáticos de direitos humanos, por outro lado, outras regiões, como Europa, América do Sul, Ásia têm crescido a disseminação.

Ainda, vale ressaltar a escassez de casos em adaptação climática como um limite; sendo que essa questão é premente no Sul Global, que sofre com as consequências das mudanças climáticas. Por outro lado, normas e mecanismos de proteção podem ser usados para adaptação, protegendo indivíduos e comunidades de efeitos do deslocamento forçado, da crise econômica, dos impactos à saúde, e de outras consequências do aquecimento global.

Assim, após essa exposição geral, nos próximos itens são abordados alguns casos nas principais jurisdições com maior litigância climática, qual seja: EUA, Austrália, Reino Unido e Irlanda (considerados conjuntamente) e Alemanha. Hoje, o Brasil figura como o quinto maior litigante climático.

Considerações finais

A proteção dos direitos humanos considerando os efeitos ocasionados pelas mudanças climáticas perpassa pela litigância climática. Observa-se que o aumento de eventos extremos decorrentes do aquecimento global traz consequências para a fruição da vida que as pessoas almejam ter, assim surge cada vez mais forte a responsabilidade pelas emissões de gases de efeito estufa, ou seja, o dano climático está presente na vida das pessoas.

Desta feita, é perceptível que a litigância climática possui uma estratégia clara de forçar os governos, as empresas, indivíduos, dentre outros atores da sociedade para pensar suas ações e compromissos. Ademais, as violações de direitos humanos decorrentes da mudança climática servem como um mecanismo de mobilização para o enfrentamento dos problemas que surgem.

Ao analisar a efetividade, portanto, essas ações mostram que alguns argumentos em casos de êxito podem ser replicados em outros casos e auxiliar os vulneráveis a terem a assistência em políticas de adaptação e de mitigação, assim como trazer as empresas e demais atores para se inserirem na agenda climática, posto ser um assunto global e de toda a humanidade.

Referências

DEJUSTICIA. **Climate Change and Future Generations Lawsuit in Colombia**: Key Excerpts from the Supreme Court's Decision. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/en/climate-change-and-future-generations-lawsuit-in-colombia-key-excerpts-from-the-supreme-courts-decision/>, Acesso em: 02 ago. 2023.

JUSCLIMA2030. Disponível em <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/caso-similar/urgenda-foundation-v-state-of-the-netherlands/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

JUSCLIMA2030. Disponível em: <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/caso-similar/asghar-leghari-x-federacao-do-paquistao-paquistao/> Acesso em: 02 ago. 2023.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). **Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review**. Nairobi. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review>. Acesso em: 03 ago. 2023.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Litigando a emergência climática**: a ascensão global da litigância climática baseada em direitos humanos para ação climática, In: Litigar a emergência climática: a mobilização cidadã perante os tribunais para enfrentar a crise ambiental e assegurar direitos básicos. César Rodríguez-Garavito (organização). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022p. 19-118.

SABIN CENTER. **Climate Litigation Chart**. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>. Acesso em: 01 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>. Acesso em: 02 ago. 2023. Um breve resumo desse caso em português:

SABIN CENTER. Disponível em: <https://climaterightsdatabase.com/2018/04/05/dejusticia-rodriguez-pena-and-others-v-colombia/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan>. Acesso em: 02 ago. 2023.

RIFS. Climate Justice Through Human Rights: The Carbon Majors Inquiry. <https://www.rifs-potsdam.de/en/blog/2022/06/climate-justice-through-human-rights-carbon-majors-inquiry>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/plan-bearth-and-others-v-united-kingdom/>, Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/shrestha-v-office-of-the-prime-minister-et-al/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-european-investment-bank/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/development-yes-open-pit-mines-no-v-group-pzu-sa/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/plan-b-earth-and-others-v-prime-minister/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ioane-teitiota-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and->

employment/. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/case/reynolds-v-florida/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/pandey-v-india/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>, Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/armando-ferrao-carvalho-and-others-v-the-european-parliament-and-the-council/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-irish-environment-clg-v-fingal-county-council/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/case/portland-pipe-line-corp-v-city-south-portland/>. Acesso em: 05 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ipc-petroleum-france-sa-v-france/> Acesso em: 05 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/d-g-khan-cement-company-v-government-of-punjab/> Acesso em: 05 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/family-farmers-and-greenpeace-germany-v-german-government/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-parliament/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/4463/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SABIN CENTER. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/kim-yujin-et-al-v-south-korea/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang, WEDY, Gabriel, FENSTERSEIFER, Tiago. **O caso Neubauer e outros v. Alemanha e os direitos fundamentais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/direitos-fundamentais-neubauer-ou->

tros-alemanha- direitos-fundamentais . Acesso em: 02 ago. 2023.

SETZER J, HIGHAM C. **Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot**. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science. Disponível em: https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf. Acesso em: 01 ago 2023.

WEDY, Gabriel. **O ‘caso Urgenda’ e as lições para os litígios climáticos no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/ambiente-juridico-urgenda-licoes-litigios-climaticos-brasil>. Acesso em: 02 ago. 2023.

WEDY, Gabriel. **Litigância climática: o ‘caso Leghari v. Paquistão’ e suas lições para o Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-07/ambiente-juridico-leghari-paquistao-licoes-brasil>. Acesso em: 02 ago. 2023.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI HENRY BOREL: REAL EFETIVIDADE NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE?

Rita de Cássia Curvo Leite

Doutora em Direitos Difusos e Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direito Civil nos cursos de graduação e especialização da mesma instituição, Advogada

João Damasceno Lopes Neto

Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestrando no núcleo de direitos difusos e coletivos da mesma instituição

Resumo:

É inegável a importância no combate à violência (em todas as suas formas) contra a criança e o adolescente. Nesse sentido, visa-se atender a um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), meta 16.2 das Nações Unidas, integrante da Agenda 2030, qual seja o de proteger todas as crianças e adolescentes do abuso, exploração, tráfico, tortura e todas as outras formas de violência. Deveras, o ordenamento jurídico brasileiro sempre teve especial preocupação com o assunto, produzindo, ao longo dos anos, diversas normas voltadas a proteger crianças e adolescentes. Mais recentemente, promulgou-se a Lei n. 14.334/2022 (Lei Henry Borel), destinada a prevenir e combater a violência praticada contra a população infantojuvenil no âmbito doméstico e familiar. Aplausos merece a atuação do legislador. Porém, não ela seria insuficiente na medida em que deixou de resguardar outros universos nos quais a criança e o adolescente encontram-se, igualmente, em situação de vulnerabilidade exacerbada? Dita omissão não redundaria em uma proteção insuficiente? Propõe-se no presente ensaio enfrentar esses questionamentos, lançando mão de dados estatísticos, sem olvidar a análise bibliográfica e, ainda, o exame da própria legislação atual. Assim se procederá com o fim de trazer à luz outros contextos de hipervulnerabilidade da criança e do adolescente que devem ser abarcados e protegidos sempre com a pretensão de dar efetividade ao combate à violência infantojuvenil.

Palavras-chave: Lei Henry Borel; Efetividade; Violência contra crianças e adolescentes.

Introdução

A violência contra as crianças e os adolescentes talvez seja um dos mais difíceis problemas enfrentados no Brasil, em razão do seu caráter endêmico. Conforme dados públicos, são comunicados todos os anos milhares de denúncias e ocorrências de violência e maus-tratos, os quais variam desde agressões físicas até a violência moral, psicológica, sexual, vicária, alcançando, tragicamente, a morte intencional.

Deveras, na tentativa de dar uma resposta a esse quadro, dando efetividade aos direitos fundamentais da população infantojuvenil, o legislador editou uma série de normas e diplomas normativos, dentre os quais a Lei n. 14.334/2022, intitulada Lei Henry Borel em alusão ao crime odioso que tirou a vida do pequeno Henry, de 4 anos de idade, e que veio a ser perpetrado aos 08/03/2021, em ambiente doméstico, pelos padrastos e mãe do petiz, o vereador Jairo Souza Santos Junior e Monique Medeiros.

O objetivo dessa lei foi tutelar a prática de violência no ambiente doméstico e familiar contra crianças e adolescentes. Nesse sentido, criou-se um regime protetivo interdisciplinar, nos moldes da já conhecida Lei Maria da Penha.

Iniciativas como essa devem ser aplaudidas de pé. No entanto, é do espírito científico questionar a real efetividade das normas, até mesmo aquelas que se apresentam como as melhores conquistas.

Justamente por isso, pretende-se incitar o espírito crítico e colocar em questionamento: teria sido feliz o legislador ao restringir a aplicação da Lei Henry Borel apenas ao contexto doméstico e familiar? Não teriam sido esquecidas outras situações nas quais crianças e adolescentes também se encontram diante da hipervulnerabilidade a merecer proteção?

Faz-se esse questionamento sob ponto de vista crítico, em especial, tendo em vista a vedação à proteção insuficiente, derivada do princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, mergulhar-se-á nessa pergunta pela via de uma abordagem que mescla a revisão bibliográfica associada ao uso de dados com um olhar sistêmico à questão.

O mandado constitucional de proteção da criança e adolescente contra a violência

A Constituição de 1988 inaugura a doutrina da proteção integral, a qual não só concede às crianças e aos adolescentes o *status* de sujeito de direito, mas lhes reconhece proteção especial, baseada em princípios como o do seu superior interesse (*best interest of the child*) e da prioridade absoluta.

Referido cuidado espelhou-se no Princípio II da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 que enaltece o dever de proteção da criança e do adolescente nos seguintes termos:

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration¹.

Como sugere Antônio Chaves (Chaves, 1997, p. 51), a proteção integral é o “amparo completo, sob o ponto de vista material e espiritual”, constituindo-se em “expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”.

A doutrina da proteção integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, pessoas em desenvolvimento que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

Logo, são os adultos, no desempenho de seus papéis sociais, que devem viabilizar as condições objetivas para que os sujeitos “crianças” e “adolescentes” possam crescer de forma plena, ou seja, desenvolver suas potencialidades. Proteção integral, nesse sentido, nada mais é que a responsabilização dos adultos pelos cuidados e garantia de condições para que crianças e adolescentes possam exercer sua cidadania, com dignidade (Costa, 2012, p. 130/131), ancorados em princípios e valores que resguardam o seu melhor interesse.

Para além dos deveres genéricos fixados a todos no *caput* do art. 227 da CR, a fim de promover e salvaguardar os direitos fundamentais da população infantojuvenil, o §4º estabelece expressamente que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Trata-se de norma de caráter pragmático (classificação de José Afonso da Silva), que depende de uma intervenção do legislador para se cumprir (Silva, 2015, p. 81/86 e 132/135). Porém, não por isso é despida de um mínimo de eficácia. Acima de tudo, essa norma cria um verdadeiro dever de legislar, cuja omissão pode ser constitucionalmente controlada. Mas não só, ela também serve como parâmetro de interpretação de todo o ordenamento jurídico constitucional (Sales, 2022, p. 213/214).

Pode-se dizer que se trata de um verdadeiro mandado de proteção

1 Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

constitucional em favor da criança e do adolescente. Trata-se de figura semelhante aos chamados “mandados de criminalização”, normas constitucionais que estabelecem ao legislador ordinário, explícita ou implicitamente, a criação de tipos penais no intuito de salvaguardar bens jurídicos da maior relevância (Moraes, 2014, p. 2014). Embora a previsão do art. 227, §4º, da CR não seja um verdadeiro mandado de criminalização, cumpre função semelhante. Impõe a obrigação inafastável de se criar mecanismos, processos e instituições a fim de proteger a criança e o adolescente do abuso, violência e exploração sexual.

Deveras, embora o citado dispositivo apenas mencione o abuso sexual², é possível interpretá-lo de maneira extensiva, para abarcar outras formas de agressão. Isso porque, a despeito do fato de o abuso sexual ser uma das formas de violência mais aviltantes a dignidade humana, as demais espécies também trazem consideráveis consequências ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente. Assim, sob a ótica dos princípios que regem o microsistema de tutela das crianças e dos adolescentes, pode-se dizer que vigora uma verdadeira diretiva constitucional de combate à violência contra esse segmento mais vulnerável da população.

O avanço legislativo no combate à violência contra a criança e adolescente

O mandado constitucional de proteção mencionado influencia todo o microsistema de tutela das crianças e dos adolescentes (consequência da “mais valia-jurídica” decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, classe na qual o direito à proteção contra a violência se insere) (Andrade, 2013, p. 150 e 157; Sarelt, 2003 p. 145).

Em sua redação original, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) já contava com algumas previsões sobre a matéria.

De início, havia uma vaga menção, em seu art. 5º, no qual se estabelece que nenhuma criança ou adolescente pode ser objeto de qualquer forma de violência, crueldade ou opressão. Posteriormente, o tema é revisitado nos arts. 17 e 18, no Capítulo que trata do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. O art. 17, em verdade, prevê ser direito inerente a toda criança ou adolescente a inviolabilidade de sua integralidade física, psíquica e moral. Já o art. 18, em complemento, determina ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de qualquer forma de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Com efeito, o entendimento da doutrina sempre foi de que as normas do ECA, em especial o aludido art. 18, nunca consistiram apenas em regras orientadoras, mas, sim, verdadeiros mandamentos cogentes à sociedade e ao

2 O termo abuso sexual é empregado em sentido amplo, enquanto gênero, que abarca tanto a exploração sexual, quanto a violência sexual.

Estado (Pereira, 2008, p. 99). No entanto, a despeito de tal interpretação, tratam-se ainda de comandos genéricos, sem a concretude e aplicabilidade necessárias para alcançar uma genuína efetividade para coibir esses tipos de práticas.

Infelizmente, a realidade brasileira continuava (e continua) marcada pela concepção da criança e do adolescente como meros objetos de exercício do poder e vontade de seus pais ou responsáveis. Não é demais lembrar que por muito tempo em nossa história prevaleceu a concepção de que os castigos físicos seriam métodos eficazes para educação infantil (Bianchini et. al., 2022, p. 23). Práticas como a “palmatória”, “beliscões” ou o “ajoelhar no milho” fizeram parte do cotidiano infantil, e deixaram de ser utilizadas há pouco mais de três ou quatro gerações atrás (Ramos, 2009).

Dados atuais demonstram a predominância, até hoje, da violência em relação às crianças e aos adolescentes.

De acordo com o sumário executivo do estudo “Violência contra a criança e adolescente (2019 - 2021)”, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e a Fundação José Luiz Egydio Setúbal, o 1º semestre de 2021 viu um crescimento geral dos casos de violência contra crianças e adolescentes em relação ao 1º semestre de 2020 (lembrando que esses são apenas os dados registrados, não contabilizando a enorme “cifra negra”, de casos não levados a conhecimento público) (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021).

Vejamos:

Tabela 01 - tipos de violência e sua variação no período do 1º semestre de 2020 ao 1º semestre de 2021

Tipo de violência	Variação no período	Número de ocorrências no 1º semestre de 2021
Lesão corporal (violência doméstica)	4,03%,	4.389
Maus-tratos	21,6%,	5.589
Estupro	6,9%	13.925
Mortes violentas intencionais	- 25%	648

Fonte: Lopes Neto, Leite, 2023

Nesse sentido, após o trágico homicídio praticado contra o menino Bernardo Boldrini³, o legislador resolveu agir.

Primeiro, editou a Lei n. 13.010/2014 (também conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo). O referido diploma legal introduziu uma série de modificações ao ECA, especialmente incluindo ao seu texto os arts.

3 Sobre o caso, disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-bernardo/>. Último acesso em: 11/11/2023.

18-A e 18-B⁴.

Na visão da doutrina, tal mudança normativa implicou em verdadeira alteração no exercício (ou *modus operandi*) do poder familiar, vedando completamente a violência física contra a criança e o adolescente, mesmo que de modo moderado, fundamentado em um argumento pedagógico (Ishida, 2022, p. 101). Afinal, um castigo físico moderado ou irrelevante pode ser o primeiro passo para a prática de atos mais violentos, evoluindo na direção de um maior prejuízo a integridade da criança e do adolescente (Rossato, Lépo-re, Cunha, 2021, p. 155).

O conteúdo do art. 18-A deixa expresso que toda criança e adolescen-te tem o direito de ser educado e cuidado sem uso de castigos físicos ou tratamentos degradantes. O seu parágrafo único define os dois termos. En-tende-se por castigo físico toda ação de natureza disciplinar ou punitiva apli-cada com o uso de força que resulta em sofrimento físico ou lesão; por sua vez, o tratamento cruel ou degradante se configura pela conduta ou forma cruel de tratamento que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a crian-ça ou adolescente. Importante ressaltar que a norma não se aplica apenas no âmbito familiar, mas se estende inclusive aos eventuais responsáveis, agen-tes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer outra pes-soa encarregada de cuidar de crianças ou adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Ou seja, incide em toda e qualquer situação em que exista uma relação de poder ou de educação, em espectro hierarquizado entendido como a relação dual adulto-criança (adolescente).

Por outro lado, o segundo dispositivo (art. 18-B) caminha em sentido

4 Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize. Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I - encamin-hamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V - advertência; VI - garantia de tratamento de saúde especializado à vítima. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

complementar ao anterior. Estabelece a norma secundária (prescritiva da punição) à norma proibitiva indireta do artigo anterior (art. 18-A). Na hipótese de qualquer pessoa encarregada do cuidado de uma criança ou adolescente se utilizar, sob qualquer pretexto, de castigo físico ou de tratamentos degradantes, poderá ser punida com uma variedade de sanções legais, cuja aplicação fica a cargo do Conselho Tutelar.

Pouco tempo depois da publicação da Lei da Palmada, ingressa no sistema uma segunda inovação legislativa, trazida pela Lei n. 13.431/2017. Dita lei instituiu, em todo o território nacional, o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítimas ou Testemunhas de Violência. Tal diploma introduziu uma série de inovações de extrema relevância, a saber: (i) organizou o tratamento legal da matéria, além de prever direitos e garantias específicos às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência; (ii) engendrou a escuta e o depoimento especial (procedimentos específicos destinados a permitir a oitiva da criança e do adolescente sem novos danos ou revitimização), bem como (iii) estabeleceu medidas protetivas que podem ser determinadas tanto pela autoridade policial quanto pela autoridade judicial em favor da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência.

O advento da lei Henry Borel

Inobstante os esforços legais, a violência contra a criança e o adolescente continuava (e continua) a ser um problema nacional, em especial no âmbito doméstico e familiar.

De proêmio, é preciso deixar claro que o conjunto de inovações legislativas implementadas até 2017 produziu efeitos positivos significativos. Segundo dados coletados a partir do estudo “Panorama da violência letal e sexual contra a criança e adolescente no Brasil”, publicado pela Unicef e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 2017 e 2018, observou-se uma queda de 16% no número de mortes violentas intencionais com vítimas entre 0 a 19 anos de idade. Já durante o período de 2018 a 2019, a redução no mesmo número foi de 29%. Houve, assim, uma reversão completa da taxa de crescimento que se verificava entre 2016 e 2017 (cerca de 18%) (UNICEF, 2021, p. 15).

A despeito disso, vivencia-se, ainda, um terrível cenário de violência endêmica contra crianças e adolescentes no país. O Anuário brasileiro de Segurança Pública de 2022 indica números alarmantes. (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022) A taxa de crimes de maus-tratos com vítimas de 0 a 17 anos de idade por 100 mil habitantes variou de 29,8 para 36,1 entre 2002 e 2021 (aumento de 21,3%), sendo que, em 2021, foram registrados mais de 19 mil casos. Por sua vez, um estudo publicado pelo Núcleo Ciência pela Infância contabilizou cerca de 25.377 denúncias feitas ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos em relação a violação contra crianças

na faixa etária da primeira infância (de 01 a 06 anos incompletos) apenas no primeiro semestre de 2022 (NCPI, 2023).

Nesse sentido, na maior parte dos casos, a violência ocorre dentro do âmbito familiar ou domiciliar da criança e dos adolescentes. De acordo com dados disponibilizados pelo Ministério da Mulher Família e Direitos Humanos (referindo-se a dados do primeiro semestre de 2021), cerca de 81% dos casos a violência ocorre dentro da casa da vítima⁵. Em sentido complementar, o estudo publicado pela Unicef indica que, em relação aos episódios de mortes violentas intencionais praticados contra crianças de 0 a 04 anos de idade, cerca de 89% dos casos são de autoria de pessoas conhecidas das vítimas - na faixa etária de 05 a 09 anos essa taxa é de 76%, dos 10 aos 15 anos é de 65% e, por fim, dos 15 aos 19 anos é de 44% (UNICEF, 2021, p. 13).

Diante dessa tragédia, buscando inspiração, uma vez mais, em um caso dramático que ganhou fama e notoriedade midiática nacional - a morte de Henry Borel - o legislador editou a Lei n. 14.344/2022. O citado diploma legal cria uma disciplina normativa para tratar da violência doméstica e familiar perpetrada contra crianças e adolescentes de maneira análoga àquela prevista na Lei n. 11.340/2006, a já conhecida Lei Maria da Penha

A estruturação da Lei Henry Borel (como ficou conhecida a Lei n. 14.344/2022), se divide basicamente em quatro pilares:

- (1) Primeiro, as disposições gerais, voltadas a definir o âmbito de incidência da lei.
- (2) Segundo, as disposições que versam sobre a assistência prestada à criança e ao adolescente em situação de violência doméstica e familiar e seu atendimento pela autoridade policial.
- (3) Terceiro, as medidas protetivas de urgência, as quais podem ser de dois tipos, aquelas que obrigam o agressor e aquelas que se destinam a vítima. Aqui há também disposições inovadoras quanto às medidas de proteção do notificante de violência praticada contra criança e adolescente.
- (4) Quarto, e por fim, as disposições criminais (que tipificam o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência), bem como as disposições finais, que trazem outras disposições legais.

O principal instrumento da Lei Henry Borel é, certamente, o robustecimento das medidas protetivas. Seu objetivo é fazer cessar, prevenir e afastar o risco da prática de violência contra a criança ou o adolescente. Nesse sentido, possuem natureza jurídica de tutela inibitória⁶ (embora haja ainda certa controvérsia, havendo aqueles que entendem ter natureza de cautelar

5 Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/81-dos-casos-de-violencia-contras-criancas-e-adolescentes-ocorrem-dentro-de-casa>. Último acesso em: 17/11/2023.

6 Nesse sentido, tome-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ. 6ª Turma. REsp 2.036.072-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/8/2023.

penal), sendo, portanto, medidas autônomas, as quais não pressupõem a existência de um processo para serem concedidas (muito menos uma ação penal), prevalecendo enquanto não desaparecer o risco à criança ou ao adolescente (aplicando-se um regime semelhante às medidas protetivas da Lei Maria da Penha) (Bianchini et. al. 2022, p. 385-386; Dias, 2012, p. 157).

Nos moldes da Lei Maria da Penha, a Lei Henry Borel não é um diploma legal que se conforma a seara da tutela penal. Ao contrário, inaugura uma verdadeira política pública de proteção à criança e ao adolescente no âmbito doméstico e familiar - justamente onde eles são, no mais das vezes, mais vulneráveis. Fazendo novamente uma correlação com a Lei Maria da Penha, pode-se dizer que o diploma legal em exame se insere dentro de um âmbito de “discriminação positiva”, dando tratamento diferenciado a um grupo de pessoas em razão da existência de desigualdades fáticas, históricas e sociais que devem ser compensadas e retificadas (Junqueira, Fuller, 2009, p. 225). Assim, é um instrumento multidisciplinar, o qual, ao lado das demais normas sobre o tema, funciona para criar um sistema bem desenvolvido para assistência à criança e ao adolescente vítimas de violência e de prevenção e repressão a práticas violentas contra esse grupo vulnerável e, por que não afirmar, muitas vezes, hipervulnerável.

A proteção insuficiente das crianças e adolescentes em ambientes escolares

Não há como negar que a Lei Henry Borel foi um grande avanço no combate à violência contra a criança e o adolescente. No entanto, isso não significa que ela não esteja imune a críticas. Para outros comentários que poderiam ser feitos (em especial quanto ao fato de a lei se tratar de um “cope e cola” da Lei Maria da Penha, perdendo a oportunidade de trazer novas previsões), a crítica sobre a qual pretende-se concentrar diz respeito ao seu âmbito de incidência e sua insuficiente proteção.

O art. 2º do citado diploma legal estabelece o âmbito de incidência do seu regime jurídico, deixando claro que somente se aplica aos casos de:

- (1) Violência prática no âmbito do domicílio ou residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- (2) Violência no âmbito familiar, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõe a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- (3) Em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independente de coabitação.

Acredita-se que a razão de ser dessa limitação ancora-se em uma razão de ser. Afinal, a lei nasceu para tutelar, especialmente, os episódios de violência ocorridos no âmbito doméstico e familiar os quais correspondem a grande maioria de casos.

Dessa sorte, busca-se proteger com maior vigor a criança e o adolescente em razão da sua vulnerabilidade exacerbada nesses ambientes. Isso porque aqui a violência é praticada por aqueles que, em tese, deveriam cuidar da vítima e que sobre ela exercem autoridade direta, existindo, de uma certa maneira, uma relação de poder e sujeição, que torna a criança e o adolescente mais suscetível a abusos.

Nesse diapasão, relembre-se o conceito de vulnerabilidade.

Fernanda Tartuce assinala que o termo “vulnerabilidade” pode ser usado, entre outros significados, para referenciar a característica relativa, contingente e provisória de determinadas pessoas ou grupos de pessoas, indicando a facilidade que possuem de serem atingidos/afligidos/acometidos por algo (Tartuce, 2012, p. 162/163).

Dessa feita, embora justa a definição do âmbito de incidência da lei, o legislador perdeu uma ótima oportunidade de proteger a criança e o adolescente em outros contextos em que também apresenta uma vulnerabilidade exacerbada.

Observando o art. 2º, inc. III, percebe-se que ele é, de certa maneira, supérfluo. Abrange as mesmas hipóteses que já estavam abarcadas pelos incisos anteriores. Assim sendo, poderia ter sido melhor utilizado para estender o regime protetivo ali estabelecido para outras circunstâncias em que se verifica, concretamente, a existência de uma relação de sujeição/submissão, como nas relações doméstico-familiares, mas que não se limitassem a essa. Poderia ter funcionado como uma cláusula aberta para receptionar e tutelar outras situações *sui generis* de hipervulnerabilidade.

Vêm à mente justamente as relações travadas dentro do contexto escolar.

É sabido que as crianças e adolescentes passam períodos consideráveis de tempo no âmbito escolar. Ali mantém amplos laços de relação com seus professores, o que inclui vínculos de amizade e cuidado. No entanto, também é inegável que existe uma relação de autoridade entre uns e outros, mantendo o professor e outras autoridades escolares poderes disciplinares que devem, idealmente, serem exercidos restritivamente, com razoabilidade e proporcionalidade, apenas para manter a ordem na escola.

Essa conjugação de fatores também pode tornar a escola um ambiente de exacerbção da vulnerabilidade das crianças e adolescentes. Especialmente quando se trata de crianças de pouco idade, essas podem ficar sujeitas a castigos físicos e maus tratos que não podem ou não conseguem contar a seus responsáveis, gerando hipóteses em que a violência é encoberta ou sequer chega a conhecimento público.

Recentemente, diversos casos como esses chegaram ao conhecimento público, fazendo manchete nos jornais nacionais e regionais⁷.

Assim sendo, questiona-se se na omissão do legislador em abarcar tais situações no espectro da Lei Henry Borel não se estaria diante de genuína violação da proporcionalidade. Afinal, como é sabido, a proporcionalidade apresenta uma dupla faceta: de um lado a proibição do excesso (vertente mais conhecida) e do outro a vedação à proteção insuficiente. (Mendes e Branco, 2018, p. 695) Nessa segunda dimensão, a proporcionalidade implica na obrigação do Poder Público de proteger bens jurídicos relevantes de maneira adequada e idônea, não podendo ser omissivo ou inefetivo frente a hipóteses de ameaça ou lesão a tais interesses (Streck, 2008, n.p.).

Ora, se existe um mandamento constitucional que impõe a proteção da criança e adolescente contra todas as formas de violência, o legislador não pode fechar os olhos a essas outras situações de hipervulnerabilidade, deixando-as de lado, sob pena de violação da própria isonomia. A Lei Henry Borel não é só uma lei penal, mas é um sistema interdisciplinar, correspondendo a uma autêntica política pública, cuja aplicação deve abarcar todas as hipóteses em que há uma vulnerabilidade exacerbada da criança e do adolescente.

Conclusão

Chegando ao fim dessa breve pesquisa, acredita-se ser possível responder o principal questionamento lançado *ab initio*.

Não há dúvida que o Brasil conta hoje com um robusto microsistema de proteção da criança e do adolescente contra a violência (em todas as suas formas). Sistema esse que conseguiu senão frear o crescimento dos índices de violência ao menos diminuí-los, estabelecendo uma série de instrumentos a disposição dos operadores do Direito para salvaguardar os interesses das crianças e adolescentes, bem como para investigar e punir os perpetradores da violência em todas as órbitas (Civil, Penal e Administrativa).

A Lei Henry Borel se soma a esse microsistema, trazendo consigo diversas inovações que são muito bem vindas, em especial a utilização alargada de medidas protetivas em favor das vítimas de violência.

A grande questão que se coloca é quanto ao seu âmbito de incidência. A *ratio* por traz da edição de tal diploma normativo é a proteção especial que se deve dar a situações peculiares, em que a criança está em condições de hi-

7 Nesse sentido: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=92232>; <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/06/22/crianca-gaiola-sorocaba.htm>; <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/03/15/policia-de-sao-paulo-investiga-maus-tratos-a-bebes-em-creche.ghtml>; <https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2023/10/05/educadora-e-afastada-suspeita-de-agredir-menino-de-2-anos-em-creche-no-interior-de-sp.ghtml>. Último acesso em: 11/11/2023.

pervulnerabilidade decorrente da existência de uma relação de poder-subjugação com o autor da violência. Trata-se, pois, de uma medida que se impõe dentro da ótica de uma “discriminação positiva”.

Ocorre que o legislador se esqueceu que, embora o ambiente doméstico e familiar seja o principal espaço em que essa hipervulnerabilidade se apresenta, ele não é o único. Chama atenção, principalmente, as relações escolares, entre professores, cuidadores, autoridades escolares e alunos. Tratam-se de ambientes em que abusos podem ocorrer e, desafortunadamente, ocorrem continuamente, especialmente contra crianças de menor idade.

A situação nas escolas e creches talvez seja até mais grave pelo fato de que muitas vezes é encoberta, vez que a criança de tenra idade não consegue falar, contar ou transmitir, oralmente, a seus responsáveis a ocorrência da violência que, lamentavelmente, só passa a ser percebida quando instaladas as agressões físicas aparentes ou, ainda, naquelas situações em que o trauma psicológico já é severo a ponto de levar a criança a resistir permanecer no ambiente escolar.

Logo, é preciso ponderar tal fato com os números ainda elevados de violência contra esse grupo em nosso país (a despeito dos avanços já verificados até o momento).

É preciso continuar a lutar para dar efetividade ao combate à violência contra crianças e adolescentes e isso passa por dar proteção suficiente e adequada a todas as situações de vulnerabilidade exacerbada, não só no âmbito doméstico e familiar.

Somente assim ter-se-á conseguido atingir a meta 16.2 das Nações Unidas e reduzir os lastimáveis números de uma tragédia anunciada!

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

BIANCHINI, Alice. [et. al.]. **Crimes contra Criança e Adolescentes**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

CHAVES, Antonio, **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais - Da Invisibilidade à Indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A lei maria da penha na justiça**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra crianças e adolescentes (2019-2021)**. Violência contra crianças e adolescentes. Disponível em: <https://forumseguranca>, 2021. Último acesso em: 11/11/2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro De**

Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-2-51021>,

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 22 ed. São Paulo; Editora Juspodivm, 2022.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial v. 1: de acordo com a Lei 12.015/2009.** 6 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2009.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida.de. **A teoria dos Mandados de Criminalização e a Corrupção.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 5, n. 1, São Paulo, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Núcleo Ciência Pela Infância (NCPI) **Prevenção de violência contra crianças.** São Paulo : Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2023. Disponível em: https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2023/03/NCPI_WP10_Prevencao-de-violencia-contra-criancas.pdf. Último acesso em: 11/11/2023.

PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da criança e do adolescente, uma proposta interdisciplinar.** 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

RAMOS, Douglas Rossi. **Práticas punitivas e de controle na escola: um estudo de caráter genealógico.** In: Congresso De Leitura Do Brasil. 2009

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rodrigo Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo.** 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SALES, Gustavo Fernandes. **Curso de direito constitucional.** 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácito, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. A eficácia dos direitos fundamentais.** 3 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht).** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Último acesso em: 11/11/2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UNICEF, **Panorama da violência letal e sexual contra crianças e adolescentes no Brasil,** 2021. p. 15. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/16421/file/panorama-violencia-letal-sexual-contra-criancas-adolescentes-no-brasil.pdf> Último acesso em: 11/11/2023.

A SÚMULA 377 DO STF E O POSSÍVEL RETROCESSO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: VULNERABILIDADES

Adriano Lichtenberger Parra

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor da graduação do curso de Direito na Universidade Paulista e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

Ao interpretar a Constituição Federal, o aplicador do Direito deve conduzir aplicabilidade da norma em uma perspectiva de amparar a Dignidade Humana e seu papel influenciador da realidade social contemporânea. No âmbito do Direito de Família, tratá-la como base da sociedade e merecedora de políticas públicas, em que os atos jurídicos devem respeitar os seus ideais e fins sociais, com igualdade plena entre os componentes do casal, independentemente de idade, mas sempre levando em consideração a real condição cognitiva. E a Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal fruto de uma época extremamente conservadora e voltada a um controle jurídico exacerbado pelo Poder Público da vida social e da própria família, traz um retrocesso na interpretação e dignificação humana, sobretudo de caráter patrimonial nas relações de casamento, uma vez que a imposição de uma forma de interpretação, não relacionada ao querer das partes ou mesmo do próprio legislador extravasa o âmbito de atuação dos atos jurídicos provenientes do Poder Judiciário, acarretando em uma desarrazoada interferência nas relações familiares. As relações patrimoniais no casamento, primam pela confiança e lealdade recíprocas, estabelecendo um regime em que as situações econômicas devem ser partilhadas constantemente, sem dirigismos de vontade advindos de um pensamento histórico-patriarcal. Ineficaz e equivocada, portanto, a continuidade da aplicação da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, possibilitando margens para discussões que se prestam para uma insegurança jurídica e injustiças, afrontando diretamente a própria dignidade das pessoas nas relações familiares, constituindo um exemplo de verdadeiro retrocesso nas relações familiares.

Palavras-chave: Relações familiares; Normas patrimoniais; Dignificação; Súmula 377 do STF; Vulnerabilidades.

As diretrizes familiares constitucionais enquanto parâmetro para dignificação humana

Ao interpretar a Constituição Federal, o aplicador do Direito deve, necessariamente, conduzir aplicabilidade da norma em uma perspectiva de amparar a Dignidade Humana e seu papel influenciador da realidade social contemporânea. Não trazendo ranços ou celeumas do passado, mas possibilitando um aprimoramento científico-jurídico para as novas aflições e redefinições de contextos.

No ponto de vista do Direito de Família Constitucional, busca-se uma solidificação do estreitamento do núcleo familiar como forma de amparar material e psicologicamente seus membros perante as diversas relações jurídicas cotidianas, tanto individual como conjuntamente.

É cristalina a preocupação com a família, presente na Constituição Federal, seja diretamente pelo artigo 226, em que a trata como base da sociedade e, para tanto, merecedora de políticas públicas atreladas a sua importância e de seus membros, seja através de seus agentes, que devem respeitar os ideais e finalidades socialmente aceitas em determinada época e circunstâncias. Ademais, “a concepção das relações pessoais inspiradas na igualdade moral e jurídica dos cônjuges, na igual dignidade dos componentes do grupo familiar, na unidade da família, devem incidir sobre a configuração de seu regime patrimonial” (Perlingieri, 1999, p. 266).

Não se deve, deste modo, qualquer agente ou ente governamental realizar ou praticar ato que esteja contrário aos reais interesses públicos primários, deixando suas convicções particulares em segundo plano, haja vista a necessidade de cumprir o ideal de dignificação da pessoa do Homem.

O surgimento da Súmula 377 do STF

Tal reflexão, inerente à Dignidade do Homem, é claramente questionada quando da aplicabilidade da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que remonta ao ano de 1.964, período em que Governo estava sobremaneira preocupado em controlar a vida e pensamento dos indivíduos, deixando a liberdade pessoal em segundo plano.

A autonomia da vontade dos indivíduos restava submetida ao imperialismo estatal e submissão a políticas conservadoras e restritivas de direitos sociais, tanto que se entendia por adequado o controle de todas as ações e institutos relativos à Família, como um todo considerada, para “ter nas mãos” um instrumento eficaz de inserção de ideais no próprio indivíduo e na sua vida.

Historicamente, como motivação do Poder Judiciário, adveio a citada Súmula como uma derivação da norma contida no artigo 216, do Código Civil de 1916:

Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

Havia, como se percebe, a supletividade do regime da comunhão de bens, como mecanismo de solução de conflitos patrimoniais advindos no casamento. Não se buscava o real querer dos nubentes ou mesmo a conduta como fator identificador de situações jurídicas premidas da Boa-fé enquanto norma principiológica. Pelo contrário, se buscou um meio para não permitir a liberdade pessoal na tomada das decisões, mesmo nas relações mais íntimas e inerentes ao casal. O objetivo era a imposição de um regime de bens, temporalmente no caso, a comunhão universal.

Mas, mesmo assim, observando estritamente a norma, é clara a aplicabilidade deste contexto nas situações convencionais (“no silêncio do contrato”) e não a outras relações jurídicas ou regime de bens.

A atitude do Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula citada foi de aplicabilidade de um dirigismo da vontade atrelado a ordem pública vigente na oportunidade, seguindo interesses secundários, advindos de pensamento patriarcal e totalitário.

Como fator de entendimento, em pesquisa jurisprudencial das decisões, encontra-se a seguinte explicação, encontrada em diversos acórdãos e, especificamente extraído do AI 70303 AgR/RJ, com relatoria do Ministro Moreira Alves e julgamento em 10.05.1977, pela Segunda Turma:

REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. COMUNICAÇÃO - DOS AQUESTOS. A SÚMULA 377 VISOU A DAR SOLUÇÃO A CONTROVERSIA SOBRE SE AO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS (PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 258 DO CÓDIGO CIVIL) SE APLICAVA A REGRA DO ARTIGO 259 DO MESMO CÓDIGO, APESAR DE ESTE ALUDIR A “SILENCIO DO CONTRATO” E O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NÃO RESULTAR DE CONVENÇÃO ANTENUPCIAL. E A SOLUÇÃO QUE DEU FOI A DE APLICAR O DISPOSTO NO CITADO ARTIGO 259 DO REFERIDO REGIME DE BENS. ESSE O MOTIVO PORQUE, NA REFERENCIA DESSA SÚMULA, SE ENCONTRAM MENCIONADOS OS ARTIGOS 258 E 259 DO CÓDIGO CIVIL.

Sopesando as decisões, encontram-se situações muito comuns perante a sociedade da época, em que as mulheres permaneciam no lar conjugal e os maridos empregavam sua força de trabalho para conseguirem os proventos econômicos mantenedores da família. Deste modo, estar-se-ia constituindo um verdadeiro locupletamento um entendimento oposto, não conferindo direitos patrimoniais à esposa, como se percebe do julgamento, em

29/04/1975, do Recurso Extraordinário nº 78811 / GB - Guanabara, com relatoria do Min. Antonio Neder, pela Primeira Turma:

1. Alemães casados pelo regime da separação de bens de acordo com a lei nacional de ambos, que se radicaram no Brasil após o casamento. Se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens, como dispõe o art. 259 do Código Civil. Não importa que o marido e a mulher sejam estrangeiros e hajam celebrados o casamento pelo regime da separação de bens, nos termos da lei nacional de ambos, porque, no pormenor da comunhão dos aquestos, o importante e decisivo é o esforço comum e construtivo desenvolvido pelo casal no domicílio em que ele construiu ou formou o patrimônio pelo trabalho constante e conjugado do marido e da mulher. Trata-se de uma realidade que o direito positivo se limita a homologar, tão difícil e sua negação. 2. Recurso extraordinário provido, nos termos do verbete 377 da Súmula do STF.

Este também é o entendimento demonstrado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 1433), em seu Código Civil Comentado, encontrado no comentário 6 ao art. 1641:

“Na verdade o STF 377 equipara, em certa medida, os efeitos patrimoniais do casamento realizado sob o regime da separação legal aos efeitos patrimoniais do casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens. As causas de um e de outro são diversas: (a) no primeiro caso a construção pretoriana na proibição do enriquecimento ilícito; (b) no segundo caso, a causa da comunicação decorre do regime matrimonial de bens (comunhão parcial), que enseja meação”.

Não há, atualmente, que se falar em locupletamento, uma vez que as relações patrimoniais no casamento, de acordo com o sistema atualmente vigente, primam pela confiança e lealdade recíprocas, estabelecendo um regime em que as situações econômicas devem ser partilhadas constantemente, não sendo cabível determinar que um dos membros do casal consiga se enriquecer com prejuízo presumível do outro. Não é outro o entendimento do instituto do locupletamento de Carlos Rogel Vide (1998, p. 111):

“Toda atribución, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento debem fundarse em uma justa causa (...) Nadie puede enriquecerse torticeramente em dano de outro”.

Questionamentos, assim, devem ser feitos: as situações sociais do pas-

sado e de agora são semelhantes? Existe o mesmo espírito controlador governamental? As normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas coerentemente consoante um espírito de liberdade e livre manifestação de vontade? A proteção à eventuais vulnerabilidades não podem ser realizadas de outra forma? E, por fim, não há uma total incongruência de princípios com a continuidade da aplicação da Súmula 377, analisando-a em face dos Direitos Fundamentais da pessoa?

A visão e aplicabilidade deve estar modificada, com o aplicador do direito priorizando uma coerência sistemática com o atual momento da sociedade, tal como bem acentua Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 95):

“(…) a questão da igualização de direitos entre os gêneros não se resolve simplesmente por meio de textos legislativos. No Brasil, por exemplo, a Lei Maior, mais que declarar, afirma essa igualdade. Entretanto, não há de fato tal igualdade. Há uma distância entre o fato e o Direito”.

Um tratamento igualitário entre os componentes do casal, independentemente de idade, mas sempre levando em consideração a real condição cognitiva, é a premissa para conseguir este fim.

Nas palavras de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1983, p. 46) fica latente o dever de interpretar em face de uma nova realidade, componentes legislativos do passado, aplicando os ideais de uma boa-fé objetiva:

“O dever de julgar, em quaisquer circunstâncias, deu, à boa-fé, um relevo dogmático real: ela assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou apenas, iniciou”.

Acrescente-se que sequer houve uma especificação no texto da Súmula, de qual a natureza dos bens a serem comunicados, se decorrentes ou não do esforço comum, ou mesmo a necessidade de uma comprovação, o que leva a uma clara iniquidade material em eventual aplicação deste entendimento judiciário. Neste sentido, inclusive, alerta Sílvio de Salvo Venosa para um “descompasso entre a doutrina e a jurisprudência” (Venosa, 2010, p. 1512).

As respostas a estas indagações são jurídica e socialmente previsíveis e com fundamentos legais e doutrinários, que apontam para um mesmo entendimento, contemporâneo à realidade das famílias e do próprio Homem, atendendo aos princípios mais basilares das relações privadas, notadamente a boa-fé e a autonomia da vontade, inerentes e diretamente relacionados a tais situações.

A modificação da sociedade e dos ideais de família perante a sociedade contemporânea

A organização atual da sociedade modificou-se acentuadamente no final do século passado, com um processo de saída da mulher no seio doméstico, partindo para uma busca de ideais próprios, bens de consumo e serviços voltados a sua realidade, enquanto pessoa dotada de vontade e objetivos.

Seja para ajudar o orçamento familiar, seja para sentir uma gratificação pelo esforço reconhecido e capacidade para consecução de seus sonhos, a mulher transformou o modo pelo qual o Homem e a própria sociedade devem vê-la enquanto sujeito de direitos. Neste direcionamento, os laços familiares estão em constante construção e reconstrução, com novas perspectivas e demandas surgindo todos os dias e almejando um mínimo de amparo das leis a estas situações.

Não se quer um dirigismo exacerbado, muito menos a existência de decisões fundamentadas em preceitos há muito ultrapassados. Se busca um Estado presente, mas atuando como um ente de apoio, assistencialista e ao mesmo tempo sem o caráter absolutista, afinal o relativismo das situações jurídicas torna-se uma das características primordiais da atualidade. E não será a existência de normatizações com espírito cogente, de uma realidade desassociada e inerente a uma política para controle dos atos jurídicos da população, que se conseguirá aprimorar e resolver os conflitos jurídicos modernos.

No que tange aos casamentos, novas perspectivas estão sendo criadas e demonstradas pelos novos casais e relações, em que a imperatividade das normas jurídicas em situações patrimoniais tende a sumir e restar como regra de apoio a questões com grau de vulnerabilidade latente.

Esposas com voz para serem ouvidas; filhas, filhos e crianças com interesses próprios que devem ser passíveis de respeito, apoio e aprimoramento no seio familiar. Tudo isto conjugado a um dever do Estado de criar políticas públicas de amparo; não políticas públicas que tendem a direcionar e formar a vontade dos indivíduos. A dignidade individual deve ser respeitada e compartilhada.

É certo que, por vezes, a conjugabilidade transmuta-se em interesses relativos à estabilidade financeira. Todavia tal entendimento estará abarcado por uma legislação provida de mecanismos de aprimoramento econômico em que a função social da família e do próprio contrato estarão presentes. A real finalidade da norma jurídica estará direcionada e existente em conformidade com o real querer do casal, seja individual ou duplamente considerado.

E a patrimonialidade da relação do casamento, neste sentido, encontra albergue perante as normas civilistas dos regimes de bens e seus objetivos sociais mais simples e com interpretação condizente à realidade. Ou seja, na comunhão conjugam-se esforços, na separação a individualidade estará

assegurada; e condições ou particularidades estão aptas a serem debatidas e inseridas neste contexto pelo casal; não pelo Estado, em quaisquer de suas atuações.

O indivíduo, acima de tudo, confia na simplicidade e adequação da norma posta à sua disposição. Não se espera devaneios, sejam provenientes do legislativo ou mesmo de um Judiciário com espírito legislador.

A Súmula 377, neste contexto, é completamente desassociada da realidade social e jurídica. Imagine ainda, no aspecto lógico, se é inteligível a uma pessoa comum tal explicação: “Você, por ter mais de 70 anos, precisa se casar no regime da separação legal de bens... Mas veja bem, após o casamento, aquilo que qualquer um de vocês adquirir também será do outro...”.

Simple se torna a interpretação, voltada a autonomia da vontade, boa-fé e lógica jurídica.

Autonomia da vontade, boa-fé e dirigismo estatal no direito de família

Diante da realidade contemporânea, se faz nítida a ampliação da autonomia da vontade, de modo “(...) a permitir que as relações patrimoniais e muitos ajustes existenciais sejam regulados de acordo com a vontade das partes em ambiente de crescente isonomia, sob o paradigma do modelo democrático de família delineado pelo constituinte” (Tepedino, 2023, p. 97).

Ao buscar a vontade como fator de identificação do querer da família, atinge-se uma necessidade lógica ideal acima da vontade dos indivíduos (Strenger, 2000, p. 35) e representada pela existência de leis claras e precisas. Para tanto, nosso ordenamento jurídico vigente está perfeitamente de acordo com esta finalidade, sem necessidade de aplicação da citada Súmula, totalmente ultrapassada e desassociada da realidade contemporânea.

Nosso Código Civil, entre os artigos 1.639 e 1.688, estabelece precisamente as orientações relativas aos regimes atualmente admitidos, possibilitando inserções dentro da órbita dos direitos disponíveis e protegendo outras situações, como é o caso dos efeitos do regime da separação obrigatória dos bens.

Identifica-se, igualmente, a possibilidade dos nubentes em uma autotutela material representativa da confiança em uma relação que irá se estabelecer, com um teor patrimonial latente, facultando-se a realização de pactos antenupciais, bem como solidarizando-se com o querer coletivo, consoante um fim objetivamente presente perante as relações contratuais, tal qual apresenta Enzo Roppo (1988, p. 301):

“O processo de objectivação do contrato e dos direitos dos contratos concerne às relações entre vontade e declaração, e resume-se na diminuída importância do elemento subjectivo da vontade e na importância acrescida do elemento objetivo da declaração”.

Tal autonomia da vontade é possibilitada pelo artigo 1.639, impondo, não obstante, que sejam respeitados parâmetros derivados da ordem pública ao optar por quaisquer dos outros três regimes de bens previstos pelo Código Civil, caso não desejem o regime da comunhão parcial de bens.

E, do mesmo modo que o legislador determinou o regime da comunhão parcial de bens como parâmetro regulatório das relações patrimoniais na vigência do casamento, também determinou que em dadas situações de vulnerabilidade fosse adotado um regime determinado, da separação legal.

Esta proteção legislativa encontra-se em apenas 3 (três) incisos, do artigo 1.641, com situações específicas e motivos inerentes nitidamente transparentes:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Tal proteção, relativamente à comunicabilidade dos bens, sofreu um entendimento alicerçado em uma pseudoproteção ao enriquecimento ilícito, que atualmente não encontra guarida perante a realidade social e aplicabilidade principiológica. A Boa-fé deve ser a tônica, interpretada com escopo constitucional, e influenciando nas normas e limites de natureza dispositiva, protegendo valores e interesses fundamentais, dentre os quais a segurança jurídica atua como moderador das interpretações e decisões judiciais.

O princípio da boa-fé, por conseguinte, configurará um parâmetro para a funcionalização concreta da dignidade da pessoa humana, tal como vislumbra Teresa Negreiros (1998, p. 223):

“(...) o princípio da boa-fé, (...) configura-se muito mais do que como fator de compressão da autonomia privada, como um parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões”.

E a aplicação pura e simples do entendimento do STF, sem que haja o respeito às situações e relações jurídicas, sem qualquer necessidade de prova de esforço comum para eventual afastamento da imperatividade do dispositivo normativo, afronta a verdade real dos fatos e autonomia da vontade das pessoas que, se assim desejassem para casos específicos, requisitariam uma intervenção judicial estrita.

Frise-se que se trata de conteúdo disponível e não matéria de ordem pública a presunção estabelecida de caráter absoluto. Uma total incompati-

bilidade com os preceitos fundamentais existentes na própria Constituição.

Ademais, princípios específicos também estão aviltados. Para o pleno entendimento, deve-se extrair do princípio da liberdade de escolha do regime de bens esta constatação. Atente-se para o ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 310):

“(...) três princípios fundamentais informam o sistema: o princípio da liberdade de escolha, o princípio da variabilidade e o princípio da mutabilidade.

O primeiro afirma que, em regra, os nubentes podem de acordo com a sua autonomia privada e liberdade de opção, escolher o regime que bem lhes aprouver. Não deve o Estado, salvo quando houver relevante motivo amparado em norma específica, intervir coativamente na relação matrimonial, impondo este ou aquele regime”.

Conjugando do mesmo entendimento exposto, não deve o Estado intervir na relação matrimonial impondo um regime de bens. Quanto mais em sede jurisprudencial, através de um ato de dirigismo judiciário. Absurdo a direta interferência matrimonial contida na Súmula 377: **No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.** Ocorre a imposição latente do regime da comunhão parcial de bens, com aplicação diametralmente oposta ao instituto protetivo previsto pelo artigo 1.641, do Código Civil.

Caso fosse motivo para alteração, esta deveria ocorrer por meio legislativo, sem interferência do Poder Judiciário, que deveria se ater apenas a interpretações restritas a demandas específicas postas ao seu alcance, sem interferir na esfera particular dos direitos fundamentais do casal.

Da irrazoabilidade da interferência do judiciário na criação de normas

Há muito se discute a respeito da norma restar “fora do alcance” do cidadão comum. Seja por desconhecimento, ou mesmo pela incorporação de “uma linguagem própria ao setor que regula, linguagem técnica, uma ‘tecnolinguagem’ que só é compreendida por indivíduos treinados (...)”, como acentua Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 58).

Imagine-se, assim, uma regra com palavras e conteúdo claro, com um entendimento oposto à consequência determinada pela própria lei. É o que acontece com a exegese da Súmula 377. Não há razão lógica de existir, de ser aplicada, de ainda estar em vigência.

Sobretudo, o ideal de “oportunidade”, nas interferências do Direito perante o meio social, também sofre um grau elevado de oportunismo... Indiscutivelmente se faz necessário que a atuação de qualquer norma seja necessária, com uma função prevalente ante uma realidade existente, digna

de proteção. E além da proteção da lei, a própria atuação do Estado, em sua tutela e dirigismo, precisa se prestar e obedecer a tal pressuposto. Neste caso, seguindo por tal linha de raciocínio, não é oportuna a interferência do Supremo Tribunal Federal com a adoção da citada Súmula.

Poder-se-ia afirmar, não obstante, que a lei não reflete o sentido do ordenamento jurídico, daí eventual interferência judiciária. Mas, de igual sorte, também não é o que ocorre, haja vista que existe norma que regula a matéria, cuja regra não está obscura, nem passível de mais de um sentido, acarretando uma contraditoriedade.

Nos dizeres de Javier Delgado Barrio e Rodolfo Vigo (1997, p. 14), “em ocasiones, la norma, nacida em outro tempo y obediente a una concepción de la vida ya superada, no harmoniza com las nuevas convicciones”. Ora, o sentido é completamente inverso: o que não está harmonizando com o real espírito da sociedade contemporânea é o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte de nosso país.

Imperativa se faz, portanto, uma análise isenta, atual e consonante com o espírito da sociedade moderna, não se aplicando mais tal entendimento, deixando para os consortes a liberdade de determinação da existência ou não do esforço comum para aquisição de direitos patrimoniais.

O regime da separação legal não deve ser vilipendiado pelo Poder Judiciário, acarretando aplicações práticas em desconsonância com a mínima lógica jurídica, em atenção aos direitos personalíssimos do indivíduo. Afinal, consoante escreve Maria Helena Diniz (2011, p. 446), “apesar de haver liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens que lhe aprouver, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos, um regime obrigatório, que é o da separação de bens”.

Outro não é o entendimento de Rolf Madaleno (2023, p. 814), citando o Enunciado 634, da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

“Os diferentes regimes de bens são o reflexo dos tempos e das mudanças sociais que oferecem configurações patrimoniais que vão se amoldando no tempo, com maior ou menor liberdade, conforme as necessidades dos cônjuges e conviventes. Em períodos de maior participação da mulher no papel de partícipe da construção material da entidade familiar, sua posição tem reflexo direto na mudança dos regimes matrimoniais, podendo ser observado que atualmente no Brasil há forte inclinação pelo regime convencional da separação de bens, chamando atenção para o Enunciado 634 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que reforça a percepção da crescente escolha pelo regime convencional da separação de bens, inclusive para aqueles que são obrigados à adoção do regime legal de separação de bens, ao dispor que: “É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) esti-

pular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”.

Some-se a isto, o fato de nos dias contemporâneos termos uma plena paridade jurídica entre os cônjuges, não havendo que se falar em eventual disparidade econômica como fator de ingerência prévia limitativa por parte de um Poder cuja função constitucionalmente prevista é de solucionar conflitos.

Há quem possa afirmar, não obstante, em uma atividade integrativa por parte do Poder Judiciário, mas carece de real sentido este posicionamento. Do ponto de vista econômico, os efeitos patrimoniais do casamento, possuem a natureza de um negócio jurídico; e ao negócio jurídico admitir-se-ia uma atividade integrativa na pressuposição da “omissão das partes na regulamentação do contrato”. E, seja pela inexistência de lacunas convencionais ou legalmente existentes, “onde não houver lacunas não cabe a integração” (Rocha, 2002, p. 100).

O artigo 1.641 do Código Civil não deixa dúvidas em sua aplicação ou entendimento. Naquelas situações, tal qual também denota Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 195), não há que se falar em comunicação dos aquestos, dos bens adquiridos na constância do matrimônio pelo regime da separação total de bens.

Conclusões

A vida contemporânea exige do casal uma constante interação pessoal, seja do ponto de vista social, como patrimonial. Mesmo pessoas casadas em regime de separação de bens estão sistematicamente vivenciando e conjugando esforços, tanto que o próprio Código Civil determina a obrigação conjunta de ambos na contribuição para com as despesas da família, proporcionalmente aos seus rendimentos e bens.

Esta harmonia patrimonial foi consubstanciada pelo ordenamento, que não quer uma interferência desarrazoada do Poder Judiciária em situações que não lhe cabe polemizar. A lei é clara e sem margens de discussões: não importa se a natureza da separação é convencional ou imposta por determinação legal; os aquestos não devem se comunicar perante este regime, permanecendo o respeito, a igualdade e o desenvolvimento pleno dos interesses de ambos para o próprio amadurecimento das relações, sejam estas estritamente jurídicas ou interacionistas.

A mulher nas últimas décadas transformou o modo pelo qual o Homem e a própria sociedade devem vê-la enquanto sujeito de direitos, com laços e objetivos familiares em constante construção e reconstrução, haja vista novas perspectivas e vulnerabilidades que surgem.

Ineficaz e equivocada, portanto, a continuidade da aplicação da Súmula

377, do Supremo Tribunal Federal, possibilitando margens para discussões que se prestam para uma insegurança jurídica e injustiças, afrontando diretamente a própria dignidade das pessoas nas relações familiares, constituindo um exemplo de verdadeiro retrocesso nas relações familiares.

Referências

BARRIO, Javier Delgado; VIGO, Rodolfo L. **Sobre los principios jurídicos**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AI nº 70303 - AgR/RJ**. Relator: Min. Moreira Alves, 2ª Turma, julgado em 10 de maio de 1977. Disponível em <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em 22.10.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. **Recurso Extraordinário nº 78811 - GB**. Relator: Min. Antonio Neder, 1ª Turma, julgado em 29 de abril de 1975. Disponível em <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em 22.10.2023.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI - Direito de Família - As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito civil**. Coimbra: Almedina, 1983.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro; Renovar, 1998.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Atualizadora: Tânia da Silva Pereira. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 1ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de direito civil, volume 3: contratos**. Coord. Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIDE, Carlos Rogel. **Derecho de obligaciones y contratos**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1998.

A DESUMANIZAÇÃO E O EXERCÍCIO ILEGÍTIMO DO PODER ESTATAL: UM OLHAR PARA CRÔNICA MINEIRINHO DE CLARICE LISPECTOR

Ana Paula Sebe Filippo

Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Introdução ao Estudo do Direito e de Hermenêutica e Lógica Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Louise Vilela Leite Filgueiras

Doutoranda em Direito Constitucional e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Juíza Federal em São Paulo, São Paulo

Resumo:

O nosso intento, neste artigo, é analisar os direitos humanos em face dos limites do poder estatal, desvendando os modos de impedir o arbítrio de tal poder. Discorreremos, para tal objetivo, sobre a teoria moderna da coação, empregando-a à solução da questão mencionada. Esta teoria almeja controlar a quantidade de força do Estado e dos seus órgãos com o fim de impedir o exercício arbitrário desse poder. Relacionar-se-á, ainda, a teoria moderna da coação com a crônica de Clarice Lispector, Mineirinho. A narrativa de Lispector revela a história de um bandido, Mineirinho, fuzilado por treze tiros por policiais e, conforme noticia a autora, um, dois tiros bastavam para o “alívio de segurança”, sendo “o resto vontade de matar”. Utilizaremos a indução como método, analisando a crônica clariciana para, então, aplicarmos as teorias clássica e, especialmente, a moderna da coação. Depreende-se do exposto que, não havendo observância à vida e à integridade física e moral do homem e, ainda, conjunturas essenciais para uma vida digna em que haja uma coação legal, o poder do Estado não se justifica, incidindo em malefícios para a humanidade. Sustentaremos, assim, a relevância de um ordenamento jurídico em prol dos valores que inspiram a vida digna e os direitos humanos que, ao serem reconhecidos e efetivados, orientarão nossos embates em face do poder estatal com o intuito de promover a liberdade, a igualdade e a dignidade humana tão aspiradas por todos os cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Abuso do poder estatal; Teoria da Coação.

Podemos desvendar, a partir da crônica de Clarice Lispector, Mineirinho, questões éticas, sociais, políticas e jurídicas.

Em nosso artigo, realizar-se-á uma análise jurídica, aplicando a teoria moderna da coação de Kelsen e Ross, tendo em vista obstar o arbítrio estatal e respeitar os direitos humanos.

Nessa crônica de Clarice Lispector, narra-se uma história real noticiada em vários jornais dos anos 1960 que envolve bandido e policiais.

O criminoso, José Miranda Rosa, Mineirinho, é morto em tiroteio com treze tiros por policiais que se excedem no uso da violência, pois, segundo a autora, “Uma bala, duas bastavam. O resto era vontade de matar”.

Observa-se, logo no início da crônica, a presença de afetividade ao nomeá-lo como Mineirinho, induzindo-nos a trazê-lo para perto, estreitando os laços, subvertendo assim, a sua periculosidade em um ser inofensivo, levando-nos a adotá-lo conforme assinala Yudith Rosenbaum (2010) ao analisar a citação abaixo:

“É, suponho que é em mim, como um dos representantes de nós, que devo procurar porque está doendo a morte de um facínora. E por que mais me adianta contar os treze tiros que mataram Mineirinho do que os seus crimes.” (Lispector, 1964, p. 252).

Importante também destacar no texto que Lispector preocupa-se em contar os treze tiros que mataram Mineirinho ao invés de narrar seus crimes, dando enfoque para a ação de matar um bandido.

Na narrativa clariciana, o olhar da cozinheira sobre Mineirinho é de perplexidade, de um lado, por desejá-lo vivo e, de outro, por também ser preterida pela cultura dominante, o que a leva a acolhê-lo, afirmando que tinha certeza de que Mineirinho teria se salvado e já havia entrado no céu.

No sentido de protegê-lo, Lispector nos transporta ao refletir:

“Sua assustada violência. Sua violência inocente não nas consequências, mas em si inocente como a de um filho de quem o pai não tomou conta. Tudo o que nele foi violência é em nós furtivo...” (*Ibid.*, p. 254).

Assim, também somos responsáveis pelas mazelas sociais ao não nos engajarmos na formação dos indivíduos que compõem a sociedade, não cuidando do ser humano antes dele ser um “doente do crime”.

Observa Yudith Rosenbaum (2010) que todos nós não nos importamos com o rastro violento herdado da sociedade escravocrata, com as anomalias do progresso capitalista suburbano e com as políticas seletivas, decorrências das fragilidades do processo de colonização do Brasil.

No trecho abaixo selecionado, Clarice Lispector revela que a norma que resguarda o cidadão pode também por ele ser infringida como uma forma contraditória de executá-la, vejamos:

Esta é a lei. Mas se há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com alívio de segurança, no terceiro me deixa

alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro. (*Ibid.*, p. 253)

Pode-se observar que, do alívio de segurança dos primeiros tiros iniciais, verificar-se-á uma transposição no décimo terceiro tiro em que Lispector se identifica com o outro (bandido), acuado pela mesma lei, ela (a narradora) quer ser o outro, vivenciando o limite de uma alteridade.

Vejam a análise de Yudith Rosenbaum:

“O que antes era segurança e estabilidade passa a sofrer severa crítica por parte da narradora, colocando em xeque não só a justiça que mata Mineirinho, mas todo um modo de vida ilusório porque desidentificado com a nossa mais funda humanidade.” (Rosenbaum, 2010, p. 174).

Nesse sentido, o trecho que se segue:

Essa justiça que vela meu sono, eu repudio, humilhada por precisar dela. Enquanto isso durmo e falsamente me salvo. Nós, os sonsos essenciais. [...] Se eu não for sonsa, minha casa estremece. Eu devo ter esquecido que embaixo da casa está o terreno, o chão onde nova casa poderia ser erguida. [...] Até que treze tiros nos acordam e com horror digo tarde demais - vinte e oito anos depois que Mineirinho nasceu - que o homem acuado, que a esse não nos matem (Lispector, op. cit., p. 253-254)

Exposta sucintamente e destacando os pontos fundamentais para nossa análise da crônica de Clarice Lispector, Mineirinho, abordaremos a concepção do direito em função da coação realizada pelo positivismo jurídico, especialmente, pela teoria moderna da coação de Kelsen e de Ross para que possamos, então, relacioná-las.

A definição do direito em função da coação almeja analisar o direito pela perspectiva estatal.

Lembre-mos de que este artigo quer estabelecer limites ao poder do Estado, tendo como problema fundamental a proporcionalidade no exercício da força e, deste modo, o impedimento desse abuso e o respeito aos direitos humanos.

Faz-se necessário, antes de adentrarmos no tema, esclarecer a distinção entre sanção, coação e coerção.

A sanção significa consequência jurídica estabelecida pela norma de direito, a coação vem a ser a aplicação efetiva da sanção. Esta é a espécie e aquela o gênero. A sanção existe independentemente da coação.

Maria Helena Diniz traz exemplos que elucidam tais distinções:

[...] a multa contratual é sanção, e a cobrança judicial dessa multa é coação; a nulidade de um ato irregular é sanção e a declaração judicial dessa nulidade é coação; perda de pátrio poder por abandono do filho é sanção e a decretação dessa perda é coação; dez anos de reclusão por homicídio simples é sanção e a aplicação dessa pena de dez anos coação. (Diniz, 1985, p. 100-101).

A coerção não obstante de se definir como a ação de coagir, encontra-se na consciência e realiza pressão sobre o ânimo livre do constrangido.

Enuncia Golfredo Telles Júnior (1915) que a norma em vigor intimida: todos possuem medo em infringi-la. Tal temor trata-se de uma coerção psíquica, que a regra exerce sobre o todo social. Essa coerção constitui-se um modo de coatividade também. O que motiva o medo não é a regra jurídica, mas a ideia do que é possível acontecer caso haja o descumprimento da norma, é a atitude do lesado a seguir a ação transgressora da norma; é a coação prevista em lei que o lesado estará autorizado a concretizar em face do violador da norma. A coerção real apenas será possível de ser exercida pelo ofendido. A antecipação de tal coerção (coerção psíquica) somente haverá, ocasionalmente, no intelecto de certo infrator potencial.

Após esclarecermos o sentido de tais termos, informamos que, no texto a seguir, empregam-se, muitas vezes, de forma indistinta sanção, coação e coerção, pois os jusfilósofos presentes neste artigo assim o fizeram em suas obras conforme explica Maria Helena Diniz em relação à obra *Teoria Pura do Direito* de Kelsen.

“Até mesmo o grande Kelsen emprega-os indistintamente, deveras é o que denota dos seguintes trechos da obra *Teoria Pura do Direito*. Na primeira edição deste livro há uma imprecisão terminológica, no que diz respeito ao emprego destes termos, por exemplo, quando diz: ‘a distinção que temos feito mais acima entre norma primária e secundária, entre regra de direito primária e regra de direito secundária, já não tem razão de ser se o ato coativo não é um elemento essencial do direito’. (*Teoria Pura del Derecho*, Ed. Eudeba, 1 ed, Buenos Aires, pag.81). Nota-se que aqui utiliza o termo coativo como essencial ao ato jurídico, mas adiante o mesmo autor expressa: ‘Quando uma regra de direito afirma que em tais condições um ato coativo deve ser executado isto não significa que na presença de uma obrigação jurídica seja sempre necessário aplica a sanção’.

(ob. cit., pág.121). Verifica-se aqui que o autor concebe também como consequência jurídica fundamental, a sanção e não o ato coativo, que pode ou não ser aplicado sem que a obrigação deixe de ser jurídica. [...]”. (Diniz, 1985, p. 100).

Ihering e Kelsen usam imprecisamente o termo coerção, identificado com sanção e coação conforme explica a mesma autora:

“Empregam-no de modo inadequado: Kelsen- ob. cit., vol.1, 2 ed., pág. 213, onde identifica-o com sanção: ‘Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica...’; Ihering identifica- o com coação: ‘Uma norma jurídica sem coerção seria algo como um fogo que não queima ou uma luz que não alumia’. ‘Se afastássemos a coação, desapareceria um dos critérios indispensáveis para a distinção entre Moral e Direito’, in *El fin en el Derecho*, Madrid” (Diniz, *op. cit.* p. 106).

Partiremos, então, para a análise da teoria da coação.

Segundo a tradição, tal concepção nasce com o jusnaturalista racionalista Christian Thomasius. Tal pensador viveu na Alemanha entre o final do século XVII e início do século XVIII.

Este autor fez uma tripartição diferenciando as regras das humanas: *honestum*, *decorum* e *justum*.

O direito corresponde às normas relativas ao âmbito do *justum*. Já o *honestum* e o *decorum* são concernentes às ações em que o ser humano atua para desempenhar um dever para consigo mesmo e para com o outro.

Reporta-se este dever ao próprio sujeito da ação, por exemplo, a sobriedade ou reporta-se este dever aos demais sujeitos, por exemplo, a caridade.

A finalidade do *justum* é obstar a guerra e assegurar a paz, ao passo que o propósito do *honestum* consiste em esquivar-se dos vícios e propiciar a perfeição humana.

Em decorrência disto, Christian Thomasius enunciava que o *justum* quer obstar um mal maior e almejava um bem menor. Já o *honestum* aspira a um bem maior, porém quer evitar um mal menor.

Em relação ao *decorum*, este tem por fim garantir a solidariedade humana e social, como uma categoria intermediária entre o *justum* e o *honestum*, pois anseia obstar um mal e quer um bem de relevância mediana.

Com o fim de diferenciar o direito das demais regras éticas, Thomasius assevera que o direito rege ações internas e intersubjetivas.

O direito se diferencia das normas do *honestum* porque prescreve ações externas, enquanto as regras do *honestum* regulam ações internas, que interessam apenas ao sujeito agente.

E, ainda, se diferencia o direito das normas do *decorum* porque ele se coloca como sujeito titular de pretensão a tal ação, assim, há o elemento da reciprocidade, que não existe nas regras do *decorum*. Tais normas regem ações externas, mas não intersubjetivas.

O que diferencia o direito destas regras éticas é que somente o direito realiza-se por meio da coação conforme nos ensina o mesmo autor citado por Bobbio (1999).

Após Christian Thomasius realizar tais distinções na evolução vindou-

ra das ideias jurídicas, direito e coação se entrelaçaram de forma quase inseparável.

Na construção da teoria coercitiva, Kant teve um papel de destaque.

Segundo tal filósofo, o direito é um instrumento que visa assegurar a coexistência dos âmbitos de liberdade externa dos indivíduos.

Bobbio (1999) nos questiona se esta definição seria conciliável com a assertiva kantiana segundo a qual a coação é um componente distintivo e fundamental do direito.

Para responder a tal questão, Bobbio se utiliza da obra *Metafísica dos costumes* de Kant.

Segundo este filósofo, a minha ação ilícita consiste em abuso da minha liberdade com a qual eu invado a esfera de liberdade do outro. Para reconstituir a esfera de liberdade por mim injustamente invadida, a coação seria a solução.

Em Kant há duas exceções ao princípio pelo qual o direito está sempre ligado à sanção: na primeira situação, teríamos um direito sem coação quando ele é fundado na equidade.

Na segunda situação, teríamos uma coação sem direito quando se comete um crime num estado de necessidade.

Neste item, poderíamos incluir a legítima defesa, realizando inclusive, uma análise da crônica de Lispector, *Mineirinho*.

Se os policiais agissem em legítima defesa, os mesmos seriam culpáveis, mas não seriam puníveis, pois toda punição não seria superior à perda da vida.

Faz-se necessário lembrar que, no século XIX, a teoria da coação se fez presente no pensamento jurídico.

A abordagem mais significativa desta teoria se deve a Jhering em sua obra *A finalidade do direito*, enuncia Bobbio (1999).

De acordo com Rudolf von Jhering, o universo jurídico é definido pela coação e irá adquirir vida pelo Estado. Desse modo, Direito, Coação e Estado constituem três elementos intimamente relacionados, conforme poderemos observar. Para Jhering, “O direito é o conjunto de normas coativas vigentes num Estado”. (apud Bobbio, 1999, p. 154)

A coação é exercida através do poder que se revela na força.

As ligações entre o poder e o direito são deste modo estabelecidas, segundo Jhering:

“O poder (*Gewalt*) pode em caso de necessidade estar sem o direito [...] O direito sem poder é nome em vão sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz do direito o que ele é e deve ser”. (*Ibid*, p, 1954).

Jhering irá definir o Estado como “organização social detentora do po-

der coativo (*Zwangsgewalt*) regulado e disciplinado. Esta disciplina da *Zwangsgewalt* vem a ser o direito. (*Ibid*, p. 154).

Após Jhering, tal teoria vivenciou toda uma evolução, com regularidade insciente até o momento em que conquistou um significado diverso. Se, segundo a teoria clássica ou tradicional, a coerção é um instrumento por meio do qual se aplicam as normas jurídicas, vale dizer, direito é uma reunião de regras que se aplica coativamente.

Conforme veremos, na teoria moderna de Kelsen e Ross, a coerção é objeto da regra jurídica, ou seja, o direito consiste num conjunto de normas que irá regular o exercício da força coativa.

A interpretação de acordo com a qual o direito constitui-se por normas amparadas pela força é inadmissível por outra razão, segundo a crítica realizada por Ross, vejamos:

Em primeiro lugar, tal interpretação excluiria todas as normas de competência, visto não serem estas respaldadas pela força. Com base no ponto de vista que estamos criticando, sempre constitui um problema saber como ser capaz de reconhecer como direito como grandes áreas do direito constitucional e administrativo que são compostas de normas dessa espécie. Razões de coerência lógica nos obrigam a negar que tais áreas do direito possuam caráter jurídico, o que é disparatado, não tanto porque contradiz concepções correntes, mas porque tais normas- na qualidade de normas de conduta indiretamente formuladas- se acham numa coesão inseparável de significado com as normas de conduta diretas. Em segundo lugar, essa interpretação alijaria as próprias normas que respaldam a aplicação do direito, nomeadamente, as normas secundárias que garantem as normas primárias de conduta. Não é possível evitar esta conclusão frisando que essas normas secundárias são elas mesmas respaldadas pela força mediante um conjunto de normas terciárias. Na maior parte dos casos, não haverá uma realidade social que corresponda a essa interpretação; ademais, ela meramente posterga o problema, já que não podemos seguir *ad infinitum* dispondo norma atrás de norma. (Ross, 2000, p. 78)

É de se observar, entretanto, que há dois aspectos na teoria clássica da coerção de Jhering que perpassam na teoria moderna da coerção. O primeiro deles seria ao conceber o Estado como o que detém o poder coativo, crendo que a coação é não mais um instrumento para realizar as regras jurídicas e sim o objeto destas regras.

E, em segundo, quando Jhering substituiu os destinatários da norma jurídica que, na teoria tradicional, seriam os cidadãos pelos órgãos judiciários (órgão do Estado) assim como o faz a teoria moderna da coação.

Não é fácil definir quando se deu a passagem entre tais teorias. Pode-se afirmar, entretanto, que, para certos pensadores contemporâneos, a teoria da

coação como objeto do direito é cognoscível e perspicaz.

Kelsen concebe a sanção como característica fundamental da estrutura da norma jurídica e não como instrumento para fazer valer a regra jurídica na obra *Teoria geral do direito e do estado*:

[...]uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por outra regra que dispõe uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma coerção.
O problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras. (*apud* Bobbio, 1999, 157).

Contudo, o discípulo de Kelsen, Ross, será o que mais a fundo se dedicará ao tema, colocando em destaque o sentido moderno e diverso que a teoria da coação adquiriu.

Embora, em muitos aspectos, tivesse desertado das lições de seu mentor, permaneceu fiel à teoria da coação conforme se verifica no trecho abaixo:

“É forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força, e não que são respaldadas pela força” (Ross, 2000, p. 78).

De acordo com a teoria moderna da coação, o direito é uma reunião de normas que tem por fim regulamentar o uso da força na sociedade.

Com o intento de tornar mais clara tal teoria, explica Norberto Bobbio (1999), se faz necessário examinar a passagem do estado de natureza para o civil. No primeiro, há o exercício indiscriminado (desordenado) da força do indivíduo, sem que tal conduta seja qualificada como ilícita.

Quando se encerra o exercício indiscriminado da força pelo indivíduo, manifesta-se o direito e se apresentam formas de uso da força, em relação a quatro procedimentos essenciais: quem, quando, como, quanto;

O direito irá determinar *quem* deve utilizar a força, o Estado e os seus órgãos. O uso da força será classificado como lícito ou não conforme proceda de um grupo competente ou incompetente.

Desse modo, se relacionarmos com a crônica, Mineirinho, de Clarice Lispector, veremos que, neste item, existe a competência do Estado para prender este transgressor, bem como agir os policiais em legítima defesa, mas não poderiam ir além, conforme veremos.

O direito designa ainda *quando* o Estado e os seus órgãos podem exercer a força, pois o seu uso não pode ser arbitrário, a não ser em certas situações estabelecidas em lei. Assim, quando o infrator praticar ilícitos, este grupo monopolizador irá exercer a força.

Desse modo, o código penal pode ser concebido como uma reunião de regras que irá impor aos juízes a aplicação de determinadas penas, depois que os cidadãos desempenharem certas ações.

Nesta crônica de Lispector, o grupo monopolizador (o Estado e seus órgãos - no caso os policiais) poderia agir, pois Mineirinho cometera muitos ilícitos e ao juiz caberia aplicar a pena.

O direito irá também indicar *como* a força deve ser efetuada. As regras processuais disciplinam propriamente o tipo por meio do qual se entende a aplicação da coação, de forma a conferir aos cidadãos certas prerrogativas contra exercícios arbitrários do poder estatal.

Ao Mineirinho deveriam ser atribuídas as garantias processuais em face ao uso arbitrário do poder estatal.

E, enfim, o direito irá estabelecer, ainda, a *quantidade* da força, prevenindo as ações de coação que podem ser executadas com o fim de atenuar minimamente o uso arbitrário do poder estatal.

Observa-se em Mineirinho que os policiais, representando o grupo monopolizador, foram descomedidos, não fazendo o uso proporcional da força, pois, conforme noticiado, Mineirinho foi fuzilado com treze tiros, sendo que bastavam um, dois para “um alívio de segurança”, os demais tiros revelariam vontade de matar.

Depreende-se que, não sobrevivendo respeito à vida e à integridade física e moral do ser humano e, ainda, condições mínimas para uma vida digna em que exista uma coação legal, o poder do Estado não se justifica, priva-se de legitimidade, incidindo em malefícios para a humanidade, agindo de modo arbitrário e praticando injustiças.

Verificar-se-á que a desumanização se fará presente com a inexistência de princípios orientadores da dignidade humana que encontra em Kant a sua referência ao dizer que somos seres humanos merecedores de respeito e que devemos tratar o outro como um fim em si mesmo e não como meio.

Lembremo-nos de que a *Fundamentação da metafísica dos costumes* trata-se de uma obra de filosofia moral em que tal pensador realiza uma crítica ao pensamento utilitarista de Bentham no livro *Princípio moral e da legislação*.

A *Fundamentação da metafísica dos costumes* de Kant foi publicada entre as duas revoluções - a Americana (1776) e a Francesa (1789). Logo, em concordância com o espírito e com os valores morais dessas revoluções, fornecendo, assim, um alicerce sólido para o que os revolucionários dos séculos XVIII designaram de direitos do homem e, no limiar do século XXI, denominamos direitos humanos.

A relevância dada por Kant à dignidade irá definir nossas concepções contemporâneas dos direitos humanos universais.

Como dissemos em linhas atrás, podemos contrapor o seu pensamento com o de Bentham. Tal filósofo afirma que o mais nobil propósito da moral vem a ser maximizar a felicidade, propiciando a premência do prazer sobre a dor, mas, ao fomentar o bem estar social, acaba violando, muitas vezes, os direitos individuais como o ocorrido com Mineirinho, reduzido a um inumano.

Assim, a filosofia utilitarista de Jeremy Bentham possibilita a violação de normas essenciais da moralidade e de respeito à conduta humana.

Inferre-se do exposto, um ordenamento jurídico em sintonia com os valores que norteiam vida digna e os direitos humanos. Tais valores devem ser reconhecidos e efetivados, guiando, assim nossas lutas em face do arbítrio estatal e em prol da renovação da liberdade, da igualdade e da dignidade humana tão almejadas por todos.

Desse modo, embora tenhamos um ordenamento em concordância com os valores acima enunciados, tais valores não foram respeitados e efetivados, pois, conforme verificamos, na crônica, o nosso protagonista foi fuzilado com treze tiros. Não foi respeitado em sua dignidade e em seus direitos humanos.

O uso da força deve ser proporcional por parte do Estado e de seus órgãos para não incorrerem na desumanização e no exercício ilegítimo do poder estatal, construindo, assim, uma sociedade feliz.

A crônica Mineirinho revela-nos, com sutileza, a essência moral do princípio da dignidade humana, elevando-nos a repudiar o excesso no uso da força pelo Estado.

Em que pese seu histórico de crimes e, desse modo, merecedor de punição o uso desproporcional da força nos faz nos solidarizarmos com o criminoso, pois sua morte nos causa indignação.

E é nesse sentimento que reencontramos a essência do fundamento moral da dignidade humana: a ideia de que somos iguais em nossa humanidade e merecedores de tratamento digno apesar de todas as diferenças que nos separam.

Referências

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª ed., São Paulo: Boitempo, 2004.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Trad. Renata Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 3ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Ícone Editora Ltda, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2008.

DERRIDA, Jaques. **Força da lei**. Trad. Leyla Perrone- Moisés. 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como problema de essência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

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

LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: LISPECTOR, Clarice. **A legião estrangeira: contos e crônicas.** Rio de Janeiro. Editora do Autor, 1964.p. 252-257. Martins Fontes

ROSENBAUM, Yudith. **A ética na literatura:** leitura de Mineirinho de Clarice Lispector. Estudos avançados, v.24, n. 69, p. 169-182, jan.2010.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANDEL, Michael. **Justiça.** Trad. Heloísa Matias e Alice Máximo. 4ª ed... Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed. rev. ampl., Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal.** 4 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

TELLES JUNIOR, Golfredo. **Iniciação na ciência do direito.** 3ªed., São Paulo: Saraiva, 2006.

EDUCAÇÃO EMPÁTICA E COMPASSIVA PARA COM TODOS OS SERES VIVOS: COLOCANDO EM EVIDÊNCIA A DECLARAÇÃO COSMOPOLITA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Deborah Regina Lambach Ferreira da Costa

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde é professora na graduação e na pós. Pós-graduada em Direito Animal pela Universidade de Lisboa. Pesquisadora do Zoopólis

Resumo:

Crianças e adolescentes são educados em uma visão antropocêntrica que se descarta da importância da natureza e dos animais na socialização. Recebem educação formal sobre o “bem-estar” animal, que não questiona a moralidade do uso funcional de outros animais, que encobre as práticas violentas da exploração animal. Essa dominação se constrói sob a perspectiva da criança, reduzindo a sensibilidade dessas práticas, ao mesmo tempo que se cultiva empatia nas relações com animais de companhia, como brinquedos ou personagens da literatura infantil. A ciência tem sido critério para incluir os animais na comunidade moral e para educar crianças e adolescentes a compreender que os animais são sujeitos morais, têm dignidade própria e direitos fundamentais invioláveis à vida e a florescer em suas capacidades naturais, independentemente de sua função ecológica. O presente estudo passa por questões éticas e tem como objetivo provocar a reflexão acerca da educação que crianças e adolescentes têm recebido concernente às questões afetadas ao mundo e à interação com os animais e a natureza. A pergunta que se propõe é se as futuras gerações estão sendo educadas para, cada vez mais, alargar o círculo de compaixão e empatia para com os animais e todos os seres vivos ou, em uma visão “humanocentrada”, estão perpetuando o utilitarismo. A elaboração de uma Declaração Cosmopolita, como proposto por Boaventura de Sousa Santos, seria uma alternativa para um bem viver, em que aos direitos humanos se somariam os direitos da natureza. A metodologia é revisão bibliográfica integrativa.

Palavras-chave: Educação; Criança e adolescente; Animais.

“Nós estamos dentro da Natureza e ela está dentro de nós. A Natureza é um outro nome da Vida”
(Mia Couto).

Introdução

Alguns cientistas sugerem que, dado o impacto da ação humana na Terra, estamos vivendo uma nova era geológica, o antropoceno (do grego *anthropos*, que significa humano, e *kainos*, que quer dizer novo). Há registro recente de que a massa de tudo o que foi construído pelo homem (massa antropogênica, com crescimento exponencial com a Revolução Industrial e especialmente com a Segunda Guerra Mundial) superou a biomassa, ou seja, a massa conjunta de todos os seres vivos, dos quais os seres humanos representam uma ínfima parte do Planeta.

Todavia, parece que nós, seres humanos, não nos damos conta de nossa “pegada ecológica”, arraigados que estamos ao paradigma antropocêntrico. Estamos tão centrados em nós mesmos que nos consideramos os “Deuses do antropoceno” (Araújo, 2017, p. 569). Nas palavras desse autor, “a espécie humana se endeusou, se glorificou, com o progresso tecnológico, a expulsão das divindades tradicionais e a eclosão de ‘religiões antropolátricas’, num turbilhão civilizacional que justamente tem sido batizado como ‘antropoceno’” (Araújo, 2017, p. 569). Ao assim atuar no ambiente em que vive, interpretando o meio ambiente como recurso à disposição do consumo, inesgotável e renovável, vivendo supostamente o “desenvolvimento sustentável”, o ser humano provocou ainda uma nova ruptura, com a coisificação e a instrumentalização dos animais não humanos, objetos de uso e consumo nosso, como se esses seres (ora coisificados) não fossem também seres sencientes, que sofrem ou sentem dor, podendo experimentar emoções. Há ainda também que ressaltar a descrença na consciência animal, embora cientificamente afirmado na Declaração de Cambridge em 2012.¹

O presente artigo parte da ideia de que crianças e adolescentes continuam a ser educados em uma visão antropocêntrica que se descarta da importância da natureza e dos animais na socialização. Os jovens recebem educação formal sobre o “bem-estar” animal, construída na empatia cultivada em família, na escola e na mídia, que não questiona a moralidade do uso funcional de outros animais e que encobre as práticas violentas da exploração animal. Essa dominação se constrói sob a perspectiva da criança, reduzindo a sensibilidade dessas práticas, ao mesmo tempo que se cultiva empatia nas relações com animais de companhia, como brinquedos ou personagens da literatura infantil. Contudo, a grande maioria dos animais explorados - e no

1 A Declaração sobre a Consciência de Cambridge foi divulgada no Churchill College da Universidade de Cambridge, na Conferência sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos em julho de 2012 (de iniciativa de Philip Low, David Edelman e Christof Koch, foi assinada por todos na presença de Stephen Hawking).

momento em que são mortos para alimento e consumo humano - são filhotes, fato assiduamente expurgado da experiência infantil, e como práticas exploratórias são geralmente removidas do cotidiano.

As pessoas, desde a infância, sabem que os animais têm sentimentos, mas “suprimem” esse conhecimento quando chegam à fase adulta.

A sciência tem sido critério para incluir os animais na comunidade moral e precisa ser ressaltada para educar crianças e adolescentes a compreenderem que os animais são sujeitos morais, têm dignidade própria e direitos fundamentais invioláveis à vida e a florescer em suas capacidades naturais, independentemente de sua função ecológica.

O mesmo ocorreu com a exploração dos recursos naturais do meio ambiente e o consumo desenfreado da Natureza sob o manto do chamado “desenvolvimento sustentável”.

Alberto Acosta e Tadeu Breda explicam que a colonização europeia, em sua hegemonia, consolidou “uma visão que colocou o ser humano figurativamente falando por fora da Natureza. Definiu-se a Natureza sem considerar a Humanidade como sua parte integral, desconhecendo que os seres humanos também somos Natureza. Com isso, abriu-se o caminho para dominá-la e manipulá-la” (Acosta; Breda, 2019, p. 44).

O teólogo Thomas Berry, citado por Haupt (2023, p. 14), identifica que o crescimento dos conhecimentos científicos e os que hoje temos sobre o Universo, nunca antes experimentados pela humanidade, afastam-nos da intimidade com ele, e passamos a pensar o Universo *as a collection of objects rather than as a communion of subjects*.²

Logo, é preciso alterar o paradigma da responsabilidade social com a compreensão de que somos parte de um todo, parte da equação do Planeta em que vivemos e responsáveis por ele, superando a visão linear de meio ambiente e a divisão cartesiana de animal - coisa, sobretudo na era da globalização.

O presente artigo perpassa, assim, por questões éticas e tem como objetivo provocar a necessária reflexão acerca da educação que crianças e adolescentes têm recebido na família, na escola e no convívio social, no que diz respeito às inquietações afetas ao mundo em que vivemos e nossa interação com os animais e a natureza. A pergunta que se propõe (e que se repropõe em continuidade da pesquisa iniciada em 2017 acerca do Direito Animal) é se as futuras gerações estão sendo educadas para, cada vez mais, alargar o círculo de compaixão e empatia para com os animais e todos os seres vivos ou, em uma visão “humanocentrada”, estão perpetuando o utilitarismo (Costa, 2023).

Nessa toada, articulamos as narrativas e as ideias de pensadores como Edgar Morin, Boaventura de Sousa Santos, Martha Nussbaum, André Comte-Sponville, Ailton Krenak, Yves de La Taille, Alberto Acosta e Tadeu Bre-

2 Tradução livre: “como uma coleção de coisas, em vez de uma comunhão de sujeitos”.

da, entre outros, propondo, ao final, que a compaixão, como uma das virtudes universais da humanidade e transversal a praticamente todos os campos do conhecimento, seja incluída na educação desses jovens, na percepção de que somos seres empáticos e compassivos para com todos os outros seres vivos e que podemos impactar positivamente a família, a sociedade e o planeta. A efetividade desse [tipo de] conhecimento estaria em reconhecer nossa responsabilidade individual e solidária para com o planeta, em identificar outras subjetividades ao valorar todas as formas de vida (vida digna, portanto) e em positivar os direitos da natureza e dos animais não humanos na Declaração Cosmopolita pensada por Boaventura de Sousa Santos.

A contribuição de Edgar Morin: o pensamento complexo

Edgar Morin rompe as abordagens fragmentadas do conhecimento, levando ao título de um “contrabandista dos saberes”. Para ele, a “identidade terrena” vem sendo desprezada, “a união planetária é a exigência racional mínima de um mundo encolhido e interdependente. Tal união pede uma consciência e um sentimento de pertencimento mútuo que nos una à nossa Terra”, diz o filósofo francês (Morin, 2013, p. 71).

Os problemas que enfrentamos em nossa condição humana, como “produtos do desenvolvimento da vida, da qual a Terra foi matriz e nutriz” (Morin, 2013, p. 71), estão todos amarrados, imbricados de tal modo e são de tal complexidade que é um desafio para sua compreensão. Isso porque a visão fragmentada faz com que os problemas permaneçam invisíveis, alerta Morin (2013), de modo que é preciso articulá-los, aglutiná-los novamente para que percebamos as relações entre as mais diversas áreas do conhecimento.

Ressalta o pensador que “precisamos reconhecer nossa filiação biológica e nossa filiação ontológica; é o cordão umbilical que precisa ser reatado” (Morin, 2020, p. 86).

Contudo, não é só. É preciso revisitar a ética humana, de modo a permitir uma reflexão sobre nossas atitudes pessoais e sociais. Será que somos responsáveis e solidários o suficiente? Uma ética planetária nasce de uma ética individual (Morin, 2013, p. 112).

A conscientização da “comunhão de destinos terrestres” entre a natureza viva e a aventura humana deve se tornar um acontecimento importante de nosso tempo: devemos nos sentir solidários com este planeta, pois nossa vida está ligada à sua existência; precisamos não só arrumá-lo, mas também poupá-lo (Morin, 2020, p. 86). Aprender a “estar aqui”, diz Morin, inscrevendo em nós: uma *consciência antropológica*; uma *consciência ecológica*; uma *consciência cívica terrena*; e uma *consciência espiritual* da condição humana (Morin, 2013, p. 71-72). Essa consciência ecológica permite-nos reconhecer que habitamos todos a mesma “esfera viva (biosfera): reconhecer que nossa união

consubstancial com a biosfera conduz ao abandono do sonho prometeico do domínio do universo para nutrir a aspiração de conviviabilidade sobre a Terra” (Morin, 2013, p. 72).

Deve-se, portanto, superar o dualismo cartesiano entre natureza e humanidade para uma concepção integrada que considere a vida humana e toda a outra vida existente no planeta. Para tanto, ao falar das complexidades dos problemas planetários, Acosta e Breda (2019, p. 57) invocam como ponto de partida “as distintas maneiras de ver a vida e sua relação com a Pacha Mama [Mãe-Terra]. Aceita como eixo aglutinador a relacionalidade e a complementaridade entre todos os seres vivos - humanos e não humanos”. “O Bem Viver se afirma no equilíbrio, na harmonia e na convivência entre os seres”, compreendendo a “harmonia entre o indivíduo com ele mesmo, entre o indivíduo e a sociedade, e entre a sociedade e o planeta, com todos os seus seres, por mais insignificantes ou repugnantes que nos possam parecer” (Acosta; Breda, 2019, p. 16).

A contribuição de Martha Nussbaum e Yves de La Taille: pensar a ética na educação

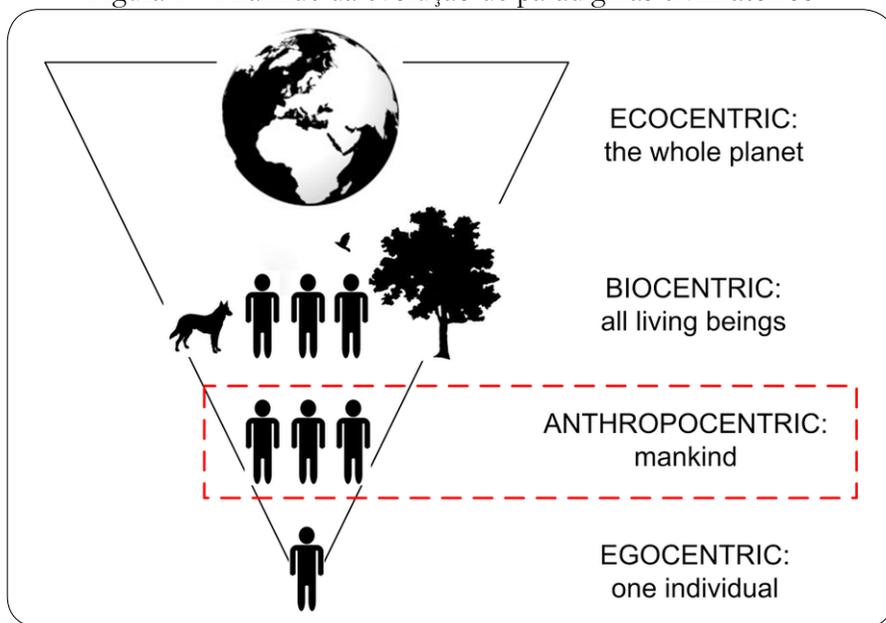
Morin (2013) assegura que a educação do futuro [e do agora], além de oferecer o acesso aos recursos dos domínios do saber “tradicional”, precisa incluir uma compreensão planetária. De modo que, nessa toada, já em 1997, o Ministério da Educação lançou os chamados Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) com temas como meio ambiente, sexualidade, saúde, ao lado das disciplinas usuais como matemática, português, ciências etc., e um documento chamado ética, que, conforme La Taille (2023, p. 8) ressaltou, tratava exatamente de como trabalhar a questão moral nas escolas relativa à igualdade de direitos, à dignidade do ser humano e à solidariedade. E o que o documento sobre Ética dos Parâmetros coloca, diz La Taille (2023, p. 8), é justamente a necessidade de um trabalho contínuo sobre o tema da ética, da primeira série do Ensino Fundamental até a faculdade, inclusive, em um trabalho contínuo e transversal, porque a ética tem a ver com política, com história, com geografia, com biologia, com tudo. O PCN é categórico ao [re] afirmar a necessidade de problematização e análise das questões sociais relevantes, incorporando-as como temas transversais ao currículo educacional, de sorte que as questões sociais se integram à própria concepção teórica das áreas do conhecimento e de seus componentes curriculares. Assim, os objetivos se definem em matéria de capacidades de ordem cognitiva, física, afetiva, de relação interpessoal e inserção social, ética e estética, tendo em vista uma formação ampla do indivíduo-educando (Brasil, 1997).

Esse é o sentido proposto por Nussbaum (1998), para quem, ao cultivarmos a humanidade no mundo, precisamos desenvolver três habilidades: a habilidade de desenvolver um ensino socrático, ou seja, reflexivo, questio-

nador; a habilidade de nos enxergarmos como seres humanos ligados a todos os outros seres humanos por laços de reconhecimento e preocupação (*concern*); e a habilidade de pensarmos como seria estar “in the shoes of a person different from oneself”, ou melhor, ser um leitor atento à história das pessoas, entender suas emoções, seus anseios, seus desejos, simpatizar com os sentimentos alheios.

Motivados por esses pensadores, filósofos e estudiosos do tempo presente, ousamos aqui acrescentar às ideias de Nussbaum (1998) e La Taille (2023) uma educação ecológica, no sentido de ultrapassarmos o ultrapassado antropocentrismo e irmos além do biocentrismo, para educar no respeito a todas as formas bióticas e abióticas do planeta, valorizando a integridade de coletividades naturais. Levando-se em consideração o pensamento complexo de Morin (2013), poder-se-ia celebrar um conhecimento ecocêntrico, que abarcasse todos os seres vivos, com igual consideração moral. Em uma figura ilustrativa dessas reflexões, a educação ecocêntrica estaria no ápice da pirâmide invertida.

Figura 1 - Pirâmide da evolução de paradigmas civilizatórios



Fonte: Schaubroeck (2014).

Os gregos antigos, por exemplo, tinham especial cuidado com a forma de educar os jovens, desenvolvendo um conceito de *Paideia*, no sentido da preocupação em apresentar-lhes, para reflexão, os valores éticos (Neves, 2023, p. 295). Educar, portanto, nas virtudes e nos valores. A compaixão, virtude que pode ser ensinada, aprendida e vivida, por certo, permitir-nos

-ia ampliar direitos, no sentido de que reconheceríamos outras subjetividades: natureza e animais não humanos como seres vivos dignos de proteção. Acosta e Breda (2019, p. 93) lembram bem:

[...] ao longo da história, cada ampliação de direitos foi anteriormente impensável. A emancipação dos escravos ou o estabelecimento de direitos civis aos negros e às mulheres, por exemplo, foram um dia considerados absurdos. Foi necessário que ao longo da história se reconhecesse “o direito a ter direitos”, e isso se obteve sempre com esforço político para mudar as visões, os costumes e as leis.

“A compaixão é, assim, essa virtude singular que nos abre não apenas a toda a humanidade, mas também ao conjunto dos seres vivos, ou, pelo menos, dos que sofrem” (Comte-Sponville, 2009, p. 123). Compadecer, portanto, significa *sofrer com*, é *comungar no sofrimento* (Comte-Sponville, 2009, p. 124) e todo sofrimento é ruim. “Compartilhar o sofrimento do outro não é aprová-lo; é recusar-se a considerar qualquer sofrimento, qualquer que seja, como um fato indiferente, e um ser vivo, qualquer que seja, como coisa” (Comte-Sponville, 2009, p. 124). A compaixão, ao contrário da maioria das virtudes que só visam a humanidade, simpatiza universalmente com tudo o que sofre, inclusive com os animais. Comte-Sponville (2009) ressalta que a compaixão talvez seja a mais universal de todas as virtudes, porque a dor prevalece sobre a espécie e a compaixão, sobre o humanismo.

A contribuição de Boaventura de Sousa Santos: uma Declaração Cosmopolita

Em setembro de 2000, na Declaração do Milênio das Nações Unidas, os líderes e dirigentes dos países participantes firmaram o compromisso com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, que se mostraram atemporais e universais, sobretudo diante do reconhecimento de que as nações e os povos tornam-se cada vez mais interligados e interdependentes (ONU, 2000)

Concluiu-se que, para o século XXI que então se iniciava, era preciso alterar os padrões insustentáveis de produção e consumo de então, no interesse de nosso bem-estar futuro e no das futuras gerações, sobretudo incluindo valores fundamentais como o respeito pela natureza.

A Declaração do Milênio ressalta que a “prudência” deve ser demonstrada na “gestão” de todos os seres vivos, espécies e recursos naturais, de acordo com os preceitos da sustentabilidade do desenvolvimento, e “não devemos poupar esforços para libertar toda a humanidade e, sobretudo, nossos filhos e netos, da ameaça de viver em um planeta irremediavelmente estragado por atividades humanas, e cujos recursos não seriam mais suficientes para

satisfazer as suas necessidades” (ONU, 2000, p. 8)

Entretanto, vinte anos depois, a pandemia da Covid-19 revelou que a humanidade está sujeita a um destino comum, ainda que imprevisível (Santos, 2021, p. 17), criando uma oportunidade única - e urgente - para pensar em alternativas [um pensamento alternativo de alternativas] e se colocarem em curso processos de transição. Ao expor “as fraturas abissais da exclusão do nosso tempo”, a pandemia revelou a violação impune dos direitos consignados na atual Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Costa, 2023).

Santos (2021, p. 273) propõe, então, uma nova declaração, uma Declaração Cosmopolita (DC), construída, diz ele, da base para o topo (e não o inverso). A Declaração seria cosmopolita e não abstratamente universal; nova, porque abrangente, com igual peso para os direitos e os deveres; nova, porque a natureza também seria titular de direitos [e não apenas os humanos e as comunidades humanas], entendida essa como princípio vital que sustenta a vida humana e não humana no planeta.

A Declaração Cosmopolita do ideário de Santos (2021, p. 254) não é uma declaração alternativa; “é a alternativa às várias declarações pretensamente únicas e universais”. Pensando em “uma verdadeira humanidade” que não seja desenhada pelas linhas abissais que dividem e separam da não humanidade e que, além da vida dos seres humanos, inclua a vida do planeta de que a vida dos humanos é uma ínfima parte (Santos, 2021, p. 254) e que não se sustenta sem a vida do planeta no seu conjunto” (Santos, 2021, p. 263), Santos (2021) revela o propósito de mudança.

Nessa nova Declaração Cosmopolita, os direitos humanos não serão descartados; serão incluídas outras concepções não eurocêtricas de dignidade e de viver e conviver bem, tais como *ubuntu*, *sumak kawsay*, *swadeshi* (Santos, 2021, p. 262), na mesma toada do bem viver acenado por Acosta e Breda (2019), pois “conceder direitos à Natureza significa, então, incentivar politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos de direito” (Acosta; Breda, 2019, p. 94), como fez a Constituição Equatoriana de 2008, estabelecendo um marco na humanidade. “Também foi transcendental a incorporação do termo Pacha Mama como sinônimo de Natureza e reconhecimento de plurinacionalidade e interculturalidade” (Acosta; Breda, 2019, p. 101).

Diante do exposto, coloca-se em evidência que todos os seres vivos, individualmente considerados, “possuem valor moral em função de serem centros teleológicos de vida, orientados para a busca da realização de suas potencialidades biológicas (por exemplo, crescimento, sobrevivência, reprodução). O assoalho moral é, portanto, a própria vida” (Lourenço, 2019, p. 308). Empatia e compaixão, por conseguinte, seriam valores explorados e vivenciados pelos educadores e educandos na construção do porvir. “Como justificar que somos uma humanidade se mais de 70% estão totalmente alie-

nados do mínimo exercício de ser?” (Krenak, 2020, p. 8). “Quando despersonalizamos o rio, a montanha, quando tiramos deles os seus sentidos, considerando que isso é atributo exclusivo dos humanos, nós liberamos esses lugares para que se tornem resíduos da atividade industrial e extrativista”, assegura Krenak (2020, p 26), como revelam os desastres ecológicos de Mariana (2015) e Brumadinho (2019), em Minas Gerais, locais próximos aos Krenak.

O artigo 225 da Constituição Federal brasileira (Brasil, 1988) aponta pequenas “trincas” no antropocentrismo, inaugurando no contexto jurídico verdadeira virada ecocêntrica, na proteção aos animais não humanos contra maus-tratos (§ 1.º, VII), na proteção da função ecológica (§ 10, VII), como à flora e fauna, contra ameaças de extinção. Sarlet e Fernsterseifer (2019, p. 147-148) afirmam, “se a dignidade consiste em um valor próprio e distinto, atribuído ‘a determinada manifestação existencial - no caso da dignidade da pessoa humana, a nós mesmos é possível o reconhecimento do valor ‘dignidade’ como inerente a outras formas de vida não humanas”.

A Constituição equatoriana de 2008, por sua vez, ao identificar os Direitos da Natureza - ou seja, ao considerá-la como sujeito de direitos e conceder-lhe o direito a ser integralmente restaurada em caso de degradação -, reconhece que “deve-se aplicar simultaneamente duas justiças: a ambiental, para as pessoas, e a ecológica, para a Natureza” (Acosta; Breda, 2019, p. 101). Isso porque “os direitos humanos não se sustentam sem os direitos da natureza, entendida como a fonte de toda a vida individual e comunitária, social e natural, imanente e transcendente” (Santos, 2021, p. 263).

Conclusão

*Desde o começo do mundo água e chão se amam
e se entram amorosamente
e se fecundam.
Nascem peixes para habitar os rios.
E nascem pássaros para habitar as árvores.
As águas ainda ajudam na formação dos caracóis e
da
suas lesmas.
As águas são a epifania da criação. [...]
Penso com humildade que fui convidado para o
banquete dessas águas.
Porque sou de bugre.
Porque sou de brejo.
Acho agora que estas águas que bem conhecem a
inocência de seus pássaros e de suas árvores.
Que elas pertencem também de nossas origens.*

Louvo portanto esta fonte de todos os seres e de todas as plantas.

Veç que todos somos devedores destas águas.

Louvo ainda as vozes dos habitantes deste lugar que trazem para nós, na umidez de suas palavras, a boa inocência de nossas origens.

(Barros, 2013, p. 25-26.)

Vivemos tempos de globalização, em que nos encontramos cada vez mais interligados e interdependentes, não só uns aos outros como humanidade, mas também com a natureza e todos os seres vivos. Contudo, na medida em que avançamos nos conhecimentos científicos, como nenhuma outra sociedade jamais o fez, que nos permitem explorar outros planetas e reverenciar ou temer a chamada Inteligência Artificial, parece que nos afastamos de nossas origens, de nossa relação umbilical com a Mãe Terra.

Entretanto - ainda -, continuamos a enfrentar os mesmos problemas demográficos, a fome, a pobreza extrema, a desigualdade, a violência contra grupos minoritários, a ameaça de novas guerras nucleares, o aquecimento global, a crise climática, a destruição desenfreada dos *habitats* etc. A Covid-19 escancarou nossa vulnerabilidade como seres humanos, deixando antever que a rede básica de conexões biológicas necessárias para sustentar a vida na Terra está se desintegrando rapidamente (Haupt, 2023, p. 21).

Vivemos uma crise planetária que nos paralisa em nossa insignificância como indivíduos, como coletividade e nos faz questionar como solucionar esses problemas complexos da ameaça de viver em um planeta irremediavelmente impactado pela atividade humana a ponto de se falar em uma nova era geológica (antropoceno), cujos recursos não seriam mais suficientes para satisfazer suas necessidades - parafraseando Morin -, em tempo de civilizar a Terra.

A conscientização de que nossa vida está ligada à existência de outras vidas, compreendendo nossa responsabilidade com relação aos outros indivíduos, aos animais não humanos e à natureza, convidou-nos a refletir acerca da educação que crianças e adolescentes têm recebido na escola, na família e em sociedade, sendo esse o objeto de pesquisa.

Assim, ao articularmos as narrativas de importantes pensadores como Edgar Morin, Boaventura de Sousa Santos, Martha Nussbaum, André Comte-Sponville, Ailton Krenak, Yves de La Taille, Alberto Acosta e Tadeu Breida, entre outros, propomos uma guinada de paradigma para que crianças e adolescentes tenham uma educação ecocêntrica, permeada pela ética, como faziam os gregos.

A ideia é a de que a compaixão, como uma das virtudes universais da humanidade, que simpatiza universalmente com tudo o que sofre, inclusive com os animais, que pode ser ensinada e aprendida de forma transversal nos

campos tradicionais do conhecimento, seja incluída na educação desses jovens, na percepção de que somos seres empáticos e compassivos com todos os outros seres vivos e que podemos impactar positivamente a família, a sociedade e o planeta.

A efetividade dessa proposta dar-se-ia em nos levar ao reconhecimento de outras subjetividades (além dos humanos), outorgando direitos à natureza e aos animais não humanos em um documento cosmopolita, em uma Declaração tal qual pensada por Boaventura de Sousa Santos.

Referências

ACOSTA, Alberto; BRENDA, Tadeu **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Elefante, 2019. *E-book*.

ARAÚJO, Fernando. Dos *animal studies* à neurociência. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 3, n. 4, p. 549-578, 2017.

BARROS, Manoel de. **Menino do mato**. São Paulo: Alfaguara, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério da Educação. **PCN - Parâmetros Curriculares Nacionais**. 1997. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/introducao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. Ampliar o círculo de compaixão para com todos os seres vivos - um dever moral e ético com os animais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 9, n. 3, p. 985-1018, 2023.

DECLARAÇÃO DE CAMBRIDGE SOBRE A CONSCIÊNCIA ANIMAL. 2012. Disponível em: <https://labea.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/05/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Cambridge-sobre-Consci%C3%Aancia-Animal.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

HAUPT, Lyanda Lynn. **Rooted**. Life at the crossroads of Science, nature, and spirit. New York: A Little, Brown Spark Book, 2023.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

LA TAILLE, Yves de. Mais princípios e menos regras na escola. [Entrevista cedida a] Ricardo Prado. **Revista Veras**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jul. 2023.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza?** Uma introdução à ética ambiental. São Paulo: Elefante, 2019.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2013.

MORIN, Edgar. **É hora de mudarmos de via**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

NEVES, José Roberto de Castro. **Por que você deve ler**: a caixa de palavras. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2023.

NUSSBAUM, Martha C. **Cultivating humanity**: a classical defense of reform in liberal education. Boston: Harvard Press University, 1998.

ONU. United Nations Millennium Declaration. Resolução A/RES/55/2, 8 de setembro de 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora**: da pandemia à utopia. São Paulo: Boitempo, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico**: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCHAUBROECK, Thomas. **Including man-nature relationships in environmental sustainability assessment of forest-based production system**. 2014. Thesis (PHD) - Luxembourg Institute of Science and Technology, Luxembourg, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266137727_Including_man-nature_relationships_in_environmental_sustainability_assessment_of_forest-based_production_system. Acesso em: 20 out. 2022.

A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DA MULHER NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA SOB AS PERSPECTIVAS INDIVIDUAL, RELACIONAL E ESTATAL

Sheila Keiko Fukugauchi Miyazato

Advogada. Doutoranda e Mestra em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Especialização em Direito de Família e Sucessões e Assistente na Graduação de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

A mulher é a grande protagonista das ingentes transformações ocorridas nas relações familiares contemporâneas, ditando reflexos radicais no direito de família contemporâneo. E não apenas nesta seara, mas na sociedade como um todo. Em passado não muito distante, a condição da mulher assimilava-se a de coisa ou objeto, era um ser desprezado em sua personalidade e, também, em direitos civis e políticos. Inobstante nos dias de hoje a mulher consigne presença social e econômica indiscutível, e precípua na família contemporânea, encabeçando expressivamente as famílias monoparentais, constata-se flagrantes vulnerabilidades quotidianas, sub-reptícias, desqualificantes da família deste século e, por conseguinte, da sociedade justa e equilibrada. *No que tange à família*, consideramos a conjugalidade, acentuadamente a maternidade, elementos que ainda tangenciam a efetiva justiça social, dada a cultural sobrecarga de tarefas afetas à mulher no lar. O objetivo do presente estudo é refletir sobre a emancipação efetiva da mulher e sobre os instrumentos voltados a esse desiderato em âmbitos individual, relacional e estatal. As questões que colocamos são: *i*) A compreensão acerca da real condição da mulher pela sociedade e “por si própria” impacta na sua condição familiar? *ii*) Os discursos sobre o papel da mulher na sociedade são efetivos ou apenas ideológicos? Utilizaremos o método dedutivo-indutivo e vice-versa, invocando princípios e teorias aplicáveis, além de artigos, doutrinas e legislação, nacionais e estrangeiras, com menção a jurisprudência e ao direito comparado.

Palavras-chave: Identidade da mulher; Mulher na família; Mulher no direito de família; Equilíbrio familiar.

Introdução

A **dignidade da pessoa humana** é estabelecida como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, da CF¹. No Discurso sobre a Dignidade do Homem, Pico della Mirandola reverbera:

(50) Que uma santa ambição invada a alma, de forma que, não contentes com as coisas mediócras, aspiremos às mais altas, e nos empenhemos em alcançá-las com todas as nossas forças (quando podemos, caso queiramos). (51) Desdenhemos das coisas da terra, menosprezemos as celestes e, enfim, deixando para trás tudo o que é do mundo, voemos rumo à corte ultramundana, próxima da mais eminente divindade. (52) Ali, como os mistérios sagrados nos revelam, os serafins, os querubins e os tronos ocupam os primeiros lugares;¹⁷ nós, incapazes já de retroceder e impacientes no segundo lugar, emulemos tanto sua dignidade como sua glória. (53) Se quisermos, não seremos inferiores a eles em nada. (Mirandola, 2021, p. 43).

Guilherme Camargo Massauá comenta a obra de Pico della Mirandola:

PICO DELLA MIRANDOLA entende que quase todas as criaturas são ontologicamente determinadas a ser o que exatamente são a partir da essência atribuída a elas. No entanto, o Homem é o único entre as criaturas que não possui natureza predeterminada. Foi constituído de forma que ele mesmo se esculpisse conforme a maneira previamente escolhida. Logo, o ser humano pode optar por uma vida de pura inteligência e, segundo o autor, ser como os anjos ou elevar-se mais acima. O milagre do Homem reside no fato de ele ser seu próprio artífice, ou seja, um autoconstrutor. (Massauá, 2012, p. 6).

A identidade é **direito da personalidade**, ou seja, direito imanente ao ser humano, um direito existencial. A personalidade é o conjunto de caracteres próprios da pessoa, não é um direito em si, mas sim, apoio aos direitos e deveres que dela emanam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, possibilita a ela ser o que é, sobreviver conforme as condições em que se encontra, serve de critério para adquirir e ordenar outros bens (Diniz, 2018, p. 132).

Na dignidade da pessoa humana, insere-se também a dignidade da mulher, como pessoa humana que é, embora tenha sido ceifada dessa condição por longos períodos da história. Infere-se da dignidade humana, os direitos da personalidade, direitos ínsitos ao ser humano, e dentre esses inúmeros

1 “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”

direitos, condição mínima de ser humano, extraímos o direito à identidade.

Iuri Bolesina e Tamiris A. Gervasoni tratam da **identidade** da seguinte forma:

de modo personalíssimo, não se tem identidade, se é identidade, esta acaba sintetizando uma séria de identificações e negações acerca de determinados elementos ou traços passíveis de apropriação identitária por uma pessoa. Identidade, aliás, como a própria pessoa humana, é única e irrepetível, sendo um projeto eternamente inacabado, porém em pleno e constante desenvolvimento. Não é (só) uma ideia formal-jurídica, mas sim de um bem advindo dos sentidos de existência e de devir. A identidade, neste sentido, (de)marca o lugar no mundo de cada pessoa, ainda que temporário. (...) Firmou-se como um direito que se debruça sobre a personalidade humana presente (quem se é) e futura (liberdade para desenvolver-se e transformar-se). É, assim, inserido didaticamente como um direito da personalidade. Logo, tal qual os demais direitos da personalidade, mas, a seu modo, mais incisivamente, sua razão de ser é agir como mecanismo de concretização da diferença identitária, da singularidade da identidade, de modo condigno, como forma de emancipação pessoal. (...) Destarte, o direito à identidade aparece como o direito que permite a uma pessoa ser “quem” ela é e “como” ela é, protegendo, respeitando e concretizando seu projeto existencial no presente e no futuro. Logo, o direito à identidade aparece como um direito fundamental, vinculado aos direitos da personalidade, que concretiza não apenas a dignidade da pessoa humana, mas também o princípio do livre desenvolvimento da personalidade (Bolesina; Gervasoni, 2018, ps. 83 4 84).

A identidade não é apenas o direito ao nome, ou ao sobrenome, aos sinais distintivos da pessoa frente a outras, é, principalmente, a singularidade existencial, o direito de ser e externar-se livremente, sem padrões, sem adequações estabelecidas por grupos, entes públicos ou particulares.

Cada mulher tem uma identidade, que na família, foco desse estudo, tem sido esmaecida pela instrumentalização de seu ser para realização dos demais. Esse papel secundário e instrumental não cabe na dignidade humana, direcionada a todas as categorias de seres humanos, sejam eles homens, mulheres, transexuais, homoafetivos, crianças, negros, pardos, amarelos e toda sorte de indivíduos, multifacetados e diversos, e por ser assim, essencialmente únicos.

Inefetividade da emancipação da mulher na família

A mulher se libertou do jogo pai e marido, por outro lado, há efeitos ainda em fase de percepção pela sociedade. Na antiga família, a sobrevivência da família se dava pela subserviência da mulher em relação aos filhos e

marido. A nova família é formada por uma mulher emancipada, física, psicológica, patrimonial, psíquica e politicamente (Korte, 2017, p. 14).

Inobstante o normatizado, ainda prevalecem dinâmicas ou lógicas de dominação, observadas em “relações nas quais os seres humanos são discriminados, inferiorizados, marginalizados e/ou eliminados, sendo considerados objetos (Rubio, 2014, p. 66)”.

Por outro lado, a emancipação advém de comportamentos em que as relações se constituem com base na identificação do outro como ser humano, sujeito de direitos, de forma recíproca, horizontal e solidária, imputando respeito ao outro, o que permite ao ser humano criar seu mundo, protagonizá-lo, dar sentido à realidade (Rubio, 2014, p. 66).

Verifica-se uma segregação entre o normatizado, o praticado e o emancipado. São linhas que correm em paralelo. Há pontos coincidentes, entretanto, não convergentes. Se já há normatização, o que falta é que seja refletida nas práticas correntes. É preciso aproximar o normatizado do emancipado. Ainda assim, pode quedar-se o praticado por comportamentos que rejeitam as normas (Oliveira, 2015, ps. 31 e 32).

Como realidade social no Brasil, verificamos a desigualdade de sexo e gênero, considerando gênero, atributos construídos cultural e socialmente, e sexo, ao biológico, genitália; aspectos dissonantes de uma premissa emancipatória (Oliveira, 2015, ps. 33 e 34). À guisa de exemplos:

- O Brasil é a 5ª maior taxa de **feminicídios** do mundo - OMS;
- 28,9% das mulheres brasileiras em algum momento da vida foram vítimas de **violência ou agressão** - Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha 2023;
- 45% das mulheres **vítimas de violência nada fizeram** após o episódio violador - Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha 2023;
- 35 mulheres foram **agredidas física ou verbalmente por minuto** no ano de 2022 - Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha 2023;
- Quase 51 mil mulheres sofreram **violência diariamente** em 2022, equivalente a um estádio de futebol lotado - Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Datafolha 2023;
- As mulheres dedicaram **9,6H a mais que os homens nos cuidados de pessoas e afazeres domésticos** - IBGE 2022;
- Os homens **ganham 22% a mais que mulheres**, na mesma função - IBGE 2023.

Conforme Ligia Z. de Oliveira: “É necessário que perspectivas emancipatórias ressoem de modo mais impactante nas relações familiares praticadas. Isso significa confrontar a lógica de dominação que ainda prevalece, ao menos revelando-a. A intenção é insistir profundamente nas realidades

sociais que seguem reconhecendo no outro mero objeto ou sujeito negativamente diferenciado, o que se dá inclusive pelo aspecto sexual (Oliveira, 2015, p. 36)”. É preciso considerar não apenas o normatizado, mas refletir o contexto social em que se evidencia ou não a perspectiva emancipatória da mulher.

Observa-se que as equivalências não existem, há negação da condição de sujeito à mulher na família, em especial. O ambiente familiar é o principal aniquilador de identidades femininas. A realização pessoal e a responsabilidade pelo outro em família urgem ser ponderadas.

Perspectivas de preservação da identidade da mulher

Exporemos didaticamente três eixos de análise: o relacional, o individual e o estatal, com o objetivo de considerar as variáveis que pormenorizam as vivências femininas, de modo a dar concretude aos direitos normatizados, ante a neutralidade dos enunciados jurídicos. Embora, profundamente associados, observamos saliências de um sobre o outro, o que facilita a compreensão de dados desequilíbrios.

A identidade da mulher em âmbito familiar

A maioria esmagadora das mulheres brasileiras, em algum momento, seguem envolvidas pelo casamento ou pela união estável, sendo-lhes comum, ainda, que tenham filhos. A mulher no contexto familiar é condicionada social e culturalmente a ser para o outro, anulando-se enquanto indivíduo, em sua esfera particular.

Nessa análise, verificaremos a tensão entre o eu e o nós, qual seja, preservar a identidade feminina mesmo havendo a responsabilidade materna e conjugal. O aspecto relacional não deve absorver o individual, são posições distintas, embora concomitantes.

O grande desafio é não reduzir a mulher à esfera afetiva e procracional, exige-se a construção de vias de mão dupla conforme salienta Ligia Z. de Oliveira (Oliveira, 2015, p. 42): uma que viabilize o acesso da mulher ao espaço público, e outra que viabilize o acesso do homem ao espaço privado, equilibradamente.

A Constituição Federal de 1988 de forma inovadora apregoou como valor máximo na sociedade brasileira a dignidade da pessoa, seja homem ou mulher, elevando a pessoa humana ante a propriedade ou a qualquer instituição, alterando, por conseguinte, os valores anteriormente arraigados na sociedade de até então.

A nova família é protegida pela Constituição Federal de 1988 e estabelece no **art. 1º** a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Estabelece no **art. 3º**, como objetivo fundamental, em seu inciso **I**, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária;

e no **IV**, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No **§ 5º do art. 226**, determina que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, observando-se uma democracia familiar. A EC 66/2010 estampou no **§ 6º** do mesmo art. 226 a previsão do divórcio direto, sem justificativas para o seu pedido, observando o fim da culpa na separação e permitindo a ruptura do vínculo matrimonial de forma simples e direta. O **§ 8º** do mesmo dispositivo ainda estabelece que o Estado “assegurarà a assistência à Família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, nos referidos termos, a proteção da família ocorre nas pessoas que a integram.

Paulo Lôbo, ao abordar a **família democrática**, pontua que não há superioridade de um gênero sobre o outro, e que o fim do patriarcalismo e a igualdade familiar marca uma nova direção na formação da família contemporânea, que promove o desenvolvimento e bem-estar de todos, considerando a individualidade de cada membro na família, nos termos do citado **§ 8º**, do art. 226, da CF (Lôbo, 2023, p. 66).

A Constituição italiana, em seu art. 29, reconhece a família como **sociedade natural**, determina que o casamento, fundamento da família, pautase na igualdade moral e jurídica dos cônjuges, observando limites legais que preservem a unidade familiar nos seguintes termos: “A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento. O casamento ordena-se na igualdade moral e jurídica dos cônjuges, com os limites estabelecidos na lei para garantir a unidade familiar”². Tradução livre.

Pietro Perlingieri (Perlingieri, 2022, p. 243) refere-se à família mencionada na Constituição italiana como **formação social**, lugar de desenvolvimento da pessoa, nos termos do art. 2º, da mesma constituição, asseverando que a República italiana “reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, tanto como indivíduo como nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social”³. Tradução livre.

Insta mencionar a Lei Maria da Penha⁴, L. 11.340, de 2006, que trata

2 Constituição italiana. Original: **Art. 29**. “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”.

3 Constituição italiana. Original: **Art. 2º**. “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

4 Art. 5º. “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade

da violência doméstica e familiar contra a mulher, é diploma que traz um sistema legal protetivo da mulher efetivo e, portanto, relevantíssimo para a mulher brasileira nas suas batalhas.

Os conceitos familiares contemporâneos são pautados na dignidade da pessoa humana, considerando o pleno desenvolvimento de cada um de seus membros, com base na igualdade substancial e não apenas formal.

A mulher de 1962 saiu da condição de relativamente incapaz, possibilitou-se a ela o direito ao divórcio sem justificativas, o regime de bens em regra é o da comunhão parcial, não depende de autorização marital para o trabalho, tem direito a alimentos, a guarda de filhos é por regra a compartilhada, o sobrenome do marido é facultativo, ou seja, é reconhecida perante o ordenamento jurídico como sujeito de direitos. Entretanto, notória é ainda a agressão a sua personalidade, e muito há a se fazer para que efetivamente esteja em paridade com o homem na esfera doméstica, e por consequência, social também.

É preciso harmonizar minimamente os aspectos individual e relacional da mulher na família. É preciso equalizar a intersubjetividade em família com vistas à dignidade, liberdade e igualdade de seus membros, promovendo-se a maior participação dos homens no contexto doméstico e a maior participação das mulheres em espaços públicos, sociais e profissionais. É preciso, enfim, reaproximar o normatizado do praticado.

A identidade da mulher perante si própria

A mulher consigo mesma é a perspectiva mais relevante nesse processo emancipatório. Suscitamos neste tópico o direito ao corpo, ao patrimônio e à integridade psíquica.

Iniciemos as ponderações pelo corpo da mulher. O corpo não é um objeto que possa ser apropriado, é um direito para o exercício da própria existência, constitui-se em direito da pessoa humana, direito da personalidade.

Observamos que o corpo da mulher tem se retratado como objeto pela consciência social a séculos, inclusive por muitas das próprias mulheres, por ex., quando o exhibe como objeto de desejo e poder, tornando-o moeda de troca para consecução de objetivos vários, desde posições sociais, financeiras, profissionais.

A objetificação do corpo da mulher gera inúmeras atrocidades, inferior-

doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

rizações, violências de todos os tipos como físicas, sexuais e até feminicídios. Essa malfadada noção, arraigada e sorrateiramente vigente no meio social tem perenizado distorções ante a personalidade da mulher.

Chamamos a atenção para a espetacularização do corpo feminino, que alimenta a ideia de objetificação de seu corpo e constitui um fortíssimo mercado voltado essencialmente ao público masculino, difundindo amplamente o conceito de “mulher objeto sexual”, apreensível pelo conceito de “homem dominante”:

A pornografia alcança altos faturamentos e uma visibilidade significativa e, como acrescenta Júnior (2006), essa milionária indústria vem passando por uma evolução no que diz respeito a tecnologia. Atualmente, com os avanços da internet e a criação de sites voltados para o pornô, o mercado cresce alcançando valores bilionários e **segue perdurando conteúdos de cunho machista**, mesmo com a também constante evolução de produções pornôs dirigidas e produzidas por mulheres, bem como a ampliação de produções que representam a diversidade sexual. Logo, destaca-se o quanto a pornografia - desde o seu surgimento - ainda fabrica de maneira ampla conteúdos destinados a agradar exclusivamente o público masculino heterossexual - grifos nossos (Barros; Machado; Biá; Guerreiro, 2020, ps. 17002 e 17003).

Observa-se, outrossim, a imposição de corpos perfeitos para a mulher, nesse mercado consumidor cruel e perverso, escravizador das mulheres e deturpador do direito ao corpo como ele é, em sua natureza, em desrespeito a identidade feminina:

apresenta o corpo feminino como exposto e espetacularizado, tornando-se objeto de desejo e convivendo com as exigências estéticas que afirmam que um corpo só se torna bonito quando está em movimento, ou seja, as mulheres precisam buscar a todo custo um corpo escultural, corpo este baseado nos padrões midiáticos consumidos pela maior parte da população. (...) **Essas exigências atribuídas a mulher sobre seu corpo e seus modos de vida, são baseadas em construções e desejos exclusivamente criados em uma sociedade patriarcal**, ou seja, pode-se inferir que, em sua maioria, tais exigências servirão para suprir uma demanda masculina de desejo - grifos nossos (Barros; Machado; Biá; Guerreiro, 2020, p. 17004).

A generalidade das mulheres paga um **alto preço** pela objetificação do corpo feminino pela sociedade arraigadamente machista. A mulher não é um objeto desprovido de capacidade seja produtiva, intelectual ou criativa, tendo como destino apenas o entretenimento masculino e instrumentalidade na família, na atividade produtiva, decisória e intelectual de um país.

O corpo da mulher compõe a integridade humana, sendo um dos seus pilares, é decorrência do direito à vida. É preciso proteger o corpo dessa mulher, dessarte é sagrado e intangível, inalienável, irrenunciável e absoluto. É preciso cristalizar esse valor na consciência social, principalmente, na própria consciência feminina, que é aquela que pode fazer algo para uma transformação cultural profunda e real no âmbito social.

A independência financeira da mulher é outro ponto fundamental atrelado a sua individualidade, permite uma lógica diferente no ambiente familiar, quando aquela consegue compatibilizar profissão e família, atribuindo-lhe poder, o que não é novidade para ninguém, já que autonomia é poder, em especial, a econômica, que a permite suprir a própria subsistência. À mulher deve ser viabilizado, “*efetivamente*”, o trabalho externo. É supostamente impossível ocupar dois espaços simultaneamente, é mister um ajustamento e um programa para que isso se torne possível, desonerando a mulher do papel afetivo em primazia no lar e possibilitando-lhe um papel social, incurso por meio de um trajeto profissional.

As tendências misóginas parecem decrescer à medida que diminui a dependência objetiva. A autonomia financeira traz poder não só a mulher, mas a qualquer indivíduo, e se irradia contundentemente no lar, no papel conjugal, principalmente, elevando-a à categoria de provedora. Na sociedade capitalista, isso tem enorme peso social, e por consequência, familiar também, já que uma esfera irradia na outra e vice-versa.

Mulheres auferem menor salário, dispõem de menos tempo para dedicação ao trabalho e a eventos que impulsionem a carreira, têm jornada dobrada, triplicada e até quadruplicada, ainda, considerando as trabalhadoras informais, estas não dispõem de garantias trabalhistas.

O retorno ao trabalho para aquelas que se afastam do mercado em razão da maternidade e conjugalidade é em muito destoante da condição anterior, da plena atividade. É inquestionável o prejuízo sofrido em razão do referido afastamento, provavelmente irrecuperável, e diante disso identifica-se uma assimetria entre direito e realidade. O homem permanecerá em trânsito e a evolução é certa, apenas pelo fato de prosseguir nas mesmas condições de outrora.

A pensão alimentícia às mulheres que se separam ou divorciam tem a função de prover apenas a subsistência, não costuma amortecer a queda do padrão de vida do parceiro mais vulnerável. Compreende-se que os alimentos naturais são devidos aos ex-cônjuges ou companheiros; e os alimentos civis aos filhos, preservando o padrão de vida anterior à ruptura a estes tão somente.

Há prazo assinalado para se inserirem no mercado laboral, período no qual são devidos os alimentos naturais. O fundamento dominante é que a pensão à ex-conjuge ou companheira não pode servir de estímulo ao ócio

nem enriquecimento indevido de quem a recebe. O STJ, no REsp 933.355⁵, firmou entendimento de que a modalidade pensionatória deve ser excepcional, cabível apenas quando impossível a produção de renda independente, como em casos de debilidade física ou mental, se deve se extinguir no prazo determinado, exceto se perece a incapacidade laboral. Nessa toada, desprestigia-se os serviços domésticos e afetivos da mulher que se sacrificou em detrimento da família, deixando sua evolução, realização e bem-estar em prol de filhos, maridos e agregados.

Em 2010, mais da metade das mulheres que deixaram seus ofícios definitivamente, fizeram-no para se dedicar com exclusividade à família. Há ainda as mulheres que temem pelo divórcio em razão da dependência financeira e se submetem à violência doméstica, numa relação degradante.

Os alimentos compensatórios aparecem como possível via para mitigar a abrupta mudança no padrão socioeconômico da mulher no divórcio ou separação. Cremos que esses sim, constituam-se em balanceadores da dissolução da conjugalidade, assim como compreende Ligia L. Oliveira (Oliveira, 2015, p. 98).

Aspecto fundamental na individualidade da mulher é a preservação da integridade do seu psiquismo, sua própria estrutura enquanto sujeito. Augusto Arruda esclarece:

A integridade psíquica é conhecida no ramo da psicanálise como estrutura do sujeito. Tal estrutura tem sua construção ao logo da existência humana, e possui características anímicas que predis põem a pessoa a relacionar-se afetivamente, profissionalmente, desenvolver talentos artísticos e lúcidos na convivência com seus semelhantes. Referido bem individual, à sua maneira, tem por objetivo buscar a efetivação de seus prazeres, ou seja, da felicidade. Assim, os valores morais, princípios éticos ou religiosos, a capacidade afetiva emocional, o autoconceito, a autoimagem, o respeito próprio ou sentimento de autoestima são componentes da integridade psíquica da pessoa e constituem um complexo de bens ideais que, somados, determinam o caráter e a personalidade do indivíduo, que o caracterizam como um ser humano único (Arruda, 1999, p. 25).

A integridade psíquica da mulher é liberdade que a permite expressar-se conforme suas características, seu modo de sentir e relacionar-se no seu meio, construção que ocorre ao longo do tempo, temperada de valores que lhes são próprios. É a possibilidade de existir, sem nulificação, com afastamento da malfadada invisibilidade.

A vida humana é constituída por valores imateriais, além dos materiais. A CF, art. 221, IV, revela importância à moral como valor ético-social da

5 STJ. 3ªT, REsp 933.355, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.04.2008; 3ªT, Resp 1.205.408, Min. Nancy Andrighi, 21.06.2011.

pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação. A moral individual é indenizável, art. 5º, V e X, e sintetiza a honra, bom nome, boa fama, reputação, sem a qual o indivíduo se reduz à condição de animal (Silva, 2015, p. 203).

Examinada a preservação da mulher sob o aspecto individual, ressaltando-se o corpo, o patrimônio e sua integridade moral e psíquica, enfrentemos a discussão do papel do Estado na proteção da família, em específico, pautado na condição da mulher.

A identidade da mulher e o papel do estado na família

Sem dúvida, a emancipação da mulher decorre dos valores encetados na sociedade brasileira pela Constituição Federal de 1988, como a substituição da cultura do patriarcado pelo incentivo à emancipação de todos os membros da família, tendo por base a elevação da pessoa humana.

A família é célula social e o desenvolvimento de cada um de seus membros, reflete na sociedade em que se vive. A importância de sua proteção é imprescindível para a manutenção de sociedade hígida, preza pelo bem-estar de seus membros. O Estado deve intervir para garantir os valores constitucionais e dessa forma atingir seu desiderato, qual seja, a harmônica coexistência entre seus membros e a satisfação do mínimo existencial para todos.

Hodiernamente, a emancipação da mulher dá lugar a um processo de dignificação da família, que como formação social constitui parcela fundamental da sociedade, quicá a mais importante. Insta pontuar, que esta dita família não existe para concretizar os interesses do Estado, mas sim do próprio indivíduo e, por consequência, da sociedade.

Tem sido comum as mulheres, vítimas de violência doméstica, serem revitimizadas no judiciário, que procurado para dirimir lesões em seus direitos, reincidem os ataques, mas dessa vez, nas pessoas de advogados, promotores e juízes. Oportuno citar o voto do revisor Francisco Batista de Abreu, do TJ/MG, na Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, em que a requerente, exposta nas redes sociais pelo ex-namorado, pleiteou indenização por danos morais. Embora tenha sido indenizada, o julgador minorou o *quantum*, conforme requereu o réu, a partir do seguinte argumento: “A postura da autora, entretanto, fragiliza o conceito genérico de moral, o que pôde ter sido, nesse sentido, avaliado pelo réu. Concorreu ela de forma positiva e preponderante (para a publicação de fotos). O pudor é relevante e esteve longe.”⁶

Há muitos acertos e conquistas femininas e isso tem sido uma constante, como varas especializadas para demandas judiciais, delegacias da mulher, bem como incentivo a grupos de apoio à mulher. Inobstante, observa-se que é preciso capacitar agentes públicos envolvidos com a matéria, para que pos-

6 TJ/MG. Ap. Cív. 1.0701.09.250262-7/001, voto do revisor Francisco Batista de Abreu, Rel. José Marcos Vieira, j. 11.06.2014.

sam prestar serviço condizente com a função que exercem.

Observa-se a carência de programas sociais, redes de apoio e políticas públicas para ajustar a mulher no mercado de trabalho, é sumamente importante a implantação de estratégias para permanência de crianças e adolescentes em creches e escolas em **período integral**, num período de 10 (dez) a 12 (doze) horas em convívio educacional sob a direção do Estado brasileiro, nas pessoas de seus entes políticos, para que as mães possam trabalhar com tranquilidade, sem malabarismos rotineiros para permanecerem empregadas. Além do que, a sociedade tanto brasileira como a de inúmeros países, está envelhecendo, mas sem a contrapartida da presença de jovens, já que as mulheres por força de obstáculos intransponíveis estão abandonando o projeto da maternidade, o que implicará em problemas sociais gravíssimos.

A representatividade por mulheres no Legislativo é ainda insuficiente, leis efetivas como a Lei Maria da Penha, devem ser criadas e discutidas no sentido de assegurar reais oportunidades em condições de maior isonomia entre os membros da família, preservando e assegurando efetivamente direitos à mulher, em casa, no trabalho e em sua individualidade.

Embora as lutas femininas tenham frutificado enormemente nas últimas décadas, ainda há importantes passos a serem dados e a presença do Estado em todas as suas esferas de atuação é imprescindível para garantir e efetivar os direitos dessas pessoas capazes, cheias de vida, dotadas de ingente vontade de fazer e de criar uma sociedade melhor.

Conclusão

A identidade da mulher foi sufocada através dos tempos e foi marcada por insistentes tentativas de mantê-la invisível, descredenciando um ser humano integral em sua força criativa, produtiva e intelectual. A identidade é um direito de todo ser humano, um direito intangível, inegociável, inalienável, e assim deve ser tratado também quando se fala em mulher.

Na família, a mulher, desoladamente, carrega ainda a cultura da figura acessória, voltada singularmente para o desenvolvimento do grupo familiar em que se insere, e historicamente foi-lhe atribuída a responsabilidade dos afazeres domésticos e cuidado com filhos, maridos e companheiros, idosos e enfermos. Urge que a sociedade se repositone “de fato”, de forma a aceitar a mulher em sua integridade, ao lado do homem, nem acima e nem abaixo.

A preservação da identidade feminina envolve principalmente o conceito de autonomia e, nisso, mencionamos o respeito ao corpo; à aquisição e manutenção de patrimônio, que acontece pelo trabalho e desenvolvimento profissional; e especialmente pela higidez e integridade psíquica e moral da mulher.

O Estado deve cumprir seu papel de protetor da família, por meio de ações efetivas direcionadas inclusive à mulher, permitindo e viabilizando o

trabalho livre de obstáculos básicos como local seguro para permanência de filhos, durante o período de ausência; suporte médico, hospitalar e assistencial para mulheres e meninas grávidas, vítimas de violência doméstica, de estupro, maus-tratos, agressões e ameaças; aparelhamento e capacitação do judiciário e administração pública para orientar e assegurar direitos humanos às mulheres, que reclamem a prestação de serviço público; e por fim, criar políticas básicas para assegurar direitos mínimos-existenciais.

O Estado deve, ainda, repensar seriamente a política de assistência à maternidade para garantir a presença de jovens na sociedade futura, visto que a perspectiva de envelhecimento não acompanha a previsão de força jovem para as próximas décadas. Observa-se grandes problemas ocorrendo em diversos países em função desse envelhecimento, como Japão, por exemplo.

Os direitos existenciais da mulher apresentam-se vigentes no plano apenas ideológico. O normatizado não é o praticado, sendo assim, a construção de uma sociedade livre e justa depende de muitos aspectos, dentre eles, a efetividade para direitos essenciais femininos.

O grande desafio do século para essa mulher que se levanta fortemente na sociedade brasileira encontra-se na percepção da sua própria existência como ser humano, o que de fato propulsionaria uma efetiva transformação cultural e social, pelas mãos da própria mulher, considerando que esta mesma mulher, e somente ela, é a que cria filhos e os educa para gerar um novo mundo ou repetir as desordens de séculos.

Referências

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. **Dano moral puro ou psíquico**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

BARROS, Eloísa A. de; MACHADO, Layâna M. A.; BLÁ, Mayara G. de S.; GUERREIRO, Rafaela A. A mulher como produto de satisfação masculina na pornografia: uma análise histórico-social. *REVES - Revista Relações Sociais*, v. 3, n. 4, 2020, p. 17001/17014.

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris A. O direito à identidade pessoal no Brasil. *Saber Humano*, v. 8, n. 13, p. 65-87, RS, jul/dez 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 35 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

KORTE, Paulo Thomas. **Direito, casamento e amor: o casamento, um caminho para encontrar o absoluto**. São Paulo: Noeses, 2017.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A dignidade humana em Pico della Mirandola. **Revista da Universidade Federal de Pelotas**, RS, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. v. 5. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução

de Elaine Cristine Sartorelli. Belo Horizonte: Âyiné, 2021.

OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. **(Com)formação da(s) identidade(s) da mulher no direito das famílias contemporâneo**: perspectivas feministas sobre o individual e o relacional em família. 2015. 141f. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**. Tradução de Ivone F. M. Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

TUTELA COLETIVA: O EQUILÍBRIO ENTRE A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Patricia Miranda Pizzol

PUC-SP. Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Autora de artigos e livros. Advogada

Gilson Delgado Miranda

PUC-SP. Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da PUC-SP. Autor de artigos e livros. Desembargador do TJSP

Resumo:

Pretende-se, no presente artigo, analisar a utilização das medidas de apoio e sub-rogação no processo coletivo para efetivação de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos e de eventual necessidade de limitação ao seu uso mediante o sopesamento de princípios e valores constitucionalmente garantidos. A ação coletiva é instrumento capaz de tutelar de modo efetivo e adequado os direitos da coletividade (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Porém, para que o resultado do processo coletivo seja útil, gerando isonomia, segurança jurídica, ampliação do acesso à justiça e racionalização do trabalho do Judiciário, é necessário que o sistema processual ofereça meios eficazes para que as decisões proferidas no processo coletivo sejam efetivadas na prática, com a realização do direito da coletividade lesada, dentro de um prazo razoável (prestação jurisdicional que atenda às expectativas daqueles que tenham sofrido lesão ou ameaça de lesão, tempestivamente). Nesse contexto, a lei atribui ao juiz poder para exercer a jurisdição no sentido da pacificação social com justiça, o que abrange a efetivação das decisões. O exercício adequado dos poderes-deveres pelo juiz tem o condão de assegurar uma prestação jurisdicional qualificada - justa, adequada e útil. É bom lembrar, contudo, que os poderes do juiz não podem ser ilimitados, sob pena de levarem a arbitrariedades, o que impõe a observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, da motivação, da publicidade, da razoabilidade.

Palavras-chave: Ação coletiva; Direitos Humanos; Efetividade; Medidas Típicas e atípicas.

O exercício da Jurisdição e a necessária observância aos princípios constitucionais

Tendo em vista que o processo não é apenas um instrumento técnico, devendo ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal (art. 1º do CPC), antes de tratarmos dos poderes do juiz, é importante tecer algumas considerações acerca das normas fundamentais do processo civil (arts. 1º a 12 do CPC). São normas que demonstram a preocupação do legislador com o Direito Constitucional. Muito embora as normas processuais devam ser elaboradas e interpretadas em conformidade com a Constituição Federal, independentemente de previsão na legislação infraconstitucional, a inserção no CPC de um capítulo inicial relativo às normas fundamentais é algo extremamente saudável.

Trata-se de normas que determinam o “parâmetro hermenêutico” do sistema processual (Arruda Alvim, 2016, item 1.1). São “eixos normativos que orientam a interpretação, a aplicação e a estruturação do processo”, são a “densificação infraconstitucional do processo justo” (Marinoni et al, 2018).

O Código de Processo Civil de 2015 adota expressamente o chamado “modelo constitucional de processo”. Nesse contexto, o diploma processual, no capítulo das normas fundamentais, reproduz os princípios constitucionais do processo (arts. 3º, 4º, 7º, 9º e 10), bem como destaca a possibilidade de opção pela arbitragem e pelos meios de solução consensual dos conflitos de interesses (art. 3º), o princípio da eficiência (arts. 8º e 4º), os deveres daqueles que participam do processo de agir com boa-fé e cooperação (arts. 5º e 6º), a vedação à decisão surpresa (arts. 9º e 10), a necessidade de uma solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 8º) etc.

Quanto ao dever de boa-fé, trata-se de uma evolução da boa-fé objetiva do direito civil para o direito processual, que abrange a proibição do *venire contra factum proprium*, do abuso de poderes processuais e da *supressio* (Arruda Alvim, 2016, item 1.8). No que tange ao dever de cooperação, é importante afirmar que a cooperação e a solidariedade processuais têm raiz na boa-fé e trabalham em prol da decisão justa e efetiva no caso concreto, consistindo no dever de não criar incidentes sem utilidade, para tumultuar a posição da outra parte. Embora os deveres de boa-fé e cooperação já pudessem ser extraídos do CPC de 1973, como afirmam Nelson Nery e Rosa Nery, “a regra de boa conduta mais explícita, além dos dispositivos que tratam dos deveres das partes e da sua responsabilidade por dano processual” (Nery e Nery, 2018, art. 5º), reforça a adoção de um modelo cooperativo de processo (princípio da colaboração processual). Assim, ultrapassar os limites impostos

pelas regras do CPC, arts. 5º e 8º, caracteriza abuso do direito processual e, constatado o abuso, caberá ao juiz a responsabilização da parte que abusou, conforme arts. 79 e 81 do CPC.

Pode-se afirmar que o ambiente processual, informado pela boa-fé e pela cooperação, cria nas partes e interessados “justas expectativas em relação a determinados comportamentos, evitando surpresas ou armadilhas processuais” (Arruda Alvim, 2016, item 1.7). Isso somado ao efetivo contraditório (o CPC prestigia o contraditório, permitindo que as partes participem efetivamente do processo e da formação da decisão) e à necessidade de motivação, também destacada no CPC (especialmente no art. 489, §1º) permitem que os poderes do juiz sejam exercidos de forma adequada, viabilizando o cumprimento do devido processo legal.

Os poderes do juiz

Poder pode ser conceituado, num sentido sociológico, como a capacidade de alguém realizar a sua vontade mesmo diante da resistência de outra pessoa; ainda, pode ser conceituado como autoridade, soberania, império (Garner, 1999, p. 1.189). Poder do juiz, por sua vez, pode ser entendido como a aptidão ou capacidade do Estado-Juiz para decidir imperativamente e impor as suas decisões. O juiz, como representante do Estado, investido do Poder Estatal (jurisdição), atua no sentido de promover a paz social pela eliminação dos conflitos de interesses.

O Estado-Juiz, para cumprir sua missão constitucional de dizer o direito e realizá-lo na prática, deve praticar uma série de atos. Tais atos, praticados no processo de conhecimento e na execução, se revestem das características da jurisdição (substitutividade, imperatividade, definitividade, imparcialidade). Os poderes-deveres atribuídos ao juiz o impelem à prática desses atos necessários ao exercício da função jurisdicional. No dizer de Dinamarco, a síntese dos poderes-deveres do Estado-Juiz reside no binômio dirigir e tutelar. Jurisdição, como se vê, é atividade, função e poder do Estado (Dinamarco, 2002, p. 229).

É importante registrar que houve uma intensificação dos poderes do juiz, no sentido de promover o acesso efetivo à justiça, na “transição do liberalismo individualista para o Estado social de Direito”, como afirma Barbosa Moreira. Nas palavras do autor, o juiz não pode, considerada a função social do processo, comportar-se como um observador distante e impassível da luta entre as partes, como um mero fiscal da atuação das partes, para, ao final do processo, declarar o vencedor. Registre-se, contudo, que tais poderes devem ser limitados, para que haja um equilíbrio e sejam evitadas arbitrariedades. A doutrina aponta uma aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, no que tange aos poderes do juiz (Barbosa Moreira, 1985, p. 145).

Os poderes do juiz podem ser classificados como administrativos (ou

de polícia) e jurisdicionais. Os poderes jurisdicionais são classificados em poderes-meios (ordinatórios ou de direção e instrutórios) e poderes-fins (decisórios e de execução) (Araújo Cintra et al, 1999, p. 294).

Quanto aos poderes administrativos, vale dizer que, embora as partes sejam antagônicas, no processo, elas devem sempre agir com urbanidade e respeito. Assim, cabe ao juiz, na direção do processo, atuar no sentido de manter a ordem e o decoro, evitando tumultos, impedindo comportamentos inconvenientes e tratamentos inadequados entre aqueles que participam do processo, podendo, inclusive, requisitar, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais, no exercício do seu poder de polícia (art. 139, VII, do CPC). Nesse contexto, vale mencionar alguns dispositivos que traduzem poderes administrativos do juiz - art, 78 (é vedado o uso de expressões ofensivas nos escritos apresentados em juízo), art. 360 (o juiz exerce o poder de polícia na audiência, incumbindo-lhe manter a ordem e o decoro na audiência, ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente, tratar com urbanidade as partes os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública qualquer pessoa que participe do processo etc), art, 361, par. único etc.

Quanto aos poderes de direção do processo, vale mencionar o artigo 139 do CPC, que, em seus incisos, indica que juiz deve dirigir o processo, com as incumbências de: assegurar às partes igualdade de tratamento; velar pela duração razoável do processo; prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; dilatar s prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Com relação aos poderes instrutórios, prevê o art. 370 do CPC que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Assim, pode o juiz determinar a produção de provas não requeridas pelas partes, desde que elas se mostrem necessárias à elucidação dos fatos afirmados em juízo e, portanto, ao julgamento da causa. A matéria será examinada no último item, relativo aos poderes instrutórios e a imparcialidade do juiz.

Quanto aos poderes de decisão, vale lembrar que o juiz pratica, no pro-

cesso, atos reais ou materiais (como a inquirição da parte ou da testemunha, a realização de inspeção judicial etc.) e profere pronunciamentos. Os pronunciamentos do juiz estão conceituados no art. 203 do CPC e consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. A sentença é conceituada a partir de dois critérios - finalidade e conteúdo. Assim, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução; decisão interlocutória, por exclusão, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença; despachos são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

Analisaremos os poderes do juiz no processo de conhecimento e na execução.

Quanto ao processo de conhecimento, é importante tecer alguns comentários sobre a sentença, tendo em vista que se trata do ato final do processo (ou fase cognitiva do procedimento), que contém a prestação jurisdicional do Estado-Juiz (embora ela também possa constar de decisão interlocutória de mérito, como veremos adiante). Pode-se afirmar que ela tem natureza híbrida, sendo ato de inteligência e ato de vontade. Vale lembrar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual não pode o juiz se abster de julgar em razão de lacuna ou obscuridade na lei (art. 140 do CPC). Também não pode o juiz deixar de julgar porque a prova foi insuficiente sobre o seu convencimento, cabendo-lhe, em tal hipótese, aplicar a regra de distribuição do ônus da prova (art. 373, caput, do CPC - não autor cabe provar o fato constitutivo do direito e ao réu o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor), julgando desfavoravelmente à parte que tinha o ônus (subjetivo) da prova e não se desincumbiu dele (trata-se do chamado ônus objetivo da prova). Aliás, quanto a ônus da prova, salienta-se que o juiz pode distribuir de modo diverso o ônus da prova, desde que presentes os requisitos do artigo 373, § 1º, do CPC (impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário), por decisão fundamentada, dando à parte oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Ainda, registre-se que o juiz deve julgar de acordo com os limites do pedido, não podendo proferir sentença *ultra*, *extra* ou *citra* *petita*, conforme arts. 141 e 492 do CPC). Ademais, o juiz, ao elaborar a sentença, deve observar os requisitos instrumentais e essenciais (são elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e dispositivo), sob pena de a sentença restar viciada de nulidade absoluta ou inexistência. Ainda com relação à sentença, vale registrar que, em regra, ela será proferida após a instrução da causa, na audiência de instrução e julgamento (ou fora dela), porém, pode ocorrer a extinção do processo com ou em resolução do mérito (art. 354 do CPC) ou o julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC). Ainda, vale lembrar

que o que se espera é a prestação jurisdicional plena, com a prolação de sentença de mérito; logo, e o juiz verificar algum vício processual sanável, deverá ele dar oportunidade à parte para corrigi-lo, para que o processo possa prosseguir e o mérito possa ser julgado (art. 317 do CPC).

Quanto às decisões interlocutórias, vale destacar a decisão de saneamento e organização do processo (art. 359 do CPC), a decisão de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356), a decisão de extinção parcial do processo, com ou sem resolução do mérito (art. 354, par. único), a decisão concessiva de tutela provisória, que pode ser de urgência ou de evidência (arts. 294 e seguintes), entre outras.

Ainda, em relação aos poderes do juiz no processo de conhecimento, vale destacar que o juiz tem o poder de tentar, a todo momento, obter a solução consensual do conflito. Ressalte-se que o CPC de 2015 prestigia a solução consensual, referindo-se expressamente à conciliação e à mediação no art. 3º, que trata do direito de ação, bem como disciplinando a atuação dos conciliadores e mediadores (arts. 165 a 175 do CPC). Além disso, o art. 334 prevê a realização de audiência de conciliação ou mediação no início do processo.

Quanto aos poderes do juiz na execução, vale destacar o art. 774 do CPC, que indica os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça. A lei apresenta um rol de condutas comissivas e omissivas do executado que podem prejudicar e, em muitos casos, inviabilizar a satisfação da pretensão do exequente, comprometendo, portanto, exercício da própria atividade jurisdicional pelo Estado. Como exemplo, temos a conduta que frauda a execução, que dificulta ou embaraça a realização da penhora, que resiste injustificadamente às ordens judiciais, entre outras. Assim, como as partes têm o dever de agir com lealdade na execução, o juiz tem o poder-dever de impedir a prática de atos desleais, fazendo com que o processo dê a parte que tem um direito, nas palavras de Chiovenda, exatamente aquilo que ela tem direito de obter. Para coibir a prática de tais atos, a lei prevê a imposição de sanção pecuniária ao executado (art. 774, par. único). Além disso, pode o juiz se valer de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias necessárias ao cumprimento das ordens judiciais, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV, do CPC).

Ressalte-se que, tais medidas podem ser usadas nos processos de conhecimento e de execução (fundada em título judicial ou extrajudicial). Ainda, vale lembrar que nos dois tipos de processos pode o juiz condenar a parte por litigância de má-fé (arts. 80 e 81) e impor sanção pela prática dos atos descritos no art. 77 do CPC.

Medidas necessárias ao cumprimento das ordens judiciais

O CPC, no art. 139, IV, prevê que o juiz, na condução do processo,

pode se valer das medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial, provisória ou definitiva, qualquer que seja o tipo de prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia).

O dispositivo em questão refere-se ao chamado poder geral de efetivação, que permite ao juiz a utilização de quaisquer medidas que se mostrem necessárias ao cumprimento das decisões judiciais. Tais medidas se destinam à efetivação dos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo e são fundamentais para que o processo possa cumprir a sua função de pacificação social, porém devem ser usadas com bastante cautela e responsabilidade.

A lei não apresenta um rol de medidas que podem ser utilizadas para esse fim, cabendo ao julgador identificar a medida que se mostre, no caso concreto, necessária, adequada, suficiente, proporcional e razoável.

A questão da identificação da medida correta para cada situação concreta é bastante tormentosa. Como equilibrar a condição do credor que busca a realização do seu direito (lembrando que a execução se realiza em benefício do exequente, conforme art. 797) e a do devedor que não pode, por meio dos atos executivos, ter a sua dignidade violada (de acordo com o art. 805 do CPC, a execução deve se dar do modo menos gravoso para o executado)? Quais são os limites que a CF impõe a tais medidas? Parece-nos que o problema se resolve com a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente, da isonomia, da dignidade humana, do contraditório e ampla defesa e da motivação. Desse modo, é necessário que a medida utilizada seja proporcional, suficiente, razoável, em observância aos princípios da isonomia e da dignidade humana (arts. 1º, III, 3º, 5º, caput e I, da CF, arts. 4º, 7º, 8º do CPC); que as partes sejam efetivamente ouvidas, isto é que haja o chamado contraditório participativo (art. 5º, LV, da CF, arts. 7º, 9º, 10 do CPC); que a decisão que traduz a obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar seja devidamente fundamentada, assim como aquela que impõe a medida necessária ao cumprimento da ordem (arts. 5º, LIV e 93, IX, da CF, art. 489, II e §1º, do CPC).

Assim, para que não haja arbitrariedades por parte do juiz, é necessário que seja observado o devido processo legal, com os seus consectários, especialmente os princípios da isonomia, da dignidade humana, do contraditório e ampla defesa e da motivação, proporcionalidade.

Dentre as principais medidas utilizadas para o cumprimento das decisões judiciais, podemos destacar a multa e outras medidas de apoio ou sub-rogação empregadas especialmente nos casos de obrigação de fazer, não fazer, ou entregar coisa (mas que podem ser usadas também no caso de obrigação pecuniária, conforme expressamente previsto no art. 139, IV, do CPC).

Registre-se que o juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da decisão concessiva da tutela provisória (arts. 297,

139, IV, 536 do CPC), sendo aplicáveis as normas referentes ao cumprimento provisório, no que couber (arts. 520, 521 do CPC).

É preciso examinar algumas das medidas utilizadas, na prática, para a efetivação das decisões judiciais, com destaque para a multa coercitiva, que se mostra bastante útil para a efetivação da tutela provisória e da sentença que condenam em obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. A multa está disciplinada nos arts. 536, caput e §1º, 537, caput e §§ 1º, 2º, 3º, e 4º, 538, § 3º, 497, 500, todos do CPC.

Assim, em relação à multa, vale destacar: sua natureza é coercitiva; pode ser imposta de ofício ou a requerimento da parte; é fixada sem prejuízo da indenização; deve ser fixada em valor suficiente e compatível, com prazo razoável para cumprimento do preceito; pode ser aplicada na fase de conhecimento (para cumprimento da tutela provisória ou da sentença) ou na execução; será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão incidindo enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado; pode ser cobrada independentemente do trânsito em julgado, pelo procedimento do cumprimento de sentença que condena em obrigação de pagar, aplicando-se as regras do cumprimento provisório; pode ser alterado seu valor, bem como a sua periodicidade de ofício ou a requerimento, se tiver se tornado excessiva ou insuficiente ou se o obrigado demonstrar cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (quanto à alteração do valor, isso só é possível em relação à multa vincenda não atingindo a multa vencida); seu destinatário é a parte e não o Estado.

Além da multa, podem ser utilizadas outras medidas de apoio ou de caráter satisfativo para que a obrigação seja efetivamente cumprida. As medidas, que podem ser indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (art. 139, IV, do CPC), podem ser determinadas de ofício ou a requerimento da parte. A finalidade de tais medidas pode ser, portanto, tentar induzir ou compelir o devedor ao cumprimento da decisão ou satisfazer desde logo a pretensão do credor, mediante a substituição da vontade do devedor. Podem ter, portanto, natureza coercitiva ou satisfativa. Elas estão disciplinadas nos arts. 536, caput e §§ 1º, 2º, 3º, e 4º, 538, §3º, todos do CPC, sendo seu rol exemplificativo. Como exemplos, podemos mencionar busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, podendo requisitar força policial, nomeação de interventor ou administrador.

Pensemos em uma situação concreta em que tais medidas possam ser bastante úteis e efetivas. Imaginemos que uma empresa coloque no mercado de consumo determinado produto que ponha em risco a saúde e a segurança dos consumidores (um veículo com defeito no sistema de frenagem). Se um dos legitimados dos artigos 82 do CDC e 5º da LACP promover ação coletiva visando à retirada do veículo do mercado, bem como à condenação do

fornecedor à substituição da peça defeituosa ou do próprio veículo caso não seja possível a substituição da peça, poderá o juiz, presentes os requisitos legais, conceder tutela específica antecipada, determinando a retirada do veículo do mercado, além da substituição da peça defeituosa, em determinado prazo, sob pena de multa diária. Não sendo cumprida a decisão no prazo fixado pelo juiz, poderá ele se valer das medidas de apoio ou sub-rogação, como, por exemplo, a nomeação de administrador a fim de que ele cumpra a medida, retirando do mercado o produto e providenciando a substituição das peças defeituosas ou do próprio veículo ou o impedimento de atividade da empresa até que os produtos sejam retirados do mercado de consumo ou, ainda, a determinação de busca e apreensão de veículos que não apresentem defeito no freio e entrega aos consumidores lesados. Acrescente-se que, ainda que o juiz não conceda a tutela específica antecipada, se, ao final, ele proferir sentença de procedência, todas as medidas referidas poderão ser usadas. São, portanto, muitas as medidas de apoio ou sub-rogação que podem ser utilizadas pelo julgador para viabilizar o cumprimento da tutela provisória e da sentença.

Os dispositivos mencionados, que disciplinam as referidas medidas, constam da parte do CPC que trata das obrigações de fazer não fazer ou entregar coisa, mas, como já vimos, o art. 139, IV, do Código atribui ao juiz o chamado poder geral de execução (direta ou indireta), que se aplica também em relação à obrigação de pagar quantia (“ações que tenham por objeto prestação pecuniária”).

Algumas medidas usadas em certas decisões judiciais têm gerado polêmica, como a retenção de passaporte e a suspensão da CNH, com a finalidade de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. O STJ, há algum tempo, vem decidindo no sentido de que as medidas devem ser necessárias, lógicas e proporcionais e a decisão que as determina fundamentada e sujeita ao contraditório, com demonstração da excepcionalidade do instrumento adotado.

De fato, “o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja

necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica (...). A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência”. Desse modo, “a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento” (STJ, RHC 97876/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

O STF, mais recentemente, decidiu sobre o tema ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.941, proposta pelo Partido dos Trabalhadores em 2018, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015.

O julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade ocorreu em fevereiro de 2023, em controle concentrado de constitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Relator Luiz Fux, reconhecido a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Entenderam os julgadores pela validade das medidas coercitivas atípicas para obrigações pecuniárias, tais como, apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e de passaporte, ressaltando, contudo, a necessidade de aplicação concreta dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o quanto já havia sido decidido no Superior Tribunal de Justiça, o qual en-

tendeu pelo caráter subsidiário das medidas atípicas, as quais devem ser analisadas caso a caso pelo magistrado: “Medidas atípicas previstas no Código de Processo Civil conducentes à efetivação dos julgados são constitucionais, respeitados os artigos 1º, 8º e 805 do ordenamento processual e os direitos fundamentais da pessoa humana” (Pleno, rel. Ministro Luiz Fux, j. 09.02.23).

Assim, conforme fundamentou o STF:

“1.O acesso à justiça reclama tutela judicial tempestiva, específica e efetiva sob o ângulo da sua realização prática. 2. A morosidade e inefetividade das decisões judiciais são lesivas à toda a sociedade, porquanto, para além dos efeitos diretos sobre as partes do processo, são repartidos pela coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. 3. A efetividade e celeridade das decisões judiciais constitui uma das linhas mestras do processo civil contemporâneo, como se infere da inclusão, no texto constitucional, da garantia expressa da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, após a Emenda Constitucional nº 45/2004) e da positivação, pelo Novo Código de Processo Civil, do direito das partes ‘de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa’. 4. A execução ou satisfação daquilo que devido representa verdadeiro gargalo na prestação jurisdicional brasileira, mercê de os estímulos gerados pela legislação não terem logrado suplantar o cenário prevalente, marcado pela desconformidade geral e pela busca por medidas protelatórias e subterfúgios que permitem ao devedor se evadir de suas obrigações. 5. Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’ (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal. 6. A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da fatíspecie - o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade. 7. A significação de um mandamento normativo é alcançada quando se agrega, à filtragem constitucional, a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional - do contrário, de nada aproveitaria a edição de códigos, microsistemas, leis interpretativas, meta-normas e cláusulas gerais. Essa assertiva assume ainda maior relevância diante do Direito codificado: o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço sistematizador inerente à elaboração de um código, mercê de se exigir do Legislador

a repetição, ad nauseam, de preceitos normativos já explanados em títulos, capítulos e seções anteriores. 8. A correção da proporcionalidade das medidas executivas impostas pelo Poder Judiciário reside no sistema recursal consagrado pelo NCPC. 9. A flexibilização da tipicidade dos meios executivos visa a dar concreção à dimensão dialética do processo, porquanto o dever de buscar efetividade e razoável duração do processo é imputável não apenas ao Estado-juiz, mas, igualmente, às partes. 10. O Poder Judiciário deve gozar de instrumentos de enforcement e accountability do comportamento esperado das partes, evitando que situações anti-jurídicas sejam perpetuadas a despeito da existência de ordens judiciais e em razão da violação dos deveres de cooperação e boa-fé das partes - o que não se confunde com a punição a devedores que não detêm meios de adimplir suas obrigações. 11. A variabilidade e dinamicidade dos cenários com os quais as Cortes podem se deparar (e.g. tutelas ao meio ambiente, à probidade administrativa, à dignidade do credor que demanda prestação essencial à sua subsistência, ao erário e patrimônio públicos), torna impossível dizer, a priori, qual o valor jurídico a ter precedência, de modo que se impõe estabelecer o emprego do raciocínio ponderativo para verificar, no caso concreto, o escopo e a proporcionalidade da medida executiva, vis-à-vis a liberdade e autonomia da parte devedora. 12. In casu, o argumento da eventual possibilidade teórica de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, é imprestável a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, máxime porque a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito apenas ficará clara à luz das peculiaridades e provas existentes nos autos. 13. A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores payoffs apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário. 14. A efetividade no cumprimento das ordens judiciais, destarte, não serve apenas para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas incentiva, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases pro-

cessuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios. 15. In casu, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional”.

A ação coletiva para a tutela de direitos da coletividade vs a proteção dos direitos do executado

A ação coletiva é um instrumento processual voltado à proteção dos direitos da coletividade (Pizzol, 2019, p. 74), sendo fundamental a existência de meios para que a prestação jurisdicional seja plena e efetiva. Nesse contexto, as medidas analisadas no item anterior são indispensáveis para que o processo coletivo cumpra a sua função. De que adianta a obtenção de sentença favorável no processo coletivo se há grandes (às vezes, insuperáveis) obstáculos à execução da sentença? Conforme dispõe o artigo 4º do CPC, as partes têm direito de obter em prazo razoável solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Nesse contexto, a lei atribui ao juiz poder para exercer a jurisdição no sentido da pacificação social com justiça, o que abrange a efetivação das decisões. O art. 139, IV, do CPC intensificou os poderes do juiz ao permitir a utilização das medidas analisadas no caso de obrigação pecuniária. Essa “potenciação” dos poderes do juiz, que se coaduna com a função social do processo, se justifica pela necessidade de garantia do acesso efetivo à justiça e da duração razoável do processo, corolários do devido processo legal.

Porém o cumprimento das decisões proferidas no processo coletivo não pode se dar a todo custo, com a utilização de medidas que não sejam razoáveis e proporcionais para a obtenção do resultado pretendido e sem comprometer as garantias processuais. O exercício adequado dos poderes-deveres pelo juiz tem o condão de assegurar uma prestação jurisdicional qualificada - justa, adequada e útil. É bom lembrar, contudo, que os poderes do juiz não podem ser ilimitados, sob pena de levarem a arbitrariedades. Para dar o necessário equilíbrio (entre o exercício dos poderes do juiz e os direitos fundamentais) impõe-se a observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, da motivação, da publicidade, da razoabilidade.

Desse modo, entendemos que, sendo as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias à efetivação da decisão proferida no processo coletivo, seja ela provisória ou definitiva, elas devem ser utilizadas pelo julgador. É necessário, porém, que em qualquer situação, seja o processo individual ou coletivo, sejam observados os princípios do devido

processo legal (com todos os seus corolários, como contraditório e ampla defesa, motivação, publicidade etc.), da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade humana. Em outras palavras, a busca de efetividade jurisdicional não pode se distanciar dos ditames constitucionais, não pode ser utilizada como motivo para decisões arbitrárias e solipsistas, que restrinjam direitos fundamentais de forma não razoável. Ressalte-se que, no processo coletivo, o julgador, ao fazer o balanceamento dos valores em jogo, deverá levar em consideração a existência de direitos da coletividade, muitas vezes indisponíveis, o que pode justificar a utilização de tais medidas. Em síntese, as medidas previstas no artigo 139, IV, do CPC, especialmente os meios atípicos na execução de obrigação de pagar quantia, podem ser empregados no processo coletivo, mas o juiz deve escolher medida que seja necessária, suficiente e proporcional ao objetivo almejado, para que a imposição de tais medidas não implique a violação aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 44, n. 1/2, p. 179-212, 2003.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 15ª ed., 1999.

ARRUDA ALVIM. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. Revista de Processo n. 37, janeiro-março de 1985.

BAUR, Fritz. **O papel ativo do juiz**. Revista de processo, n. 27, julho-setembro de 1982, p. 186-199.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2ª Ed. Bologna: Il Mulino, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 3.

GARNER, Bryan A. **Blacks Law Dictionary**. 7ª Ed. St Paul: West Group, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado**. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MORTES SOB CUSTÓDIA PRISIONAL NO BRASIL: COMPREENSÃO DAS VIOLAÇÕES À LUZ DOS ENTENDIMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mariana Morais Zambom

Doutoranda e Mestra na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com apoio das bolsas Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa da FGV e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo

Resumo:

Esta pesquisa propõe-se a compreender os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) acerca da responsabilidade do Estado perante as pessoas em privação de liberdade, bem como refletir sobre como tais determinações ajudam a identificar e encontrar caminhos para superar as violações de direitos humanos observadas no respeito à vida e à integridade de pessoas presas e de suas famílias em casos de morte sob custódia prisional no Brasil. Trata-se de uma pesquisa qualitativa que mobiliza, como estratégia metodológica, a análise documental de: i) decisões da CorteIDH reunidas no Caderno de Jurisprudência, cuja temática é a situação das pessoas em privação de liberdade (CorteIDH, 2022); e ii) dados produzidos em uma pesquisa coletiva financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, que estão reunidos no relatório “Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública” (Machado; Vasconcelos, 2023). Os entendimentos da CorteIDH sobre a temática iluminam caminhos de enfrentamento às violações de direitos humanos em contextos de letalidade prisional a partir de medidas que busquem estabelecer ações estatais condizentes com a sua posição de garante da pessoa presa e, em casos de morte, atitudes alinhadas com a responsabilidade estatal de buscar elucidar as circunstâncias do óbito, responsabilizar os envolvidos, além de preservar a integridade de familiares em todo o processo.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Mortes sob custódia prisional; Encarceramento; Violação de Direitos Humanos; Agentes estatais.

Introdução

A prisão tem sido a pena de referência no sistema de justiça criminal brasileiro. Em comparação com os demais países, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo (WPB, 2021). No ano de 2022, o país passou a reunir 832.295 pessoas privadas de liberdade cumprindo pena no sistema penitenciário ou em custódia das polícias, com um crescimento de 0,9% em relação ao ano anterior. Os dados permitem mapear o perfil das pessoas em privação de liberdade: jovens, entre 18 e 29 anos (43,1%), e negras (68,2%) (FBSP, 2023, p. 309). Em relação aos óbitos na prisão, os números em 2022 apontam para 2.453 mortes (FBSP, 2023, p. 286). Esse número, no entanto, pode não representar a totalidade das mortes na prisão no período, uma vez que se trata de um dado proveniente do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen) e pesquisas já realizadas identificaram indícios de subnotificação de óbitos nessa base de dados (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 289).

Esses dados, atrelados ao que é rotineiramente encontrado nas prisões, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como um “estado de coisas inconstitucional” (Brasil, 2016), indicam problemas de diversas ordens relacionados à concepção de punição e ao modo como a pena de prisão está sendo aplicada. Ainda que muitas pesquisas brasileiras se dediquem ao estudo das prisões, Luiz Chies e Bruno Almeida (2019, p. 86) apontam que ainda é pouco enfrentada a questão penitenciária relacionada às mortes sob custódia prisional. A pandemia, contudo, oportunizou uma visibilização das condições precárias de vida em prisão, o que tem intensificado os esforços analíticos voltados à sua compreensão.

A recente pesquisa, da qual participei, intitulada “Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública”, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e coordenada pelas professoras Maíra Machado e Natália Vasconcelos (2023), consiste em um recente esforço de compreender a letalidade prisional, novo conceito formulado na tentativa de enquadrar o fenômeno. Esse conceito nomeia “o conjunto de eventos e riscos para a saúde que estão associados à exposição à vida prisional e os elementos que afetam e condicionam estes eventos e riscos, como as práticas institucionais de agentes e organizações do sistema de justiça criminal”. Entendido em um sentido amplo, tal conceito compreende tanto as mortes que ocorrem no interior das unidades, quanto aquelas que podem estar relacionadas à passagem anterior por instituições de privação de liberdade (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 18).

A pesquisa constatou a gravidade da situação em suas diversas dimensões, indicando questões e ilegalidades da gestão da morte, além de apontar para problemas comuns relacionados à comunicação e ao registro dos óbitos, à garantia de direitos à pessoa custodiada e familiares, bem como à

produção de dados estatísticos de mortes nesse contexto (Machado; Vasconcelos, 2023).

Diante desse cenário, a presente pesquisa propõe-se a compreender os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adiante, CorteIDH) no tocante à responsabilidade do Estado na gestão da pena privativa de liberdade, bem como refletir sobre como tais determinações ajudam a identificar e encontrar caminhos para superar as violações de direitos humanos observadas no respeito à vida e à integridade da pessoa presa em casos de morte sob custódia prisional no Brasil. Isso porque os entendimentos da CorteIDH constituem suporte relevante para a visibilização e compreensão das violações nas prisões brasileiras, apontando caminhos para a responsabilização dos agentes envolvidos na reprodução dessas violações.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa que mobiliza, como estratégia metodológica, a análise documental de: i) decisões da CorteIDH reunidas no Caderno de Jurisprudência destinado à situação das pessoas presas (CorteIDH, 2022a); e ii) dados produzidos coletivamente e publicados no relatório “Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública” (Machado; Vasconcelos, 2023).

Este artigo está dividido em três seções, além da introdução e das considerações finais. Na próxima seção, serão descritos alguns resultados alcançados na pesquisa coletiva sobre letalidade prisional. A partir dos dados produzidos, busca-se identificar os principais problemas da dinâmica prisional, relacionados às causas da morte e ao modo como representantes do Estado (atores envolvidos na gestão da sanção e/ou na investigação dos óbitos) agiram no contexto de mortes sob custódia. Em seguida, serão discutidas algumas decisões proferidas pela CorteIDH, a fim de entender quais são os entendimentos adotados em relação às responsabilidades do Estado frente às pessoas em privação de liberdade, bem como quais ações os agentes estatais envolvidos no cumprimento da pena privativa de liberdade devem adotar quando uma pessoa falece sob a sua custódia. Por fim, será feita uma reflexão que busca articular dados sobre a letalidade prisional no Brasil relacionados aos problemas tanto de gestão da sanção, quanto de gestão da morte sob custódia prisional, com os entendimentos da CorteIDH discutidos em seção própria. Com isso, pretende-se compreender como os entendimentos da CorteIDH iluminam caminhos para o enfrentamento das violações de direitos humanos por meio da responsabilidade de agentes estatais em casos de mortes sob custódia prisional.

Letalidade prisional no Brasil: dados sobre as pessoas que faleceram durante o cumprimento da pena privativa de liberdade

O cenário mapeado pela pesquisa coletiva que se debruçou sobre todos os estados da federação para compreender a letalidade prisional no Bra-

sil permite construir um retrato dos diferentes níveis de violações sofridas pelas pessoas em privação de liberdade e suas/seus familiares. Os principais dados discutidos neste trabalho são provenientes, particularmente, de três estratégias metodológicas adotadas na pesquisa: i) um conjunto de estudos de caso que “reconstroem as condições de morte e o contexto socioinstitucional que compõe a letalidade prisional”; ii) a análise de processos judiciais, provenientes de todos os estados da federação e que foram arquivados pela extinção da punibilidade diante da morte do agente (artigo 107, I, Código Penal¹). Foram analisados os autos completos com o objetivo de “extrair o mais amplo conjunto de informações possíveis sobre quem morre, como morre e, ainda, sobre a atuação do sistema de justiça diante das mortes”; e iii) análise e discussão das diferentes formas de construção das categorias relacionadas à morte e da alimentação dos bancos de dados no sistema de saúde, administração pública e no sistema de justiça, a fim de “escrutinar os modos de produção e de intercâmbio interinstitucional de informação sobre a mortalidade e sua associação à exposição prisional” (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 19).

Nos estudos de caso, foram verificadas “mortes por definhamento” (Mallart; Braud, 2022): homens doentes e extremamente debilitados não foram colocados em outros regimes ou outras formas de monitoramento que permitissem a saída imediata do cárcere, vindo a falecer.

Pedro, diagnosticado com tuberculose um mês após a sua prisão, teve o seu pedido de transferência de presídio negado, cuja motivação havia sido favorecer o seu contato com a família e o acompanhamento em seu tratamento de saúde. Ainda que estivesse muito doente, com sintomas de falta de ar e crises de tosse severas, foi determinado que ele “deveria permanecer ao menos um ano em cumprimento de pena para que pudesse ser transferido”. Constatando que Pedro não conseguia se alimentar e nem respirar adequadamente, não tendo forças sequer para permanecer sentado, os familiares solicitaram à diretora de saúde da unidade o encaminhamento para a Santa Casa de Avaré. No entanto, a diretora afirmou que a medida não era necessária, sob a justificativa de que Pedro estava sendo bem tratado e que o visitava diariamente - informação questionada pela constatação, durante visita dos pais, de que o filho não estava tomando nenhuma medicação e nem conhecia a diretora de saúde. A condição de Pedro agravou-se a tal ponto - dedos dos pés necrosando, feridas no corpo, desidratação, caquexia etc. - que ele foi hospitalizado e faleceu três dias depois, com 20 anos e 25kg mais magro, menos de dois anos após a entrada no sistema prisional. Na certidão de óbito, a causa da morte foi indicada como “indefinida” (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 55-58).

Leonardo também faleceu, aos 30 anos, devido a um agravamento no seu quadro de tuberculose e foi encontrado “definhando” na cela menos de

1 “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente [...]” (Código Penal).

um mês antes de morrer, com um “dreno pulmonar aberto” que perfurava o seu peito enquanto aguardava encaminhamento para um cirurgião torácico. No período de sua morte, estava havendo intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) sobre a unidade prisional na qual ele cumpria pena, motivada por uma petição apresentada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que, dentre os diversos problemas identificados, anexou um documento informando sobre os números de óbitos na penitenciária que apontavam para “uma verdadeira escalada de mortes na unidade” (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 100).

Já no caso de Leandro, ele apresentava queixas de não conseguir dormir, mas teve a sua condição de saúde negada ao ser-lhe aplicado castigo de isolamento “preventivo” durante sete dias na “cela de tortura” por desobedecer a prescrições médicas, ao ter ingerido mais pílulas do que o indicado para conseguir dormir. A resposta da administração prisional foi a imputação de falta disciplinar, conduzindo uma pessoa doente a condições de castigo degradantes, marcadas pela falta de água, de sol e comida racionada, celas insalubres, violências físicas e psíquicas às pessoas presas (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 79-80). Tal medida se repetiu em outros momentos, mas que não foram registrados no processo e só puderam ser acessadas depois, por seu pai, na busca por respostas e justiça. Leandro faleceu aos 38 anos, um ano e oito meses após a sua prisão e 11 horas após a sua transferência a uma unidade de saúde fora dos muros do cárcere. Embora seu pai tivesse sido informado de sua morte pelos agentes da unidade prisional como decorrente da Covid-19, o exame de detecção de carga viral realizado após a morte resultou negativo. Sua morte foi registrada na declaração de óbito como “morte a esclarecer”, mas nunca foi esclarecida (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 72).

Essas narrativas encontram respaldo nos dados produzidos a partir da análise dos processos judiciais catalogados como “morte interna” à unidade prisional, ou seja, de pessoas cumprindo pena privativa de liberdade em regimes fechado e semiaberto ou submetidas à medida de segurança, dentro dos limites físicos da prisão ou em unidades de saúde e veículos de transporte. O perfil das pessoas que faleceram é marcado por homens, pardos, autônomos ou desempregados, quase metade deixaram um ou mais filhos e filhas, com renda próxima ao salário mínimo nos poucos casos em que foi possível acessar essa informação, fazendo supor tratar-se de pessoas pertencentes à classe E. Além disso, a prisão era anterior à condenação em 17% dos casos e, em sua maioria (41%), já havia uma condenação, mas sem o trânsito em julgado (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 184). Vale destacar, no entanto, que as informações aqui descritas apresentaram elevado número de casos em que não foi possível acessar esses dados por meio da análise dos processos judiciais.

Destaca-se a média de tempo de vida dessas pessoas (36 anos e 6 me-

ses), o que contrasta com “a expectativa de vida geral da população brasileira, que alcançou 77 anos em 2022, e deixa nítida a urgência de que o cárcere seja pensado, também, como questão de saúde pública” (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 172).

Em relação ao local dos óbitos, em sua maioria (38,6%), ocorreram em unidades de saúde (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 183), destacando-se o elevado número de mortes por asfixia mecânica, estrangulamento ou sufocação indireta (15%), quantidade muito superior às agressões por sufocamento no Brasil, que representam 0,11% das mortes totais no país (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 214).

Por fim, sobre a gestão do óbito, é possível observar a média elevada de tempo para a informação sobre a morte chegar ao processo judicial (3 meses). Em relação à atuação dos atores do sistema de justiça criminal após a comunicação do óbito, os dados indicam um elevado número de casos de morte interna em que não é possível saber se a morte ocasionou a abertura de investigação sobre as suas circunstâncias (70,43%) ou se foi realizado algum exame pericial, como o exame necroscópico (79,05%). Há, portanto, um “fluxo de arquivamento dos processos após o evento morte que não passa, necessariamente, pela compreensão das circunstâncias em que ocorreu o óbito” (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 236). Até em casos de “causa indefinida”, isso não provocou uma atuação de buscar vias de apuração e de responsabilização por essa morte. Além disso, antes da morte registrada nos processos, há poucas informações sobre conflitos preexistentes, inspeções e condições de vida nas prisões, bem como a existência ou não de comorbidades prévias e obtidas durante o encarceramento (ausência em 73,68% nos casos de mortes internas) (Machado; Vasconcelos, 2023, p. 160). Esse panorama evidencia os problemas relacionados à prisão enquanto espaço de “produção da morte”.

Entendimentos da CorteIDH sobre a condição de garante do Estado frente às pessoas em privação de liberdade

A CorteIDH constitui, junto com a CIDH, os órgãos principais de monitoramento do SIDH. Trata-se de uma instituição judicial autônoma instituída pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e que possui competência para interpretá-la “em casos contenciosos e em opiniões consultivas, desde que os Estados tenham ratificado a CADH e aceitado a competência jurisdicional obrigatória da Corte” (Youssef, 2021, p. 66). O SIDH, a partir da década de 1990, influenciou o processo de internalização entre os sistemas jurídicos de vários países da América Latina, de modo que diversos países aceitaram a jurisdição da CorteIDH, o que levou a uma aplicação gradual da sua jurisprudência em territórios nacionais. Esse processo de incorporação da lei internacional de direitos humanos em nível nacional

levou a importantes mudanças institucionais (Abramovich, 2009, p. 7).

No caso do Brasil, o processo de integração ao SIDH apresenta dois marcos temporais: em 1992, a CADH foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678/1992 e, em 1998, houve o reconhecimento da jurisdição contenciosa da CorteIDH, por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998.

A análise das decisões proferidas pela CorteIDH cuja temática envolve questões relacionadas às pessoas em privação de liberdade revelou entendimentos fundamentais que auxiliam na compreensão dos problemas atrelados ao que foi exposto na seção anterior sobre a letalidade prisional no Brasil.

A CorteIDH estabelece que o Estado assume uma posição de garante dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, uma vez que as autoridades penitenciárias exercem forte controle sobre quem está sob o seu poder de custódia. No caso *Hernández Vs. Argentina* (CorteIDH, 2019, §56), essa relação é caracterizada pela intensidade particular com que o Estado pode regular seus direitos e obrigações e pelas circunstâncias da prisão, onde as pessoas presas são impedidas de satisfazerem, por conta própria, uma série de necessidades básicas essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna.

Como desdobramentos dessa posição de garante, a CorteIDH determinou no caso *Fleury y otros vs. Haití*, por exemplo, que o Estado deve assumir uma série de responsabilidades e tomar diversas iniciativas para garantir às pessoas presas as condições necessárias que contribuam para o gozo efetivo dos direitos que, em nenhuma circunstância, podem ser restringidos ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, portanto, não é admissível. Segundo a CorteIDH, o não cumprimento desses direitos pode resultar em uma violação da proibição absoluta de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (CorteIDH, 2011, §84). Por isso, em *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil*, a CorteIDH determinou que o Estado é responsável pela observância e preservação dos direitos à vida e à integridade física de todas as pessoas sob sua custódia (CorteIDH, 2002).

Embora o Estado tenha o direito e a obrigação de garantir a segurança dessas pessoas e manter a ordem pública, no caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, a CorteIDH estabeleceu que o seu poder não é ilimitado, uma vez que tem o dever de aplicar procedimentos conforme a lei e respeitosos dos direitos fundamentais, de qualquer indivíduo dentro de sua jurisdição. Também há o entendimento de que o Estado deve prevenir situações que possam levar, por ação ou omissão, à supressão da inviolabilidade do direito à vida (CorteIDH, 2003, §111).

Outra derivação dessa condição presente no caso *Díaz Peña vs. Venezuela* refere-se ao direito à saúde: há um dever do Estado de salvaguardar a saúde e o bem-estar das pessoas presas, proporcionando-lhes, entre outras

coisas, a assistência médica necessária, e garantindo que a forma e o método de privação da liberdade não excedam o nível inevitável de sofrimento inerente à prisão. A CorteIDH considerou que as más condições físicas e sanitárias dos locais de detenção podem por si só violar o artigo 5 da Convenção Americana², dependendo da intensidade, duração e das características pessoais da pessoa presa, já que podem causar sofrimento com uma intensidade que supera o inevitável limite de sofrimento que a prisão acarreta, além de provocarem sentimentos de humilhação e inferioridade. Por isso, a CorteIDH determinou que os Estados não podem invocar a privação econômica para justificar condições de detenção que não atendam aos padrões internacionais mínimos e não respeitem a dignidade da pessoa humana (CorteID, 2012, §135).

De acordo com a Opinião Consultiva OC-29, de 2022³, não se pode ignorar a seletividade do sistema penal, já que a maioria de quem é submetido a penas privativas de liberdade é homem, jovem, com “condições socioeconômicas precárias” e com “baixo nível de escolaridade”. Essa constatação encontra respaldo nos dados fornecidos pela pesquisa coletiva sobre o perfil das pessoas presas que faleceram no Brasil. Em relação às mulheres, o documento aponta que há estudos que mostram que muitas delas têm um “histórico de vitimização anterior e são chefes de família, de modo que, antes da detenção, eram as únicas responsáveis pela responsabilidade financeira de suas tarefas domésticas e de cuidado”. Diante disso, a falta de garantia de certas condições mínimas na prisão coloca as pessoas privadas de liberdade em uma “situação de vulnerabilidade”, na medida em que elas “não podem acessá-las por seus próprios meios e, no caso de pessoas que vêm de contextos de pobreza, elas também não podem ser fornecidas por seus parentes, o que agrava as condições de detenção” (Corte IDH, 2022b).

Em relação à violência dentro dos presídios, a CorteIDH determina que o Estado deve garantir que as medidas de segurança adotadas incluam o treinamento adequado dos agentes penitenciários que prestam segurança na prisão e a eficácia de tais mecanismos para prevenir a violência intraprisional, como ocorreu no *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil* (CorteIDH, 2014a, §16). Diante disso, na Opinião Consultiva OC-29/22, foi estabelecida uma série de recomendações relacionadas à gestão penitenciária, incluindo assegurar: (i) o estabelecimento de canais de comunicação entre administração, funcionários/as e pessoas presas; (ii) o treinamento inicial e, em seguida, periódico de funcionários/as sobre os regulamentos nacionais e internacionais relativos à prevenção da tortura; (iii) uma estratégia de comunicação sobre a prevenção da tortura; (iv) uma estratégia de comu-

2 Artigo 5, CADH. “Direito à Integridade Pessoal. 5.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

3 O documento consiste em um parecer consultivo sobre o tema “Enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade”.

nicação sobre as realizações do sistema prisional, que informe a opinião pública sobre o serviço prestado por funcionários/as penitenciários/as; (v) o monitoramento e a fiscalização, por órgãos independentes, da conformidade das condições de vida em prisão com as normas nacionais e internacionais; (vi) o fornecimento de recursos adequados e suficientes à administração penitenciária, entre outras (Corte IDH, 2022b).

A CorteIDH também apresenta entendimentos sobre pessoas que têm a sua condição de saúde alterada ou que acabam falecendo. Nos casos *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (CorteIDH, 2003) e *Espinoza González vs. Perú* (CorteIDH, 2014b), por exemplo, ela determinou que o Estado tem a obrigação de fornecer uma explicação imediata, satisfatória e convincente sobre o que aconteceu e de refutar as alegações de sua responsabilidade, por meio de provas válidas, uma vez que, em sua capacidade de garantidor, o Estado tem tanto a responsabilidade de garantir os direitos do indivíduo sob sua custódia, quanto o dever de fornecer as informações e provas relacionadas ao destino da pessoa presa. Por isso, a CorteIDH considera que a falta de explicação implica a presunção de responsabilidade do Estado pelas lesões apresentadas por uma pessoa que esteve sob custódia de agentes estatais ou pelas mortes ocorridas de pessoas privadas de liberdade.

Essa mesma presunção também é aplicável às situações de desaparecimento forçado, isto é, quando uma pessoa desaparece sob a custódia do Estado, nas quais o Estado é objetivamente responsável pela vida, integridade e segurança da pessoa e quando a última informação que se tinha da pessoa era a de que se encontrava sob custódia estatal. Assim, independentemente das responsabilidades individuais que correspondem a determinar às autoridades no âmbito de suas respectivas competências, a CorteIDH entendeu, no caso *Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*, por exemplo, ser possível que as modalidades de desaparecimento forçado por omissão sejam configuradas no âmbito da responsabilidade internacional do Estado, devido à participação por omissão de agentes estatais que deveriam ter assegurado a garantia de seus direitos, independentemente de haver também provas de participação direta ou outras formas de anuência com os fatos. Também nesses casos, o Estado tem a obrigação de realizar uma investigação séria e diligente a fim de fornecer explicações sobre o que aconteceu com a pessoa. A CorteIDH considera que a falta de esclarecimento dos fatos por parte do Estado é um elemento suficiente e razoável para valorar as provas e indícios que apontam para o cometimento de um desaparecimento forçado e que ocorreu quando a pessoa se encontrava sob a custódia do Estado (CorteIDH, 2018, §89-95).

Por fim, destaca-se o entendimento da CorteIDH discutido em alguns casos como em *Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela* sobre a condição de vítima das/os familiares de pessoas presas que faleceram sob a custódia do Estado, já que circunstâncias específicas dos casos permitem constatar que o direito a um tratamento humano de familiares foi violado devido ao sofri-

mento como resultado das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus entes e às ações subsequentes das autoridades estatais em resposta aos fatos. Essa violação da integridade pessoal de familiares, segundo a CorteIDH, pode ser presumida em algumas circunstâncias (CorteIDH, 2020, §130-131).

No *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, a CorteIDH entendeu que houve violação do direito à integridade psíquica e moral de familiares imediatos de dois homens que foram presos, sofreram maus tratos e torturas durante a detenção e morreram uma hora após a prisão, com a veiculação de uma narrativa oficial na qual se sustentou que ambos teriam morrido em um contexto de “confronto com elementos subversivos”. Esse conjunto de elementos foi visto como causador de sofrimento e sentimento de impotência perante as autoridades estatais, motivo pelo qual os/as familiares foram considerados vítimas de tratamento cruel, desumano e degradante, em violação ao artigo 5, da CADH (CorteIDH, 2004a, §118, tradução nossa).

Outros fatores, mencionados pela CorteIDH em casos como a do “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguay (CorteIDH, 2004b) e *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (CorteIDH, 2006), como causadores de sofrimento em familiares das pessoas presas que faleceram foram a necessidade de descobrir o paradeiro dessas pessoas após a notícia da morte, realizando buscas em hospitais e necrotérios, sem receber a devida atenção nesses estabelecimentos estatais, o que agravou o sofrimento e configurou uma violação do direito à integridade pessoal dos/as familiares.

Como as decisões da CorteIDH iluminam problemas do encarceramento brasileiro relacionados à letalidade prisional

O olhar para os entendimentos da CorteIDH sobre as responsabilidades inerentes do Estado em relação às pessoas que se encontram sob a sua custódia, recaindo sobre ele o dever de adotar todas as iniciativas necessárias à observância e preservação da vida e da integridade física das pessoas presas, evidenciam a gravidade dos dados descritos sobre a letalidade prisional no Brasil.

Destaca-se o entendimento da CorteIDH sobre o dever do Estado de garantir o direito à saúde às pessoas presas. Os estudos de caso da pesquisa coletiva evidenciaram mortes decorrentes de quadros de doença avançados, no qual os homens foram mantidos presos sem receber tratamento de saúde adequado e sem assistência médica nas unidades prisionais. No caso de Pedro, até mesmo a diretora de saúde não se mobilizou para tentar salvar a vida dele e, no caso de Leandro, a resposta da administração penitenciária foi aplicar castigos diante de uma situação grave de saúde.

Diante disso, é possível observar uma atuação muito deficitária em termos de garantia de direitos às pessoas presas por parte dos atores do sis-

tema de justiça criminal e penitenciário, desde funcionários/as que atuam diretamente nas unidades prisionais - como policiais penais e diretores/as de saúde - até aqueles/as que apresentam um papel fundamental nas decisões que serão tomadas ao longo do cumprimento da pena privativa de liberdade, como o Judiciário, o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

Por isso, as recomendações da Opinião Consultiva OC-29 sobre o corpo de funcionários/as nas unidades prisionais são fundamentais para permitir uma melhor comunicação sobre o que está ocorrendo dentro da prisão, um treinamento que impeça funcionários/as de atuarem de forma a reproduzir ações de tortura e permita o amplo acesso ao que está ocorrendo intramuros, com o devido monitoramento e fiscalização.

Especificamente em relação às ações estatais necessárias após a ocorrência de morte, os dados sobre letalidade prisional no Brasil indicam que estão longe de seguirem os deveres necessários. A obrigação de fornecer uma explicação imediata, satisfatória e convincente sobre o que aconteceu não está sendo praticado. Conforme descrito, os estudos de caso apontam para causas de morte descritas como “indefinida” e “a esclarecer”, não fornecendo respostas às famílias que permitam elucidar as causas dos óbitos. Há uma negligência em muitos níveis, desde a demora para a informação sobre a morte ser inserida ao processo, até a ausência de informação sobre se o Estado realizou perícia e deu início a alguma investigação sobre os óbitos de pessoas sob a sua custódia.

Essa realidade provoca um sofrimento ainda maior nas famílias, que não têm acesso às causas da morte de seus entes e permanecem, em muitos casos, sem respostas. Por isso, é fundamental o entendimento da CorteIDH de que devem ser tratadas também como vítimas, já que enfrentam uma série de sofrimentos decorrentes tanto da perda do/a familiar que estava preso/a, quanto das circunstâncias particulares de violações que enfrentaram, marcadas pela negligência do Estado e pelo tratamento repleto de violências quando em contato com os agentes estatais: por exemplo, na busca pelo corpo em hospitais e necrotérios, nas negativas de fornecimento de informações, nas narrativas oficiais que não correspondem à realidade dos fatos e nas informações vivenciadas e acessadas pelas famílias, de busca por justiça, o que representa uma violação da integridade pessoal (psíquica, moral etc.) dessas/es familiares.

Considerações finais

A presente pesquisa buscou compreender os entendimentos da CorteIDH no tocante à responsabilidade do Estado na gestão da pena privativa de liberdade, a fim de refletir sobre como tais determinações ajudam a identificar e iluminar caminhos para superar as violações de direitos humanos observadas no respeito à vida e à integridade da pessoa presa em casos de

letalidade prisional no Brasil.

Para isso, o estudo articulou os entendimentos da CorteIDH presentes em decisões envolvendo a situação das pessoas presas com os dados produzidos na pesquisa coletiva sobre letalidade prisional financiada pelo CNJ, que indicaram problemas recorrentes na gestão da sanção e da morte nas unidades prisionais em todos os estados da federação. Essa articulação evidenciou a gravidade da situação vivenciada no Brasil, marcada por negligência estatal com as pessoas presas, falta de investigação quando as pessoas falecem, ausência de comprometimento em fornecer respostas às/aos familiares sobre o que ocorreu e sobre as reais causas da morte, bem como o descaso com as dificuldades e barreiras enfrentadas pelas famílias nas buscas por respostas, responsabilização estatal e reparação diante das mortes de seus entes.

A posição de garante dos direitos humanos assumida pelo Estado em relação às pessoas privadas de liberdade acarreta um nível de responsabilidade elevado para com a garantia da vida e da integridade física dessas pessoas e de suas famílias. Por isso, é exigida uma ação responsiva do Estado quando alguém falece sob a sua custódia, determinando a realização de investigação e perícia para elucidar as causas do óbito e as circunstâncias nas quais ele se deu, além de fornecer apoio às famílias e acompanhamento em todo o processo de busca pelo corpo e enterro, garantindo o direito à reparação, à justiça e à verdade diante do falecimento e das violações sofridas.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system. **SUR - International Journal on Human Rights**, v. 6, n. 11, p. 7-37, dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2016.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. **Rev. Cien. Soc.**, Montevideo, v. 32, n. 45, p. 67-90, 2019.

CorteIDH. **Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil**. Resolução de 29 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_02.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil**. Resolução de 22 de maio de 2014a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. Sentença de 8 de julho de 2004a. Serie C No. 110. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=215. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**. 25 de novembro de

2006. Serie C No. 160. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso Díaz Peña Vs. Venezuela**. Sentença 22 de junho de 2012. Serie C No. 244. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf. Acesso em: 07 mai. 2023.

CorteIDH. **Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú**. Sentença 20 de novembro de 2014b. Serie C No. 289. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf. Acesso em: 07 mai. 2023.

CorteIDH. **Caso Fleury y otros Vs. Haití**. Sentença de 23 de novembro de 2011. Serie C No. 236. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso Hernández Vs. Argentina**. Sentença de 22 de novembro de 2019. Serie C No. 395. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso “Instituto de Reeducação del Menor” Vs. Paraguay**. Sentença de 02 de setembro de 2004b. Serie C No. 112. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia**. Sentença de 20 de novembro de 2018. Serie C No. 363. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_363_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras**. Sentença de 07 de junho de 2003. Serie C No. 99. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela**. Sentença de 18 de novembro de 2020. Serie C No. 417. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_417_ing.pdf. Acesso em: 01 nov. 2023.

CorteIDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 9: personas privadas de libertad**. San José, C.R: CorteIDH, 2022a. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39020>. Acesso em: 07 mai. 2023.

CorteIDH. **Opinião Consultiva OC-29/22**. Abordagens diferenciadas em relação a determinados grupos de pessoas privadas de liberdade, 30 de maio de 2022b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acesso em: 07 mai. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.

MACHADO, Máira Machado; VASCONCELOS, Natália Pires de (coords.). **Letalidade prisional: uma questão de justiça e de saúde pública**. Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa Insper; Colaboração Fundação Getúlio Vargas. Brasília: CNJ, 2023.

MALLART, Fábio; BRAUD, Paula Pagliari de. Perda de objeto: as prisões e o siste-

ma de justiça criminal em tempos de pandemia. **Cad. Ibero Am. Direito Sanit.**, v. 11, n. 2, p. 14-35, 2022.

WORLD PRISON BRIEF - WPB. **World Prison Population List**. 13 ed., 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 07 mai. 2023.

YOUSSEF, Surrailly Fernandes. **Interseccionalidade e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Um caminho possível para promover os direitos humanos das mulheres? Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Agradecimentos

Este texto é parte do projeto de doutorado em desenvolvimento, com o apoio da bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa da Fundação Getulio Vargas e que recebe fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo FAPESP nº 2023/04022-0), a quem a autora agradece o apoio recebido. As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade da autora e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.

O SENTIDO DE “CASA” NOS DEBATES SOBRE PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: O QUE APRENDEMOS ATÉ AQUI?

Carolina Costa Ferreira

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília

Ana Gabriela Mendes Braga

Universidade Estadual Paulista. Doutora e Mestra em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo

Resumo:

O objetivo do presente trabalho é fazer um breve balanço analítico acerca de uma década de aplicação da prisão domiciliar para mães no contexto prisional brasileiro. De início, pensamos como esse instituto ganhou a marca de gênero, na medida em que as domiciliares são aplicadas pelo sistema de justiça e apontadas pela literatura como alternativa, por excelência, das mães presas. Depois, mapeamos os impactos do HC nº 143.641 na produção acadêmica, especialmente a concentração de pesquisas em análise de decisões e expectativas sobre o Poder Judiciário. Em seguida, tendo as conquistas legais e jurisprudenciais como pano de fundo, nos perguntamos “qual é o limite do precedente?” em relação à aplicação da alternativa à prisão nas instâncias inferiores, Tribunais, STJ e STF. Tratamos ainda das relações entre liberdade provisória, prisão domiciliar e políticas públicas no sistema de justiça. Fechamos o texto propondo uma agenda de pesquisa que parta do arcabouço acadêmico e político conquistado até aqui para que a temática avance do ponto de vista analítico e histórico. Os resultados serão relevantes para que novas agendas de pesquisa sejam traçadas em relação aos desafios institucionais no reforço da proteção integral à primeira infância no Brasil.

Palavras-chave: Execução penal; Prisão domiciliar; Proteção à primeira infância; Perspectiva de gênero.

Introdução

A prisão domiciliar tem passado, nos últimos anos, por diversas alterações em sua conceituação e previsões legais no Brasil. A discussão se inicia

com a aprovação da Lei nº 12.403/2011, que altera o art. 318 do Código de Processo Penal para incluir a possibilidade de prisão domiciliar a mulheres gestantes a partir do sétimo mês de gravidez ou em gestação de risco (Brasil, 2011), culminando com a aprovação do “Marco Legal da Primeira Infância” (Lei nº 13.257/2016), o julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal (2018) e as alterações promovidas pela Lei nº 13.769/2018. Ao longo de um pouco mais de uma década de alterações legislativas e de um importante precedente, o instituto da prisão domiciliar aplicado a mulheres gestantes e mães tem sido objeto de diferentes pesquisas, decisões judiciais e debates acadêmicos. A partir destes achados de pesquisa, o presente trabalho pretende contribuir para o aprimoramento dos debates em torno do que já foi reunido de acúmulo a respeito da execução da prisão domiciliar: se o objetivo de sua concessão é a permanência dos cuidados com crianças de até 12 anos, como a impossibilidade de sair de sua casa pode permitir a uma mãe que exerça plenamente tais cuidados? As redes de proteção social que atuam em conjunto com o sistema de justiça se preocupam com tais circunstâncias? Juízes e juízas, quando proferem decisões de concessão de prisão domiciliar, atentam-se à necessidade de cuidado que tal medida impõe às próprias mulheres? Como se pode definir o que é “casa” no contexto de uma maternagem que exige cuidados com saúde, educação e lazer, respeitando o próprio sentido de proteção integral fundamentado no art. 227 da Constituição Federal? O que é “domicílio” e o que é “proteção à primeira infância”, neste contexto em que a prisão é elemento central de disputa? Quais podem ser as reflexões sobre a defesa de direitos humanos de mulheres e crianças em prisão domiciliar no Brasil? A perspectiva de gênero tem sido um critério de análise de estudos e decisões judiciais sobre o tema? O que aprendemos até aqui e em que precisamos aprimorar as práticas?

O objetivo do presente trabalho é fazer um breve balanço analítico acerca de uma década de aplicação da prisão domiciliar para mães no contexto prisional brasileiro, para que possamos expandir as possibilidades teóricas e empíricas para responder às perguntas enunciadas acima. De início, pensamos como esse instituto ganhou a marca de gênero, na medida em que as domiciliares são aplicadas pelo sistema de justiça e apontadas pela literatura como alternativa por excelência das mães presas, em especial, quando se discute o cabimento ou não da prisão preventiva. Depois, mapeamos os impactos do HC nº 143.641 na produção acadêmica, especialmente a concentração de pesquisa em: análise de decisões e expectativas sobre o cumprimento deste precedente (ou não) pelo Poder Judiciário. Em seguida, tendo as conquistas legais e jurisprudenciais como pano de fundo, nos perguntamos “qual é o limite do precedente?” em relação à aplicação da alternativa à prisão nas instâncias inferiores, Tribunais, STJ e STF. Tratamos ainda das relações entre liberdade provisória, prisão domiciliar e políticas públicas no

sistema de justiça. Fechamos o texto, propondo uma agenda de pesquisa que parta do arcabouço acadêmico e político conquistado até aqui para que a temática avance do ponto de vista analítico e histórico. Os resultados serão relevantes para que novas agendas de pesquisa sejam traçadas em relação aos desafios institucionais no reforço da proteção integral à primeira infância no Brasil.

A metodologia empregada será a da revisão sistemática de literatura, com o objetivo de encontrar ganhos e vazios nos debates em torno da prisão domiciliar para mulheres com filhos de até 12 anos de idade ou com deficiência e mulheres gestantes. Também será importante mapear estudos sobre como o Poder Judiciário brasileiro aplicou tais regras durante a pandemia de COVID-19 (2020-2023) e como tem sido o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a prisão domiciliar, tanto no contexto da prisão provisória (em substituição à prisão preventiva) quanto à prisão-pena (possibilidades de cumprimento da pena em domiciliar e eventuais reforços punitivos, especialmente o uso de monitoração eletrônica no cumprimento do regime aberto).

Marco de gênero da prisão domiciliar

No Brasil, a Lei nº 12.403/11, pela primeira vez, previu prisão domiciliar, em substituição da prisão preventiva, para gestantes, puérperas e mães. Em seguida, foi promulgada a Lei nº 12.962/14, que regula o convívio entre mães e pais em situação de prisão e suas filhas e filhos; dois anos depois, foi publicada a Lei nº 13.257/16, também conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que amplia a aplicação da domiciliar para todas as gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos ou filhos com deficiência.

No início de 2018, a concessão do *Habeas Corpus* coletivo (HC nº 143.641-SP) (Brasil, 2018), impetrado no Supremo Tribunal Federal pelo Coletivo de Advogados e Advogadas em Direitos Humanos (CADHu), requerendo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência, tirou da prisão quase quatro mil mães presas¹. Ao estabelecer parâmetros para aplicação e observação da referida legislação, a concessão do Habeas Corpus Coletivo foi um grande passo para a efetivação do direito à prisão domiciliar para mães presas, prevista desde 2011 no nosso ordenamento jurídico. Ao final do mesmo ano, foi sancionada a Lei nº 13.679/18, que passou a estabelecer critérios objetivos de substituição da prisão preventiva, e ainda traz disposições especiais para a progressão de regime para as

1 Uma série de pesquisas vêm tentando mapear o impacto da decisão do HC Coletivo. Representante do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) identificou 3.388 concessões de prisão domiciliar e 5012 aguardando o benefício - em Audiência Pública Descarceramento Feminino promovida por iniciativa da deputada Sâmia Bonfim (2019).

presas condenadas. Tanto a decisão do HC coletivo quanto o referido diploma legal foram medidas importantíssimas para viabilizar os direitos das mães e crianças frente ao sistema de justiça criminal no Brasil, trazendo, além dos marcos legais, obrigações no sentido de propor, planejar, executar e avaliar políticas públicas que garantam, por meio da prisão domiciliar, a proteção integral a crianças e uma discussão mais aprofundada sobre o que significa fazer da casa uma prisão.

Logo, nesses últimos dez anos, a domiciliar esteve no centro das políticas criminais para as mães e no centro da estratégia de um feminismo antiprisional no Brasil, afastando a possibilidade real e discursiva do emprego de outras medidas alternativas à prisão tal como outras medidas cautelares e mesmo da liberdade provisória. Ao mesmo tempo em que é associada, tanto nos discursos jurídicos, mas também acadêmicos, mais a um tipo de liberdade controlada do que uma prisão relativizada. Por ser prisão, medida gravosa que implica grande restrição de liberdade, deveria ser aplicada à luz do princípio da subsidiariedade, isto é, quando não coubesse a liberdade e as demais cautelares se revelassem insuficientes ou inadequadas ao caso concreto, e não como uma opção à liberdade provisória, como se fosse uma medida cautelar, ou como forma de ampliação do controle penal em relação às mulheres, sem fundamentação jurídica que a sustente.

A mesma lei de 2018 estabeleceu um lapso especial (de $\frac{1}{8}$) para progressão da pena para as mães, desde que sejam réis primárias, não integrem organização criminosa e não tenham praticado crime contra os próprios filhos (Brasil, 2018). Tal como a domiciliar, e, historicamente, a maioria das medidas desencarceradoras no Brasil, o Judiciário resiste em aplicá-la, em uma construção discursiva que não menciona a condição materna, mas amplia a noção de organização criminosa, para abranger mais mulheres e impedir o acesso ao direito². Dessa forma, produz-se uma captura pelo poder punitivo das opções de liberdade, captura esta que não ataca o gênero ou as especificidades da mãe presa, mas, ao contrário, nega o direito das mulheres por meio de uma manobra ardilosa de rever um instituto penal, aparentemente neutro.

Em Portugal, a prisão domiciliária, ou obrigação de permanência na habitação, não aparece tão associada com a questão materna como no Brasil, na medida em que não há uma previsão específica em lei para aplicação para esse público. A medida é aplicável a arguidos (pessoas que respondem ao processo criminal); extensiva a reclusos que, “por terem cometido crimes de

2 A revisão de literatura é ampla no sentido de se criticar o uso de “situações excepcionais” pelo Poder Judiciário, para justificar a não concessão da prisão domiciliar a mulheres gestantes ou com filhos de até doze anos de idade ou com deficiência. Estereótipos de gênero são frequentemente utilizados para justificar a manutenção da prisão preventiva a “mães que não se preocuparam com os seus filhos enquanto praticavam crimes”, por exemplo. Sobre o assunto, ver Braga e Franklin (2016) e Ferreira (2022).

reduzida gravidade e por evidenciarem um comportamento de baixo risco, cumprem penas de curta duração na residência sob vigilância eletrônica; ou ainda a condenados em regime de Liberdade Condicional, geralmente realizada com recurso aos meios técnicos de controlo à distância (vigilância eletrônica)” (Diário da República, 2023). No Brasil, a domiciliar e o controle eletrônico são duas modalidades independentes de medidas cautelares, que, por vezes, são aplicadas de forma cumulativa.

Em ambos os países, a existência de uma unidade materno-infantil aparece em substituição e em detrimento da aplicação da domiciliar, ou “ir de pulseira”. Atrás dessa ideia está a crença de que a prisão é melhor para a mãe e para criança do que a liberdade, ou seja, a prisão se transforma em política social para essas mulheres pobres, geralmente sem trabalho formal ou domicílio próprio, e oriundas de “família desestruturada”. Do ponto de vista da política criminal, a centralidade discursiva nas questões dos direitos das mulheres e crianças encarceradas e da “melhoria do sistema” pode tanto fomentar discursos que defendem a separação precoce entre mães e seus filhos e filhas - enfatizando-se o processo de institucionalização por que passam as crianças presas, quanto ampliar o uso da prisão - no caso de construção de unidades e políticas específicas para mulheres encarceradas. Conforme aponta³ Mônica, portuguesa de Lisboa com dois filhos na rua e um em Tires:

Se a prisão não é lugar pra ser mãe? Não sei responder, nós estamos grávidas, fizemos um crime... Eu quando estava grávida, primeira vez que tive cá, o meu advogado pôs o recurso para por pulseira. E a resposta que lhe deram foi que não, porque aqui havia estabelecimento prisional pra ter bebé⁴.

Carolina, moradora do Algarve acusada de tráfico de drogas, juntamente com o marido, cunhados e cunhadas. Foi presa grávida de “5 meses e 22 semanas” e com uma filha de então 12 anos, conta:

Durante o meu julgamento, meu advogado pediu alteração da medida de coação, pra eu ficar em casa de pulseira. E a resposta que o juiz deu é que sabiam que eu estava grávida, sabiam que ia nascer no decorrer do processo, pra eles não havia alteração nenhuma. Não havia motivo para ir pra casa de pulseira⁵.

3 Os relatos aqui trazidos foram colhidos no âmbito da pesquisa “*Maternidade encarcerada sob uma perspectiva comparada: experiência de vivência e separação numa prisão de mulheres em Portugal*”. realizada com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) na modalidade Bolsa de Pesquisa no Exterior (BPE). Processo no 2018/10750-0.

4 Caderno de campo, reunião de apresentação da pesquisa, 18/06/19.

5 Caderno de campo, anotações da entrevista com Carolina, julho de 2019.

A história de Mônica e Carolina mostram que a gestação, o parto e os cuidados materno-infantis dessas mulheres não freiam a economia punitiva, a exigência de prender esses corpos, mesmo sabendo que se tratará de um duplo aprisionamento, da mãe e da criança. O sistema de justiça reconhece a maternidade como condição especial na hora de construir espaços e políticas para seu exercício dentro do cárcere, ao mesmo tempo que nega essa condição na hora de reconhecer os direitos de liberdade, ainda que condicionada à casa e/ou à pulseira.

Na prática, a alocação das crianças exclusivamente junto às mulheres presas sobrecarrega as mães, dificulta a manutenção do vínculo com os pais e obriga as crianças a conviverem até seus primeiros anos basicamente só com mulheres. Na intersecção parentalidade e prisão, a agenda da punição e dos direitos visibiliza a maternidade como especificidades do corpo da mãe (que reproduz e cuida), ao mesmo tempo que silencia e não promove a experiência paternidade dos homens presos, ainda que prevista em lei.

No Brasil, desde a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), o instituto da prisão domiciliar pode ser aplicado também aos pais, mas com a exigência específica, que não ocorre em relação às mães, de que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de crianças menores de 12 anos e de pessoas com deficiência (art. 318, VI do CPP). Em 2020, o Supremo Tribunal Federal reafirmou esse direito ao conceder o Habeas Corpus coletivo nº 165.704, estendendo o direito à prisão domiciliar para todos os pais que cumprissem com o requisito legal e em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência (Brasil, 2020).

A partir de pesquisas em duas prisões de mulheres de Portugal, Rafaela Granja e Manuela Ivone da Cunha (2014) apontam que, apesar da neutralidade de gênero na lei quanto à parentalidade de pessoas presas, o papel parental dos homens tem sido um aspecto negligenciado da vida e políticas prisionais. As duas únicas estruturas para abrigar bebês e crianças no país estão situadas em estabelecimentos femininos: o Estabelecimento Prisional de Tires, perto de Lisboa, que agrega as mães da região Sul de Portugal, e o Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo, perto do Porto, no Norte do país. Ambos contam com um prédio para abrigar as gestantes e mães com suas filhas e filhos, e espaço de educação infantil para atender as crianças de 6 meses até os 5 anos (Granja; Cunha, 2014, p. 5).

Coline Cardi (2007, p. 9) em pesquisa no *centre maternal* na prisão Fleury- Mérogis na França, que atende mães e conta com uma creche para crianças de até 18 meses, aponta que desde os anos 2000 a lei francesa permite a *libération conditionnelle parentale*⁶ para os pais e mães responsáveis por criança menor de 10 anos, sob as condições de que não tenham sido conde-

6 Introduzido no *Code de Procédure Pénale* (art. 729-3 CPP) pela lei de 5 de junho de 2000.

nados por infração cometida contra um menor e que a pena a cumprir seja igual ou menor a 4 anos. Apesar da lei não fazer distinção de gênero, são essencialmente as mulheres que têm seu pedido legitimado.

Em análise de decisões proferidas em Habeas Corpus pelo Supremo Tribunal Federal, Carolina Costa Ferreira (2022) também concluiu que, no Brasil, apesar de haver a possibilidade de concessão da prisão domiciliar a homens, em um universo de 195 (cento e noventa e cinco) acórdãos julgados entre 1º de abril de 2020 e 1º de abril de 2021, 110 (cento e dez) decisões tinham homens como pacientes e, nas 85 (oitenta e cinco) restantes, as pacientes eram mulheres. Em relação aos homens, todos pediram a prisão domiciliar em contextos diferentes das esferas de cuidado, concentrando-se nas discussões a respeito da necessidade de tratamento de saúde ou pelo fato de serem maiores de 70 (setenta) anos de idade (Ferreira, 2022).

Assim, entende-se que, no que se refere à discussão a respeito da prisão domiciliar, a centralidade do gênero faz com que o instituto ganhe o reforço punitivo, seja pensado como alternativa não à prisão preventiva, mas um agravamento de uma possibilidade de liberdade.

Impactos do HC nº 143.641 na produção acadêmica: análise de decisões e expectativas sobre o Poder Judiciário

Como todo problema jurídico complexo, o julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP rendeu muitas publicações no campo acadêmico, especialmente (mas não exclusivamente) no campo jurídico. Tal constatação é plausível, especialmente se se compreende que se trata do primeiro recurso dessa modalidade, na esfera coletiva, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, abrindo-se a possibilidade de admissibilidade de Habeas Corpus Coletivos pelo Superior Tribunal de Justiça e por Tribunais de segundo grau. Assim, apenas pela sua inovação processual, o *leading case* já seria motivo de interesse.

Realizando-se uma breve revisão sistemática da literatura a partir do portal *Scielo*⁷, percebe-se que, com a palavra-chave “prisão domiciliar”, sem uma definição precisa de recorte temporal, encontramos 7 (sete) publicações, assim sistematizadas, conforme a tabela abaixo:

⁷ Apresenta-se, aqui, apenas um excerto da revisão de literatura, cuja integralidade está em andamento e contemplará a busca nos portais *Scielo* e Portal de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Profissionais da Educação Superior (CAPES), no Brasil.

Tabela 1 - Revisão sistemática de literatura - Portal Scielo

	Título do artigo	Nome do/a autor/a	Publicação / Ano
1	Decisão judiciária, a autoria e o sentido jurídico: pesquisa empírica comunicacionista do direito à prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças até doze anos	Artur Stamford da Silva, Jackson Lira de Barros	Revista Direito & Práxis, 2023
2	A pandemia da Covid-19 e as decisões do STJ sobre maternidade e prisão preventiva	Marília de Nardin Budó, Manuela Moser	Revista Direito & Práxis, 2023
3	COVID-19 nas prisões: o que o telejornalismo (não) mostrou - um estudo sobre os critérios de noticiabilidade na pandemia	Felipe Diuana et al	Temas Livres, 2022
4	COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo	Natália Pires de Vasconcelos, Máira Rocha Machado, Daniel Wei Liang Wang	Revista de Administração Pública, 2020
5	Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo	Patrícia Mara Cabral de Vasconcelos; Cláudia Vieira Maciel de Sousa	Revista Direito & Práxis, 2018
6	A jurisprudência brasileira sobre maternidade na prisão	Luciana Simas et al	Revista Direito GV, 2015
7	Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira	Luciana Simas, Miriam Ventura, Bernard Larrouzé	Cadernos de Saúde Pública, 2015

Fonte: elaboração própria

Por meio da leitura dos textos e da organização de suas categorias, é importante indicar que o tema das prisões domiciliares atinge duas dimensões: a do sistema de justiça, com concentração específica em sobre o tema das prisões, e a saúde pública. Questões de gênero são discutidas diretamente em quatro dos sete trabalhos. A análise de decisões é o método mais utilizado para a interpretação (crítica) da prisão domiciliar, com especial ênfase na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tribunal que é responsável pela discussão sobre a interpretação da lei federal no Brasil. A maioria dos trabalhos foi publicada após o julgamento do Habeas Corpus Coletivo, em 2018.

A escolha em torno das decisões judiciais faz sentido, de certa forma, já que se imagina que pesquisadoras e pesquisadores quiseram “testar o precedente” em diferentes tribunais. Trata-se, realmente, de pesquisa útil, atual e relevante. De todo modo, percebe-se uma limitação do próprio alcance do precedente, percebendo-se que discussões relacionadas à saúde pública no cárcere são anteriores à decisão - não há, no *corpus* analisado, trabalhos que discutam os impactos deste HC Coletivo na saúde pública, na educação, na assistência social (com a recepção eventual das crianças e das mulheres em

políticas públicas de apoio, como o Bolsa Família ou o auxílio-emergencial, por exemplo). Não há estudos sistematizados sobre o papel de outras mulheres - avós, tias, primas - na gestão do cuidado com crianças que estão em prisão domiciliar junto com suas mães. Não há textos que indiquem pesquisas empíricas que acompanhem o cotidiano das mulheres em situação de prisão domiciliar, com seus dilemas diários a respeito de empregabilidade, educação, cuidado com as crianças e perspectivas de futuro. Há um apagamento sobre os marcadores de raça e classe que alcançam as mulheres que cumprem prisões domiciliares. À medida em que os estudos se concentram nas respostas do Poder Judiciário, mais estreita fica a lente das possibilidades de desafio ao próprio instituto da prisão domiciliar.

Qual é o limite do precedente? Instâncias inferiores, Tribunais, STJ e STF e o “teste” ao precedente

O Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP é histórico sob vários aspectos: (i) sob o ponto de vista processual penal, pois inaugura uma modalidade de Habeas Corpus, até então, rechaçada nos Tribunais Superiores do Brasil, a qual ganhou receptividade na Corte Constitucional brasileira, que já o admitiu em outras dimensões também afetas ao sistema prisional⁸; (ii) sob a ótica da defesa de direitos fundamentais, o Habeas Corpus Coletivo se revela um instrumento muito potente de articulação da relação entre a Constituição e as políticas públicas penitenciárias, dando voz a organizações da sociedade civil, Defensorias Públicas, organizações de defesa de direitos humanos que, na condição de impetrantes ou de *amici curiae*, aproximam a Corte Constitucional da realidade vivida e reconhecida empiricamente pela sociedade; e, finalmente (iii) revela-se uma importante ponte para as relações entre os três Poderes, na medida que suas decisões podem revelar lacunas legislativas, como foi o caso da prisão domiciliar no âmbito da execução penal, e a necessidade de constante monitoramento e fiscalização das políticas públicas, como, no caso do HC nº 143.641/SP, tem ocorrido de forma bastante positiva em relação ao Conselho Nacional de Justiça.

Essa análise é especialmente importante para que possamos perceber quais foram, até o momento, a recepção e os efeitos desta decisão do Supremo Tribunal Federal para (i) as mulheres e crianças em situação de cárcere; (ii) juízes e juízas que decidem pelas prisões provisórias; (iii) o Estado, no sentido da articulação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, para que se compreenda que, para uma adequada proteção, o diálogo entre instituições é fundamental. Em relação à pandemia de COVID-19, em inédita situação de emergência sanitária, o respaldo já existente tanto em níveis normativos como institucionais traria um cenário favorável à completa recepção do pre-

8 É o caso dos Habeas Corpus Coletivos números 165.704/DF, 185.151/GO, 186.185/DF, 187.477/AP, 143.998/Es e 172.136/SP.

cedente na Corte Constitucional.

No entanto, a punitividade como escolha primeira de juízes e juízas de primeira instância, principalmente, é muito evidente em relação à prisão domiciliar como “alternativa” à liberdade provisória, e não à prisão preventiva. Percebe-se que, em relação a mulheres, a sistemática imposta pelas alterações legislativas de 2011 a 2018 faz com que se escolha, primeiramente, a domiciliar. Assim, pergunta-se: era este o alcance do precedente esperado pelo Supremo Tribunal Federal, quando da definição de um julgamento histórico? Como os estereótipos de gênero estão ocupando as chamadas “situações excepcionálissimas”, explicadas exaustivamente pelo Relator do precedente? O que constitui o HC nº 143.641 como um precedente: sua força histórica ou a necessidade de inclusão de parâmetros objetivos para a concessão de prisões domiciliares? Estas são perguntas que, a partir da revisão de literatura apresentada no item anterior, trazem importantes agendas de pesquisa sobre o tema.

Notas finais: agenda de pesquisa

A título de conclusão destas reflexões, sem a intenção, obviamente, de se esgotar o tema, entendemos que os estudos à disposição, desde 2011 até 2023, concentraram-se muito na dinâmica das prisões domiciliares como substitutiva das prisões provisórias. É preciso pensar além das decisões judiciais, a fim de que se discuta como a prisão domiciliar é recebida e gerenciada pelas instâncias formais e informais de controle. Como é percebida e recebida, por sua família, pelas redes de proteção social que devem cercá-la, a mulher que cumpre a domiciliar? Quais são os limites dessa medida? Como o conceito de “domicílio” é interpretado na dinâmica da prisão domiciliar? Percebe-se, assim, a necessidade de se ampliar tal conceito e repensar estratégias jurídicas e políticas em torno da prisão domiciliar.

No campo jurídico, é muito importante que se explore o campo da execução penal e das relações entre encarceramento feminino e a concessão (ou não) de prisões domiciliares a mulheres condenadas. A prisão domiciliar tem sido o benefício mais concedido? Ela é, de fato, um benefício ou é uma modalidade cada vez mais gerenciável de prisão? Em que medida a prisão domiciliar ocupa o espaço da progressão de regime na execução penal, suplantando uma relação de mais aprisionamento do que a própria Constituição determina, com um insuspeito fundamento de “prioridade absoluta” de proteção à primeira infância? Argumentos constitucionais são utilizados em oposição? Como é possível inserir a centralidade do gênero para a interpretação - e a contenção - de excessos em torno da punitividade das prisões domiciliares no âmbito da execução penal?

Pensamos, a partir destas breves reflexões, que não se trata de alterar uma vez mais a legislação brasileira. Em comparação com o sistema proces-

sual penal português, por exemplo, a dinâmica das prisões domiciliares, no Brasil, oferece mais alternativas. Após cinco anos da última alteração à Lei de Execução Penal, pensamos que o desafio é olhar para as políticas públicas de proteção social, de proteção à primeira infância e de defesa da vida das mulheres com perspectiva de gênero, com o objetivo de proteção e defesa de direitos humanos.

Referências

BONFIM, Sâmia. Audiência Pública Desencarceramento Feminino. Evento realizado em 15 de agosto de 2019. Disponível em https://www.facebook.com/watch/live/?v=440106036582936&ref=watch_permalink. Acesso em 20 mar. 2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; FRANKLIN, Naila. Quando a casa é a prisão: análise de decisões sobre prisões domiciliares de grávidas mães após a Lei 12.403/2011. **Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, vol. 09, n.º. 01, Rio de Janeiro, 2016. p. 349-375

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em 1 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art3 Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 30 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 165.704**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=TP&docID=755132401> Acesso em 1 dez. 2023.

CARDI, Coline. Le contrôle social réservé aux femmes : entre prison, justice et travail *social*. **Déviance et Société**, vol. 31, no 1: 3-23, 2007.

FERREIRA, Carolina Costa. Crianças e(m) cárcere: o papel da prisão domiciliar na proteção à primeira infância no Distrito Federal. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 24, n. 1333, 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2295> Acesso em 30 nov. 2023.

FERREIRA, Carolina Costa. Encarceramento provisório de mulheres em tempos de pandemia: análise de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre prisões preventivas e concessão de prisão domiciliares a mulheres de abril de 2020 a abril de 2021. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4314> Acesso em 1 dez. 2023.

GRANJA, Rafaela, CUNHA, Manuela Ivone; Machado, Helena (2014), “Mothering from prison and ideologies of intensive parenting: Enacting vulnerable resistance”. **Journal of Family Issues**. Disponível em <http://jfi.sagepub.com/cgi/doi/10.1177/0192513X14533541> Acesso em 3 mai. 2019.

PORTUGAL. Diário da República. Prisão domiciliária. 2023. Acesso em: <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/prisao-domiciliaria-ou-obrigacao-permanencia-na-habitacao-processo-penal> Disponível em 1 dez. 2023.

CÁRCERE MATERNAL: A VIOLAÇÃO INSTITUCIONALIZADA DE DIREITOS HUMANOS DE MÃES E FILHOS NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira

Doutoranda em Intervenção Penal e Garantismo pela PUC-MG. Vinculada ao Grupo de Pesquisa “Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade”. Mestra em Direito e Inovação. Mestra em Hermenêutica e Direitos Fundamentais. Professora, advogada e jornalista

Resumo:

O presente trabalho almeja trazer uma perspectiva crítica acerca da incidência da maternidade nos estabelecimentos prisionais do Brasil. A despeito de previsões constitucionais e legais transvestidas de “direitos”, tem-se, em verdade, uma violência institucionalizada que se distancia da perspectiva zaffaroniana de Direito Penal Humano Mesmo as previsões contidas em tratados de direitos humanos acerca do cárcere maternal - como Declaração Universal de Direitos Humanos, as Regras de Bangkok e Convenção sobre os Direitos da Criança - mostram-se contraditórias e representam uma violação ao princípio da intranscendência, já que os menores acabam por também cumprir a pena de suas genitoras, além de não se coadunarem à dignidade humana. Todavia, caso se desconsidere esse viés ilógico, é também possível vislumbrar, a partir da análise de dados empíricos, que o sistema penitenciário é mais um espelho da iniquidade de gêneros na sociedade brasileira e uma exasperação do biopoder foucaultiano, haja vista o tratamento dispensado às genitoras e seus filhos não respeita as especificidades da relação maternal, pois restam ausentes requisitos legais básicos para a fruição da “maternidade encarcerada” em um ambiente de reconhecido estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: Direito penal humano; Maternidade; Infância; Encarceramento.

Introdução

A maternidade encarcerada é teoricamente respaldada pela Constitui-

ção Federal brasileira, que prevê especialmente no inciso L do artigo 5º que: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Trata-se, pois, de um dispositivo elencado no rol de direitos e garantias individuais, o que lhe provê de uma característica de fundamentalidade. .

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990), por sua vez, enuncia, em seu artigo 9º, que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade”. Percebe-se que no diploma legal que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, segundo o seu artigo 1º, há menção à relação maternal no cárcere.

Ressaltando o viés maternal encarcerado, a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984). do Brasil prevê a existência de berçário nos estabelecimentos penais femininos para que as condenadas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los, no mínimo, até os seis meses de idade (artigo 83, § 2º), além de seção para gestante/parturiente e da presença de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Isso deveria ocorrer supostamente a fim de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (artigo 89), considerando-se serem requisitos básicos da seção e da creche atendimento por pessoal qualificado, conforme as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas e, ainda, o horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Aparentemente, outrossim, tais previsões constitucionais e legais tratam-se de direitos (inclusive de teor fundamental) que são direcionados às mães e aos seus filhos no âmbito dos estabelecimentos prisionais.

Todavia, sendo o cárcere uma forma institucionalizada e constante de violação de direitos (Zaffaroni, 2021), questiona-se se, de fato, o exercício da maternidade em um contexto de privação de liberdade incidiria em uma postura estatal diferenciada no sentido de real possibilidade de fruição de direitos.

Esse é o objeto da presente pesquisa, cujo objetivo é analisar a situação atinente à maternidade no cárcere através da metodologia empirista/indutiva para uma pesquisa qualitativa com estudo bibliográfico.

O estudo justifica-se pois mulheres que ocupam o sistema prisional não devem ter o seu direito à maternidade retirado nem seus filhos perdem direitos em decorrência da prisão de suas genitoras. Todavia, a hipótese inicial é que se trata de mais uma violação institucionalizada de direitos humanos.

A exasperação do biopoder foucaultiano e o estado de coisas inconstitucional

Michel Foucault (2013) elucida que o corpo pode ser um objeto de poder através de “disciplinas”. Neste sentido, há uma coerção ininterrupta e constante que é exercida conforme uma codificação que esquadrinha ao máximo o tempo, o espaço e os movimentos.

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. (...) Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo entra em uma maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. **Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer em as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina.** (Foucault, 2013, p. 133) (grifos nossos)

Consoante tal concepção de biopoder foucaultiano, há um controle de corpos, desconsiderando-se individualidades em prol de uma suposta disciplina.

De tal modo, é possível vislumbrar a incidência do biopoder no âmbito das penitenciárias, já que características individuais são gravemente mitigadas. Vale ressaltar que este controle pode, em tese, possuir diferentes graus a depender da situação fática.

No caso dos presídios brasileiros - a despeito de todos os lastimáveis aspectos inconstitucionais - pode-se afirmar que são ambientes construídos e destinados a homens. Segundo Olga Spinoza (2004), o ambiente prisional havia sido pensado tão somente em referência ao universo masculino.

Não por acaso, Nana Queiroz (2015) traz uma série de relatos de presas que têm atetiradas as suas individualidades enquanto mulheres, inclusive no que tange à maternidade - mesmo no momento do parto. “Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela”, segundo relato contido na obra de Queiroz (2015, p. 42).

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra, pois eram pobres e desinformadas demais. (...) Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou

porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou - ou não se importou - que ela estava com as dores de parto. (Queiroz, 2015, p. 42-43)

Considerando que o sistema penitenciário brasileiro possui uma perspectiva masculina em sua própria essência - foi construído por e para homens - é possível deduzir que este ambiente trata-se de mais um espelhamento da iniquidade de gêneros e de violência institucionalizada, o que abarca, inclusive, a maternidade encarcerada.

Não se pode olvidar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, o estado de coisas inconstitucional presente nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Diante disso, em decisão unânime, o pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu que, no sistema prisional brasileiro, há uma situação de violação em massa de direitos fundamentais dos presos (a exemplo dos direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho) (Brasil, 2023)

Tal cenário encontra-se em desacordo com as normas constitucionais brasileiras (artigo 3º, inciso III, e artigo 5º, incisos XLVII, XLVIII e XLIX), nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário e nas demais leis aplicáveis ao tema (entre elas, a Lei de Execução Penal) (BRASIL, 2023). A tese do julgamento é:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.
2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.
3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos. (Brasil, 2023, p. 03)

Conseqüentemente, em uma conjuntura de estado de coisas inconstitucional, reconhecida pela Corte Suprema do Brasil, mostra-se no mínimo contraditório considerar ser possível a fruição de direitos no contexto da maternidade encarcerada.

A violência institucionalizada demonstrada através de dados oficiais

Consoante o Relatório Infopen Mulheres de 2018, 42.355 mulheres encontravam-se privadas de liberdade nas penitenciárias brasileiras, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000. Salienta-se que a população prisional masculina cresceu 293% (INFOPEN, 2018).

Mesmo com diante de tal aumento, no Brasil, apenas 16% das unidades prisionais - ou 55 unidades em todo o país - que recebem mulheres têm cela/dormitório para gestantes. E, ainda assim, há estados - como Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins - que sequer possuem tal dormitório/cela.

Tabela 6. Estabelecimentos penais que têm cela/dormitório adequado para gestantes, por Unidade da Federação

UF	Unidades que têm cela/dormitório para gestantes	
	N	%
AC	1	33%
AL	1	33%
AM	2	18%
AP	1	100%
BA	1	14%
CE	1	3%
DF	1	100%
ES	4	57%
GO	5	10%
MA	1	17%
MG	3	3%
MS	4	33%
MT	1	11%
PA	2	25%
PB	3	60%
PE	3	50%
PI	0	0%
PR	1	14%
RJ	2	25%
RN	0	0%
RO	3	18%
RR	0	0%
RS	1	6%
SC	6	43%
SE	1	50%
SP	7	32%
TO	0	0%
Brasil	55	16%

Figura 1 - Unidades que têm cela/dormitório para gestantes (INFOPEN, 2018, p. 30)

O Relatório Infopen Mulheres de 2018 também demonstra que so-

mente 50% das gestantes/lactantes estão em unidades que possuem cela adequada. Ainda, 14% das unidades femininas/mistas têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil e 3% possuem espaços de creche destinados a receber crianças acima de dois anos (INFOPEN, 2018).

Sublinha-se que a utilização do adjetivo “adequado” na descrição da tabela supra também é evitado de ilogicidade. Isso porque é contraditório pensar em como um estabelecimento prisional, que é uma forma de violência institucionalizada e declaradamente em estado de coisas inconstitucional - tal como reconheceu o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - seja dotado de adequação para uma mulher em seu período gestacional.

Quanto aos filhos, o Relatório (2018) aponta 1.111 bebês/crianças em estabelecimentos prisionais brasileiros.

Tabela 17. Número de filhos presentes nos estabelecimentos penais, de acordo com a faixa etária, por Unidade da Federação

UF	0 a 6 meses	mais de 6 meses a 1 ano	mais de 1 ano a 2 anos	mais de 2 a 3 anos	mais de 3 anos	Total
AC	4	0	0	0	0	4
AL	2	0	0	0	0	2
AM	5	2	5	10	20	42
AP	2	0	0	0	0	2
BA	1	0	0	0	0	1
CE	0	0	0	0	0	0
DF	7	1	0	0	0	8
ES	4	0	0	0	0	4
GO	3	0	0	1	29	33
MA	1	0	3	0	0	4
MG	21	11	1	1	9	43
MS	8	4	0	0	0	12
MT	1	0	0	0	0	1
PA	0	0	0	0	0	0
PB	10	0	0	0	0	10
PE	13	0	0	0	0	13
PI	0	0	0	0	0	0
PR	18	15	2	0	0	35
RJ	NI	NI	NI	NI	NI	NI
RN	0	0	0	0	0	0
RO	0	2	6	10	112	130
RR	0	0	0	0	0	0
RS	10	22	39	52	130	253
SC	8	0	0	0	0	8
SE	1	0	0	0	0	1
SP	123	14	15	11	342	505
TO	0	0	0	0	0	0
Brasil	242	71	71	85	642	1.111

Figura 2 - Número de filhos nos estabelecimentos penais (INFOPEN, 2018, p. 52)

A maioria delas - 727 - são maiores de dois anos, conforme é possível verificar na Figura 2 acima, já que há 642 crianças com mais de três anos e 85 crianças com mais de dois a três anos. Ainda, há 242 bebês de zero a seis meses; 71 bebês de mais de seis meses a um ano; e 71 bebês/crianças de mais de um ano a dois anos.

Todavia, o estado do Rio de Janeiro não informou os dados correspondentes. Além disso, os estados do Ceará, do Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins não possuíam nenhuma criança em seus estabelecimentos prisionais. Em razão disso, os dados obtidos pelo Infopen Mulheres podem não ser exatos e/ou o número de filhos nesta situação pode ser ainda maior.

Já o Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade - com dados de 2017, mas publicado em 2019 - referia-se a 705 crianças na mesma situação, tal como previsto na Figura 3. Enfatiza-se que este Relatório Temático, apesar de ter sido publicado apenas em 2019, foi realizado anteriormente ao Relatório Infopen Mulheres de 2018.

Neste caso, há 401 crianças com mais de três anos e 36 crianças com mais de dois a três anos, sendo, portanto, 437 maiores de dois anos. Há 195 bebês de zero a seis meses; 48 bebês de mais de seis meses a um ano; e 25 bebês/crianças de mais de um ano a dois anos.

É curioso notar que no Relatório Temático, realizado de 2017 - e publicado em 2019 -, o estado do Rio de Janeiro informou o suposto número de filhos presentes nos estabelecimentos penais, que totalizavam 334 bebês/crianças, dados estes que não foram obtidos pelo Infopen Mulheres 2018.

Assim como ocorreu no Relatório Infopen Mulheres de 2018, o estado do Rio Grande do Norte relatou, no Relatório Temático, não possuir nenhum(a) bebê/criança em seus estabelecimentos prisionais, assim como Amapá, Piauí, Roraima e Tocantins.

O Ceará, por seu turno e diferentemente do Infopen Mulheres de 2018, informou possuir sete bebês/crianças nessas condições.

Destaca-se, novamente, que os dados obtidos no Relatório Temático podem não ser exatos e/ou o número de filhos nesta situação pode ser ainda maior.

Quadro 17. Número de filhos presentes nos estabelecimentos penais, de acordo com a faixa etária, por Unidade da Federação

UF	0 a 6 meses	mais de 6 meses a 1 ano	mais de 1 ano a 2 anos	mais de 2 a 3 anos	mais de 3 anos	Total
AC	2	-	-	-	-	2
AL	1	-	-	-	-	1
AM	3	-	-	-	-	3
AP	-	-	-	-	-	0
BA	4	2	-	-	-	6
CE	1	5	1	-	-	7
DF	10	-	-	-	-	10
ES	11	-	-	-	-	11
GO	2	-	-	-	-	2
MA	-	-	3	1	6	10
MG	11	10	6	9	18	54
MS	10	1	-	-	-	11
MT	1	-	-	-	-	1
PA	5	5	5	15	8	38
PB	6	-	-	-	-	6
PE	10	-	1	-	-	11
PI	-	-	-	-	-	0
PR	15	-	1	-	-	16
RJ	-	9	3	7	315	334
RN	-	-	-	-	-	0
RO	2	-	-	-	-	2
RR	-	-	-	-	-	0
RS	5	7	-	-	15	27
SC	11	7	5	4	39	66
SE	3	-	-	-	-	3
SP	82	2	-	-	-	84
TO	-	-	-	-	-	0
Brasil	195	48	25	36	401	705

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Figura 3 - Número de filhos presentes nos estabelecimentos prisionais (Relatório, 2019, p. 45)

Comparando-se os dados obtidos pelo Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade de 2017 (publicado em 2019) e o Infopen Mulheres de 2018, é possível notar - mesmo com a ausência de informações relativas ao estado do Rio de Janeiro - um aumento de 406 bebês/crianças em locais não destinados a menores.

Isso porque em 2017 totalizavam-se 705 filhos presentes nos estabelecimentos prisionais brasileiros e em 2018 tal número aumentou para 1111 bebês/crianças presentes em um ambiente que viola massivamente direitos fundamentais.

Previsões da maternidade encarcerada em tratados de direitos humanos

Diante dos dados acima, indaga-se se dever-se-ia aplicar às genitoras definitivamente presas o conteúdo das Regras de Bangkok - concedendo-se prisão domiciliar às mães, a depender do caso concreto - e não apenas às presas provisórias, tal como previsto na Lei n.º 13.769/2018, de 19 de dezembro de 2018, considerando-se, ainda, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016). Grifa-se, ainda, que a Declaração Universal de Direitos Humanos, no item 2 de seu artigo XXV salienta que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais”.

De todo modo, há diversas previsões - também em âmbito internacional - acerca do exercício da maternidade encarcerada. Essas previsões, contidas em tratados de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, aparentemente almejam possibilitar a fruição do direito à maternidade no cárcere.

As Regras de Bangkok, também conhecida como “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras” enumera diversas questões relativas ao cárcere maternal.

A Regra 48 aduz que “mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal”.

Já a Regra 49 afirma que “decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas”.

A Regra 50 assevera que “mulheres presas cujos filhos estejam na prisão deverão ter o máximo de oportunidades possíveis de passar tempo com eles”.

Por seu turno, a Regra 51 elucida que crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários e, ainda, que o ambiente oferecido à educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Finalmente, a Regra 64 explana que penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão somente considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, devendo-se sempre velar pelo melhor interesse do(s) filho(s) e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

A Convenção sobre os Direitos da Criança enuncia, em seu artigo 3º, que os Estados signatários se comprometem a assegurar à criança a proteção

e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, considerando os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei. O artigo 37 desta Convenção salienta que:

Os Estados Partes zelarão para que: a) **nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;** b) **nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária.** A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado; c) **toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade.** Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. (grifos nossos)

Todavia, a possibilidade de manter as genitoras com seus filhos no âmbito prisional - inclusive segundo as previsões supramencionadas contidas em tratados de direitos humanos - trata-se de uma contradição que não condiz sequer com a noção de dignidade humana. Isso porque esses bebês e essas crianças acabam por cumprir as penas privativas de liberdade de suas mães, em desrespeito também ao princípio da intranscendência, e em um ambiente com violação massiva de direitos fundamentais.

Considerações finais

O resultado parcial da pesquisa mostra um distanciamento da perspectiva de Direito Penal Humano (Zaffaroni, 2021), pois ao se submeter mães e crianças aos precários estabelecimentos prisionais brasileiros, está-se perpetuando uma violência institucionalizada.

Não se pode olvidar que os estabelecimentos prisionais femininos são uma espécie de exasperação da noção de biopoder foucaultiano, haja vista que a ausência de individualização em prol de uma suposta disciplina cuja verdadeira finalidade reside no controle. Isso porque estabelecimentos pri-

sionais são um espelhamento da iniquidade de gênero e da violência institucionalizada presente na sociedade. Tal situação torna-se ainda mais ululante quando se trata da hipotética fruição da maternidade no cárcere.

Insta destacar que a prisão é, por si só, uma violência. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal considerou existir um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

Por conseguinte, é contraditório pensar que a maternidade encarcerada - com a presença de genitoras e de filhos neste ambiente de violação massiva de direitos fundamentais - possa ser eventualmente um exemplo de garantia a direitos fundamentais/humanos.

A despeito de previsões constitucionais, legais e em tratados de direitos humanos nos quais o Brasil é signatário - que alegam uma possibilidade de exercício da maternidade no cárcere - há uma violência intrínseca e um exasperado exercício de biopoder que distanciam os estabelecimentos prisionais femininos da possibilidade de real fruição de direitos fundamentais/humanos.

Portanto, imaginar que a maternidade encarcerada seja algo positivo não condiz com a noção da dignidade humana. Simplesmente mostra-se inviável a combinação entre fruição de direitos inerentes à maternidade e estabelecimentos penais em estado de coisas inconstitucional.

Entretanto, ainda que se desconsidere esse fator lógico, há também um desrespeito às próprias previsões legais - tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Execução Penal brasileiros - diante da ínfima existência de estabelecimentos prisionais com celas/dormitórios adequadas(os) para gestantes/lactantes, mesmo com o crescente número de crianças presentes nestes locais, conforme os dados do Infopen Mulheres e do Relatório Temático explanados no presente trabalho, que destacam o descumprimento às leis brasileiras relativas à maternidade no cárcere.

O que se verifica, na verdade, é uma violação institucionalizada ao direito à maternidade e ao princípio da intranscendência, uma vez que os filhos acabam por cumprir a pena juntamente às suas mães em locais com um estado de coisas inconstitucional e com massiva violação de direitos fundamentais. Destarte, torna-se inviável a defesa do exercício da maternidade encarcerada, inexistindo um viés positivo na sua perpetuação no sistema prisional brasileiro. Trata-se, em verdade, de mais uma violência institucionalizada que se mascara como um direito.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.769/2018, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#:~:text=Art.,de%20condenadas%20na%20mesma%20situa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informação à Sociedade: ADPF 347 (Violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro)**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 out. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN MULHERES. 2. ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2018. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015.

RELATÓRIO TEMÁTICO SOBRE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Nova Criminologia.** Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Cuestión Criminal.** Barcelona: Editora Planeta, 2012.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 6 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-090-0



9 786551 0040900

