

Anais de Artigos Completos - Volume 7 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

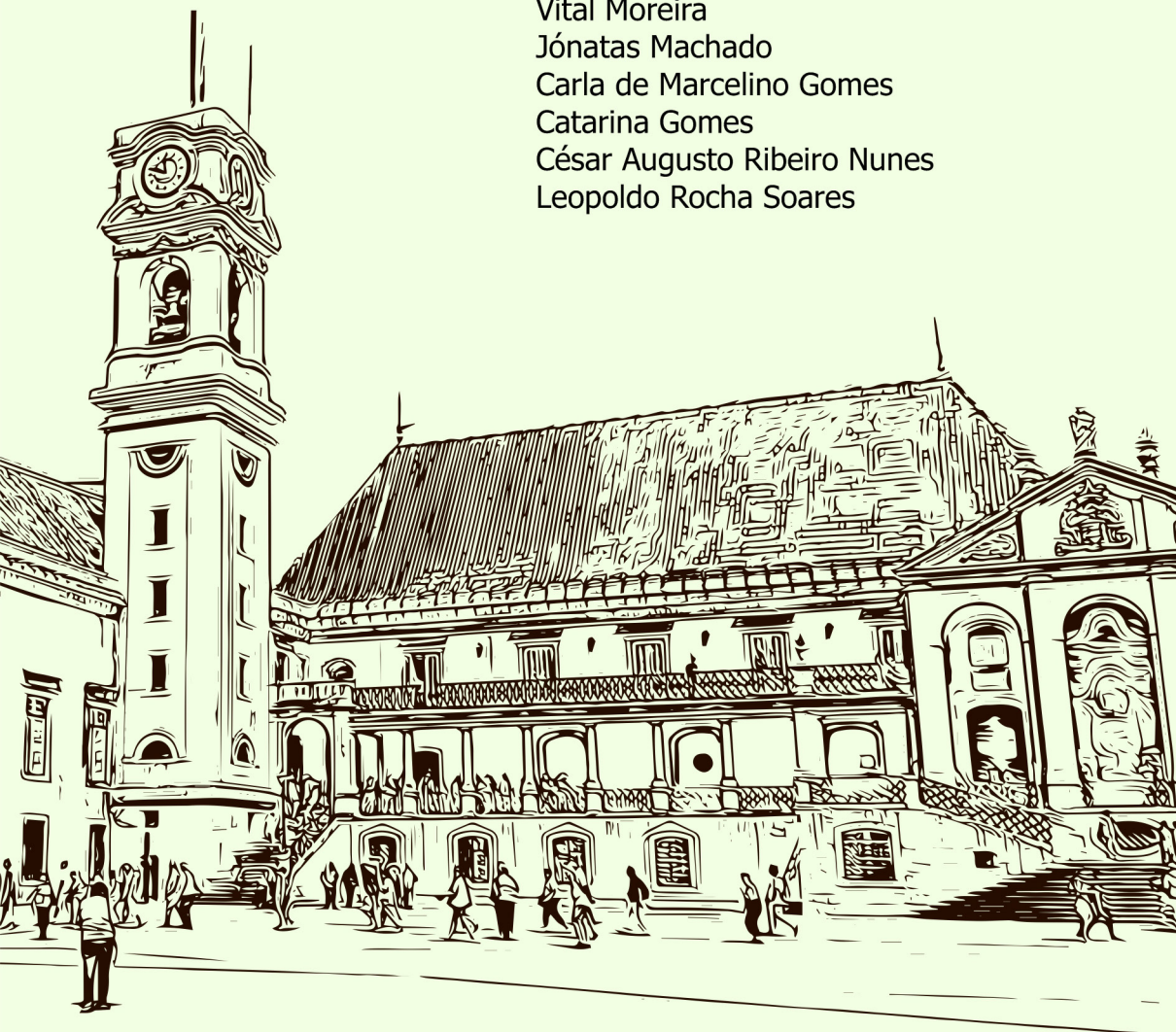
Jónatas Machado

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 7**

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, Glauca Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as 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 7 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas
/ Jundiá: Brasília / Edições Brasil, 2024.

352 p. Série Simpósios do VIII CIDHCoimbra 2023

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-5104-091-7

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 7 - Composição dos Simpósios:

<p>SIMPÓSIO – Online 63</p> <p>VIOLÊNCIA, SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Sidney Guerra e Litiane Motta Marins Araújo</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 64</p> <p>DIREITOS HUMANOS, GRUPOS VULNERÁVEIS E VIOLÊNCIAS</p> <p>Coordenadores: Adriana Hartemink Cantini e Sheila Marta Carregosa Rocha</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 65</p> <p>DIREITOS HUMANOS E MINORIAS</p> <p>Coordenadores: Cristiane Reis e Anne Michelle Schneider</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 66</p> <p>DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E SISTEMA DE JUSTIÇA: DESAFIOS INSTITUCIONAIS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS</p> <p>Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira e Raquel Sparemberger</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 69</p> <p>O DIREITO HUMANO DE POPULAÇÕES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE: UM DEBATE MULTIDISCIPLINAR</p> <p>Coordenadores: Andréia Aparecida Reis de Carvalho Liporoni e Fernanda de Oliveira Sarreta</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 71</p> <p>MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO, DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Ana Paula Faria Felipe e Maria Carolina Rodrigues Freitas</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 73</p> <p>GOVERNANÇA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Bárbara Manganote e Carolina Filipini Ferreira</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 74</p> <p>A SOBREVIVÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO SÉCULO XXI: BARREIRAS, VULNERABILIDADES E DESIGUALDADES SOCIAIS NO CENÁRIO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DA SEGURANÇA SOCIAL</p> <p>Coordenadores: Eliane Romeiro Costa e Osvaldo Ferreira de Carvalho</p>
<p>SIMPÓSIO – Online 75</p> <p>LEGALISMO AUTOCRÁTICO E CAPTURA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA</p> <p>Coordenadores: Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria Boschi Aguiar</p>

SIMPÓSIO – Online 76

ARBITRAGEM COMO MECANISMO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Coordenadores: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Olavo Augusto Vianna Alves
Ferreira

SIMPÓSIO – Online 77

OS MEIOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS - NO
DIREITO CONTEMPORÂNEO

Coordenadores: Horácio Monteschio e Celso Hiroshi Iocohama

SIMPÓSIO – Online 78

ACESSO À JUSTIÇA, MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E OUTROS
FENÓMENOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO

Coordenadores: Lurdes Varregoso Mesquita e Rossana Martingo Cruz

ISBN: 978-65-5104-091-7

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

Necropolítica, Justiça de Transição e a Segurança Pública no Brasil Após a Ditadura Militar.....	10
Letícia Maria Dourado Leite e Maria Beatriz Muniz Braz da Silva	
Acordo de Não Persecução Penal e Reparação de Danos Causados à Vítima de Crime Militar.....	18
Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha	
O Papel das Instituições de Segurança Pública na Proteção dos Direitos Humanos no Estado do Rio de Janeiro.....	32
Lorena Braga Raposo e Gabriel Rezende	
De Novo e Sempre Punir os Pobres: Elementos da Apropriação de Uma Causa Justa Pelo Neoliberalismo.....	44
Plínio Gentil e Dhyane Cristina Oro	
A Pobreza Menstrual em Penitenciárias Femininas: o abismo entre a dignidade humana e a marginalização.....	54
Stella Paixão Girardi e Beatriz Carvalho Nogueira	
Criminalização da Homotransfobia Pelo STF: uma análise do Princípio da Necessidade em Face da Legalidade.....	68
Matheus Laranja Gonçalves dos Anjos Brandão	
A Atuação de Crianças em Conflitos Armados X a Atuação das Crianças Como Soldados do Tráfico na Experiência Brasileira e a Necessidade da Pacificação Social Restaurativa.....	80
Rafaela Kehrig Silvestre	
A Revitativização Institucional nos Crimes de Estupro: uma análise sobre a atuação do Estado no cumprimento da Lei “Mariana Ferrer”.....	90
Rita de Cassia Reis Paiva e Charles Henrique Voos	
Políticas Para a Comunidade LGBTQIAPN+ e o Trato Brasileiro na Fixação do Seu Papel Como Pioneiro Internacional.....	105
Arnaldo de Santana Silva	
Em Busca do Rosto do Vulnerável: a alteridade como fundamento para a práxis defensorial.....	120
Magdiel Pacheco Santos	

Capacidades Institucionais dos Núcleos Especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo Para Participação em Processos de Produção de Políticas Públicas.....131

Maurício Buosi Lemes

Constituição, Direitos Fundamentais e Feminismo no Contexto da Maternidade: a existência de um parâmetro de “boa mãe” - nocividade deste conceito e suas consequências para além do âmbito parental. Reflexos desta concepção construída pela sociedade patriarcal no contexto social e corporativo que a mulher é inserida..... 144

Branca Scapin Costa Pereira

Entre Limites e Possibilidades: desafios da política de assistência social.....154

Ana Flávia Merchan Ferraz Grizzo Javaroni e Neide Aparecida de Souza Lehfeld

Programas Socioeducativos Y Terapéuticos en Lme a Favor de Los Derechos Humanos. Intervención Con Niños Y Jóvenes Con Necesidades de Apoyo Educativo163

Raimundo Castaño Calle e Fernando González Alonso

Obstáculos Institucionais à Participação de Mulheres Fardadas nas Missões de Paz da Organização das Nações Unidas 174

Denise Dantas de Aquino

Habeas Vitae: remédio constitucional de proteção da inviolabilidade do direito à vida187

Elvan Loureiro de Barros Correia

Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos: semelhanças, assimetrias e diálogo jurisdicional 198

Caroline Dimuro Bender D’Avila e Eugênio Facchini Neto

Análise do Conceito de Refugiado e Das Políticas Públicas do Brasil Para Recebimento de Imigrantes Venezuelanos e Efetivação dos Direitos Humanos: abordagem sob a ótica da Ação Civil Originária 3.121/RR.....214

Amanda Silva Lopes

Cooperação Internacional e Reparação Integral das Graves Violações a Direitos Humanos Decorrentes da Política de Profilaxia da Lepra no Brasil do Século XX...227

Marco Antonio de Lima

A Necessidade de Promoção do Desenvolvimento Urbano Sustentável a Partir de uma Análise da Cidadania.....236

Gabriela Soldano Garcez e Karla Aparecida Vasconcelos Alves da Cru

A Conjuntura Social da Terceira Idade Sob o Impacto Pós Pandêmico Pela Covid-19	246
Germano Campos Silva e Juliana Suellen Ribeiro Campos	
Erosão de Direitos e o Mito da Democracia Racial no Governo Bolsonaro: análise de acontecimentos em torno da Medida Provisória 1.075 de 2021 de 07 de dezembro de 2021 que alterou o PROUNI - Programa Universidade Para Todos	257
Rodrigo Eduardo Rocha Cardoso e Raíldes Pereira Santos	
A Publicidade na Arbitragem Coletiva Como Condição de Possibilidade Para a Atuação do <i>Amicus Curiae</i>	269
Gustavo Henrique Schneider Nunes	
Ações Anulatórias Por Imparcialidade do Árbitro: possível violação à Ordem Pública e os limites à Jurisdição Estatal	277
Elena Mello Silva de Paula e Thaís Freire de Vasconcellos	
Os Precedentes Judiciais na Arbitragem Doméstica: vinculantes ou não ao árbitro?	289
Gustavo Oriani e Matheus dos Santos Caetano	
A Mediação Como Meio Adequado na Resolução dos Conflitos na Área da Saúde	303
José Adelar de Moraes	
Mediação Familiar Enquanto Estratégia Preventiva de Casos de Alienação Parental: (des) Judicializar a Justiça	315
Adriana Rodrigues	
Acesso à Justiça Pelo Método (Mais) Adequado e Desjudicialização de Conflitos no Brasil.....	328
Daniel Secches Silva Leite	
As Garantias Processuais nos Procedimentos das Serventias Extrajudiciais.....	337
Daniele Barbosa Mansur	

NECROPOLÍTICA, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL APÓS A DITADURA MILITAR

Letícia Maria Dourado Leite

Bacharelanda do Curso de Direito na ASCES-UNITA

Maria Beatriz Muniz Braz da Silva

Bacharelanda do Curso de Direito na ASCES-UNITA

Resumo:

Existe nas políticas de segurança pública no Brasil resquícios de autoritarismo e repressão que podem ser apontados como herança da Ditadura Militar de 1964. Logo, é analisado nesta pesquisa a compreensão dos fenômenos deixados pela falha da justiça de transição quanto ao regime militar e o comportamento social, com base em uma análise de dados de segurança pública relativos a mortes de civis e a violência nas intervenções policiais entre o período de 2010 a 2020 no Brasil que, discutimos a partir da teoria da Necropolítica e da análise da Justiça de Transição brasileira ineficiente, como questão norteadora, a hipótese da violência e do autoritarismo na condução de políticas de segurança pública no Brasil são frutos diretos do período autoritário. Haja vista a insuficiência nas reformas institucionais transicionais realizadas a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que permitiram que o autoritarismo e a violência persistissem na condução da segurança pública a nível nacional.

Palavras-chave: Necropolítica; Justiça de Transição; Ditadura militar no Brasil; Segurança Pública brasileira; Direito à memória e a verdade.

Introdução

Desde o início da sua constituição o Brasil tem como elemento estrutural a violência. Iniciou-se a escravidão e genocídio da população indígena, seguida da escravidão dos negros e, com tudo enraizado e mais recente o governo autoritário, que instituiu o Ato Institucional nº 5 (AI-5), na Ditadura Militar de 1964.

Por essa breve análise cronológica é possível evidenciar que as constantes agressões as liberdades individuais e coletivas implementaram o terror no País e o submeteram aos interesses capitais internacionais, integrando a essência da violência as suas normas e, por conseguinte, impossibilitando que a política de garantia do direito à memória e a verdade - amparada ao seu propósito de restituição às vítimas e esclarecimento de memória - efetuasse, de forma completa, sua finalidade.

Como consequência latente destas insuficientes reformas institucionais destaca-se a implementação (como política de reparação) e a reafirmação de legalidade perante o Supremo Tribunal Federal (através da ADPF 153) da Lei de Anistia - Lei nº 6.683/1979 demonstrando-se, neste ponto, as falhas intrínsecas da justiça transicional brasileira e evidenciando sua morosidade e anacronismo, caracterizando como resultado prático da sua (insuficiente) evolução a relativização a desintegração dos Direitos Humanos.

Estendendo-se até os dias atuais, comparada à herança política deixada pela Ditadura Militar (1964-1985), têm-se que apesar da vigência e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda se permite que a lógica do autoritarismo à segurança dos cidadãos permaneça até dias atuais, permeando-se uma corporação policial muito repressiva e agressiva, consoante evidencia os dados extraídos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018), os quais demonstram que 11 a cada 100 mortes por violência intencional no Brasil são ocasionadas pela polícia.

Por conseguinte, é certo elucidar que o passado está fadado a se tornar o futuro, haja vista que os elevados números de homicídios nas operações policiais invasivas geram uma constante sensação de impunidade e insegurança jurídica em torno da segurança pública brasileira - considerando-se, principalmente, que no período pós-redemocratização nenhum agente da repressão foi responsabilizado por seus crimes -, reafirmando-se, assim, as noções de Biopoder e Totalitarismo (FOUCAULT, 2014) e a teoria Necropolítica, desenvolvido por Achille Mbembe (2018), qual seja de que no corpo social há duas “classes” de cidadãos: os úteis e os descartáveis.

Análise dos dados da Segurança Pública no Brasil (2010-2020)

Através de uma análise comparativa de dados e estatísticas obtidas através do Fórum Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça e de Secretarias Estaduais de Segurança Pública objetiva-se elucidar a influência da Ditadura Militar no *modus operandi* da atual política criminal, apresentando-se os dados da segurança pública do Brasil relativos as mortes de civis em operações policiais violentas durante o período de 2010 a 2020, com destaque aos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Pernambuco e Bahia.

Discute-se, neste ponto, através da Necropolítica (Mbembe, 2018) e do Biopoder (Foucault, 2014), paralelo à Justiça de Transição e a Constituição

da República Federativa do Brasil de 1988, se a chegada de governos com discursos autoritários ao poder geram impactos nos números de homicídios violentos ou por intervenções militares.

Segundo as estatísticas constantes no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023), os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Pernambuco e Bahia estão no *ranking* - em números absolutos e em percentual de taxas a cada 100 mil habitantes - de maior incidência de mortes violentas e de mortes decorrentes de intervenções militares entre os anos de 2010 a 2020, apresentando, constantemente, percentuais crescentes desses óbitos.

Paralelamente, averiguou-se que existe um “padrão de morte”. Acontece que mais da metade dos homicídios ocorridos no Brasil entre os anos de 2010 a 2020 são contra homens, negros, jovens, com baixa escolaridade (máximo 07 anos de estudo) e por violência armada.

Ainda sobre esse “padrão de morte” é clara a aplicação da Necropolítica, teoria desenvolvida por Achille Mbembe (2018), a qual determina que existe no corpo social cidadãos “descartáveis/inúteis” os quais, sequer, chegam a ser contabilizados nos registros de óbito. Neste ponto vê-se, constantemente, o paralelo com o racismo estrutural, enraizado na sociedade brasileira, remetendo-se que a população negra será, necessariamente, criminosa aumentando-se, por conseguinte, os níveis de violência, de tal forma que, conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023), cerca de “75,7% das vítimas de homicídio eram negras”, havendo, portanto, um índice de 2,7 negros assinados para cada não negro.

Também foi possível constatar, através do *website* Carta Capital (2023), que as intervenções policiais tendem a ser mais letais quando amparadas sob o propósito de “operação vingança” - qual sejam aquelas realizadas imediatamente após o óbito de algum policial da corporação - ou, ainda, quando há a cooperação de agentes (PF, PRF, PM, BOPE, CORE, COT, BEPI e etc.) no enfretamento e descapitalização de organizações criminosas.

Por conseguinte, o crescimento dos índices nos registros de mortes e crimes possuem ligação direta com o governo política em exercício, haja vista que a predominância de governos autoritários influi diretamente no número de homicídios. Conforme disposto no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023), os períodos de Janeiro/2020 à Dezembro/2022 (Presidência de Jair Bolsonaro) foi marcado por altos índices de mortes por intervenções policiais violentas enquanto, em contrapartida, nos meses de Janeiro/2011 à Agosto/2016 (sob a Presidência de Dilma Rousseff) houve a diminuição do número de homicídios.

Ademais, de uma simples análise dos dados estatísticos apresentados é possível apontar que, devido à justiça transicional ineficiente, que a segurança pública do Brasil é repressiva e insuficiente haja vista que releva condutas autoritárias e, por conseguinte, possibilita a consolidação de práticas abusivas em pleno Estado Democrático de Direito, sob égide Constituição

da República Federativa do Brasil de 1988, perpetrando a ideia de um estado moderno como algo vinculado à força e utilizando a política de segurança para validar e reforçar segregações que resultam em exclusões e até mesmo extermínio desses grupos inimizados.

A problemática de Segurança Pública no Brasil: uma análise a partir da Teoria Necropolítica e da Justiça de Transição

O modelo de segurança pública adotado após a promulgação da Constituição de 1988 é de fato inábil, tendo em vista a anistia oportuna aos agentes militares que foram ativos no período da Ditadura Militar, o que estimulou de maneira fatídica a continuação da essência violenta na Polícia brasileira quando a mesma deveria exercer um cargo que traria segurança ao civil, contudo os agentes da Lei operam contra ela, amparados pela mesma, em contradição, espalhando pânico, fazendo com o que os policiais sejam vistos como entidade, estritamente, repressiva e, ainda, mortal.

Nota-se que a estruturação do Brasil, após sobreviver a um governo autoritário, refletiu-se no *modus operandi* estatal até seus dias atuais, uma vez que o desenvolvimento nacional obteve influências de um sistema autoritário, se desenvolveu como cita Mbembe, (2018, p. 41), “[...] em quem importa e que não importa, quem é “descartável” e quem não é [...]”, havendo a propagação do Estado de Exceção e da não integração social, abrindo espaço para o Estado se utilizar de instrumento político de poder para justificar ações políticas deturpadas ao colocar direito (tecnologia para subjetivação) e o Estado (poder de polícia) a serviço da economia, de modo a se torna um cenário estratégico moldado para os indivíduos terem um ponto de vista de sua existência como algo diretamente útil ou inútil ao sistema, os reduzindo a isso, a uma massa de manobra.

De maneira análoga, ao buscar evidenciar as repercussões ocasionadas pela Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) sobre a corporação policial, torna-se pertinente explorar as concepções de biopoder foucaultiano no contexto totalitário. Isso implica estabelecer um paralelo entre a institucionalização de um Estado violento que endossa a formação de um governo necropolítico. Essa realidade persiste no Brasil, conforme delineado por Achille Mbembe (2018), que identifica na estrutura social duas categorias de cidadãos: os úteis e os descartáveis. Os últimos são assim rotulados por sua falta de contribuição para a manutenção do sistema tradicional, relegando-os a uma posição secundária, desprovida de repercussões sociais ou jurídicas significativas. Frequentemente, esses indivíduos nem mesmo são registrados em estatísticas de mortes e crimes, alimentando a sensação constante de impunidade e insegurança jurídica.

Nesse contexto, ao considerar os aspectos sócio-estruturais, observa-se que atribuir a morte como causa trivial está intrinsecamente ligado à ausên-

cia de uma abordagem ativa na disseminação da memória crítica durante a transição democrática. Isso ocorre em relação ao período autoritário, destacando-se a supremacia da defesa institucional da democracia e dos Direitos Humanos. Simultaneamente, ressaltam-se uma lacuna na segurança pública, persistente nos dias atuais, onde a falta de justiça diante de casos de tortura ainda ocorre. As informações discutidas tornam-se urgentes diante do cenário brasileiro atual, destacando o absurdo que a sociedade enfrenta devido ao descontrole dos agentes de segurança, muitas vezes incentivados por uma herança política que perdura.

Considerações finais

Os elementos apresentados neste artigo destacam a importância fundamental do debate sobre o direito à memória e à verdade no contexto da justiça de transição no Brasil associada à teoria da Necropolítica. Essa discussão tem sido impulsionada, em particular, pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/2010, movida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ressaltando que a Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como “Lei de Anistia”, que impede um alcance judicial efetivo contra agentes do estado como é devido.

Ocorre que ao constituir e reafirmar no ordenamento jurídico atual a Lei de Anistia, revela uma negligência quanto aos eixos da justiça transicional, havendo uma relativização, no período de pós-ditatorial brasileiro, assim sendo, a relação entre a memória e a verdade, crucial para sua autenticidade e reconhecimento, já que ambos os conceitos estão sujeitos a intensas tensões, influenciadas por conflitos de interesses. A impossibilidade jurídica desse reconhecimento, é apresentada nesse artigo por alguns elementos, como pelo Poder Judiciário brasileiro, e ainda o legislativo, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, eliminando o direito à memória e à verdade.

Diante desse contexto, a discussão sobre o conteúdo desses direitos ganha relevância, especialmente diante das contínuas violações dos direitos humanos no Brasil, como a disseminação da tortura no sistema carcerário e execuções criminosas. São as escassas reformas institucionais realizadas desde a Constituição de 1988, que geram insegurança e ignorância, afetando a opinião pública e contribuindo para a manutenção de um modelo inadequado à democracia.

A premissa de que apenas o aumento da repressão policial pode garantir a segurança urbana contra delitos perpetua esse modelo, encobrendo diversas formas de violência. Através da lente da Necropolítica, é possível analisar o autoritarismo na estruturação da Segurança Pública Brasileira no pós-Ditadura Militar, utilizando as noções de Biopoder Foucaultiana para compreender a institucionalização do Estado violento. Isso valida a existên-

cia de um governo necropolítico no Brasil, destacando a segregação entre civis considerados úteis ou descartáveis, revelando o totalitarismo presente na corporação policial brasileira.

O direito à verdade e à memória deveriam construir uma nova identidade para o Brasil, explicando sua história como memória coletiva para construir uma futura nação democrática, mas o padrão de morte, desde 1964, não mudou, os descartáveis ainda existem pela ótica do governo. O controle, a economia e a elite se sobrepõem a saúde de sua nação, uma vez que, por exemplo, os altos índices no registro de mortes pela polícia se encontram ligados a população de negros até os dias atuais, algo que deveria ser retrógrado, mas por essas circunstâncias, a população negra é vista como, necessariamente, criminosa.

Os referidos estados apresentados, sendo dois da região Nordeste e dois do Sudeste, foram escolhidos pela ampla incidência de práticas de violência policial, como as “operações vinganças”, realizadas após a morte de algum policial e quando existem a cooperação de agentes (PF, PRF, PM, BOPE, CORE, COT, BEPI e *etc.*) no enfrentamento de organizações criminosas em favelas. Isto posto, é escancarado o objetivo do STF de proteger a imagem das Forças Armadas que carrega tantas denúncias de abusos, assim, afirmando o poder como instrumento biopolítico para o Estado que pode perder o prestígio perante a sociedade.

Enfim, a pesquisa considerou em todo o seu corpo informações que irão contribuir como alerta informativo ao público a relação ao sistema de segurança pública no Brasil, que resta insuficiente após a falha da transição para a democracia, permitindo que a lógica autoritária continue em suas políticas públicas, permitindo não só a constância, mas a consolidação da violência policial e suas práticas abusivas em pleno Estado Democrático de Direito, sob vigor da Constituição Federal de 1988 por mais de trinta anos após o término da ditadura militar.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**: Homo Sacer, II, I. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGÊNCIA PÚBLICA. Polícias do Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco cometeram 331 chacinas em sete anos. **Carta Capital**, 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/policias-do-rio-de-janeiro-bahia-e-pernambuco-cometeram-331-chacinas-em-sete-anos/>. Acesso em 22 nov. 2023.

ASSIS, Emerson Francisco de. Justiça de Transição e Violência Policial: reflexões críticas sobre a segurança pública no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efectividade**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 01-20, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0022/2018.v4i1.4012>. Acesso em 25 nov. 2023.

ASSIS, Emerson Francisco de. Reflexões sobre Políticas de Segurança Públicas no

Brasil atual: consequências de uma Justiça de Transição falha? **Mural Internacional (Dossiê DDHH)**. Rio de Janeiro, v. 11, p. e47999, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/muralinternacional/article/view/47999>. Acesso em 26 nov. 2023.

BAHIA. Secretaria de Segurança Pública (SSP/BA). **Estatísticas 2020**. Disponível em: <http://www.ssp.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=110>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. A lei da Anistia deve ser revista. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 02 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0212200609.htm>. Acesso em 05 nov. 2023.

BOLONHA, Carlos; RODRIGUES, Vicente. **Direito à memória e à verdade no Brasil**: Notas sobre um debate necessário para o campo da justiça de transição. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25b07af81d8c7434>. Acesso em 11 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça (MJ). **Portal de Dados MJ**. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

DINIZ, Carlos Augusto. Poder, tempo e história: Reflexão sobre a justiça de transição no Brasil. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Belém, v.5, n.2, p. 54 - 73, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/5937/pdf>. Acesso em 11 nov. 2023.

DINIZ, Débora; CARINO, Giselle. A necropolítica como regime de governo. **El País**, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/09/opinion/1562688743_395031.html. Acesso em 08 nov. 2023.

FERRARI, Mariana. O que é necropolítica e como se aplica à segurança pública no Brasil. **Ponte**, 2019. Disponível em: <https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>. Acesso em 08 nov. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Estatísticas**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>. Acesso em 02 nov. 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das letras, 2002.

GOMES, Fernando. Escalas da Necropolítica: Um ensaio sobre a produção do 'outro' e a territorialização da violência homicida no Brasil. **Geografia, Ensino & Pesquisa**, Santa Maria, v. 21, n. 2, p. 46 - 60, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/geografia/article/view/27000/pdf>. Acesso em 05 nov. 2023.

HILÁRIO, Leomir. Da Biopolítica à Necropolítica: Variações foucaultianas na periferia do capitalismo. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 194 - 210, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://200.229.32.43/index.php/SapereAude/article/view/P.2177-6342.2016v7n13p194>. Acesso em 10 nov. 2023.

IGNACIO, Julia. Necropolítica: o que esse termo significa? **Politize!**, 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/necropolitica-o-que-e/>.

Acesso em: 27 de novembro de 2023.

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG. O que é justiça de transição. **Memórias da Ditadura**. Disponível em: <http://memoriasdaditadura.org.br/justica-de-transicao/>. Acesso em 08 nov. 2023.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 edições, 2018a.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaio**, Rio de Janeiro, [S.I.], v. 32, p. 123 - 151, dez. 2018b. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em 05 nov. 2023.

OLIVEIRA, Maria Sylvania de; TEODORO, Helena. Racismo Estrutural - entenda o que significa. **Portal Geledés**, 2019. Disponível em: https://www.geledes.org.br/racismo-estrutural-entenda-o-que-significa/?amp=1&gclid=Cj0KCQiA6vaqBhCbARIsACF9M6ngJJB75p1ZHlyjMrs6ERemxNXIdJK4xywapIjftXH1JrSci8w-1FekaA rrVEAL w_wcB. Acesso em 22 nov. 2023.

O que é Justiça de Transição. **Memórias da Ditadura**, 2022. Disponível em: <https://memoriasdaditadura.org.br/justica-de-transicao/>. Acesso em 21 nov. 2023.

PERNAMBUCO. Secretaria de Defesa Social (SDS/PE). **Estatísticas**. Disponível em: <https://www.sds.pe.gov.br/estatisticas>. Acesso em: 15 nov. 2023.

PINHO, Osmundo. O Fantasma do Estado: Genocídio e Necropolítica. **Porta Geledés**, 2014. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-fantasma-estado-genocidio-e-necropolitica/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais Europeus, Interamericano e Africano**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

RIBEIRO, Guilherme. Entre armas e púlpitos: A Necropolítica do bolsonarismo. **Revista Continentes**, Rio de Janeiro, [S.I.], n. 16, p. 463 - 485, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistacontinentes.com.br/index.php/continentes/article/view/288/212>. Acesso em 05 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Instituto de Segurança Pública (ISP). **Estudos - Estatísticas Gerais de Segurança**. Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=200>. Acesso em: 15 nov. 2023.

SÃO PAULO (ESTADO). Secretaria de Segurança Pública (SSP/SP). **Dados Estatísticos do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>. Acesso em: 15 nov. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo; MARCHT, Laura; MELLO, Letícia. Necropolítica: Racismo e políticas de morte no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, p. 1053 - 1083, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/49790/36804>. Acesso em 11 nov. 2023.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À VITIMA DE CRIME MILITAR

Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Pós-Doutor e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo:

O texto examina a possibilidade jurídica de aplicação do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal comum aos crimes militares. A relevância temática se justifica na medida em que o instituto permite ajustar com o suposto autor do fato as condições para a reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 28-A, inciso I). O objetivo é demonstrar que a aplicação do acordo aos crimes militares observa o princípio constitucional da isonomia e constitui medida que melhor atende aos interesses de reparação dos danos causados às vítimas. A hipótese sustentada é a de que a Constituição da República Federativa do Brasil não estabelece qualquer restrição à aplicação dos institutos negociais penais aos crimes militares. Desta forma, o sujeito que realiza um crime militar, atendidos os requisitos estabelecidos em lei, possui direito subjetivo ao acordo de não persecução penal como forma de extinção da punibilidade. Também sustentada-se a hipótese que o instituto viabiliza o direito da vítima à efetiva e rápida reparação dos danos sofridos com a prática do crime.

Palavras-chave: Crime; Militar; Acordo; Reparação.

Introdução

Pode-se constatar que ao longo dos últimos anos as políticas públicas implementadas para o melhor enfrentamento da criminalidade têm centrado atenções na Justiça comum e esquecido os conflitos sociais que envolvem os servidores públicos militares. Diversas foram as alterações introduzidas no Código Penal comum e no Código de Processo Penal comum que visaram qualificar a intervenção punitiva, bem como obter maior efetividade na

relação processual penal. Tais avanços político-criminais, formalmente, não repercutiram nos estatutos utilizados na Justiça Militar.

Contudo, é inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das opções político-criminais formuladas pelo Estado brasileiro. Não é possível admitir que os esforços do Poder Público para a melhor compreensão do fenômeno da criminalidade e para o aprimoramento de sua intervenção punitiva deixem de produzir efeitos em relação aos servidores públicos militares. Por isso, muitos magistrados da Justiça Militar passaram a incorporar em seus julgados os avanços introduzidos na legislação penal e processual aplicada na Justiça comum.

Com base no permissivo do art. 3º do Código de Processo Penal Militar, os juízes da Justiça Militar passaram a determinar a suspensão do processo nos casos de réu revel citado por edital e permitir perguntas das partes no interrogatório, que passou a ser realizado ao final da instrução. A oitiva das testemunhas passou a se operar por meio de perguntas formuladas diretamente pelas partes e também passou a ser possível a absolvição sumária. Reconhecendo a necessidade de atualizar o Direito Processual Penal Militar com os avanços democráticos do Direito Processual Penal comum, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a realização do interrogatório do réu militar deve ser feito ao final da instrução (HC-127900), em clara demonstração de que a ampla defesa também deve ser conferida aos réus militares.

No trato das questões de natureza penal, os juízes da Justiça Militar passaram a realizar a dosimetria da pena em três fases, a definir o regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a exasperar a pena de um só dos crimes nos casos de crime continuado, a aplicar os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na lei dos Juizados Especiais Criminais, bem como substituir a pena privativa de liberdade imposta em condenação por penas restritivas de direitos e multa nos termos previstos no Código Penal comum.

No entanto, os institutos negociais da justiça penal recebem forte resistência da doutrina e jurisprudência militar. O acordo de não persecução penal, inserido pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no art. 28-A do Código de Processo Penal renova o debate sobre a possibilidade de aplicação de acordos no âmbito da Justiça Militar. A preocupação dos operadores mais conservadores se eleva com o potencial de aplicação do instituto aos crimes propriamente militares.

Neste universo jurídico formalmente desarmônico, desproporcional e certamente injusto, a atuação corretiva do juiz especializado ganha especial relevo. O magistrado materializa as respostas oficiais que o Poder Público oferece aos conflitos sociais e deve preservar a racionalidade e coerência do sistema normativo que aplica. Para se desincumbir deste mister, o juiz deve orientar a sua análise pelos princípios constitucionais norteadores da intervenção punitiva e seus reflexos sobre as peculiaridades do Direito Militar.

Cabe observar que, no Estado de Direito Constitucional, a exigência de coerência para as respostas do Poder Público prescinde de previsão legal expressa. O coerência interna é uma característica natural de qualquer sistema normativo.

É necessário compreender o ordenamento jurídico como um sistema, cujas características fundamentais são a ordenação e a unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interna do ordenamento jurídico são condições inafastáveis do trabalho hermenêutico. Conceber a ordem jurídica como sistema é consequência natural dos mais elevados valores do Direito, como os princípios de justiça e igualdade, em sua atuação generalizante (Canaris, 1989, p. 14 e p. 20-22). Certamente, a realização desses princípios exige que o Direito se apresente adequadamente ordenado, tendo a Constituição como diretriz do sistema de articulação de princípios fundamentais (Canotilho, s/d, p. 1.137).

Direito fundamental ao tratamento isonômico

Inicialmente, cabe observar que o servidor público militar também tem o direito ao tratamento isonômico. Qualquer tratamento diferenciado conferido aos servidores públicos militares deve se fundamentar em expressa previsão constitucional.

No art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil encontramos a previsão fundamental de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em disposições que expressamente excepcionam a regra fundamental da isonomia em relação aos militares, temos a possibilidade de aplicação de pena de morte, em caso de guerra declarada (XLVII, a) e a possibilidade de prisão nos casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (LXI). No âmbito do Direito Penal, a Constituição faz somente estas ressalvas.

Em disposições que não se relacionam com a matéria criminal, a Constituição estabelece que aos militares é proibida a sindicalização e a greve (art. 142, § 3º, IV) e, enquanto estiver no serviço ativo, a filiação partidária (art. 142, § 3º, IV).

Ainda no que diz respeito ao tratamento especialmente conferido ao regime jurídicos dos militares, a Constituição da República determina que:

art. 142. ...

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Esta disposição é aplicável aos militares estaduais, por força do que dispõe o § 1º do art. 42 da Constituição, e não permite restringir qualquer dos direitos fundamentais dos militares em matéria penal ou processual penal.

Cabe notar que o estabelecimento de regras diferenciadas para a admissão de servidores não é uma exclusividade de militares, sendo constitucionalmente admitidas para outras categorias de servidores (art. 39, §3º).

No que diz respeito às garantias profissionais dos militares da União, a Constituição, no art. 142, § 3º, incisos VI e VII, garante que o oficial somente perderá o posto e a patente se for julgado indigno ou incompatível com o oficialato por decisão de Tribunal Militar de caráter permanente. Importa notar que, para os militares da União, a garantia (tratamento diferenciado) somente foi conferida aos oficiais e não aos praças.

No âmbito dos Estados, o art. 125, § 4º, da Constituição garante que somente o Tribunal decidirá sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças em ações judiciais (criminais). Em relação aos militares dos Estados, a garantia processual foi expressamente estendida aos praças.

O foro especial por prerrogativa de função também foi instituído para outros servidores públicos e se fundamenta na necessidade de, ao mesmo tempo, garantir o exercício das funções inerentes ao cargo público e a realização de um julgamento livre de interferências. Não se trata de garantia estabelecida em favor da pessoa que eventualmente ocupa o cargo e é acusada de um crime (Lopes Jr, 2018, p. 283-284). Todas as pessoas, militares ou civis, continuam sendo iguais perante a lei.

É fácil perceber que estas disposições constitucionais especialmente direcionadas aos servidores militares não os torna pessoas desiguais em sua vinculação política com o Estado brasileiro (cidadãos de 2ª categoria) ou os afasta de sua proteção. A Constituição expressamente garante a dignidade de todas as pessoas humanas, sem fazer qualquer distinção depreciativa em relação à pessoa dos militares.

O tratamento constitucional diferenciado que é dirigido aos militares pela Constituição constitui exceção que se fundamenta nas peculiaridades inerentes ao exercício da função. Como toda regra excepcional, deve ser racionalmente fundamentada e não admite interpretação extensiva. Exceção é exceção! Não pode se transformar as disposições excepcionais em motivos para construir uma regra geral - não escrita - que venha a impor um tratamento sempre desigual em desfavor dos militares em todos os demais aspectos de sua relação com o Estado. O tratamento diferenciado somente poderá se dar nos limites do que está previsto na Constituição.

Com base em uma suposta desigualdade *natural* entre civis e militares, entre os bens jurídicos protegidos pelo Código Penal comum e o Código Penal Militar, alguns doutrinadores e operadores da Justiça Militar sustentam

tratamento sempre desfavorável aos militares. Os argumentos utilizados para esta interpretação se baseiam em um maior rigor das disposições do Código Penal Militar (o que não se confirma diante um exame superficial das penas cominadas), uma tutela penal vinculada essencialmente à proteção da *hierarquia* e da *disciplina*, bem como na índole especial do Código de Processo Penal Militar que, novamente estaria predisposta à realizar a tutela da *hierarquia* e da *disciplina* (Alves-Marreiros, 2020, p. 29-33 e 197-198; Alves-Marreiros, 2017; e Vasques, 2018). Muito embora a alínea “a” do art. 3º, do Código de Processo Penal Militar determine que os casos omissos serão supridos com a legislação comum, sem prejuízo da índole do processo penal militar, os argumentos aprisionados pela obsessão da *hierarquia* e da *disciplina* não convencem.

Se, de fato, a Constituição da República trata o militar diferentemente no que diz respeito à possibilidade de aplicação da pena de morte e da prisão sem ordem escrita de autoridade judiciária, não se pode concluir pela instituição de um tratamento discriminatório que sempre o prejudique em todos os demais aspectos de sua relação jurídica com o Estado sancionador.

No que diz respeito aos servidores militares estaduais, a necessidade do tratamento isonômico em relação aos servidores civis se mostra ainda mais evidente em razão de integrarem um mesmo sistema de defesa social. Como deixa claro o art. 144 da Constituição da República, a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar e a Polícia Civil são instituições públicas encarregadas de prestar serviços articulados de proteção ao direito fundamental do cidadão à segurança pública.

Em se tratando de combate à criminalidade, nos termos da planificação constitucional, as polícias militares e civis estaduais exercem atividades complementares. Formalmente, cabe à polícia militar realizar as atividades de policiamento preventivo (ostensivo) e a polícia civil as atividades investigativas de polícia judiciária (repressiva). Em regra, os policiais militares recebem as primeiras notícias sobre os fatos de interesse penal e, tomadas as medidas mais urgentes, repassam tais informações à polícia civil para o prosseguimento das providências a cargo do poder público.

A complementariedade das atividades que convergem para a realização dos mesmos objetivos de proteção do cidadão já demonstra a necessidade de tratamento isonômico em relação a todos os agentes públicos envolvidos. Em muitas situações concretas, as instituições encarregadas da defesa social atuam em conjunto e o militar estadual exerce atividades com policiais e outros servidores civis. No que diz respeito aos aspectos comuns da atividade de garantia do direito fundamental do cidadão à segurança pública, os agentes de todas as instituições devem receber o mesmo tratamento.

Os aspectos práticos desta premissa podem ser ressaltados na seguinte indagação relacionada ao tema em exame: se houvesse um policial civil atuando conjuntamente com um policial militar, no caso concreto, haveria

razões para admitir o acordo de não persecução penal em benefício do policial civil e não permitir que o militar pudesse firmar o mesmo acordo? A condição de militar constitui causa idônea que possa legitimar uma resposta repressiva diferenciada do Poder Público em relação aos seus agentes de segurança pública? A resposta, certamente, é negativa.

Denílson Feitosa (2008, p. 246), tratando especificamente da exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e culposas na Justiça Militar, inicia sua reflexão indagando se “poderia a Lei nº 9.099/95 tratar diferentemente o réu do processo penal militar relativamente ao réu do processo penal comum?” Em seguida, estabelece a seguinte premissa: “do ponto de vista do princípio constitucional da igualdade, é necessário se determinar o elemento diferencial entre o réu do processo penal comum e o réu do processo penal militar que justifique o tratamento desigual entre eles.” Certamente, o fato de ser militar, por si só, não autoriza qualquer distinção de tratamento.

Não havendo elemento diferencial que, de maneira idônea, possa justificar o tratamento diferenciado conferido aos militares tal tratamento deve ser reconhecido como inconstitucional, por violar o princípio da isonomia.

Direito Penal Militar negocial

A crescente ampliação dos espaços para a atividade negocial na justiça penal brasileira desafia uma mudança em nossa cultura jurídica e sugere a necessidade de refundação dos pilares de nosso Processo Penal. Ao lado da perspectiva tradicional que promove a discussão judicial sobre elementos de prova e fundamenta a responsabilidade penal na *verdade real* que deve ser descoberta (Tourinho Filho, 1990, p. 37), ganham importância os procedimentos pré-processuais e processuais que permitem fundamentar a responsabilidade penal (ou mesmo a irresponsabilidade) em verdades acordadas pelas partes em atividade negocial (Brandalise, 2016, p. 236), sem a intervenção do juiz.

Com base no sistema garantista consolidado por Luigi Ferrajoli e especialmente nas críticas que o jurista italiano formulou aos procedimentos especiais que permitem acordos sobre a imposição de pena e sobre a utilização de procedimentos abreviados (Ferrajoli, 1995, p. 746-752), na doutrina brasileira relevante há quem sustente a incompatibilidade da justiça penal negocial com a função garantista da jurisdição penal (Lopes Jr, 2018, p. 787-789; Badaró, 2016, p. 87-94).

Segundo aponta Ferrajoli (1995, p. 747), os procedimentos da justiça penal negocial se amparam em argumentos teóricos que afirmam a sua coerência com um sistema acusatório e um processo que se estabelece entre partes, bem como no argumento prático de que somente com o emprego dos instrumentos negociais na maior parte dos casos será possível realizar

efetivamente o processo contraditório nos demais.

Segundo Ferrajoli (1995, p. 748), o argumento pragmático que se fundamenta na maior celeridade na resolução de processos comprova a ocorrência do sacrifício das garantias individuais em muitos processos em benefício de sua observância em outros poucos. Considerando fundamentalmente a desigualdade de forças entre acusação e defesa, Ferrajoli posiciona-se firmemente contra os modelos de justiça negocial por transformarem a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. Nesse contexto, a jurisdição penal se torna um luxo reservado apenas a quem esteja disposto a enfrentar os seus custos e riscos. Para o autor, o processo penal é reduzido a um jogo de azar, no qual o imputado deve escolher entre aceitar uma condenação a uma pena reduzida ou enfrentar um processo ordinário que tanto pode ser concluído com a sua absolvição como com a sua condenação a uma pena muito mais grave.

Quanto aos argumentos teóricos, Ferrajoli (1995, p. 747) denuncia a confusão que se estabeleceu entre o modelo teórico acusatório e as características concretas do processo acusatório estadunidense, que admite a discricionariedade na propositura da ação penal e o acordo entre as partes sobre a imposição de penas. Para o autor, tais características seriam resquícios do caráter originalmente privado e/ou popular da acusação, no qual a oportunidade da ação e do acordo com o imputado decorriam da liberdade de acusar. Nos sistemas em que a acusação é pública (como na Itália, nos Estados Unidos e no Brasil) não haveria razões que as justificassem.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr sustenta que o modelo de justiça negocial é incompatível com o sistema acusatório porque o Ministério Público não possuindo o poder punitivo não poderia negociar a pena. Conforme argumenta, o poder de punir é do estado-juiz (2018-A, p. 16-17). O argumento, no entanto, desconsidera que no Estado Democrático de Direito todo o poder (inclusive o punitivo) emana do povo. O estado-juiz é apenas o gestor dos poderes que lhe são delegados pelo povo (Busato, 2015, p. 19). E que o Poder Judiciário não é o único gestor da intervenção punitiva.

A crítica sustenta que a negociação que se estabelece entre a acusação e a defesa afronta o juízo contraditório, que se caracteriza pela confrontação pública, em condições de igualdade, entre as partes e se concilia com as práticas persuasivas próprias às relações desiguais de um sistema inquisitório (Ferrajoli, 1995, p. 748; Lopes Jr., 2018, p. 788-789; Vasconcellos, 2018, p. 176-177 e 2018-A, p. 49-50).

O exagero da crítica parece evidente. O acordo de não persecução penal, no sistema brasileiro, deve ser homologado judicialmente e o juiz faz o controle de legalidade do ajuste. Não se pode presumir a má-fe dos agentes estatais encarregados de realizar a persecução penal, nem que os acordos são

instrumentos que permitem praticar covardias contra pessoas indefesas. Os atores processuais que se envolvem nas relações negociais serão os mesmos que irão atuar durante todo o processo de conhecimento e em sua conclusão. Se tais atores agem com má-fé e desvios na fase negocial, porque atuariam de boa-fé e em conformidade com a lei na fase contenciosa? As premissas que sustentam as críticas não parecem devidamente sólidas.

O que se pode constatar no debate travado sobre a justiça penal negocial é uma polarização que se estabeleceu entre duas posições ideologicamente opostas (Pereira, 2016, p. 53-55).

A primeira entende o sistema judiciário penal e o processo penal unicamente como espaço para a garantia da liberdade dos investigados/acusados, rejeitando qualquer possibilidade de ponderação entre tal objetivo e as necessidades de eficiência da repressão aos crimes (Hassemer, 2007, p. 76-79; 88-98; 114-119). Em outras palavras, não admite qualquer ponderação entre as razões de garantia da liberdade individual e as de eficiência do sistema punitivo (Ferrajoli, 1995, p. 746-752 e Badaró, 2016, p. 87-94). Nesta perspectiva, a tarefa de combater o crime é exclusivamente das instâncias policiais (Hassemer, 2007, p. 155-186). E o Poder Judiciário deve se isolar em uma bolha distante dos problemas reais de aplicação do sistema normativo.

A segunda, por outro lado, considera a existência de uma tensão que desafia encontrar pontos de equilíbrio entre as necessidades de eficiência do sistema processual penal e as garantias da liberdade individual (Roxin; Arzt e Tiedmann, 2007, p. 158-161). Nesta perspectiva, é possível discutir até que ponto o Estado pode limitar a satisfação dos interesses individuais de garantia da liberdade em benefício da persecução penal (Pereira, 2016, p. 55).

Como a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CR/88) e não um Estado de Direito Liberal, é forçoso concluir que até mesmo os direitos fundamentais relacionados à garantia da liberdade individual possuem limites (Sampaio, 2013, p. 689-699). Conforme o princípio constitucional da razoabilidade ou da proporcionalidade (Alexy, 2008, p. 132; 2008-A, p. 116-117; 2014, p. 6-7 e 2014-A, p. 149; Barroso, 2010, p. 260-261; Cruz, 2004, p. 238-244), é necessário fazer uma ponderação (Barroso, 2010, p. 334-339) entre as garantias que protegem a liberdade individual (vedação do excesso) e a efetividade da tutela penal (vedação da tutela ineficiente). Em uma perspectiva mais atualizada dos direitos fundamentais, deve-se fazer a ponderação entre uma dimensão coletiva dos direitos fundamentais e uma dimensão individual dos direitos fundamentais (Oliveira, 2018, p. 40-41).

Importa notar que o Direito Penal do Estado democrático situa em um mesmo patamar de importância o ideal da mínima intervenção punitiva, com as garantias individuais que lhe são inerentes, e a efetiva responsabilização daqueles que realizam comportamentos ofensivos aos bens jurídicos que demandam a tutela penal (Copetti, 2000, p. 104).

As diversas perspectivas negociais, que tomam caminhos diversos e se mostram incapazes de formar um sistema coeso (Rosa, 2018, p. 101), devem submeter-se igualmente aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Os institutos negociais somente adquirem legitimidade quando puderem compatibilizar os interesses de garantia da liberdade do investigado/acusado com a efetividade da tutela penal. Em especial, os institutos negociais devem garantir ao indiciado/acusado o pleno acesso às informações relativas à sua situação jurídica e ainda preservar a sua liberdade para negociar. Nesse contexto, o negócio jurídico processual que pode extinguir a punibilidade do militar deve ser entendido como um direito de defesa.

Na doutrina penal militar, entretanto, pode-se constatar que a preocupação é outra. A rejeição aos institutos negociais se fundamentam em uma suposta índole mais rigorosa do Direito Penal Militar e na necessidade de controlar a tropa mediante a força coercitiva da ameaça de privação da liberdade. Não se verifica a mesma preocupação com os direitos fundamentais do indiciado ou acusado que se constata nos debates sobre a aplicação dos institutos negociais no âmbito da Justiça comum. Esta distinção, por si só, já demonstra a existência de um descompasso preocupante que coloca a doutrina penal militar alguns passos atrás dos paradigmas do Estado Democrático de Direito. E, no Brasil, somente se pode pensar em um Direito Penal Militar absolutamente conciliado com o Estado Democrático de Direito.

Acordo de não persecução penal

No Brasil, o acordo de não persecução penal foi inicialmente previsto no art. 18 da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, posteriormente alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público. Pode-se constatar que a disposição regulamentar do Conselho foi editada sem qualquer amparo legal e afrontou diretamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal condenatória prevista no art. 100, § 1º, do Código Penal, no art. 24 do Código de Processo Penal e no art. 30 do Código de Processo Penal Militar.

A Lei nº 13.964/19, no entanto, posteriormente introduziu o instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 28-A do Código de Processo Penal, repetindo, quase que literalmente, as disposições sobre o instituto constantes da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

O acordo de não persecução penal apresenta mais requisitos do que o *plea agreement* do Direito norte-americano. Segundo o art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal somente poderá ser firmado quando estiverem satisfeitos os seguintes requisitos: 1) o investigado houver confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal; 2) a infração penal não tiver sido cometida com violência ou grave ameaça; e 3) à infração penal

seja cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos.

Mesmo satisfeitos tais requisitos, não se admitirá o acordo quando for cabível a transação penal; o investigado for reincidente; existirem elementos indicativos de conduta habitual, reiterada ou profissional (salvo no caso de ofensas insignificantes); ter o investigado sido beneficiado por acordo de não persecução, transação ou suspensão condicional do processo nos 5 anos anteriores à infração; nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, bem como nos crimes praticados contra mulher por razões de sexo feminino.

O acordo de não persecução penal deve ser firmado por escrito pelo membro do Ministério Público, o investigado e seu defensor (art. 28-A, § 3º). Para produzir os seus efeitos o acordo, deve ser homologado judicialmente. A análise do juiz restringe-se à verificação da voluntariedade das partes e da legalidade do acordo firmado (art. 28-A, § 4º). Homologado o acordo, a persecução penal não se inicia em juízo, devendo o investigado cumprir as condições estabelecidas, dentre as quais se a reparação dos danos causados à vítima (art. 28-A, I). Cumpridas todas as condições, o juiz competente decretará extinta a punibilidade do investigado (art. 28-A, § 3º).

Nestes termos, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico que consubstancia a política criminal do Estado Brasileiro, é promovida pelo titular da ação penal pública (Cabral, 2020, p. 84) e permite a extinção da punibilidade do investigado.

No que diz respeito à possibilidade de realizar o acordo em razão da prática de crimes militares, cabe observar que a Resolução nº 183 do CNMP inseriu o parágrafo 12 no art. 18 da Resolução nº 181 que impede a aplicação do acordo de não persecução penal aos crimes cometidos que afetem a *hierarquia* e a *disciplina*. Tal impedimento, contudo, não foi reproduzido no art. 28-A do Código de Processo Penal.

O exame sobre a possibilidade de aplicar o acordo de não persecução na Justiça Militar deve levar em conta a experiência com a aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito da justiça especializada. Antes da entrada em vigor do art. 90-A da referida Lei, o Supremo Tribunal Federal, no RHC 74606, decidiu que os novos institutos despenalizadores tinham aplicação na Justiça Militar, posto que “não poderia a pretensão punitiva do Estado ser regida por norma processual mais desfavorável ao réu ... simplesmente porque o mesmo tipo penal está previsto nesta ou naquela lei substantiva”.

O princípio da isonomia orientou a decisão que constituiu o paradigma para a possibilidade de aplicação dos institutos negociais da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar, mesmo não havendo previsão no Código de Processo Penal Militar. Seus fundamentos continuam válidos até os dias atuais, apesar da entrada em vigor do art. 90-A (que restringe indevidamente o alcance do disposto no art. 98, I, da Constituição da República), e se aplicam ao acordo de não persecução penal. Não há fundamento racional

para negar o benefício ao policial militar e permitir ao policial civil que tenha cometido o crime em concurso de pessoas, por exemplo. Atendidos os requisitos específicos, os dois servidores integrantes do mesmo sistema de defesa social devem ser beneficiados com o instituto, por força da garantia constitucional da isonomia.

O fato do Código de Processo Penal Militar não prever o instituto não constitui obstáculo à sua aplicação no âmbito da justiça especializada. Muitos são os institutos e determinações processuais previstos unicamente na legislação comum que também são aplicados na Justiça Militar. Neste sentido, cabe lembrar novamente a decisão do Supremo determinando realizar o interrogatório do acusado ao final da instrução. O Código de Processo Penal Militar não prevê o acordo, seja para permitir ou para proibir a sua aplicação. Nos casos de omissão do Código de Processo Penal Militar, aplica-se o seu art. 3º que permite a incidência dos institutos previstos na legislação comum.

Não havendo proibição para a aplicação do acordo na Justiça Militar e sendo este um instituto de direito material mais favorável ao militar, posto que permite a extinção da punibilidade com o cumprimento de penas/medidas menos gravosas, deve-se concluir pela possibilidade de aplicação do instituto. Como sustenta Rodrigo Leite Cabral, “desde um ponto de vista normativo, é plenamente aplicável o acordo de não persecução penal à Justiça Militar” (2020, p. 206).

Novamente, vale ressaltar, o acordo de não persecução penal não ofende a índole da legislação militar. A prova contundente da compatibilidade do novo instituto com a índole da legislação repressiva militar é a aplicação, por décadas, do *plea agreement* na Justiça Militar norte-americana (Galvão, 2020).

Reparação dos danos causados à vítima

Toda vítima de crime possui direito à reparação dos danos que lhe foram causados, nos termos do art. 927 do Código Civil. A condenação pela prática de crime militar torna certa a obrigação de indenizar os danos sofridos pela vítima, conforme previsão do art. 109, inciso I, do Código Penal Militar.

Como estímulo para a reparação dos danos, o art. 70, inciso III, alínea *b*, do Código Penal Militar prevê como circunstância atenuante ter o agente, antes do julgamento, reparado o dano. Cabe observar que o estatuto repressivo militar não contempla o arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal comum. Nos termos de seu art. 86, o Código Penal Militar ainda prevê que a suspensão condicional da pena deve ser revogada se, no curso do prazo, o beneficiário não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano. Em todas estas situações, o estímulo para a reparação aos danos sofridos pela vítima pode esperar até o julgamento de mérito da pretensão punitiva.

Como se pode facilmente perceber, tais previsões não constituem estímulos para que os danos sofridos pela vítima tenham célere reparação/indenização. Nesse contexto, a situação vítima continua sem receber a devida atenção.

O acordo de não persecução penal, no entanto, é instituto que pode mudar este cenário. Conforme o inciso I do art. 28-A do Código de Processo Penal, no acordo podem ser ajustadas condições para que o investigado repare os danos causados pelo crime à vítima. Certamente, a previsão para a reparação dos danos também determina o ajuste de condições para a indenização nos casos em que os danos não puderem ser estritamente reparados.

O momento no qual ocorre o ajuste e a maior possibilidade de seu efetivo cumprimento atende melhor aos interesses de plena e célere restauração dos danos sofridos pela vítima, constituindo mais uma razão para que a opção político-criminal instituída expressamente para a justiça comum também seja aplicada na Justiça Militar. O acordo de não persecução penal constitui instrumento que, ao mesmo tempo, permite a extinção da punibilidade do suposto autor do fato e promove a reparação/indenização dos danos causados à vítima.

Conclusão

Pelas razões expostas, pode-se chegar à conclusão de que o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal comum, possui plena aplicação na Justiça Militar.

Atendidos os seus requisitos específicos, o instituto negocial constitui um dos direitos de defesa que integra o patrimônio de todo e qualquer réu no sistema processual brasileiro. Não há qualquer razão que possa justificar uma restrição ao exercício do referido direito por parte dos réus militares.

Também pode-se concluir que o acordo de não persecução penal constitui instrumento eficaz para uma célere reparação/indenização dos danos causados à vítima pelo crime militar e, por isso, sua aplicação também atende ao interesse social de restauração dos danos decorrentes de crimes militares.

Referências

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais**: fundamentos para a diferenciação do direito militar. Londrina: EDA, 2020.

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Da impossibilidade de usar a autocomposição no Direito Penal e Processo Penal Militares**. Disponível em <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Da-impossibilidade-de-usar-a-autocomposi%C3%A7%C3%A3o-no-Direito-Penal-e-Processo-Penal-Militares>>. Publicado em 23 de novembro de 2017. Último acesso em 08 de outubro de 2023.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck.

2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: ALEXY, Robert; TRIVISSONO, Alexandre Travessoni ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. *Societas delinquere potest* - revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZIZ Tuffi; GOMES; Saliba; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AZIZ Tuffi; GOMES; Saliba; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivissosso. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014-A.

AZIZ Tuffi; GOMES; Saliba; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008-A.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 07 de agosto de 2017. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Último acesso em 08 de outubro de 2023.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, s/d.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal Militar negocial: a experiência norte-americana. In **Revista do Observatório da Justiça Militar estadual**. Disponível em <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/05/20/Direito>>

-Penal- Militar-negocial- a-experi%C3%A7%C3%A3o- norte-americana> . Publicado em 20 de maio de 2020. Último acesso em 08 de outubro de 2023.

HASSEMER, Winfried. **O Direito Penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. Prefácio in VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018-A, p. 16-17.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. Niterói: Impetus, 2008.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther e TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria das constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018-A.

VASQUES, Iremar Aparecido da Silva. **Os crimes militares por extensão e seu apenamento**: uma solução possível. Disponível em <<https://www.observatorio-dajusticamilitar.info/single-post/2018/10/31/Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-seu-apanamento-uma-solu%C3%A7%C3%A3o-poss%C3%ADvel>>. Publicado em 31 de outubro de 2018. Último acesso em 08 de outubro de 2023.

O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Lorena Braga Raposo

Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Miguel Pereira (FAMIPE). Professora de Direito Penal, Processual Penal e Prática Jurídica Penal da FAMIPE e da Universidade Grande Rio (UNIGRANRIO/AFYA). Mestre em Direito e Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis

Gabriel Rezende

Professor do Curso de Direito da Faculdade de Miguel Pereira. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Mestre em Sociologia Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo investigar o papel das instituições de segurança pública no estado do Rio de Janeiro na proteção dos direitos humanos. Analisamos como essas instituições de segurança lidam com a promoção e garantia dos direitos fundamentais no contexto específico da segurança pública. A relevância temática deste estudo reside na importância de compreender como as instituições de segurança pública no Rio de Janeiro podem contribuir para a proteção dos direitos humanos em um contexto marcado por desafios complexos relacionados à violência e criminalidade. A efetivação dos direitos humanos nessa realidade é crucial para garantir a integridade, dignidade e liberdade dos cidadãos. Para isso, buscamos analisar o marco legal e normativo que define políticas de segurança pública no Rio de Janeiro na proteção dos direitos humanos, através da implementação das Unidades de Política Pacificadora, bem como da Intervenção Federal de 2018. Deste modo, investigamos como as práticas e estratégias adotadas pelas instituições de segurança pública do estado visam garantir a proteção dos direitos humanos em suas operações. Bem como, avaliamos os desafios específicos enfrentados pelas instituições de segurança no Rio de Janeiro as ações adotadas. Por conseguinte, adotamos a metodologia qualitativa, envolvendo a análise de legislação, documentos normativos e relatórios institucionais específicos do estado do Rio de Janeiro, e referências bibliográficas

sobre a temática. Dessa forma, acreditamos que os resultados desse trabalho possam trazer uma visão holística do problema de segurança, bem como subsidiar a formulação de políticas públicas e a implementação de ações concretas voltadas para uma atuação mais eficiente e respeitosa dos direitos humanos pelas instituições de segurança pública no estado.

Palavras-chave: Segurança Pública; Direitos Humanos; Rio de Janeiro.

Considerações iniciais

O estado do Rio de Janeiro tem sido historicamente afetado por desafios significativos em relação à segurança pública. As políticas implementadas ao longo das décadas refletem não apenas as tentativas de conter a violência e o crime, mas também as transformações sociais, políticas e econômicas que moldaram o tecido urbano da região.

Durante os anos 1980 e 1990, o Rio de Janeiro viu um aumento dramático na violência urbana, impulsionado pelo crescimento do tráfico de drogas e pela proliferação de gangues e grupos criminosos. Nesse período, as estratégias predominantes se baseavam em abordagens repressivas e militarizadas. Operações policiais de grande escala foram comuns, mas não resolveram as questões fundamentais que alimentavam a violência.

Autores renomados como Ignácio Cano (1997), em suas pesquisas sobre a criminalidade urbana, evidenciam a ineficácia dessas estratégias ao não considerarem as causas estruturais da criminalidade. Cano apresenta, portanto, uma análise profunda da dinâmica da violência urbana na cidade, indo além das abordagens superficiais e propondo uma compreensão mais ampla das causas estruturais da criminalidade. O autor destaca como a violência está intrinsecamente ligada a questões sociais, econômicas e políticas que permeiam a sociedade carioca, bem como a fluminense em análise geral.

Dessa forma, evidencia-se a contestação desde os anos 1990 sobre a ineficácia das abordagens puramente repressivas para lidar com a violência. Uma vez que ações exclusivamente policiais tendem a ser limitadas e muitas vezes exacerbam a situação, aumentando a violência policial e negligenciando as raízes estruturais do problema. Evidenciando, assim, a importância sistêmica para a necessidade de políticas de segurança que considerem não apenas o aspecto criminal, mas também abordem questões como desigualdade social, acesso à educação, oportunidades de emprego e condições de vida dignas. Em outras palavras, ressalta-se a importância de estratégias que promovam a participação da comunidade, a prevenção ao crime e a proteção dos direitos humanos (Cano, 1997).

Ao observarmos o contexto do Rio de Janeiro, a relevância da análise se torna relevante, pois a cidade do Rio, em especial, enfrenta desafios profundos relacionados à violência, especialmente nas áreas periféricas. O que

indica que políticas públicas de segurança devem ser abrangentes, integrando ações policiais com medidas sociais, garantindo a proteção dos direitos humanos em todos os níveis de intervenção estatal.

Essa análise histórica e crítica das estratégias de segurança no Rio de Janeiro reflete a complexidade do cenário e a necessidade premente de abordagens holísticas que combinem políticas de segurança com ações sociais e respeito aos direitos fundamentais.

Para tanto, o objetivo do presente ensaio é análise histórica da intrínseca relação entre políticas públicas de segurança e seu papel nos direitos humanos no Rio de Janeiro a partir da realidade das Unidades de Polícia Pacificadora e da Intervenção Federal de 2018.

Segurança no Rio de Janeiro: as UPPs como política de segurança

Durante as décadas de 1990 a 2018, o Rio de Janeiro enfrentou desafios significativos no âmbito da segurança pública. A criminalidade, especialmente ligada ao tráfico de drogas e à violência armada, tornou-se uma preocupação constante. As estratégias adotadas para lidar com esses problemas variaram ao longo do tempo, refletindo mudanças políticas, sociais e econômicas.

Ignácio Cano (1997) foi um dos primeiros autores a pesquisar o contexto da segurança no Rio de Janeiro, destacando a complexidade das relações entre criminalidade, tráfico de drogas e a atuação das forças de segurança. Ao propor a compreensão da dinâmica do crime organizado, enfatizando a necessidade de políticas que considerassem não apenas a repressão, mas também a prevenção e a inclusão social como elementos essenciais na abordagem da violência.

Durante os anos 1990 e início dos anos 2000, o Rio de Janeiro experimentou políticas de confronto direto ao crime, com incursões policiais em áreas dominadas pelo tráfico de drogas. Essas ações visavam dismantelar o poder das facções criminosas, mas frequentemente resultavam em confrontos violentos, violações de direitos humanos e poucos avanços efetivos na redução da criminalidade e, em muitos casos, resultando em chacinas nas periferias¹.

Posteriormente, surgiram iniciativas mais orientadas para a integração entre polícia e comunidade, como as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), que buscavam estabelecer uma presença policial mais próxima das populações em áreas antes dominadas pelo tráfico.

Sobre as UPPs é importante frisar a visão institucional para definir sua função, segundo o discurso oficial da própria Polícia Militar e da Secretaria

1 Existe uma série histórica sobre violências das “operações policiais” protagonizadas pelas forças de segurança nas favelas, desde 1990 a 2022. Disponível em: https://wikifavelas.com.br/index.php/Linha_do_tempo_das_principais_chacinas_no_Rio_de_Janeiro. Acesso em: 09 set. 2023.

de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, que definem:

A Unidade de Polícia Pacificadora é um novo modelo de Segurança Pública e de policiamento que promove a aproximação entre a população e a polícia, aliada ao fortalecimento de políticas sociais nas comunidades. Ao recuperar territórios ocupados há décadas por traficantes e, recentemente, por milicianos, as UPPs levam a paz às comunidades (...) as UPPs representam uma importante ‘arma’ do Governo do Estado do Rio e da Secretaria de Segurança para recuperar territórios perdidos para o tráfico e levar a inclusão social à parcela mais carente da população (Couto, 2016, p. 33).

Em outras palavras, as UPPs tinham como objetivo principal ocupar áreas de favela e implementar estratégias de “policiamento de proximidade” visando a diminuição do domínio armado do tráfico no Rio de Janeiro (Couto, 2016). Essa proposta visava estabelecer um novo formato de policiamento nas favelas, assegurando a presença constante de policiais para fornecer serviços públicos de segurança na região. Esse modelo pretendia evitar confrontos armados entre traficantes e entre estes e as forças policiais durante a “ocupação” desses territórios. Em última análise, buscava-se a “pacificação” das próprias forças policiais (Cano; Borges; Ribeiro, 2012), estabelecendo uma abordagem mais próxima e integrada com a comunidade.

Nesse sentido, destaca Arias (2019) as Unidades de Polícia Pacificadora foram consideradas a resposta para a fragmentação governamental decorrente do conflito contínuo e violento entre traficantes e policiais pelo controle territorial. De fato, durante um período de cinco anos, de 2008 a 2013, foram aclamadas como um “êxito”, mas essa percepção logo se transformou em uma visão de crise (Resende, 2019). Entre os possíveis motivos para essa transição, destacam-se os conflitos internos na Polícia Militar, a resistência aos princípios do policiamento comunitário e, ao longo do tempo, as restrições financeiras, conforme assevera Rocha (2019), que emergiram após grandes eventos esportivos, como a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e os Jogos Olímpicos em 2016.

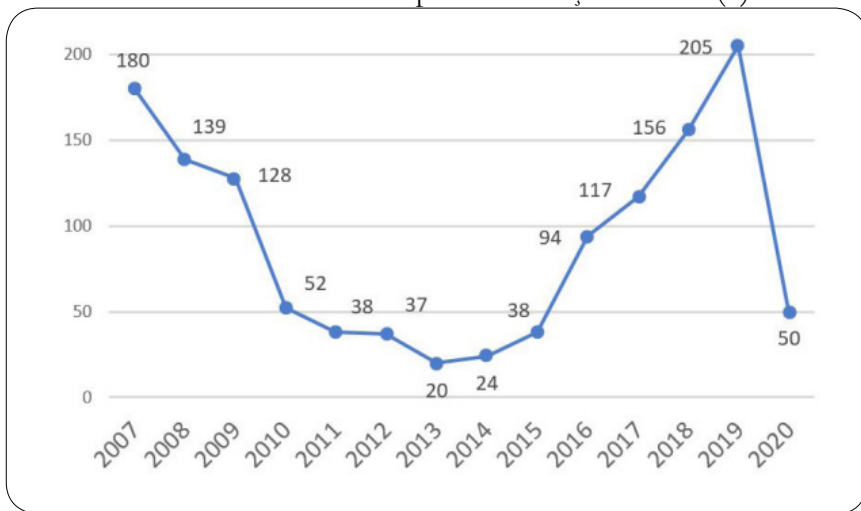
Embora o projeto não tenha sido oficialmente encerrado, foi gradualmente desmontado, com a realocação dos policiais das UPPs para outras áreas. Com a redução progressiva do contingente, os policiais não conseguiram mais realizar patrulhas frequentes por toda a extensão territorial e passaram a permanecer nas sedes das UPPs (Misse *et al.*, 2020).

Diante deste cenário, em 2016, as UPPs passaram por uma significativa redução no financiamento. O estado do Rio de Janeiro declarou um “estado de calamidade financeira”, resultando em cortes no orçamento destinado à segurança pública. Este período também foi marcado por atrasos nos pagamentos dos servidores estaduais, o que levou a mudanças na distribuição dos policiais, resultando em uma redução de 33% no efetivo, que passou a

ser subordinado aos Batalhões para evitar gastos com gratificações, como explicita Ludmer (2019, p. 70).

Com a intervenção federal anunciada em 16 de fevereiro de 2018, doze UPPs foram descontinuadas, e outras sete foram incorporadas aos Batalhões. Publicamente, essas mudanças foram justificadas pela percepção de que o projeto de “pacificação” não estava mais alcançando um de seus principais objetivos: a prevenção de confrontos e mortes violentas nas áreas “pacificadas” (Vilarouca; Ribeiro; Menezes, 2022). Como podemos perceber através dos dados do Instituto de Segurança Pública que demonstram que ocorreram 180 mortes por intervenção policial em 2007. Este número despencou em 2010, nas favelas com UPPs, e atingiu a cifra de 20 homicídios em 2013. A partir desta data, os números voltaram a crescer anualmente, atingindo o nível recorde de 205 homicídios em 2019 (Vilarouca; Ribeiro; Menezes, 2022). Cabe destacar que em 2020, tivemos o início da pandemia da COVID-19, em que se prevaleceu o distanciamento e isolamento social para evitar o contágio do vírus.

Gráfico 1 - Homicídios por Intervenção Policial (n)



Fonte: Vilarouca; Ribeiro; Menezes (2022, p. 5).

A UPP prometia uma transformação profunda na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) ao capacitar novos recrutas em estratégias policiais atualizadas. Além disso, garantia uma supervisão contínua para prevenir atos de violência e aplicar punições para desvios, visando estabelecer novos padrões de atuação. Isso representava uma tentativa de solucionar um problema histórico presente nas Polícias Militares Brasileiras (Vilarouca; Ribeiro; Menezes, 2022). Contudo, apesar dos resultados significativos dessa política de segurança, devido à crise econômica e estrutural do estado e da

própria Polícia na condução das ações, demonstram que, essas estratégias enfrentaram desafios de sustentabilidade e eficácia a longo prazo, realçando as dificuldades na manutenção da paz nas localidades implementadas.

Ao longo desse período, houve mudanças nas políticas de segurança, mas persistiram desafios estruturais profundos, como a desigualdade socioeconômica, a falta de investimento e abordagem nas periferias que continuaram a alimentar o ciclo de violência e de desrespeito aos direitos humanos no Rio de Janeiro. Um dos casos mais emblemáticos foi a Intervenção Federal em 2018, demonstrando a dificuldade do estado em assegurar suas políticas públicas de segurança aos cidadãos.

Federalismo e Segurança Pública na Constituição e a Intervenção Federal no Rio de Janeiro: breves abordagens

A presente sessão almeja explorar a análise da segurança pública dentro do contexto do federalismo, destacando o debate em torno da implementação desse modelo em situações de intervenção federal. No âmbito do federalismo, ocorre a descentralização do poder político entre governos central e subnacionais, cada um com suas esferas de atuação definidas (Soares; Machado, 2018).

No contexto do federalismo é estabelecida a descentralização territorial do poder político em governos central e subnacionais, com espaços próprios de atuação (Soares; Machado, 2018). Soares (2019, p. 3) traz a seguinte definição sobre esse sistema:

Uma forma de organização do poder político no Estado nacional caracterizado pela dupla autonomia territorial. Isto significa a existência de dois níveis territoriais autônomos de governo: um central (o governo nacional) e outro descentralizado (os governos subnacionais). Os entes governamentais têm poderes únicos e concorrentes para governarem sobre o mesmo território e povo, sendo que a União governa o território nacional e seus cidadãos, enquanto as unidades subnacionais governam uma parte delimitada do território nacional com seus habitantes. Ambos atuam dentro de um campo pactuado de competências.

No território brasileiro, encontramos a União, responsável pelo governo central, além dos estados, municípios e o Distrito Federal. No que diz respeito à segurança pública, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) enfatiza ser um “dever do Estado”, de modo que a segurança deve ser providenciada por todos esses entes:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos

seguintes órgãos:

[...]

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei (Brasil, 1988).

No entanto, a CRFB/1988 introduz um mecanismo que promove o papel preponderante da União: a intervenção federal. Esse instrumento é detalhado nos artigos 34 a 36, referentes à Organização do Estado, delineando os procedimentos, iniciativas e os requisitos formais para sua decretação. A Intervenção Federal é formalizada através de um decreto presidencial que, após sua publicação, entra imediatamente em vigor, validando os desdobramentos subsequentes. Ao estabelecer as responsabilidades do Presidente da República, a Constituição não só confere a ele a prerrogativa de decretar, mas também de supervisionar a execução da intervenção (art. 84, X) - uma tarefa desempenhada, naturalmente, pelo Interventor em nome da União Federal (Soares, 2019).

O Decreto nº 9.288/2018 estabeleceu a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, introduzindo uma alteração sem precedentes na dinâmica do sistema federativo. Isso resultou na União assumindo um papel central na segurança estadual. De acordo com Soares (2019), esse mecanismo surge como uma limitação temporária da autonomia estadual, porém, simultaneamente, é um recurso constitucional que assegura o federalismo, agindo como o remédio apropriado quando há uma ameaça ao pacto federativo. Essa ameaça pode se manifestar na necessidade de implementar medidas urgentes na segurança pública sem a participação e concordância dos estados e municípios envolvidos, o que potencialmente ocasionaria instabilidade e incerteza nas relações entre as esferas federativas.

É importante enfatizar que o texto do Decreto nº 9.288/2018 definiu tanto a natureza temporária quanto o propósito fundamental desse recurso constitucional:

Art. 1º Fica decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018.

§ 1º A intervenção de que trata o caput se limita à área de segurança pública, conforme o disposto no Capítulo III do Título V da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Para entender por que o governo federal considerou a intervenção como uma opção viável para a segurança pública no Rio de Janeiro, é crucial

contextualizar a crise financeira e política que atingiu o estado, agravando-se após os Jogos Olímpicos de 2016.

Segundo Morellato e Santos (2020), os fatores desencadeadores foram a redução na receita tributária e na arrecadação de royalties do petróleo, aliada à necessidade de financiar as obras olímpicas, resultou na transferência de serviços públicos essenciais das áreas periféricas para as regiões centrais. Ainda segundo os autores, isso levou o estado a um déficit orçamentário de 19 bilhões de reais. Em meio a uma situação caótica nos serviços públicos, com atrasos no pagamento de mais de 300 mil servidores, escassez de recursos para a manutenção das Unidades de Polícia Pacificadora e suspensão de pagamentos adicionais para policiais, o governador Francisco Dornelles² decretou estado de calamidade financeira em 2016. O objetivo era obter um crédito de 2,9 bilhões de reais da União para “cumprir os compromissos dos Jogos Olímpicos” (Morellato; Santos, 2020).

Outro fator que pesou no cenário fluminense foram os casos de corrupção ligados a administrações fraudulentas, resultando na prisão de todos os quatro governadores eleitos desde 1998, também colaboraram para a falência institucional, enfraquecendo as autoridades locais e dificultando a implementação de medidas menos drásticas na área da segurança pública. Em 2018, cerca de 83% da população na cidade do Rio de Janeiro rejeitava o governo de Luiz Fernando Pezão (Franco; Barbon, 2018 *apud* Morellato; Santos, 2020).

Além disso, entre os desafios evidentes durante essas crises, é relevante ressaltar o agravamento do desemprego e o aumento generalizado dos preços dos produtos, sobretudo impulsionado pelo elevado índice de violência no Estado do Rio de Janeiro, especialmente em sua capital. Apesar do desempenho positivo da indústria em termos de emprego no Brasil em 2017, em comparação com 2016, o Rio de Janeiro foi uma exceção nacional. Até setembro de 2017, houve uma diminuição de 4.769 postos de trabalho no estado, principalmente na capital (Otta; Tomazelli, 2017). A análise do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, do Ministério do Trabalho, indicou que o Rio de Janeiro foi o município no estado que mais registrou o fechamento de vagas formais em 2017.

Após a efetivação da Intervenção Federal, especialmente no segundo semestre de 2018, os efeitos para conter a violência no Estado do Rio de Janeiro foram restritos. Seus principais desdobramentos resultaram não apenas na persistência da desconfiança de uma parte significativa da população em relação às forças de segurança locais, mas também na deterioração de sua

2 O vice-governador Francisco Dornelles assumiu interinamente o governo do estado do Rio de Janeiro após a prisão governador Luiz Fernando Pezão, em uma etapa da Lava Jato no Rio, em novembro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/29/francisco-dornelles-assume-governo-do-rj-imediatamente.ghtml>. Acesso em 22 set. 2023.

imagem internacional, particularmente de sua capital. Esse cenário se revelou prejudicial para atrair investimentos estrangeiros para a economia e para o setor turístico.

Notadamente, houve críticas sobre a restrição da participação social na formulação das políticas públicas do Rio de Janeiro durante o período, que se intensificaram após o assassinato da vereadora do PSOL Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes, ocorrido em março de 2018. Marielle, reconhecida por sua defesa dos direitos das mulheres, da comunidade LGBTQI+, dos afrodescendentes e dos habitantes das favelas da cidade, Franco foi a quinta candidata mais votada para o cargo de vereadora no município do Rio de Janeiro em 2016 e a segunda mulher mais votada para vereadora em todo o país. Na Câmara Municipal, ela fazia parte de uma comissão responsável por monitorar a intervenção federal no Rio de Janeiro, sendo designada como relatora dessa comissão em fevereiro de 2018. Marielle Franco era crítica à intervenção federal, às práticas abusivas da polícia e às violações dos direitos humanos (Odilla, 2018). A mídia nacional e internacional enfatizou a morte de Franco como um “ataque direcionado”, levantando críticas à violência policial no Rio de Janeiro, o que resultou em inúmeras manifestações populares por todo o estado e o país (Morellato; Santos 2020). Isso evidenciou que uma parcela significativa da população não reconhecia o estado do Rio de Janeiro como um local governado de maneira eficaz.

Por conseguinte, a intervenção federal no Rio de Janeiro em 2018 teve implicações profundas para as políticas públicas e os direitos humanos. Apesar das expectativas de uma mudança significativa na segurança pública, os resultados foram mistos. Enquanto houve avanços pontuais na redução temporária da criminalidade em algumas áreas, os impactos a longo prazo sobre os direitos humanos e as políticas públicas foram ambíguos. A presença militarizada nas comunidades frequentemente gerou tensão e denúncias de violações de direitos, evidenciando a fragilidade da abordagem no que diz respeito à proteção e promoção dos direitos fundamentais. A falta de um legado consistente em políticas de prevenção, de inclusão social e de fortalecimento das instituições revelou um desafio maior para garantir não apenas a segurança, mas também o respeito aos direitos humanos da população carioca.

Em termos de políticas públicas, a intervenção levantou questionamentos sobre a sustentabilidade das estratégias de curto prazo implementadas. A ausência de medidas integradas e a dependência excessiva de ações militarizadas foram vistas como obstáculos para uma transformação estrutural duradoura. Os programas sociais e de desenvolvimento foram relegados a segundo plano, resultando em um foco predominantemente repressivo. Isso destacou a necessidade urgente de políticas que abordassem não apenas a segurança imediata, mas também a origem socioeconômica da violência. Assim, a intervenção no Rio de Janeiro evidenciou a complexidade de en-

frentar os desafios de segurança pública sem comprometer os direitos fundamentais e reforçou a importância de uma abordagem holística e orientada para longo prazo na formulação de políticas públicas.

Considerações finais

Conforme apresentado, as dificuldades herdadas e o cenário ao qual continuamente se opõem as propostas de mudança no estado do Rio dificultam o desenvolvimento da intrínseca relação entre políticas de segurança e direitos humanos. Embora o ensaio tenha enfatizado os problemas estruturais que impactam o sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro, constituindo obstáculos significativos para a implementação das políticas de segurança, o panorama atual apresenta ações que poderiam ter efetivado em resultados positivos da segurança pública. Como a estratégia de ocupação permanente das áreas antes dominadas pelo tráfico e pelas milícias, com a introdução das unidades de polícia pacificadora, que rompeu com a inércia de mais de duas décadas de convívio prejudicial com o crime organizado. Pela primeira vez desde a redemocratização nos anos 1980, houve uma política pública apoiada vigorosamente pela sociedade.

Não obstante, o contexto das políticas de segurança pública no Rio de Janeiro se destaca como um dos mais intrigantes do Brasil, evidenciando como estratégias bem-sucedidas podem gerar resultados positivos mesmo em um ambiente marcado por fragilidades institucionais generalizadas. As crises têm sido persistentes, as políticas adotadas têm sido intermitentes e as taxas de criminalidade permanecem elevadas, enquanto questões de corrupção e desorganização persistem na política pública executada e nas forças policiais. O Rio necessita de um ponto de viragem em políticas públicas realmente eficazes e continuadas e que, sobretudo, garantam respeito aos direitos humanos nas abordagens e dignidade de vida para a população em geral.

De tal modo que as forças policiais, a defesa dos direitos humanos e os setores da justiça, todos representados dentro do governo, dever ter voz e engajamento no processo de implementação de qualquer agenda de segurança. A busca por consenso é particularmente crucial quando o Executivo busca desenvolver uma política de segurança focada no controle do crime, já que, nesse caso, os ônus dessa política serão compartilhados entre as forças policiais. Serão necessárias ações específicas, haverá um aumento da carga de trabalho, maior exposição ao risco e mudanças de mentalidade para executar um plano de policiamento mais incisivo, entre outras medidas. Convencer todo o governo de que essa agenda de “controle do crime” é a mais apropriada e superar as resistências corporativas representa, portanto, o primeiro desafio a ser enfrentado, bem como o respeito aos direitos humanos.

Referências

ARIAS, Enrique Desmond. Social Responses to Criminal Governance in Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Kingston, and Medellín. **Latin American Research Review**, 54, 1: 2019, p. 165-180.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. **Decreto 9.288, de 16 de fevereiro de 2018**. Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9288.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

CANO, Ignácio. **Violência e política no Rio de Janeiro**: um estudo sobre a criminalidade urbana. São Paulo: Editora Revan, 1997.

COUTO, Maria Isabel MacDowell. **UPP e UPP Social**: narrativas sobre integração na cidade. Tese de Doutorado. Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

LUDMER, Juliana de Castro Santos. **“A gente só quer respeito”**: As percepções dos moradores de favela situada na zona sul do Rio de Janeiro sobre “as polícias” e “os bandidos” no contexto do “fracasso” do Programa de Pacificação (UPP). Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

MISSE, Daniel Ganem; VARGAS, Joana Domingues; COUTO, Paulo. “UPP Estadual e UPP Federal: um estudo sobre duas formas de ocupação policial no Rio de Janeiro”. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, 14, 2, 2020, p. 64-68.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

MORELLATO, Ana Carolina.; SANTOS, André Filipe. Intervenção federal e a guerra contra os pobres na cidade do Rio de Janeiro. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 13, n. 3, set 2020, p. 711-736.

ODILLA, Fernanda. **Em posts e projetos de lei**: pelo que lutava Marielle Franco, vereadora assassinada no Rio. BBC Brasil, 15 mar. 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43398816>. Acesso em: 18 ago. 2023.

OTTA, Lu Aiko; TOMAZELLI, Idiana. **Emprego cresce pelo sexto mês seguido**. Estadão, 19 out. 2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,emprego-formal-tem-o-melhor-resultado-para-o-mes-de-setembro-desde-2014,70002052961>. Acesso em: 18 ago. 2023.

RESENDE, Leandro. **Cadê o Amarelo?** O desaparecimento do pedreiro e o caso das UPPs. São Paulo: Editora Baioneta, 2019.

ROCHA, Lia. Militarização e democracia no Rio de Janeiro: efeitos e legados da “pacificação” das favelas cariocas. **Revista Ensaios**, 14, 2019, p. 80-98.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarização e reforma da polícia**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2019.

SOARES, Márcia; MACHADO, José Ângelo. **Federalismo e políticas públicas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

CANO, Ignácio; BORGES, Doriam & RIBEIRO, Eduardo. **Os donos do morro: uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, UERJ, 2012.

VILAROUCA, Márcio.; RIBEIRO, Ludmila; MENEZES, Palloma. Os policiais das UPPs e a crise permanente da segurança pública no Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 37, n. 108, 2022.

DE NOVO E SEMPRE PUNIR OS POBRES: ELEMENTOS DA APROPRIAÇÃO DE UMA CAUSA JUSTA PELO NEOLIBERALISMO

Plínio Gentil

Doutor em Direito e em Fundamentos da Educação. Professor universitário, Membro do Grupo de Pesquisa *Educar Direito* da Universidade Federal de São Carlos, Procurador de Justiça criminal em S. Paulo

Dhyane Cristina Oro

Mestranda em direito pela Universidade de Araraquara. Pós-graduada em ciências criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias, pós-graduada em psicologia jurídica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar e responder ao seguinte questionamento: frente as atuais penas e métodos penalizadores de crimes sexuais, em especial o estupro e estupro de vulnerável, há um real alcance da finalidade ressocializadora ou apenas uma segregação social? Para tanto, este artigo lança mão de pesquisa bibliográfica e documental e do método indutivo, com estudo de áreas das humanidades, como ciência política e direito constitucional assim como da psicologia e estudos referentes a dados do judiciário brasileiro com o fim de analisar as o crime de estupro e sua gravidade, mas, também, analisar as altas penas aplicadas a crimes de estupro e estupro de vulnerável, em movimento inconsistente às diretrizes legais, proveniente de pressões midiáticas ligadas a ondas do feminismo, sob a perspectiva da corrente pós-estruturalista que busca a alteração de comportamento social, e não a ruptura devida para a real transformação que almejam, ocasionando, assim, movimento do judiciário com altas penalizações sem, contudo, analisar a real finalidade da pena, qual seja a possibilidade de reinserção social.

Palavras-chave: Punitivismo; Neoliberalismo; Identitarismo; Classes subalternizadas; Feminismo liberal.

Introdução

Como nunca, as penas para condenados por crimes sexuais - especial-

mente o estupro e o estupro de vulnerável - estão sendo fixadas em níveis excepcionalmente altos, superando consideravelmente as penas dos mais graves delitos contra a vida, como homicídios qualificados. Ao contrário do que pode parecer, não se trata de enfim se haver alcançado um patamar adequado de punição para infrações tão repulsivas e se estar enfrentando eficazmente esse tipo de abusos. Trata-se de algo diferente disso, embora as altas penalidades impostas aos condenados pareçam dar ideia de que finalmente se faz justiça.

Além de não haver sinais a indicar a eficiência da punição para reduzir os casos desse tipo de violações, o modo de agir do sistema de justiça sugere a possibilidade de que, de maneira oculta e pouco percebida, esteja em ação um mecanismo de gerenciamento neoliberal da violência; uma violência que nasce das estruturas do modelo econômico e social vigente, mais que tudo.

Chama a atenção que as decisões condenatórias contenham, recorrentemente, uma retórica estridente de repulsa ao crime e ao criminoso e que, muitas vezes, negligenciem princípios e técnicas, minimizando a dúvida e acatando como prova quase que exclusivamente a palavra da vítima - quando esta não é a prática vigente na maioria das causas penais.

Nesses casos, as tintas comumente utilizadas na construção de um édito condenatório mostram-se visivelmente carregadas e é justamente esse descompasso que sugere a presença de elementos, entranhados na subjetividade do sistema de justiça penal, cuja origem pode estar em espaços relativamente distantes da cultura do direito propriamente dita.

Esta pesquisa trabalha com hipóteses que vão da construção de um punitivismo salvacionista estimulado por episódios emblemáticos, como a atuação da chamada operação Lava Jato, até a edificação de uma sociabilidade introjetada pelo sistema de justiça por meio de narrativas neoliberais que, se apropriando de uma causa justa na sua origem, que é a emancipação das camadas socialmente subalternas - aqui se fala da mulher -, lhe dá contornos domesticados de uma luta que não questiona o sistema econômico, não o acusa de produtor da desigualdade, nem propõe a sua superação. Por outro lado, o punitivismo direcionado a esse tipo de infrações seria também direcionado a um determinado segmento da sociedade, formado nos domínios do machismo e da divisão de classes, e assim representaria uma modalidade de gestão da violência pelo braço jurídico do próprio neoliberalismo, desinteressado em ressocializar quem seja reconhecido como marginal.

Estes, enfim, são os pontos centrais e principal objeto da investigação, cuja hipótese é a de que o neoliberalismo encontra uma outra forma criativa de ditar a pauta institucional. A pesquisa é bibliográfica e se justifica diante do acirramento do sempre seletivo punitivismo. Seu objetivo é jogar luz sobre um tema opaco, que parece portador do código genético da secular estrutura opressiva que se abate sobre as camadas subalternizadas.

Do crime de estupro

A tipificação do crime de estupro, ou agressão sexual, é conceito que se aperfeiçoou com o tempo e a capacidade de compreensão dos legisladores quanto aos anseios da sociedade e sua própria evolução.

Tal necessidade se deu pela historicidade da questão, uma vez que mulheres, anteriormente consideradas como únicos indivíduos capazes de figurar no polo passivo de tal crime, eram tidas como propriedades, e o crime em si poderia ser “consertado” com o casamento do agressor e vítima. Frise-se que tal situação, completamente contrária aos preceitos dos direitos fundamentais, só foi oficialmente revogado no ano de 2005 com a lei n.º 11.106 (Brasil, 2005).

Frente à historicidade e ao caráter mundial da problemática desta espécie de crime é que a Organização Pan-Americana de Saúde definiu o estupro como:

[...] qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto [...] (OPAS, 2012, p. 11).

Atualmente, o crime de estupro para a legislação brasileira é compreendido como o “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” (Brasil, 1940).

Esse ato, tipificado pelo Código Penal brasileiro tem por pena o período de 6 a 10 anos de reclusão, podendo esta pena ser aumentada em caso de morte ou se a vítima é indivíduo entre 14 e 18 anos, alcançando até 30 anos de reclusão (Brasil, 1940). Ainda, mais, em sua continuidade o referido Código Penal dispõe sobre o estupro de vulnerável que terá sua pena entre os 8 e 15 anos, assim como situações que propiciarão o aumento da pena (Brasil, 1940). Esta modalidade de estupro tem em conta a idade da vítima ou circunstâncias que lhe impeçam de compreender o ato ou de lhe oferecer resistência. Nessa hipótese, mesmo o consentimento do ofendido, ou sua experiência anterior, não descaracterizam o crime, “Nesse sentido, foi inserido o § 5º [do art. 217-A do CP], explicitando a irrelevância do consentimento da vítima vulnerável, bem como sua eventual experiência sexual ou relacionamento com o agente [...]”, conforme anotam Gentil e Jorge (2011, p. 648).

A preocupação social e legislativa se dá, por claro, quando nos deparamos com os altos números de casos e a ausência de indicativos em sua diminuição, pois é necessário observar que no Brasil estima-se que cerca 800

mil indivíduos sofram ataques desta espécie anualmente, sendo somente 8% destes devidamente relatados às autoridades competentes para que haja a investigação e punição do agressor (IPEA, 2023).

Vê-se, desta maneira, que o crime de estupro contra qualquer indivíduo, e sob qualquer situação, é ato completamente inaceitável pela sociedade brasileira como um todo, o que não poderia ser diferente, uma vez que o crime sexual em si é fato que não atinge sua vítima apenas fisicamente, mas, e principalmente, em seu psicológico, por meio de transtornos de sono, alimentares, transtorno de stress pós-traumático e depressão (Souza et al, 2012), por exemplo.

Claramente quando observamos tais situações podemos compreender o motivo das altas aplicações de pena, contudo, ao nivelar todas as situações sob o mesmo ponto vista, e não individualizando cada ocorrência, deixa-se de compreender a real finalidade da pena, para a sociedade, para o agressor e até mesmo para a vítima.

Do processo e da penalização

No Brasil o curso do processo penal se dá por meio dos ditames inclusos no Código de Processo Penal (Brasil, 1941), cabendo ao juiz e demais partes do processo seguirem suas diretrizes para o que haja o devido caminhar processual sem a possibilidade de alegação de nulidades e outros fatores que viriam a neutralizar seus passos.

Ainda mais, o juiz, dentre suas obrigações, deve se ater às informações juntadas aos autos, não podendo prolatar sentença com base em situações provenientes de comoção/pressão social ou bases morais e religiosas próprias (Abreu; Gouveia; Colares, 2018). Assim podemos sustentar que:

Toda essa linha de pensamento fundamenta um princípio básico em matéria de processo e exercício da jurisdição: no que diz respeito às afirmações de fato e aos meios de prova, o juiz somente poderá julgar com base no que for produzido ou discutido pelos sujeitos processuais e regularmente internalizado nos autos. Quanto aos fundamentos jurídicos, poderão as partes apresentar seus argumentos, permitindo-se ao juiz julgar com base em fundamento jurídico diverso, desde que o submeta à discussão das partes (CPC, art. 10). Enfim, tudo que possa ou deva influir no desfecho do processo e no resultado do julgamento deve ser conhecido pelos litigantes, acessível à discussão e passível de reforço, esclarecimento ou oposição (Abreu; Gouveia; Colares, 2018, p. 662).

Contudo, contrário as expectativas sociais o juiz é indivíduo único, que tem seus ideais moldados por toda a sorte de acontecimentos em sua vida pretérita, logo situações como traumas, vivências escolares e familiares e experiências sociais diversas moldaram o indivíduo em seu caráter e bases mo-

rais (Gouveia, 2009).

Ainda, com a liberdade de imprensa, juízes de casos considerados midiáticos (ainda que de forma regional) passam a ter em mãos julgamentos complexos, uma vez que a sentença prolatada pode desdobrar-se em situações diversas e adversas, em especial pois:

A mídia não apenas constrói socialmente a criminalidade, mas realiza uma das suas mais notáveis funções, a fabricação do estereótipo do criminoso, fundamental para reforçar o problema estrutural da seletividade do sistema penal, cuja seleção varia entre outras coisas, conforme a descrição produzida pelo discurso midiático (Boldt, 2013, p. 81).

Esta força de impacto da mídia frente à percepção da sociedade quanto a seus pares pode ser melhor observada quando analisamos o Anuário brasileiro de segurança Pública de 2023, que indica o expressivo aumento do encarceramento de pessoas negras, que passou de 58,4% do total dos presos em 2005, para 68,2% em 2022 (Brandão; Lagreca, 2023).

Ainda mais, esta exposição direcionada ocasionada pela mídia acaba também por encarcerar indivíduos com condições socioeconômicas mais complexas, como expõem os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias ao indicar que as pessoas sem alfabetização, alfabetizadas (mas sem cursos regulares) e pessoas com o ensino fundamental incompleto representam 61% dos aprisionados (INFOPEN, 2016).

Logo, a mídia, somada ao peso social sobre o julgador, pode ocasionar um desvirtuamento da finalidade da pena, ocasionando em realidade um apaziguamento dos ideais sociais e não a penalização do indivíduo com base em seus princípios e direitos do réu.

Também se colocam pontos de dúvida acerca da enorme gama de atos lascivos capazes, segundo a lei, de significar estupro, todos, em tese, punidos com a mesma pena, igualando toques leves sobre a roupa a uma relação sexual consumada. Via de regra, na análise do artigo 213 do Código Penal, o Judiciário não tem adotado a chamada interpretação analógica, segundo a qual a categoria *conjunção carnal* configura o principal padrão do estupro, donde quaisquer outros atos deverem a ela se equiparar, em intensidade e dimensão, a fim de serem enquadrados no mesmo tipo legal - o que deve valer igualmente para o estupro de vulnerável, que outra coisa não é que também estupro.

Sobre essa aparente disfunção da lei penal, que não vem sendo corrigida pela jurisprudência, manifesta-se Lenio Luiz Streck (2020):

[...] tudo isso não estaria em discussão não fosse de todos o problema maior, que aliás é o ponto deste trabalho: a descompensada resposta penal prevista pelo legislador aos crimes sexuais contra

vulnerável (Art. 217-A), nos quais a pena mínima abstratamente prevista no tipo é - sempre - de 8 anos de reclusão, podendo alcançar, abstratamente, 15 anos. Como já se pode inferir, a situação como está reclama correção. Urgente. Passadas de mãos pelo corpo, pela genitália, por cima da roupa, ou por baixo dela, com a penetração de membros corpóreos, do pênis, língua, dedos, ou penetração de objetos outros que não corpóreos no corpo da vítima, configuram diversidade de condutas que, embora da mesma espécie, expressam graus diversos do injusto. Isso é fato. Por isso, é equivocado terem sempre a mesma resposta penal que parta de 8 anos de reclusão. Há aqui flagrante excesso de ação estatal/excesso de pena (n.p).

De fato, ao equiparar indistintamente todas as condutas com finalidade libidínica, o direito estatal mais parece traçar um marco determinado por critérios vagos e se utilizar do simbolismo negativo da lascívia e do desejo sexual, especialmente se voltado a menores de quatorze anos a fim de legitimar a imposição de penas maiores que as do homicídio. De novo Streck (2020, n.p) se coloca, agora a denunciar a dimensão moral da forma como o sistema de justiça lida com essa espécie de crimes, dizendo que “se quisermos destacar duas principais características do tratamento dado aos crimes sexuais pelo legislador e pelos tribunais brasileiros, dir-se-ia que são elas o moralismo e o subjetivismo. Isso se vê na tipologia dos crimes sexuais. E causa, por vezes, verdadeiros absurdos.”

Por último, não se deixe de fora o fato de que o Código Penal Militar (Brasil, 1969), que reproduz o Código Penal em quase tudo e que é aplicável a crimes cometidos por militares das Forças Armadas e policiais militares quando em serviço ou em razão dele, somente agora, por meio da Lei n. 14.688, de 20 de setembro de 2023 (Brasil, 2023), tenha promovido sua adequação (parcial, já que falta previsão do crime de importunação sexual) do tratamento dado aos lá chamados Crimes Sexuais aos principais dispositivos correlatos do Código Penal.

Do sentido da repressão penal

De tudo quanto se vem colocando, o importante é perceber, nas entrelinhas da repressão penal ao estupro e ao estupro de vulnerável, um *modus operandi* do sistema de justiça que se distingue do modo de agir mediano, parecendo reproduzir um universo simbólico dentro do qual se aguçaram relativamente a esses crimes, talvez artificialmente, uma atenção e uma valoração incomuns.

Isso pode significar uma subjetivação do sistema jurídico repressivo construída a partir de um olhar acerca da subalternidade feminina que a explica por meio de elementos culturais que se expressam no comportamento da sociedade. O problema estaria situado na esfera da superestrutura social

e, assim, poderia ser resolvido através da modificação das maneiras de ver a mulher e de como se portar na interação com elas.

Trata-se, conforme anotado por Taylisi Leite (2020), de uma posição típica da chamada terceira onda do feminismo, sob a perspectiva da corrente pós-estruturalista. Segundo ela, sob a ótica desse movimento, esses comportamentos machistas:

[...] são construtos culturais engendrados no processo histórico de formação das sociedades e, por isso, podem muito bem ser desconstruídos. Dessas posições derivam os feminismos interseccionais ecléticos, culturalistas, simbólicos, de desconstrução etc., inseridos nos chamados ‘novos movimentos sociais’. Esse feminismo, tal qual o liberal, acredita que o Direito é um caminho para o reconhecimento, demandando ‘mais direitos’ para as mulheres e a criminalização das violências sexistas (p. 434-435).

Assim é que a repressão penal e outras ações conduzidas no âmbito da institucionalidade constituiriam o caminho pelo qual a subalternidade feminina poderia ser superada. Cuida-se, como se tem denunciado, de uma vertente do feminismo liberal, que almeja uma saída por meio de uma espécie de educação do comportamento, que jamais propõe a ruptura com o arranjo social do capitalismo e nele não vê a origem estrutural da discriminação. Aleksandra Kollontai (2017) denomina essas feministas de *burguesas*, apontando que elas desejam estar nos espaços de poder usualmente considerados masculinos, numa lógica de desigualdade própria do capitalismo, mas sem reivindicar o término das opressões típicas e estruturais desse modelo de produção.

Assim, no contexto da terceira onda feminista prevalece uma perspectiva identitarista, o que significa, entre outras coisas, uma certa pulverização do feminismo em variadas vertentes, que enfraquece a dimensão de uma luta que não deveria priorizar a inclusão no sistema, mas a sua ruptura. Como, no entanto, o que predomina é esse feminismo de matriz liberal, estimulado pelos principais aparelhos ideológicos da pós-modernidade, a voz que se impõe é a de que o reconhecimento de aspectos da causa feminista pela institucionalidade - nisto se inclui a repressão penal - é a meta a ser perseguida e, uma vez alcançada, estará trilhado o caminho da emancipação e da afirmação da identidade feminina.

Pois bem, este trabalho considera seriamente como premissa que a vocalização da necessidade de punir exemplarmente o homem por violação ao corpo feminino - e à identidade feminina - é caudatária de um movimento liberal simpático à afirmação de *direitos da mulher* dentro do arranjo social vigente. O simbolismo dessa modalidade de luta por emancipação, massivamente narrado, constrói subjetividades que impregnam, dentre outros, o sistema de justiça, o qual, a partir daí, passa a minimizar technicalidades e

princípios fartamente sedimentados, relacionados à valoração da prova e a critérios de aplicação de pena, tudo resultando em casos de flagrante desproporção da sanção penal imposta. Esta ganha, por isso, um caráter retórico, que estimula a reprodução do mesmo mecanismo, sucessivamente.

Nem mesmo teses que postulam para a pedofilia uma natureza patológica, psíquica ou social, merecem atenção do sistema de justiça, que sistematicamente ignora considerações como as que apontam que, usualmente:

[...] as imputações de crime sexual contra criança, caracterizadoras de pedofilia, proporcionam fundada dúvida acerca da normalidade psíquica do acusado, assim entendida como sua plena capacidade de entender o caráter criminoso e antiético do fato, de acordo com seus recursos mentais e a sociabilidade delineada por um histórico de interações sociais (Oro, 2023).

Trata-se, sob essa ótica, de uma forma de afirmar uma emancipação - sem questionar a estrutura do sistema opressor - a qual, se por um lado mostra-se atraente ao público socializado pelos principais aparelhos ideológicos, parece representar, de outro, uma modalidade de gestão de uma faceta do neoliberalismo pelo sistema de justiça (Wacquant, 2007), que privilegia soluções individuais, compensa a impossibilidade de atuar estruturalmente contra a violência com uma alta dose de punitivismo e, sem cerimônias, descarta vidas humanas de pessoas condenadas - na sua quase totalidade, pobres - a penas às vezes perpétuas, para as quais não cogita da perspectiva da tão falada regeneração.

Considerações finais

Em primeiro lugar, compreende-se a gravidade de crimes vinculados à liberdade e dignidade sexual, em especial quando as vítimas são consideradas vulneráveis, da mesma maneira, por claro, tal ato deve ser penalizado, contudo, o que se pode depreender é que não há sinais de que a severidade da punição esteja contribuindo para diminuir a incidência dessas infrações uma vez que o número médio de processos instaurados para apuração de estupro, quando não aumenta, na melhor das hipóteses estaciona.

De outro lado, essa mão pesada do estado-juiz, na verdade - e às vezes inconscientemente -, não permite ver algumas coisas importantes: 1) que uma onda punitivista, englobando o rigor na dosimetria das penas do estupro, iniciou seu ciclo há perto de uma década, coincidindo com o auge de sucesso midiático da chamada *Operação LavaJato*; 2) que impera, entre os atos do sistema de justiça, uma crença na eficiência do castigo imposto pelo estado e seu direito, vistos como agentes de equilíbrio social, como propugna o pensamento liberal clássico, retransmitido à doutrina neoliberal; 3) que as alterações legislativas que impuseram elevação das penas nesses crimes são tributárias de um movimento de defesa das mulheres de caráter mera-

mente identitário, que se aparta de qualquer questionamento de elementos objetivos, especialmente do modelo produtivo, situando a violência contra a mulher num plano essencialmente cultural - e, portanto, superestrutural; 4) que essa ótica, pela qual as bases objetivas do modo de produção capitalista não são postas em xeque, mostra-se notadamente agradável ao neoliberalismo, demais disso porque seu eixo filosófico nutre-se da proeminência de categorias ideais, às vezes metafísicas, nas quais é possível inserir a figura de uma *mulher* abstrata, diversa daquela situada num tempo, num lugar e em relações de produção concretos; 5) e que os réus processados e afinal condenados, assim como suas vítimas, encontram-se, na quase totalidade, nos estratos subalternos da hierarquia social.

Consideradas essas observações, suspeita-se que, mais uma vez - e agora legitimado pela justa aversão a um tipo específico de violência, vocalizado por movimentos nem sempre suficientemente críticos-, o poder dominante de uma sociedade brutalmente desigual posiciona-se para, antes que tudo, punir pobres, de novo os descartando, sem questionar as estruturas objetivas da pobreza. Atua-se por intermédio de um mecanismo que possibilita penas perpétuas, sem interesse por ressocialização e caracterizador de uma gestão neoliberal da justiça.

Referências

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. **Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018 p. 661-687.

BRANDÃO, Juliana. LAGRECA, Amanda. **O delito de ser negro** - atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, p. 308-319, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília: Diário Oficial da União, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 6 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Brasília: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências. Brasília: Diário oficial da união, 2005.

BRASIL. **Lei nº 14.688 de 20 de setembro de 2023**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), a fim de compatibilizá-lo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e com a Constituição Federal, e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para classificar como hediondos os crimes que especifica. Brasília: Diário oficial da união, 2023.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

GENTIL, Plínio; JORGE, Ana. Crimes contra a dignidade sexual. **Código Penal comentado: doutrina e jurisprudência** (Coords. Maurício S. Jalil; Vicente Greco Filho). Santana de Parnaíba: Manole, 2021.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, v. 172, p. 32-53, jun. 2009.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Brasília: Ipea, 2023.

INFOPEN- **Levantamento Nacional de informações penitenciárias: atualização** - junho de 2016. Organização Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, p. 65, 2017.

KOLLONTAI, Aleksandra. **O dia da mulher**. São Paulo: Blog Boitempo, 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/03/08/aleksandra-kollontai-o-dia-da-mulher/>. Acesso 15 nov. 2023.

LEITE, Taylisi. **Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência**. Washington: OPAS, 2012. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/3661>. Acesso em: 18 mar. 2023.

ORO, Dhyane Cristina. **O novo desafio do Judiciário ante a pedofilia: crime ou distúrbio?**. II Congresso Internacional de Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara, II, 2023, Araraquara.

SOUZA, Flávia Bello Costa et al. **Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual**. *Reprod. Clim.* 2012, v. 27, p. 98-103. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.recli.2013.03.002>.

STRECK, Lenio Luiz. **Artigo 217-A do CP: a vagueza que vitamina a desproporcionalidade**. *Conjur. Opinião*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/streck-kurtz-vagueza-vitamina-desproporcionalidade/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

WACQUANT. Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A POBREZA MENSTRUAL EM PENITENCIÁRIAS FEMININAS: O ABISMO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E A MARGINALIZAÇÃO

Stella Paixão Girardi

UNIFAFIBE - Graduanda em Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE de Bebedouro, São Paulo, Brasil

Beatriz Carvalho Nogueira

FGV-SP - Doutoranda em Direito da Escola de Direito de São Paulo da FGV, com Bolsa CAPES-PROSUP e Bolsa Institucional Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Docente do Centro Universitário UNIFAFIBE de Bebedouro

Resumo:

A menstruação integra a fisiologia humana durante a fase fértil das mulheres. Nessa perspectiva, pode-se considerar que as penitenciárias femininas também vivenciam a menstruação, porém contam com a disfunção entre necessidade e disponibilidade. À vista disso, o cuidado necessário durante a permanência das apenadas não existe, uma vez que a presença de absorventes é escassa e o oferecimento de métodos alternativos inseguros é constante, o que se denomina pobreza menstrual. A pobreza menstrual acomete as mulheres privadas de liberdade como uma penalidade adicional, tendo em vista que, além da sentença condenatória e da privação da liberdade dela decorrente, elas lidam cotidianamente com a perda de sua dignidade e saúde, configurando-se, assim, violação de direitos humanos. Não obstante, a ideia de que nas prisões encontram-se as escórias do corpo social e de que, nesse contexto, o corpo feminino pode ser tratado sem as especificidades necessárias fomentam o esquecimento, perpetuando, dessa maneira, os preconceitos e estereótipos reforçados pela desigualdade de gênero e racial, bem como a escassez de informações, além de extrair a individualidade das presas e desumanizá-las. Define-se como objetivo do atual trabalho analisar a realidade menstrual das penitenciárias brasileiras, buscando associar os mecanismos jurídicos que podem alterar essa realidade. Por fim, busca-se fomentar o debate acerca dos fatores sociais, econômicos, históricos e culturais que corroboram para o abandono das mulheres em estado de cárcere, acarretando, assim, uma transformação social.

Palavras-chave: Pobreza menstrual; Mulheres presas; Penitenciárias femininas.

Introdução

Entende-se menstruação como a descamação do útero quando não há fecundação. Entretanto, tal fenômeno não ocorre isoladamente, pertencendo a um ciclo de em média 28 dias, o qual compreende a fase folicular, a fase ovulatória e a fase lútea, sendo esses marcados pela ocorrência da menstruação, da ovulação e da formação do corpo lúteo, respectivamente, mês após mês. Diante disso, salienta-se que o processo biológico em questão tem início por volta dos onze anos de idade e acompanha o corpo feminino até o momento da menopausa, que ocorre próximo aos quarenta e cinco anos (Ministério da Saúde, 2023), pertencendo, dessa forma, ao organismo feminino por grande parte de sua trajetória. Além de seu caráter biológico, a menstruação amplia-se aos âmbitos social, psicológico e religioso. Para isso, faz-se necessária a compreensão histórica do ato de menstruar, a qual revela a complexa jornada enfrentada pelo ser feminino.

Em primeira análise, na Antiguidade, a menstruação era cercada de mitos, os quais isolavam as mulheres do convívio social durante seu período menstrual. Outrossim, diversas teorias foram criadas para reduzir esse fenômeno à simples palavras, como na Grécia Antiga em que se destacou o misticismo, que, no etimologismo de Isidoro de Sevilha, analisava o fluido menstrual como algo sujo e impuro, e sua evacuação como a purificação corporal de um ser menos perfeito (Seville, 1962). De fato, tal pensamento corroborou para o estabelecimento de uma tendência discriminatória da mulher no pensamento e na vivência social, preservando, por conseguinte, os estigmas e mitos sobre o tema, e, por consequência, a marginalização do corpo feminino.

No século XIX, com o avanço da compreensão científica anatômica e fisiológica, novas percepções foram geradas, porém, mesmo assim, a influência de culturas locais fazia com que a menstruação fosse vista como algo ruim. E somente no século XX, através da disseminação educacional e do movimento feminista, que a discussão acerca da menstruação e também a criação de produtos de higiene menstrual tornou-se real, possibilitando, desse modo, que as mulheres participassem mais livremente do cotidiano coletivo, sem a restrição em seu período menstrual. Todavia, diante de tamanhos avanços, ainda considera-se o ciclo menstrual como uma realidade devastadora para muitas mulheres, marcado pela desigualdade de gênero, pela desinformação e pelo escasso acesso à saúde.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar como a discriminação contra as mulheres, em especial, quanto aos processos de menstruação, é refletida no sistema penitenciário brasileiro, verificando o

histórico de desigualdade e as assimetrias do sistema judiciário ao lidar com o tratamento penitenciário.

A pobreza menstrual

A omissão da menstruação no dialeto popular válida e perpetua diversos estigmas e tabus associados a um fenômeno biológico recorrente, tornando-o cada vez mais invisível e desprezando os obstáculos vivenciados pelas menstruantes mensalmente, enquanto estes apenas se ampliam.

Nesse viés, a pobreza menstrual é a insuficiência e inadequação ao tratar-se do manejo da menstruação. Desde a ausência de absorventes, de produtos de higiene íntima e de locais adequados para higienização até o desgaste psicoemocional, a problemática vem interferindo na relação das mulheres com seus próprios corpos e com o ambiente em que vivem (UNFPA e UNICEF, 2021). Como consequência, anomalias fisiológicas, como irritações de pele e mucosas e infecções urogenitais, além do desconforto, insegurança e estresse, assolam o corpo feminino.

Diante do exposto, o enfrentamento da pobreza menstrual torna-se amplo, tendo em vista que o conhecimento das condições em que as pessoas que menstruam estão inseridas é de suma relevância para prosseguir com ações. Questões monetárias, de disponibilidade de recursos e de moradia influenciam o planejamento de soluções benéficas e instantâneas. Assim, discussões acerca de qual o absorvente mais adequado para que as mulheres utilizem, se o descartável ou o de tecido, trazem o debate sobre o próprio capitalismo, disponibilidade de água e sabão, bem como sobre questões ambientais. Portanto, quaisquer medidas para o combate da pobreza menstrual devem assegurar a segurança, higiene, disponibilidade e manutenção, uma vez que se trata de questões de saúde pública e de direitos humanos.

Contextualização do sistema prisional feminino

O histórico feminino em presídios revela a alta complexidade da problemática de gênero no íntimo social, visto que a mulher delinvente rompe com os padrões desenvolvidos na linha cronológica humana, já que eram associadas até então à figura materna, dócil e caridosa. Diante de uma mulher que foge dos estereótipos femininos, a resposta social torna-se a marginalização, e, congruentemente, a exposição delas a cólera social velada nas falsas aparências, resultado este da construção do feminino em oposição ao masculino, gerando assim uma subordinação sistemática, já que o feminino é visto como a negação do padrão masculino. Assim, reflete-se no cenário prisional feminino a diferenciação de punição entre más condutas femininas e más condutas masculinas, como disserta Espinoza (2004): “Nos homens os valores a serem despertados com a pena era de legalidade e necessidade de trabalho, já as mulheres desviadas precisavam recuperar o seu pudor com

a pena imputada”.

À vista disso, enquanto a pena imposta ao ser masculino tem como objetivo torná-lo apto aos meios de produção, no que tange ao feminino, estreita-se no enquadramento social aos valores exigidos, os quais submetem -as apenas a instrumentos para fins alheios, e nunca para si mesmas. Nesse viés, Martha Nussbaum (2009, p. 56) afirma que “as mulheres, em grande parte do mundo, carecem de apoio em relação às funções fundamentais da vida humana”.

As mulheres, não possuem suas particularidades pensadas pelo Estado, tampouco sua dignidade garantida, devido às escassas medidas de ressocialização e assistência. Logo, enquanto agem como provedoras do lar, mostram-se dignas de garantias sociais. Porém, quando não se adequam ou mesmo não se enquadram nos padrões do sistema adotado, passam a ser tratadas como escárnio, sem merecimento de direitos. Dessa maneira, traz-se à tona a percepção de “merecimento” de garantias personalíssimas que deveriam ser intransmissíveis e irrenunciáveis.

Ao tratar-se do contexto prisional, pode-se considerar, historicamente, a adoção da ótica masculina como predominante, fazendo com que haja a prevalência de ações e políticas penais para homens, preterindo a diversidade que abrange a realidade carcerária, como aspectos de gênero, étnicos, etários, entre outros.

A exemplo disso, Heidi Ann Cerneka (2009) revela que, no Estado de São Paulo, houve a desativação de uma unidade feminina que seria reaberta como masculina, fazendo com que a diretora da unidade recolhesse os uniformes das presas para distribuí-los aos homens, uma vez que as vestes eram feitas em formas masculinas e entregues para mulheres.

Fica clara a subordinação feminina em relação ao masculino, uma vez que não são proporcionados aparatos próprios para as necessidades específicas das mulheres, colocando-as na posição de secundárias, e, portanto, excluindo-as. Nessa perspectiva, a filósofa Simone de Beauvoir, em sua obra “O Segundo Sexo” contempla incisivamente como as estruturas patriarcais contribuem para a opressão feminina, restringindo oportunidades de educação, saúde e até mesmo de tomar decisões acerca de seus próprios corpos (Beauvoir, 1967). Devido a isso, a realidade carcerária feminina torna-se injusta e humilhante, tendo em vista que as presas não podem exercer sua individualidade.

Ademais, é de suma necessidade analisar o cárcere feminino brasileiro estatisticamente. Estima-se, segundo a INFOPEN, que as cadeias brasileiras contam com 42.355 mulheres privadas de liberdade, sendo o quarto país com maior população prisional feminina no mundo, e tendo disponíveis apenas 27.029 vagas para essa categoria, gerando, assim, uma taxa de ocupação de 156,7%, o que promove, evidentemente, a superlotação dos ambientes carcerários. Além disso, 89% das mulheres presas possuem entre 18 e 45

anos (Brasil, 2018).

Nesse sentido, pode-se ressaltar que a questão do cárcere para mulheres é multifacetada e complexa, uma vez que ele dispõe de tripla punição às mulheres que lá estão, sendo estas advindas do Estado, da sociedade e das próprias famílias.

Em um primeiro momento, as estruturas arquitetônicas das penitenciárias revelam a insalubridade presente, não respeitando, por conseguinte, as especificidades necessárias para abrigar mulheres. Desse modo, consoante à superlotação dos presídios femininos, a arquitetura carcerária corrobora para um sofrimento atroz advindo das presas e demonstra, mesmo que ocultamente, o descaso estatal para com essas mulheres, comprometendo o princípio da dignidade da pessoa humana, direito inerente ao ser humano. Analogamente à isso, Cavalcanti e Cortez afirmam:

A ordem de prisão dentro de um sistema prisional traduz a legitimação do poder do Estado em determinar ao cidadão que aceite a penalidade, que se submeta ao rito de despersonalização do indivíduo, que o inclua em um manuseio industrial de seres massificados e animalizados a ponto de extraí-los de sua própria identidade (Cavalcanti e Cortez, 2020).

Ou seja, o caráter do cárcere feminino resume-se na exclusão social, a qual, agregada aos traumas vivenciados, promove a perda da identidade das mulheres, e, conseqüentemente, sua reincidência, já que a prisão torna-se o único espaço em que são aceitas e podem se sentir confortáveis com pessoas que vivenciam o mesmo. Em sua obra *Vigiar e Punir*, Michel Foucault (2009) analisa a dominação voltada para a presença de corpos obedientes e submissos, o que representa o encarceramento brasileiro e sua conduta diante dos presidiários, a fim de desumanizá-los e torná-los submissos ao seu poder. O corpo social coadjuva o conflito na medida em que introduz falas e atos desrespeitosos, não confiando a estas uma chance de se reedificarem na vida coletiva, como em oportunidades laborais e inclusão em espaços coletivos, como clubes e igrejas.

Por fim, o seio familiar, por vergonha e desprezo, abandona muitas das mulheres presas, o que influi na solidão e no sofrimento vivenciados por elas, e demonstra que estão sozinhas, ideal apavorante e que age como potencializador das moléstias supracitadas. Não obstante, mostra-se que a depressão é incidente em mulheres, devido a pressões sociais, estresse e desempenho de seus diversos papéis. Para além disso, assegura-se que a saúde física e psíquica das mulheres são expostas diante das mazelas carcerárias, como transparece a professora Talita Rampin (2011, p. 202) ao afirmar que as políticas públicas concernentes ao cárcere adotam um modelo unicamente masculino para a elaboração de suas diretrizes, fazendo com o bem mais precioso de cada indivíduo seja afetado, que é a dignidade humana.

Em síntese, ao examinar o sistema penal brasileiro adentrando na realidade feminina pode-se inferir que a vulnerabilidade das presas acresce constantemente por fatores externos que implicam em complicações internas à elas, tanto físicas quanto emocionais, o que as transforma em vítimas de uma sociedade negligente aos direitos elementares da vida humana.

A pobreza menstrual nas penitenciárias femininas

Reconhece-se, primordialmente, que são escassos os períodos em que não são impostos limites às necessidades femininas. Desse modo, para além da falta de absorventes, a pobreza menstrual nesse contexto associa-se à carência de medicamentos, ao escasso atendimento médico e ao árduo acesso a informações sobre o tema.

Ademais, o pouco amparo educacional coletivo não possibilita o entendimento acerca da menstruação, fazendo com que estigmas sejam perpetuados na comunicação social. Nessa perspectiva, a dádiva biológica em questão passa a ser vista como um problema para a vida de muitas mulheres. Consoante à isso, além de não possuírem o conhecimento sobre como lidar com a menstruação, tais corpos femininos se veem constrangidos a falar sobre a menstruação, impedindo-os ainda mais de abordar a temática, entendê-la e também solicitar os amparos possíveis, desde produtos de higiene íntima até atendimento médico. Diante disso, por não compreenderem sobre o funcionamento do corpo feminino e não possuírem os aparatos necessários, as reclusas buscam por medidas alternativas que são, em sua grande maioria, improvisadas e insalubres. A exemplo disso, a ativista Nana Queiroz (2015) expõe algumas das vivências prisionais frente à menstruação, como o uso de jornal para a limpeza de suas áreas genitais e o uso de miolo de pão amassado para conter o fluxo menstrual (Queiroz, 2015).

A partir da ótica médica, as presidiárias que vivenciam a pobreza menstrual tornam-se sensíveis ao contágio de infecções nas áreas genitais e urinárias de caráter bacteriano e fúngico, além de possíveis enfermidades em sua saúde reprodutiva. Assim, a partir de pesquisa realizada pela empresa Johnson & Johnson acerca da pobreza menstrual com mulheres entre 14 e 45 anos pode-se verificar que nos 12 meses anteriores à pesquisa 28% das mulheres haviam tido infecções urinárias ou cistite, 24% haviam adquirido candidíase e 18% haviam tido infecções vaginais (Johnson&Johnson, 2021, apud Delboni, 2021.) Ao tratar-se do cárcere feminino, tais dados são potencializados, uma vez que o tratamento primordial não é oferecido às reclusas. Em suma, a saúde das mulheres encarceradas reflete o aprisionamento insalubre ao qual são submetidas.

O manejo de práticas inseguras de higiene não implica apenas em dilemas físicos, mas também em um grande impacto emocional e psicológico, pois a incapacidade de gerenciar adequadamente o ciclo menstrual pode cau-

sar estresse e constrangimento. Nesse sentido, a incessante procura por soluções improvisadas para a menstruação esgota emocionalmente as mulheres presas, devido a incerteza de como lidar com a certeza que irá menstruar. Ademais, e congruentemente ao abandono, o isolamento social atinge seu ápice, vez que a restrição da convivência ao longo dos períodos menstruais é o meio disponível para evitar constrangimentos por possíveis vazamentos de sangue que sujam as poucas roupas que possuem. Portanto, evidencia-se que as reclusas possuem um elevado grau de enfermidades psicoemocionais, como transtorno de estresse pós-traumático e depressão. Além de que fica evidente que a autoestima e a dignidade feminina são aniquiladas no ambiente carcerário, implicando, conseqüentemente, em traumas permanentes e também na ampla dificuldade de ressocialização no corpo social após a liberdade.

Logo, a individualidade humana é esquecida e o paradigma da animalização social torna-se recorrente. Em algumas prisões, os itens de higiene pessoal devem ser providos pela própria detenta através dos materiais fornecidos pelos seus familiares durante as visitas (Hypeness, 2021). Entretanto, o abandono é característico da realidade penitenciária feminina, o que faz com que as reclusas fiquem desamparadas e sem auxílio. Em outros casos, as mulheres presas recebem alguns materiais básicos para o uso ao longo do mês, porém, estes são insuficientes para abranger o longo período. Isto posto, a garantia de higiene íntima permeia entre a ausência e a insuficiência.

Por conseguinte, deve-se pautar a Carta Magna Brasileira, ou seja, a Constituição Federal de 1988, a qual, em seu artigo 196 garante o direito à saúde como dever do Estado.

O questionamento acerca de quem é protegido pelas normas federais imerge ao trazer à tona a realidade vivenciada pelas presidiárias brasileiras, tendo em vista que, ao invés de terem garantias vitais asseguradas pelo Estado, são apenas desamparadas pelo mesmo em um momento de extrema fraqueza. Nesse viés, o conceito de “necropolítica” abordado pelo filósofo Achille Mbembe assinala a construção de um Estado ditador de vida e também de morte, uma vez que a mesma não se dá apenas pela instrumentalização da vida, mas também pela destruição dos corpos (Mbembe, 2018). Em suma, ao não concretizar as leis criadas, os Órgãos Federais promovem, não apenas a continuidade da discriminação, mas também a destruição de corpos e mentes de determinados grupos sociais.

Destarte, ao não promover o acesso universal igualitário à saúde gera-se um sistema carcerário formulado predominantemente para a figura masculina, não priorizando também as diversidades do corpo social, e, nessa perspectiva, corrobora para a repreensão das mulheres e de suas demandas particulares. Assim, entende-se que a problemática em pauta consiste no uso de padrões de semelhança para lidar com a pobreza menstrual no cárcere, quando, nesse cenário, por possuírem necessidades distintas do sexo mascu-

lino, o tratamento de acordo com suas desigualdades proveria a vivência em uma realidade equidistante, tendo, portanto, a garantia de melhores condições às mulheres privadas de liberdade.

Análise legislativa e jurisprudencial

Frente à crescente de dados estatísticos que comprovam a precariedade menstrual nas penitenciárias femininas, bem como à análise legislativa internacional e interna sobre o assunto, observa-se que é imperativa a implementação de políticas públicas abrangentes e sensíveis, as quais visassem a garantia da universalidade e dignidade no tratamento para com as reclusas e na higiene menstrual, bem como na conscientização acerca do período menstrual.

Ao tratar-se do âmbito internacional, fica evidente a busca por soluções eficazes e abrangentes para combater essa problemática através da cooperação e comprometimento entre países, como ocorre a partir da implementação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Inicialmente, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas popularmente como Regras de Nelson Mandela, celebram um guia para estruturar os sistemas penais ao redor do mundo, de modo a postular bons princípios e práticas no tratamento dos presidiários. Em seu desenvolvimento, a Convenção zela pela dignidade e humanidade dos detentos, além de ressaltar a distribuição de água e artigos de higiene e a observância às necessidades individuais de cada recluso, prezando pela imparcialidade na aplicação das regras. O Tratado ainda aborda a necessidade de estabelecimentos diferenciados para homens e mulheres, bem como a presença de funcionárias femininas em penitenciárias que abrigam mulheres.

Posteriormente, as Regras de Tóquio contemplaram a mudança do caráter exclusivamente punitivo de distribuição de justiça para um modelo mais humanizado, exaltando meios e resultados menos danosos, por meio de diversas medidas não privativas de liberdade e da supervisão por parte de autoridades competentes para diminuir os casos de reincidência e facilitar a reintegração social do preso. Nesse sentido, terapias em grupo, estudos de caso, programas de alojamento e tratamento especializado serão medidas para auxiliar os infratores no cumprimento de suas penas. Não obstante, esse Tratado busca tratar os infratores de maneira justa e em consonância com os princípios de direitos humanos, garantindo o tratamento individualizado, a ênfase na reintegração e no bem-estar.

Ademais, as Regras de Bangkok se mostraram de extrema importância ao estipularem que as acomodações femininas em presídios devem conter instalações e materiais que satisfaçam a higiene específica de mulheres, como absorventes higiênicos e suprimentos regulares de água disponíveis para cuidados pessoais. Também destaca-se a obrigatoriedade de disponibilizar

programas de atenção à saúde mental sensíveis na compreensão de traumas. Nessa perspectiva, a abordagem de gênero, a prevenção da criminalização, a reabilitação e reintegração das detentas, o tratamento de mães e filhos e a participação ativa das mulheres na implementação de programas e políticas são as principais abordagens do tratado.

Cabe destacar que a observância das diretrizes e sua aplicação no ordenamento jurídico nacional não possuem previsão de sanção, tendo em vista a adesão do vínculo *Soft Law*, enfraquecendo sua eficácia. Por conseguinte, deve-se analisar o *soft law*, como uma das principais fontes do Direito internacional, exposta, sobretudo, no âmbito dos Direitos Humanos, e que trata-se de um instrumento normativo que não possui força de lei, porquanto não resulta em sanções, porém, é capaz de gerar efeitos. Contudo, tais influências externas não positivadas não são suficientes para garantir a superação das problemáticas em tela, sendo necessária, dessa maneira, a criação de Legislações que imponham medidas a serem tomadas, tanto em caráter retributivo quanto preventivo.

Vale sublinhar que o art. 5, § 2º, da Constituição Federal destaca a hierarquia de legislações e infere, em seguimento, que os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos representam direitos fundamentais por se encontrarem no topo da Pirâmide das normas. Logo, cabe aos Órgãos Legislativos Nacionais adequar tais regras às legislações de caráter nacional.

Diante do exposto, o Direito brasileiro concebeu legislações referentes aos dilemas penitenciários e femininos, como a Lei de Execução Penal (7.210/1984), que estipula a garantia de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei ao condenado, bem como estabelece diretrizes para a execução penal no Brasil. Dentre elas, há a determinação de que haja estabelecimentos próprios e adequados aos presidiários. Congruente à questão, avalia-se, também, a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), portaria interministerial que visa reformular as práticas do sistema prisional brasileiro por meio da humanização das condições do cumprimento da pena, da fomentação à elaboração de políticas públicas e de estudo, da capacitação permanente de profissionais e da promoção de ações voltadas à segurança e gestão prisional, bem como a criação e reformulação de bancos de dados em âmbito estadual e nacional sobre o tema. Menciona-se, por fim, a Lei 8.924/2020, estabelecida e válida no estado do Rio Janeiro, alteradora da Lei Estadual 4.892/2006, a qual dispõe sobre os produtos que compõem a cesta básica, incluindo, nesse sentido, os absorventes nesse rol.

Assim sendo, é inequívoca a importância dos produtos de higiene íntima e da atenção às especificidades femininas, especialmente dentro do cárcere. Ademais, evidencia-se a existência de iniciativas de cuidado para com as mulheres presas, entretanto, a grande maioria sintetiza-se à teorias que não são postas em prática ou que não alcançam todo o território nacional.

Portanto, frente à problemática, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de São Paulo possuem julgados relacionados ao tema. Todavia, ainda é pouco o conteúdo jurisprudencial presente, o qual aborda apenas a abrangência e a constitucionalidade das legislações estaduais e municipais, e não o mérito da causa.

No presente trabalho, serão analisados dois julgados referentes ao tema, os quais destacaram-se na pesquisa jurisprudencial pelas abordagens eficazes e precisas que possuem, além de representarem o tema em âmbito nacional e estadual, respectivamente. Salienta-se que foram encontradas e estudadas 15 decisões semelhantes, através das palavras-chave “pobreza menstrual”, “pobreza menstrual em presídios femininos”, “menstruação” e “menstruação nas cadeias”.

A princípio, ao tratar de julgados do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á o Recurso Extraordinário 1.410.451 São Paulo, o qual teve como relator o ministro Nunes Marques e publicação em 10/01/2023, e que trata sobre a Lei nº 14.595/2021 do Município de Ribeirão Preto que autoriza a distribuição de absorventes higiênicos a alunas matriculadas na rede municipal de ensino, e que foi julgada inconstitucional por atribuir função pertencente a Administração Pública ao Poder Executivo, invadindo, por isso, a separação de Poderes. Para fundamentar a argumentação do Ministro, o Tema 917 de repercussão geral é harmonizado ao Recurso em certame, uma vez que, ao tratar da instalação de câmeras de monitoramento em escolas públicas, contempla-se que não cabe a competência privativa do Poder Executivo apoderar lei que, além de criar despesas para a Administração Pública, não trata de sua estrutura nem do regime jurídico de servidores públicos. Por conseguinte, fica concebido que a política pública de saúde, que combate a pobreza higiênica, não é constitucional, mesmo que observe os princípios de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Destarte, a Câmara dos Deputados engloba-se na temática ao analisar propostas legislativas que tratam da pobreza menstrual de diversas maneiras. Nesse viés, ressalta-se que existem em tramitação 63 projetos de lei que abordam a pobreza menstrual, todavia, apenas 3 incluem as mulheres encarceradas no rol de beneficiários dessas possíveis legislações, sendo eles o PL n. 2683/2021, da deputada Tereza Nelma, filiada ao partido PSD-AL, que dispõe sobre a garantia da dignidade menstrual através de atividades educativas e acesso aos recursos de higiene e saúde; o PL n. 2780/2021, do deputado Célio Studart, filiado ao partido PSD-CE, que determina a distribuição de itens de higiene íntima em escolas, unidades básicas de saúde e estabelecimentos prisionais pelo Poder Público, incluindo os custos decorrentes da ação no orçamento do Sistema Único de Saúde; e o PL n. 1807/2021, do deputado Bira do Pindaré, filiado ao partido PSB-MA, que dispõe sobre o fornecimento do kit de saúde, que contém absorventes higiênicos, tampões internos, coletores menstruais, papel higiênico e sabonete neutro, para gru-

pos vulneráveis, dentre eles as mulheres presas (Brasil, 2021).

Para complementar, analisa-se alguns dos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Preliminarmente, examina-se o processo número 2165244-78.2022.8.26.0000 com data de publicação em 28/04/2023 que julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.190/2022 do Município de São José do Rio Preto que instituiu o programa de fornecimento de absorvente higiênicos para alunas de ensino fundamental da rede municipal, adolescentes e mulheres nas unidades e abrigos sob gestão municipal e em situação de rua e para todas as mulheres em situação familiar de pobreza, através da justificativa de que a norma objurgada afasta-se do caráter meramente autorizativo, implicando atribuições de órgãos da Administração ligados à saúde e assistência social. O mesmo ocorre com outros processos, pertencentes a diversos municípios do país, que tratam da inconstitucionalidade de leis municipais que visam erradicar a pobreza menstrual para alunas de escola pública e mulheres em situação de pobreza.

Frente aos conteúdos apresentados, é notória a carência de ações práticas sobre a problemática da pobreza menstrual, uma vez que, em sua grande maioria, as propostas estagnam-se no âmbito teórico, as quais ainda são limitadas. Em adição, as poucas discussões existentes centralizam-se na competência para execução, versando na logística, nas atribuições administrativas e no planejamento, uma vez que trata-se de política pública de natureza permanente que ensejará em prestação de serviço, implicando, assim, na geração de despesas e novas atribuições a órgãos públicos relacionados à área de saúde e assistência social, cabendo a cada município examinar a trajetória mais proveitosa a se seguir. Outrossim, ressalta-se a priorização de algumas camadas vulneráveis em detrimento das mulheres detentas, devido a não ter nenhuma legislação atuante que anseia diretamente pelo combate à pobreza menstrual nas penitenciárias femininas, demonstrando, assim, a indiferença e a alienação para com tais mulheres, já que não são colocadas em pautas políticas públicas específicas para a pobreza menstrual vivenciada por mulheres encarceradas. Logo, é incontestável que a promoção de ações concretas é limitada, além de que são, na maioria das vezes, postergadas pelo gasto público que as acompanham, reduzindo a meras despesas as sistemáticas violações aos preceitos fundamentais da vida humana, o direito à vida e à saúde.

Conclusões

Diante da profunda análise social e jurisprudencial, pode-se considerar que a questão em pauta encontra-se estruturada no íntimo do corpo social, perpetuando ideais e estigmas inapropriados, os quais afetam a dignidade, a saúde e os direitos humanos das mulheres privadas de liberdade. É indubitável que além de comprometer a integridade física e emocional feminina,

a pobreza menstrual também reforça a desigualdade de gênero já existente no sistema prisional. Para além da distribuição de absorventes, o combate a problemática deve lutar contra o abandono e a segregação.

Em conclusão, mesmo com tamanhas conquistas históricas, ainda existem limitações a serem superadas no sistema jurídico, especialmente ao abordar a afetividade das normas e a proteção das camadas marginalizadas do corpo social. Busca-se, sobretudo, a construção de uma sociedade igualitária e comprometida com a justiça social.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 2ª edição. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1807/2021**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2011102&filename=PL%201807/2021. Acesso em 20 de outubro de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2683/2021**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2050182&filename=PL%202683/2021. Acesso em 20 de outubro de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2780/2021**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2054830&filename=PL%202780/2021. Acesso em 20 de outubro de 2023.

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

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União. 1984.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres**. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

BRASIL. **Portaria GAB-DEPEN nº 438 de 20 de novembro de 2020**. Aprovar o Regimento Interno do Comitê Gestor da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional - PNAMPE. Brasília, DF: Diário Oficial da União. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.410.451/SP**. Lei nº 14.595/2021 do município de Ribeirão Preto. Inconstitucionalidade. Relator Ministro Nunes Marques, 19 de dezembro de 2022.

CORTEZ BONIFÁCIO, A.; CAVALCANTI, R. **Prisão: A decisão judicial entre Hércules e a banalidade do mal**. Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 4, n. 3. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30107>. Acesso em: 01 de setembro de 2023.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Belo Horizonte: Veredas do

Direito, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**. Brasília: CNJ, 2016.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

DELBONI, Carolina. **94% das meninas de baixa renda não sabem o que é pobreza menstrual**. São Paulo: Estadão, 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/emails/carolina-delboni/94-das-meninas-de-baixa-renda-nao-sabem-o-que-e-pobreza-menstrual/>. Acesso em: 27 de setembro de 2023.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2009.

HYPENESS. **O que é pobreza menstrual e como afeta mulheres em situação vulnerável**. Hypeness, 2021. Disponível em: [https://www.hypeness.com.br/2021/04/o-que-e-pobreza-menstrual-e-como-ela-afeta-mulheres-em-situacao-vulneravel/#:~:text=A%20pobreza%20menstrual%20afeta%20mulheres,isso%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20realidade](https://www.hypeness.com.br/2021/04/o-que-e-pobreza-menstrual-e-como-ela-afeta-mulheres-em-situacao-vulneravel/#:~:text=A%20pobreza%20menstrual%20afeta%20mulheres,isso%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20realidade.). Acesso em: 31 de outubro de 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 1ª edição. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saiba o que é a menstruação, quando ela acontece e quais as principais características**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/saiba-o-que-e-a-menstruacao-quando-ela-acontece-e-quais-as-principais-caracteristicas>. Acesso em: 30 de agosto de 2023.

NUSSBAUM, Martha C. **A Fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Mulher e Sistema Penitenciário: A institucionalização da violência de gênero**. Sistema penal e gênero: tópicos para emancipação feminina. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 8.924 de 02 de julho de 2020**. Altera a Lei Estadual nº 4.892, de 1º de novembro de 2006, que dispõe sobre os produtos que compõem a cesta básica no âmbito do estado do Rio de Janeiro, para incluir o ab-

sorvente higiênico feminino. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. 2020.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2165244-78.2022.8.26.0000**. Lei nº 14.190/2022 do município de São José do Rio Preto. 08 de fevereiro de 2023.

SEVILLE, Isadore of. **Isidori Hispalensis Episcopi, Etymologiarum sive Originum libri xx**. Londres: Forgotten Books. 2018.

UNFPA, UNICEF. **Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdades e violações de direitos**. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual_relatorio-unicef-unfpa_maio2021.pdf. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE EM FACE DA LEGALIDADE

Matheus Laranja Gonçalves dos Anjos Brandão

Graduando em Direito da Faculdade de Direito de Vitória

Resumo:

Parte das divergências doutrinárias acerca da legalidade do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº26/DF e do Mandado de Injunção nº 4.733/DF, que determinou a aplicação da Lei nº 7.716/1989 aos casos de homotransfobia. Primeiro, se propõe a delimitar o conceito de diversidade sexual e a investigar as faces simbólica, institucional e interpessoal da violência homotransfóbica no Brasil, sob a perspectiva do pós-estruturalismo, para compreender a forma como a discriminação é amparada pelo Direito e pelo Estado. Em seguida, analisa a mora do Congresso Nacional em legislar matéria de direitos sexuais em prol de coletivos vulneráveis. Daí, estuda a postura adotada pelo Poder Judiciário diante das demandas por reconhecimento de direitos da comunidade LGBTQ+, que acarretou na expressa adoção pelo STF do seu papel contramajoritário em defesa da diversidade sexual. Após, analisa a corrente do direito penal constitucional e a possibilidade de criminalização da homotransfobia respeitando-se aos princípios gerais propostos por aquela, bem como demonstra a existência da interpretação extensiva em matéria penal dentro do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, faz considerações acerca dos argumentos controvertidos dos ministros do STF e se propõe a apresentar qual seria a maneira menos gravosa e mais efetiva na proteção dos bens jurídicos da diversidade sexual através do direito penal.

Palavras-chave: Homotransfobia; Criminalização; Contramajoritário; Legalidade; Necessidade.

Introdução

Os dados coletados através do Disque 100, da ONG Transgender Europe e do Grupo Gay Bahia, atestam que um LGBTQ+ foi assassinado a cada 16 horas entre 2011 e 2018 no Brasil, em decorrência de crimes motiva-

dos pela discriminação às suas orientações e identidades. Em muitos desses casos, o crime foi cometido com emprego de tortura, decapitação, queima do corpo e outros meios de excessiva violência, que visam a desumanização da vítima (Carvalho; Júnior, 2019).

Ainda, em 2021, segundo dados do Fórum de Brasileiro de Segurança Pública, por dia, quatro LGBT's foram vítimas de lesão corporal, homicídio ou estupro, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Apesar dos dados alarmantes, eles são poucos, devido à enorme deficiência no levantamento de dados acerca da violência LGBTfóbica no país (Sanches; Contarato; Azevedo, 2019).

Nesse cenário de violência sistêmica, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi demandado pelo Partido Popular Socialista e pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº4.733/DF, respectivamente, com intuito de obter a criminalização das condutas homotransfóbicas. Em 13 de junho de 2019, a Corte Constitucional brasileira julgou parcialmente procedente a pretensão das entidades e enquadrou a homotransfobia aos ditames da Lei nº 7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo.

Diante desse julgamento, a doutrina tradicional de direito penal aderiu, em sua maioria, a posicionamentos contrários ao estabelecido pelo Tribunal. Alega-se que houve a violação do princípio da reserva legal penal, no sentido de que o STF teria usurpado da competência legislativa do Congresso Nacional e procedido à criação de novo tipo penal. De outro lado, argumenta-se acerca da necessidade do Poder Judiciário exercer seu papel contramajoritário na proteção de direitos e garantias fundamentais, de modo que seria inconstitucional a omissão dos Poderes da República ante o cenário de perseguição à diversidade sexual no Brasil.

Assim, procura-se solucionar o seguinte questionamento: a criminalização da homotransfobia, nos termos definidos pelo STF no julgamento da ADO nº26/DF e do MI nº 4.733/DF, cumpre com os princípios gerais do direito penal, em especial, da reserva legal e da necessidade?

Vulnerabilidade social da comunidade LGBTQ+

Normatividade e exclusão à norma

Na linha de pesquisa pós-estruturalista, o ser humano é abordado como produto de fatores externos e alheios à sua vontade, como estruturas econômicas ou sociais que regulam o gênero, a raça e a sexualidade, como comentam Márcia Adriana Brasil Aguiar e Josiane Peres Gonçalves (2017, p. 38). Ao considerar que o exercício do gênero e da sexualidade é objeto de relações de dominação entre indivíduos no corpo social, basta entender em um primeiro momento as normas e estruturas socialmente construídas para

posteriormente abordar a vulnerabilização dos sujeitos que não fazem parte delas.

Nesse sentido, Guacira Lopes Louro (2015, p. 15) identifica a norma historicamente construída nas relações de gênero, a partir da qual será produzida ideia dos desviantes. Porém, quando se aborda especificamente a minoria LGBTQ+, importante adicionar ao recorte feito pela autora a figura da mulher, que, embora nunca igualada à norma, não faz parte da comunidade quando é heterossexual e cisgênera.

Nessa formação sociocultural de algo caracterizado como padrão e outro como diferente, surge, nos “outros” o medo de sofrer perante a exclusão e violência ao se expressar da forma que verdadeiramente se identificam. Nesse debate, Louro ainda afirma que “ninguém é, afinal, essencialmente diferente, ninguém é essencialmente o outro; a diferença é sempre constituída a partir de um dado lugar que se toma como centro e como referência” (Louro, 2011, p. 4).

Desse modo, as pensadoras pós-estruturalistas concebem a definição de marginalização/exclusão da população LGBTQ+ como sendo o processo no qual os sujeitos que estão de acordo com os padrões culturais de gênero e sexo, que se identificam enquanto a “referência que não precisa mais ser nomeada”, reconhecem aqueles que estão às margens da norma e criam redes de poder que os afastam hierarquicamente por meio do exercício de diferentes formas de violência.

Violência homotransfóbica

Etimologicamente, o sufixo ‘fobia’, de homofobia, transfobia, homotransfobia e LGBTQfobia, remete à palavra *phóbos*, nome grego que pode ser dado às sensações de medo e terror ou de aversão ao diferente (Valadares e Almeida, 2018, p. 55). Nas ciências sociais, esses termos são tratados por Roger Raupp Rios “como uma construção social ancorada no estigma e na discriminação que envolve a homossexualidade” (Rios, 2007, apud Salo, 2017, p. 209).

De forma incontroversa, compreende-se que a homotransfobia abarca as diferentes formas pelas quais o processo de marginalização da diversidade sexual se manifesta. De modo claro e transparente, esse fator social se manifesta através de dados e pesquisas em diversos âmbitos, desde as micro às macro-relações. Nesse sentido, Salo de Carvalho (2017, p. 209) separa a violência LGBTQfóbica entre a violência simbólica, a violência institucional e a violência interpessoal.

A violência simbólica, conceito teórico desenvolvido por Pierre Bourdieu, trata-se do poder (simbólico) estruturado pela cultura dominante e exercido de forma arbitrária em sociedade, em desfavor de grupos minoritários. É possível perceber o processo de imposição e legitimação da domi-

nação no campo do gênero e da sexualidade a partir do momento em que se verifica a presença de diferentes formas de seu exercício em todo o processo civilizatório das sociedades modernas, de forma a se considerar que “a homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade” (Goethe, apud Dias, p. 57).

Portanto, a face simbólica da violência homotransfóbica atua no imaginário social coletivo através da produção de uma cultura homofóbica que delimita, por meio do medo do julgamento e da violência física e psicológica, as condutas individuais dos diferentes. Não somente, essas crenças produzidas pelos grupos dominantes são levadas ao patamar de ciência, através de teorias sociológicas que justificam a marginalização da comunidade LGBTQ+. Ainda, nota-se que esses pensamentos são compartilhados entre aqueles que constroem as ciências criminais, dando amparo a uma legislação penal homotransfóbica.

Nessa linha, Lola Aniyar de Castro (1983, p. 15), em análise de uma natureza própria do delito penal, entende que esse é uma conduta assim classificada pela vontade de grupos dominantes ao longo da história. Dessa maneira, as normas jurídicas criminalizadoras da diversidade sexual são antes de tudo uma expressão dos interesses e crenças daqueles que detêm o poder de definir quais condutas devem ser objeto de tratamento penal.

Por fim, a violência interpessoal trata-se dos atos homofóbicos individuais, a discriminação direcionada entre sujeitos em sociedade, seja moral, psicológica ou física. Nessa expressão da homotransfobia, encontram-se os infelizes dados de violência contra a população LGBTQ+.

Verifica-se, então, que a diversidade sexual é marginalizada através de instrumentos de exercício de poder produzidos por via da cultura popular e do ordenamento jurídico pátrio, que resultam em uma realidade de extrema violência em face dos corpos LGBTQ+. Nesse cenário, percebe-se que o Direito Penal, enquanto parte do *jus puniendi* estatal, atua tanto como força de repressão desse grupo, quanto como instrumento que permite protegê-lo de agressões sistêmicas.

Judicialização de causas sociais

Diante do atraso no tratamento da matéria de direitos sexuais no Brasil, a partir da década de 1980, houve forte mobilização política da comunidade LGBTQ+ em prol de mudanças legislativas (Trevisan, p. 506), isto é, pelo reconhecimento estatal de seus direitos perante as crenças hegemônicas. No entanto, o movimento deparou-se com um legislador politicamente desinteressado que, nas palavras de Maria Berenice Dias (Dias, p. 99), se omitiu de forma covarde.

Diante da omissão legislativa, a partir da década de 1990, a pressão popular voltou-se ao Poder Judiciário, que passou a ser acionado em tentativas

de suprir as demandas positivas e negativas sobrestadas pelo Congresso Nacional (Rios, p. 136). Essa judicialização de matérias de cunho social e moral foi o resultado direto do advento da Constituição de 1988, que, além de prever uma gama de direitos sociais fundamentais, em contraste às constituições anteriores, também os colocou como objeto de fiscalização do poder judiciário.

Assim, surge a função de ‘guardião’ ou ‘protetor’ da Constituição do Supremo Tribunal Federal, criada pelo artigo 102 da Carta Magna e citada pelo ministro Celso de Mello em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, quando afirmou que incumbe àquela Corte “fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República” (Brasil, 2019, p. 36).

É na análise de omissões deliberadas do Congresso Nacional que se baseia a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26, ao argumento de que o texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XLI, determina que a “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais”, porém o Poder Público jamais elaborou lei nesse sentido para discriminações por orientação sexual ou identidade de gênero. Não seria, então, uma faculdade do legislador, mas uma ordem constitucional que não foi cumprida.

A função (ou princípio) contramajoritária(o), trata da possibilidade das cortes constitucionais invalidarem um ato legislativo perfeito, em defesa de princípios constitucionais. Assim, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve atuar em proteção de direitos fundamentais, mesmo que em contrariedade ao princípio da maioria e em confronto com os demais poderes.

A função deriva da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista o artigo 5º, §1º da CRF/88, que, além de ser uma garantia à pessoa humana, representa também um dever do Estado brasileiro de tutelar o que o constituinte delimitou como base da República (Dimoulis e Martins, 2010, p. 90). A partir dessa base, consolidada também pela doutrina constitucional, o Tribunal passa a adotar uma postura abertamente ativista na ceara de direitos sexuais, de forma a firmar o entendimento da Corte acerca da necessidade de proteção aos bens jurídicos que envolvem a diversidade sexual. No exercício dessas funções, o STF produziu avanço exponencial na tratativa de proteção de direitos LGBT+.

Crime e Constituição

Direito Penal Constitucional

O “direito penal da Constituição” é descrito por Paulo Queiroz (Queiroz, 2020, p. 09) como a linha de pensamento que entende que o direito

penal deve ser mínimo, garantista, instrumental e subsidiário. Essa linha, que parte do pressuposto de que todo o ordenamento jurídico possui fundamento de validade nos preceitos constitucionais e, portanto, o direito penal deve seguir os enunciados da Constituição, é adotada majoritariamente na doutrina brasileira reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 107.638/PE.

Quanto ao garantismo, Nucci (Nucci, 2013, p. 403) elenca as diretrizes da corrente, que são consolidadas no sistema processual-penal brasileiro, são eles: 1) *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); 2) *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); 3) *nulla lex poenalis sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); 4) *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade de lei penal sem lesão); 5) *nulla injuria sine actione* (não há lesão sem conduta); 6) *nulla actio sine culpa* (não há conduta sem dolo e sem culpa); 7) *nulla culpa sine judicio* (não há culpa sem o devido processo legal); 8) *nullum judicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); 9) *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova que a fundamente); 10) *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa).

A partir desse esquema, é perceptível que o constitucionalismo (ou garantismo) penal trata-se de uma corrente que entende ser necessário, ao menos na atualidade, o poder interventor do Estado sobre condutas lesivas de bens jurídicos. Porém, de forma contrária ao direito penal máximo (ou do inimigo), se preocupa com as garantias individuais do alvo da persecução penal, bem como em tornar essa última um pouco mais racional, ou seja, utiliza-la somente quando necessária e proporcional.

Princípios informadores do Direito Penal brasileiro e a possibilidade de criminalização da homotransfobia

Das diretrizes do direito penal trazidas por Guilherme de Souza Nucci (2013) e Paulo Queiroz (2020), destacam-se os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da lesividade. São partes integrantes do primeiro os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal, da taxatividade e da reserva legal, enquanto do segundo extraem-se os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade das penas.

O princípio da legalidade é previsto expressamente na Constituição, sendo que, em seu sentido amplo, visto no artigo 5º, inciso II, significa dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo que, para Queiroz (Queiroz, 2020, p. 81), esse princípio é corolário da ordem jurídica a abarcar todos os demais princípios do direito penal e processual penal. Desse conceito abrangente, extrai-se o conteúdo estrito da legalidade, onde passa a ser chamada de princípio da reserva legal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, e que determina que somente a lei formal, emanada pelo Congresso Nacional, pode tipificar condutas e aplicar

penas.

Por sua vez, a necessidade parte do pressuposto de que o direito penal é a *ultima ratio* do poder coercitivo do Estado, só devendo ocorrer em casos de absoluta necessidade. É a principal face do princípio da intervenção mínima, aliada à fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, e determina que o Estado busque proteger os bens jurídicos de todos os modos possíveis antes de recorrer à legislação penal. Sobre isso, Nucci (2013, p. 92) comenta que o direito penal é “a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora”.

Por sua vez, a lesividade (ou ofensividade ou proteção de bens jurídicos) trata-se da necessidade, para a tipificação de uma conduta, de que essa ofenda seriamente um bem jurídico alheio relevante. Como afirma Nucci (2013, p. 99) é uma simples regra que faz parte do princípio da intervenção mínima (necessidade). Dito isso, percebe-se que a criminalização de condutas homotransfóbicas é sim adequada ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, a lesividade de condutas discriminatórias em razão de identidade de gênero e orientação sexual, além de atentarem - em grande monta - contra a vida, liberdade e integridade física de pessoas LGBTQ+, operam de forma a criar um estado sistêmico de violações de direitos.

A lesão de bens jurídicos, na linha de Nucci, atrai por si só a necessidade de proteção daqueles. Quando se fala na *ultima ratio* do direito penal, observa-se que o Estado brasileiro se omitiu desde a década de 1980, quando a demanda popular era na ceara do direito de família, trabalhista e previdenciário, e ignorou a necessidade de implementar políticas que garantissem, a exemplo, o direito de igual oportunidade de acesso a empregos, de constituição familiar e de adoção, resultando no atual cenário de desatino estatístico.

Assim, possibilitar que a proteção da diversidade sexual fique a cargo de medidas administrativas do Executivo ou da espontânea vontade do legislador fere frontalmente a inafastabilidade da jurisdição, bem como autoriza que o coletivo vulnerável tenha seus direitos fundamentais conduzidos pela vontade da maioria. Quando em cumprimento da ordem constitucional do artigo 5º, inciso XLI, o legislador procedeu, no combate às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, pelo caminho da tipificação das condutas comuns às práticas discriminatórias. Em outras palavras, entendeu conveniente expandir o sistema penal para abarcar as condutas que exteriorizam os preconceitos estruturais, como se viu na Lei nº 7.716/1989.

Nesse diapasão, é patente que, limitando-se ao olhar simplista, grande parte da doutrina acredita que a previsão de novos tipos penais em combate à homotransfobia é contrária ao direito penal mínimo. Contudo, não só existe uma ordem constitucional nesse sentido, como, também, os requisitos para a intervenção penal legítima foram preenchidos, o que foi suficiente para que o legislador criminalizasse, através da Lei 7.716/1989, as práticas

discriminatórias contra outras minorias.

Assim, como afirma Guilherme de Souza Nucci (2020), a matéria do combate à homotransfobia é tratada, pela doutrina penalista brasileira, com “dois pesos e duas medidas”, utilizando-se do garantismo penal como justificativa para que o Estado brasileiro permaneça omissivo na proteção da comunidade LGBTQ+.

Por fim, considera-se que à luz do direito penal mínimo, a recusa ao punitivismo é necessidade indiscutível. Entretanto, fica claro que, independente da análise acadêmica-política sobre como deve ser incrementada no ordenamento criminal, a criminalização de condutas homotransfóbicas - menos ou mais gravosas - é possível sob o olhar constitucional e garantista.

Reserva legal e analogia no Direito Penal

Quando em análise do julgamento conjunto da ADO nº 26/DF e do MI nº 4733/DF, vê-se que os Ministros, ao explorarem o princípio da legalidade, atentaram-se também a contra-argumentar as alegações do Presidente do Senado Federal e da União, respectivamente, de que o pleito das partes impetrantes acarretaria na prática de analogia pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir dessa máxima da vedação da analogia no direito penal, Paulo Queiroz (Queiroz, 2020) e Guilherme de Souza Nucci (Nucci, 2013) dialogam no sentido de evitar a confusão entre o exercício interpretativo do juiz e a analogia *in malam partem*. Para os autores, é inerente ao Direito que a lei alcance sua completude somente após a interpretação judicial.

Queiroz segue a corrente majoritária da Teoria Geral do Direito que entende que o Direito não é resumido ao texto da lei, nem mesmo limitado àquele, sendo a atividade legislativa apenas um filtro para o exercício da interpretação pelo julgador. Dessa maneira, por mais que o julgador não possa atuar de forma criativa, é errôneo acreditar na “onipotência de fato ou moral do legislador” (Luhmann, 1985, p. 08, apud Queiroz, 2020, p. 46).

A partir dessa base, Nucci difere a analogia dos modos de interpretação extensivo e analógico. Para o autor, a interpretação extensiva é o processo de “extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais” com o objetivo de “atender à real finalidade do texto”, enquanto a interpretação analógica é o processo de “averiguação do sentido da norma” através de “elementos fornecidos pela própria lei” (Nucci, 2013, p. 105).

Entende-se como analogia os casos nos quais o julgador remete a precedente jurisprudencial ou a lei que trate de caso semelhante para suprir uma omissão legal. De forma distinta daquela, a interpretação analógica é aceita de forma majoritária na doutrina, inclusive *in malam partem* (Queiroz, 2020, p. 128-130). Nesse quesito, Paulo Queiroz argumenta acerca da impossibili-

dade de se distinguir analogia e interpretação analógica, já que, para o autor, “interpretar é inevitavelmente uma atividade analógica” (Queiroz, 2020, p. 131).

É essencial citar o Caso Ellwanger, no qual, no julgamento do HC 82.424/RS, o STF entendeu que a incitação à discriminação religiosa configura o crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716 /89 (Lei do Racismo). Esse julgado é um dos principais fundamentos dos ministros que votaram a favor do enquadramento da homotransfobia àquela lei, eis que nele foi definida a abrangência do racismo.

Percebe-se, então, que o judiciário há muito realiza a interpretação extensiva no âmbito penal, fato que é amplamente aceito na doutrina (Queiroz, 2020, p. 130 e Nucci, 2013, p. 106). Como na definição de racismo, também se vê a definição de grave ameaça (artigo 157 do CP) pelo STF no HC nº 117819/MG (Brasil, 2013). Na realidade, ficou à cargo do intérprete a definição do que seria o crime de roubo, da mesma maneira que ocorre nos demais casos citados, quando recai sobre o Judiciário a necessidade de descrever as elementares do tipo para que as normas alcancem seus objetivos, mesmo que em prejuízo ao réu.

Assim sendo, fica evidente que, apesar da eminente importância do princípio da legalidade, fato é que a legalidade não funciona de modo literal como alguns doutrinadores pretendem. Como afirma Queiroz (Queiroz, 2020, p. 51), esse princípio não cumpre com suas funções dogmáticas, somente orienta a interpretação do texto legal de forma retórica.

Considerações finais

A violência homotransfóbica encontra amparo na cultura popular, nas políticas governamentais, na legislação e no Direito, de forma que, ao mesmo tempo em que viola de forma constante os direitos básicos da pessoa humana, também atua de forma contrária às pesquisas e levantamentos estatísticos que estudem o infeliz cenário da comunidade LGBTQ+. Em decorrência do caráter estrutural desse preconceito, é distante a possibilidade de conquista de direitos fundamentais através do sistema político majoritário.

O Congresso Nacional impede, há décadas, a tramitação de projetos de lei que visam estabelecer políticas públicas de combate à LGBTfobia através da educação e políticas de informação, além de intervir diretamente no retardo de propostas criminalizantes desse tipo de preconceito. Assim, os corpos que compõem a diversidade sexual recorreram ao Poder Judiciário em busca de atendimento às suas pretensões, de modo que, desde o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar pela ADPF nº4.277 em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou sua postura garantidora de proteção àquele grupo vulnerável.

De igual maneira, constatou-se que através do HC nº82.424/RS, em

2003, a Corte consagrou seu entendimento de que o combate ao racismo e às discriminações consignado no texto constitucional deve ser interpretado considerando-se o contexto histórico e social à época. Portanto, o conceito jurídico de racismo, delimitado há mais de 15 anos antes do julgamento da ADO nº26 e do MI nº4.733, também abarca as condutas homotransfóbicas, quando procede-se à interpretação sistemática e modernizadora de sua definição.

No que tange à possibilidade dessa interpretação pelo STF, verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro acomoda a interpretação analógica e ampliativa em matéria penal, mesmo sob o escopo do minimalismo penal. Constatou-se, dessa maneira, que o princípio da legalidade não é absoluto ou literal, o que tornaria inviável o exercício interpretativo do julgador.

Diante dessa constatação, aferiu-se que o englobamento do conceito jurídico de racismo à homotransfobia não viola a competência legislativa, eis que não houve atividade criativa por parte do STF, considerando a pré-existência da tipificação das condutas racistas, procedendo-se tão somente ao reconhecimento de que a homotransfobia é enquadrada naquela. Nesse ponto, remetendo-se à própria natureza simbólica e institucional da violência homotransfóbica, viu-se que os doutrinadores do Direito aderiram ao formalismo normativista para criar barreiras jurídicas ao reconhecimento de direitos de minorias sociais.

Por fim, conclui-se que a decisão do STF no bojo da ADO nº26 e do MI nº4.733, que enquadrou as condutas homotransfóbicas às tipificações da Lei nº7.716/89 até que sobrevenha lei específica emanada pelo Congresso Nacional, não viola a reserva legal e cumpre com os princípios gerais do direito penal constitucional ao reconhecer a necessidade de criminalização da homotransfobia.

Referências

AGUILAR, Márcia Adriana Brasil; GONÇALVES, Josiane Peres. **Conhecendo a perspectiva pós-estruturalista**: breve percurso de sua história e propostas. Revista Conhecimento Online: Novo Hamburgo, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistaconhecimentoonline/article/view/460/1852>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes; RIBEIRO, Gabriela Vital; AMORIM, Lohany Dutra. **LGBT**: sociedade plural e a busca pelo direito igualitário. In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org). **Homotransfobia e Direitos Sexuais**: debates e embates contemporâneos. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 103-115.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Julgada em 2019. Reconhece a mora do Congresso Nacional na criminalização da homotransfobia. Julgamento em 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4277/DF**. 05 de maio de 2011. Confere interpretação conforme à Constituição ao artigo 1723 do Código Civil. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado De Injunção 4733 Distrito Federal**. Estende a aplicação “Lei do Racismo” para abranger discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Julgamento em 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº107.638/PE**. 13 de setembro de 2011. Constitucional e penal. Crime militar. Princípio da insignificância. Reconhecimento na instância castrense. Possibilidade. Direito penal. Ultima ratio. Conduta manifestamente atípica. Rejeição da denúncia. Ordem concedida. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pestf>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº117.819/MG**. 22 de outubro de 2013. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Subtração Ide Coisa Alheia Móvel. Condenação Pela Prática Do Crime De Roubo. Grave Ameaça Não Configurada. Desclassificação Para O Delito De Furto. Ordem Concedida. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24593867/habeas-corpus-hc-117819-mg-stf-inteiro-teor-112087504>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

CARVALHO, Salo de. Homofobia. In: _____; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Conversando com o Nucci. **#9 Criminalização da homofobia**. Locução de: Guilherme de Souza Nucci. Podcast. 03 de março de 2020. Disponível em: <<https://open.spotify.com/episode/7k92gJpLLOLbkvAktlFIJl?si=dc52ca24fc234482>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

GRUPO GAY BAHIA. **Relatórios Anuais de Morte de Homossexuais**. Salvador, [201-]. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-homossexuais/>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Educação e docência: diversidade, gênero e sexualidade**. Revista Brasileira de Pesquisa sobre Formação de Professores. Belo Horizonte: Formação Docente. 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2020.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos Sexuais: orientação sexual e identidade de gênero no direito brasileiro**. In: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 131-167.

SANCHES, Danielle; CONTARATO, Andressa; AZEVEDO, Ana Luísa. **Dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil: 28 anos de combate ao preconceito**. Rio de Janeiro: DAPP-FGV, 2019. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring**. Brasil, 2016. Disponível em: <<https://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update/>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

VALADARES, Gustavo; ALMEIDA, João Paulo Rodrigues. **Direito Constitucional: a LGBTfobia como resultado do discurso de ódio** In: DESLANDES, Keila (Coord.); BAHIA, Alexandre (Org.). **Homotransfobia e Direitos Sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 53-66.

A ATUAÇÃO DE CRIANÇAS EM CONFLITOS ARMADOS X A ATUAÇÃO DAS CRIANÇAS COMO SOLDADOS DO TRÁFICO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E A NECESSIDADE DA PACIFICAÇÃO SOCIAL RESTAURATIVA

Rafaela Kehrig Silvestre

Mestra em direitos fundamentais pela Universidade de Itaúna, especialista em direito privado pela Universidade Gama Filho, juíza de direito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Resumo:

O objetivo da pesquisa é discutir a prática restaurativa como método de pacificação social nos conflitos armados envolvendo crianças, buscando a proteção ao direito humano à vida digna e ao pleno desenvolvimento em um ambiente de amor e compreensão. Mencionar-se-á a situação das crianças soldados em conflitos armados e a das crianças utilizadas no tráfico na experiência brasileira, intentando lançar luz sobre essas realidades continentalmente diversas e ampliar o debate sobre a origem e a causa dos problemas, comparou-se as duas situações e buscou-se pontos de aproximação das duas realidades, para investigar possíveis soluções compartilhadas. A escolha do tema se deu em razão dos diversos conflitos armados internacionais em curso, e guerras urbanas civis originadas do tráfico de drogas. O tema se mostra atual e relevante, para o fortalecimento do direito à vida em desenvolvimento digno, à educação para a paz e à resolução pacífica de conflitos, que são caminhos para o pleno desenvolvimento das crianças, das nações e da democracia, evitando-se o retrocesso das conquistas relativas aos direitos humanos, passível de ocorrência, tanto nas guerras quanto em locais dominados pelo tráfico de drogas. Utilizou-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas em livros, artigos científicos, leis, convenções e diretrizes de Organismos Internacionais. Investigou-se as consequências no desenvolvimento das crianças da utilização dos menores no contexto dos conflitos armados. Concluiu-se ser necessária a busca por mecanismos eficientes de resolução pacífica e restaurativa dos conflitos armados, o afastamento das crianças das zonas conflituosas e o engajamento das sociedades nesse objetivo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Minorias; Crianças; Conflitos armados; Pacificação restaurativa.

Introdução

Conflitos são parte do convívio social. Em um mundo em que as discordâncias evoluem com facilidade para os conflitos armados, buscar a pacificação social efetiva, aquela que age na origem do problema e transforma as suas causas, agrega valor ao processo evolutivo.

Isso porque, os conflitos armados têm efeitos nefastos em toda a sociedade, com consequências que atingem a economia, a força de trabalho, a primeira infância e as interações sociais das nações envolvidas.

Para Carvalho, 2021, p. 30, é a partir de perguntas, como se faz nas práticas restaurativas de Justiça, que o envolvido no litígio se ambienta ao que está ocorrendo e reconhece a sua própria história, para a autora o método utilizado na justiça restaurativa permite tomar consciência de seus caracteres pessoais, aumentar a conexão interpessoal e restaurar o conflito, ao possibilitar o resgate do que já ocorreu e facilitar a construção da transformação da contenda e do início do novo projeto comunitário.

A pacificação social restaurativa nos conflitos armados envolvendo crianças, pode representar a ampliação da proteção ao direito humano à vida digna e ao pleno desenvolvimento, que deve preferencialmente ocorrer em um ambiente saudável, qual seja, de amor e compreensão.

Por outro lado, as mesmas premissas se aplicam aos conflitos civis internos envolvendo crianças que se originam da prática do tráfico de drogas, porque os infantes se submetem a situações idênticas, sendo expostos a informações treinamentos incompatíveis com a sua idade e desenvolvimento.

A escolha do tema se deu em razão dos diversos conflitos armados internacionais em curso e a tendência de que essa espécie de conflito continue a ocorrer, além das modalidades de guerras urbanas civis existentes, muitas vezes originadas a partir do desenvolvimento do tráfico de drogas.

O tema se mostra atual e relevante, uma vez que o pleno desenvolvimento das crianças, contribui para a evolução das nações e da democracia, e o fortalecimento do direito à vida em desenvolvimento digna, à educação para a paz e à resolução pacífica de conflitos é um dos caminhos para o pleno desenvolvimento das crianças, das nações e da democracia, o que contribui para evitar o retrocesso das conquistas relativas aos direitos humanos.

E assim é porque nas guerras e nos locais dominados pelo tráfico de drogas a frequente utilização da força bélica em detrimento do direito e das soluções pacíficas pode representar um retrocesso na evolução dos Direitos Humanos.

Para atingir o fim pretendido buscou-se uma abordagem com ênfase nas causas dos conflitos e não apenas nos seus efeitos. Fez-se isso para ten-

tar entender o porquê da utilização de menores como instrumento beligerante.

Utilizou-se o método dedutivo, partindo-se da análise global do problema proposto, para então examinar-se os casos particulares.

Os estudos apoiaram-se em pesquisas bibliográficas advindas de livros e artigos científicos, além da pesquisa documental em leis, convenções e diretrizes de Organismos Internacionais, trazendo uma abordagem transdisciplinar entre direito e sociologia.

Realizou-se uma breve incursão na utilização de crianças em conflitos armados, dentre eles a segunda guerra mundial e outros conflitos beligerantes recentes.

Investigou-se a utilização de crianças e adolescentes no desenvolvimento do tráfico de drogas no Brasil.

Ponderou-se quais são os potenciais efeitos da instauração dos conflitos armados internacionais e dos conflitos sociais civis referentes ao desenvolvimento do tráfico de drogas e da utilização dos menores em seu contexto.

Analisou-se também as consequências desses conflitos no desenvolvimento e aproveitamento das crianças no seio social.

Na sequência comparou-se as duas situações conflituosas buscando evidenciar os pontos de aproximação e buscando possíveis soluções compartilhadas para a relevante questão.

Os conflitos armados internacionais

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial e da edição da Carta da Organização das Nações Unidas em 1945, os conflitos armados internacionais vêm se transformando.

Consoante Fernandes, 2006, p. 1, o uso da força deixou de ser atributo da soberania estatal (direito à guerra) para merecer reprovação internacional (*ius contra bellum*). Excepcionam-se da proibição de ir a guerra as operações de imposição da paz da ONU, as guerras de libertação nacional e a legítima defesa, o último previsto no artigo 51 da Carta da ONU.

Por sua vez, ao *ius post bellum* competiu definir de maneira uniforme como ocorrerão as punições aos crimes praticados no período belicoso, oferecendo pacificação social e prevenção de conflitos armados futuros, mostrando ser um importante instrumento do Direito Internacional Humanitário (Fernandes, 2006, p. 5).

Como exceções que são, nas disputas beligerantes que inevitavelmente devam ocorrer tem-se como meta evitar e combater a utilização de menores de dezoito anos.

As crianças soldados em conflitos armados

As crianças são seres em desenvolvimento, e, assim, mais facilmente moldáveis e manipuláveis, inclusive para finalidades não nobres.

O Estatuto de Roma proíbe o recrutamento e o alistamento de menores de 15 anos nas forças armadas nacionais, bem como a utilização de menores de 15 anos nas hostilidades (art. 8º, 2., b, xxvi, do Decreto nº 4.388/2002) e classifica como crime de guerra essa prática.

Mesmo com a tipificação a participação em conflitos armados desses indivíduos em formação ocorre com certa frequência.

Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança, no artigo 1, introduzida no direito brasileiro pelo Decreto nº 99.710/1990, considera criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade.

Logo, a proibição da participação de crianças nos antagonismos bélicos culmina por incluir o conceito brasileiro de crianças (0 a 12 anos incompletos) e de adolescentes (12 a 18 anos de idade) cunhado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990) no artigo 3º.

Nesse artigo a utilização da expressão criança incluirá os menores de dezoito anos de idade, abrangendo, portanto, os adolescentes.

Consoante mencionado, os textos internacionais consideram a utilização de crianças nessa situação como crimes de guerra e buscam prevenir que isso aconteça, bem como erradicar a mencionada prática.

Na Alemanha nazista, conforme Reynolds apud Santos e Muniz, 2012, p. 276 os garotos eram treinados em uma cultura voltada para os valores de responsabilidade, senso de comunidade e dever de realizar sacrifícios, em prol da Nação Alemã.

Também há relatos da participação de crianças nos conflitos armados em diversos países, cita-se como exemplo as disputas ocorridas na República do Congo, na Serra Leoa, no Sudão, na Libéria, em Uganda, em Moçambique e em Angola.

Consoante Wessels (2006), apud Tabak (2009, p. 4) na Libéria, as crianças soldado seriam, entre os anos de 2000 e de 2003, a maior parte dos contendores nos conflitos armados.

Em muitos dos casos essas crianças são sequestradas e separadas de suas famílias recebendo treinamentos violentos. Ainda segundo o autor supramencionado, essas crianças culminam por praticar atos violentos contra o grupo social a que pertencem. Por isso, é comum que sejam estigmatizadas quando do seu retorno ao convívio familiar. Prossegue o referido autor que existe um grande desafio de reverter as consequências da atuação dos menores nas disputas bélicas.

A organização das Nações Unidas possui um programa de reinserção à vida civil denominado programa de Desarmamento, desmobilização e reintegração de ex-combatentes, fundado em e que consiste em fornecer iden-

tificação civil, acesso à escola, ensino de atividades que proporcionem o ingresso ou a recolocação no mercado de trabalho.

Para que se possa realmente reintegrar essas crianças à vida civil é essencial que se invista nesses indivíduos, concentrando-se em romper o ciclo de violência e Na construção de paz (Tabak, 2009, p. 4).

Prossegue a referida autora (p. 120/121), trazendo dados de estudos reveladores de que apesar de as famílias dos jovens desmobilizados, em regra, os acolham de maneira positiva, ocorrem rejeição e estigmatização amplas e duradouras pela comunidade e colegas da escola, gerando nas crianças o medo da não aceitação e do etiquetamento como ex-combatentes, isso faz com que algumas dessas crianças prefiram esconder a identidade, visto que ela revela sua condição pretérita de soldado. Em razão desses fatores levou a autora a refletir sobre a necessidade da abordagem que inclua a comunidade no processo de reintegração e da importância desse método, que para diminuir o estigma que paira sobre as crianças, e aumentar o esforço para a reconciliação e reconstrução da sociedade no momento posterior ao conflito armado.

Dessarte, não se tendo evitado o ingresso dos menores no conflito, solução preferível, mostra-se salutar pesquisar e investigar formas eficientes de extrair as crianças das zonas beligerantes e de inseri-las com efetividade na sociedade civil.

As crianças e adolescentes cooptados para a prática de tráfico de drogas

Na realidade brasileira cotidianamente crianças e adolescentes são aliçados a participar de atividades pertinentes ao desenvolvimento do tráfico de drogas essa situação é multifacetada, complexa e geradora de efeitos nefastos, o que justifica o seu estudo.

Consoante os dados colhidos pelo Observatório de Favelas, 2004-2006, p. 22, na atividade do tráfico de drogas as crianças são aproveitadas em diversas posições das quais se pode mencionar: a função de olheiro, a função de vapor, a função de cargueiro, a função de soldado, a função de embalador e a função de gerente.

Segundo a referida pesquisa (p. 17) os principais motivos relatados pelas crianças como os que os teriam motivado a ingressar nas atividades relacionadas a prática de tráfico de drogas seriam: a motivação econômica (abrangeria as dificuldades financeiras da família e a ausência de acesso ao mercado de trabalho), a motivação causada pela sensação de poder, de prestígio e de adrenalina.

Segundo o que se pode analisar do documentário Falcão - Meninos do Tráfico, 2006, além das referidas motivações eram relatadas as motivações de obtenção de respeito tanto pela comunidade como pelo sexo oposto e a falta

de perspectivas.

A pesquisa realizada pelo Observatório de Favelas, 2004-2006 também indicou que cerca de 60% das crianças são submetidas a uma carga-horária de trabalho superior a dez horas diárias (p. 28).

Dessarte, pode-se perceber que os grandes atrativos do tráfico para esses seres em desenvolvimento são a rentabilidade da atividade econômica ilícita que seria direcionada a suprir a necessidade de sustento próprio e da família, bem como o sustento do *status social* (que envolveria questões como aquisição de bens de consumo secundários, reconhecimento social, visibilidade, construção da própria identidade).

Para qualquer indivíduo ser visto e apreciado pelo que é representa papel importante na criação do seu conceito sobre si mesmo, é o que se evidencia nas falas das crianças colhidas no documentário Falcão - Meninos do Tráfico, 2006, em que se identifica que um dos grandes motivos (implícito ou explícito para ingresso e permanência no mundo do tráfico é a necessidade de se considerar visto e reconhecido pela sociedade.

Considerando essa motivação, a escuta ativa, ensinada pela comunicação não violenta e praticada na justiça restaurativa, tende a auxiliar o desenvolvimento da sensação de pertencimento, além do desenvolvimento pelas crianças da percepção de seu auto-valor independente da participação em um grupo que desenvolva atividades voltadas para o tráfico.

Para que haja melhorias em situações socialmente gravosas como essas, necessário se faz que as crianças envolvidas no tráfico possam receber informações sobre modelos de conduta e moral diferentes dos que receberam até então e que estejam alinhados com o da comunidade em que estão inseridos. Isso permite que elas tenham visibilidade (sejam enxergadas como pessoas em desenvolvimento) por motivos diversos da prática de tráfico de drogas.

Pontos de aproximação das duas realidades pesquisadas

Apesar de tecnicamente a situação das crianças cooptadas pelo tráfico não se encaixar na definição de crianças soldado, por não haver um conflito armado entre nações em curso, as condições das crianças envolvidas nessas duas realidades se aproximam em alguns pontos.

Pode-se mencionar ao menos três pontos de identificação: cisão de seu núcleo familiar, danos causados a comunidade em que estão inseridas e o estigma que recebem quando tentam iniciar ou retomar as atividades sociais.

Tanto nos países engajados em conflitos armados quanto nas comunidades dominadas pelo tráfico há uma quebra do senso de unidade do grupo social e de pertencimento à comunidade.

Esse processo de exclusão culmina em um aumento na desconfiança entre os membros do grupo, isso porque as crianças que antes eram parte do tecido social, após receberem treinamento dos comandos (militares ou

paramilitares) passaram a causar danos aos membros da comunidade a que pertenciam.

Nos casos supracitados, é possível que os adultos dos grupos sociais atingidos recorram a utilização da culpabilização ou do shaming, como mecanismos de reprovação social. E o uso desses mecanismos pode culminar em um aumento da violência e da criminalidade já existente.

Após analisar alguns depoimentos de crianças soldado de países distintos, narrarem a desconfiança e acusação por parte de outras crianças, bem como a culpabilização das crianças soldados por alguns professores, afirma Tabak, 2009, p. 119, ser possível perceber o quanto aquelas que já foram crianças soldado relacionam o caminho da aceitação e reconciliação com a comunidade e a reintegração a vida civil com a sua reunião aos membros de suas famílias, por serem estas sinônimo de segurança e proteção.

Quando se lida com a questão das crianças envolvidas no tráfico de drogas, no documentário *Falcão - Meninos do Tráfico*, 2006, é possível identificar a percepção das crianças de divisão tanto quando mencionam algumas abordagens policiais consideradas violentas, que os leva a considerar as forças policiais como um grupo distinto e portanto a ser combatido, quanto na não aceitação por parte da família (na maioria das vezes pela mãe) da sua atuação na atividade ilícita.

Logo, qualquer abordagem que pretenda ser resolutiva precisa enfrentar a cisão social existente nas duas realidades e a necessidade de gerar mobilização das comunidades envolvidas no processo.

Possíveis soluções compartilhadas para as situações investigadas

Nas duas realidades pesquisadas as crianças enfrentarão a resistência da comunidade a que pertenciam para se reinserir na vida civil. Por isso o trabalho de ressocialização e de restauração também será necessário para os adultos e as outras crianças do grupo, o engajamento desses terceiros mostra-se necessário para que os menores egressos do conflito sejam compreendidos e aceitos, apesar da realidade vivida por estes, o que permitirá também a possibilidade de reparação dos danos por eles causados.

Situações como as estudadas urgem por restauração, há uma grande necessidade de curar feridas, não só resolver conflitos.

Outrossim, a Organização das Nações Unidas (2015), define o Processo de Justiça Restaurativa como:

Qualquer processo no qual a vítima e o ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime participam juntos ativamente na resolução de problemas advindos daquele crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir: mediação, conciliação, conferências e círculos de sentenciamento (p. 14)

Na visão de Carvalho (2021):

A visão restaurativa de justiça volta-se a construir intencionalmente espaços seguros e cooperativos, pautados prioritariamente em narratividade e contação de histórias pessoais (personal storytelling), para a) desenvolver e aprofundar conexão com pertencimento e significado; b) satisfazer necessidades humanas básicas dos participantes; c) quando for o caso, reparar danos e oferecer cuidado em relação a traumas individuais ou coletivos; d) resolver e transformar conflitos, relações e comunidades; e) trabalhar os impactos, sejam eles intencionais ou não, de ações dos participantes em situações de interdependência; f) quando apropriado, garantir a construção de um espaço seguro em que seja possível identificar impactos causados pelo ato, bem como aqueles pré-existentes que foram revelados por ele; g) quando for o caso, oferecer informações adequadas que possibilitem a responsabilização ativa, protagonizada pelos próprios sujeitos, em relação a consequências de seus atos; h) quando for o caso, garantir participação e oferecer informações adequadas para que pessoas indiretamente relacionadas ao fato possam assumir sua parcela de responsabilidade ou protagonismo quanto a condições e contexto em que ele ocorreu; i) prevenir e dar fim a violências, sejam elas individuais ou coletivas, físicas ou psicológicas, verbais ou não-verbais, pontuais ou estruturais, motivadas ou imotivadas. (Carvalho, Mayara. *Justiça Restaurativa em Prática: Conflito, conexão e violência*. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021, p. 24-25)

Dessarte, para as suas situações objeto dessa pesquisa seria proveitoso o uso de uma abordagem materialmente restaurativa, aquela em que a vítima, o ofensor e os membros da comunidade participem juntos em um espaço seguro e cooperativo. Espaço este em que poderiam contar suas histórias, evitando-se a narrativa única, e assim ensejando conexão e transformação dos conflitos. Esse mecanismo quando aplicado de maneira adequada e com perseverança possui inegável força de cessar as violências existentes e prevenir novas formas, buscando-se a construção de paz.

Isso porque, um dos principais objetivos da Justiça Restaurativa é atingir um estado de paz, em que os envolvidos tenham voz e participem dessa paz (Carvalho, 2021, p. 29).

Dessarte, envolver microcomunidades no processo de reintegração social das crianças egressas de conflitos, em especial, família, membros do núcleo escolar (alunos e trabalhadores da rede escolar), potenciais futuros empregadores das crianças e outros que se puder identificar como relevantes permitiria desenvolver conexão, edificar compreensão e acolhimento aumentando as chances de sucesso da retomada da vida civil.

Conclusão

Portanto, deve-se prevenir e erradicar a participação de menores de dezoito anos nas disputas beligerantes permitindo assim o pleno desenvolvimento desses indivíduos.

No entanto, nas hipóteses em que não se evitou o acesso das crianças no conflito, mostra-se sadio buscar maneiras de remover os menores das zonas beligerantes e reintegrá-los à vida civil.

Para isso a comunicação não violenta e a justiça restaurativa, apoiando-se na escuta ativa, podem ajudar a fortalecer a sensação de pertencimento e auto-valor, desvinculando essas percepções da ligação com grupos beligerantes (em conflitos armados ou no tráfico de drogas).

Situações complexas como as referidas fazem surgir a necessidade de revelar às crianças nelas envolvidas moldes morais, padrões de conduta, considerados positivos pela sociedade, para que elas possam se espelhar e receber visibilidade por motivos diversos de práticas tipificadas como criminosas.

Qualquer abordagem que tenha por meta resolver essas questões passará pela cisão social que ocorre nas duas realidades objeto de estudo, bem como a necessidade de motivar as comunidades envolvidas no processo.

Concluiu-se, ser necessária a busca por mecanismos eficientes de resolução pacífica e restaurativa dos conflitos armados e civis referentes ao tráfico de drogas, desenvolvimento de técnicas para as situações específicas enfrentadas e também o afastamento das crianças das zonas conflituosas. Essas medidas possibilitam o implemento com maior abrangência e efetividade do direito humano à vida em desenvolvimento digna.

Para que o objetivo seja eficazmente alcançado o aprimoramento qualitativo das medidas adotadas e o engajamento das sociedades nesse propósito se mostra essencial. Um dos caminhos para isso, pode ser a identificação de microcomunidades de apoio às crianças egressas de conflitos, envolvendo familiares, membros do núcleo escolar, potenciais futuros empregadores das crianças e outros para o incremento do êxito da retomada da vida comunitária

Referências

BRASIL. Decreto n.º 4.388/2002, de 25 de setembro de 2002. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 maio 2023.

CARVALHO, Mayara. **Justiça Restaurativa em Prática: Conflito, conexão e violência**. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021.

FALCÃO - Meninos do Tráfico. Direção de MVBill e Celso Athayde. Rio de Janeiro: Globo, 2006.

FERNANDES, Jean Marcel. **A promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário**. SA Fabris, 2006.

LANZA, Flávia; LESSA, Guilherme. **As crianças no tráfico: um estudo sobre o conceito de crianças-soldado e a atuação do UNICEF no Brasil.** *Fronteira: revista de iniciação científica em Relações Internacionais*, v. 20, n. 39, p. 182-203, 2021.

OBSERVATÓRIO DE FAVELAS. **Caminhada de crianças, adolescentes e jovens na rede do tráfico de drogas no varejo do Rio de Janeiro.- 2004 a 2006.** Disponível em <observatoriodefavelas.org.br>, Acesso em 14 jul 2023.

ONU. **Promovendo justiça restaurativa para crianças e adolescentes.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2015. 76 p. Tradução: Fátima Debastiani. Tradução de : Promoting Restorative Justice for Children, Nova Iorque, EUA, 2013.

SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro; MUNIZ, Iranice Gonçalves. **As Crianças Soldado de Hitler e a Humanização do Direito Internacional. Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 6, p. 270-293, 2012.

TABAK, Jana. **As vozes de Ex-Crianças Soldado: Reflexões e Críticas sobre o Programa de Desarmamento Desmobilização e Reintegração das Nações Unidas. 169p.** Dissertação de Mestrado-Departamento de Relações Internacionais -Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

WESSELS, Michael. **Child Soldiers: From Violence to Protection.** Massachusetts: Harvard University Press, 2006. Disponível em <[https://doi.org/ 10.2307/j.ctv1dv0trf](https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0trf)>. Acesso em 20 set. 2023.

A REVITIVIMIZAÇÃO INSTITUCIONAL NOS CRIMES DE ESTUPRO: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DA LEI “MARIANA FERRER”

Rita de Cassia Reis Paiva

Estudante do curso de Direito da Faculdade Guilherme Guimbala (FGG)

Charles Henrique Voos

Cientista Social (UNIVALI), Mestre em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade (UFSC), Doutor em Sociologia (UFRGS) e Pesquisador Colaborador (Estágio Pós-doutoral) no Dep. de Sociologia da Unicamp. Professor Doutor da Faculdade Guilherme Guimbala (FGG)

Resumo:

Considerando a relevância da temática abordada pela a revitimização das mulheres vítimas de violência sexual, em especial o estupro, com análise a partir do caso da Mariana Ferrer, objetiva-se compreender a atuação do Estado pelas autoridade competentes, assim como, a objetificação da mulher e descrédito pelo viés da análise cultural, elencando sobre a proteção a integridade física e psicológica da vítima de estupro, e por fim, discutir sobre o acolhimento das vítimas de estupro e minimização dos impactos causados as vítimas. Deste modo, procede-se através da pesquisa bibliográfica, pesquisa documental, análise documental, e no levantamento de dados por meio de técnica de entrevista, realizada no Município de Joinville - Santa Catarina, na área do direito e psicologia, sendo entrevistados cinco profissionais, através da entrevista direcionada na modalidade aberta, no qual, conclui-se que há um protocolo especializado para as vítimas de violência sexual, adotado pelo Estado de Santa Catarina, mas que na prática nem sempre será aplicado, assim como, o acolhimento realizado pelo setor de assistência social que tem como finalidade acolher essas mulheres vítimas de violência sexual, que nem sempre será efetivo e irá realizar este acolhimento, tendo em vista a grande demanda para quantidade de profissionais contratados pelo Estado para suprir essas necessidades. Assim, a presente pesquisa irá elencar sobre a atuação junto ao Estado e o acolhimento das vítimas de violência sexual.

Palavras-chave: Revitimização; Violência sexual; Estupro; Cultura do estupro; Violência institucional.

Introdução

A revitimização é o fenômeno que expõe a vítima a situações traumáticas de violência continuada, decorrentes de atos de abusos ou crimes sexuais. Deste modo, a revitimização pode acontecer em diferentes situações e níveis, podendo ser classificada como primária, secundária e terciária. A primária acontece quando há abuso físico, a secundária ocorre quando há uma violência continuada da violência originária, e por fim, a terciária, quando a vítima é re-exposta ao trauma sofrido (Santos, 2023).

Acredita-se que, a insatisfação plena da rede de atendimento à mulher vítima de violência, aliada à falta de assistência implementada nos acolhimentos prestado pelo Estado, bem como, à falta de preparação adequado dos agentes públicos que integram a rede, reforça a violência institucional sofrida pelas mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, em um processo de revitimização - ou violência secundária -, isolamento social e descrença do sistema de justiça, além dos transtornos psicológicos (Vasconcelos, Augusto, 2015).

Neste sentido, levando em consideração que o Estado tem a responsabilidade de salvaguardar e garantir os direitos fundamentais, a fim de proteger as vítimas de violência sexual e sua integridade física e psicologia, conforme resguarda a Lei Mariana Ferrer, assim como, assegurar que não haja revitimização pelos seus agentes e pela sociedade. A pesquisa necessita compreender as relações que envolvem esta questão e como o Estado protege efetivamente essas mulheres vítimas de estupro, com a finalidade de minimizar os impactos adversos.

Para tal fim, foi observado que algumas situações precisam ser evidenciadas nesta pesquisa, como, por exemplo, se o Estado realmente cumpre as responsabilidades e obrigações em proteger as vítimas de estupro, com o objetivo de minimizar os danos e impactos adversos causados às mulheres, buscando verificar se está sendo exercido e garantido a efetividade desses direitos, com o objetivo de diminuir e evitar possíveis anomalias futuras, desde o primeiro acolhimento durante o registro da denúncia até findar a persecução penal, e além disso, o amparo realizado pela assistência social após a introdução da vítima no sistema de justiça.

Assim, com o intuito de atingir o objetivo geral de analisar da atuação do Estado no atendimento e acolhimento das vítimas de estupro pelas autoridades competentes, elencando a importância da minimização da revitimização e dos impactos psicológicos e sociais das mulheres que sofreram violência sexual. Deste modo, a pesquisa foi dividida em duas discussões bibliográfica, na segunda seção intitulada como a “A cultura do estupro”, que

tem como objetivo elencar a objetificação da mulher e descredibilização da figura feminina, com a culpabilização da vítima pela violência sofrida, com o viés da análise cultural.

Após isso, na terceira seção intitulada como “A revitimização da mulher vítima de estupro”, que será subdividido em duas partes, será abordado sobre a revitimização institucional, e por fim sobre a revitimização a partir da análise do caso Mariana Ferrer. Todos esses elementos tem como objetivo discutir sobre a proteção da integridade física e psicológica da vítima de estupro, e como o Estado agiu com relação a revitimização institucional que ocorreu no caso midiático da influenciadora Mariana Ferrer que resultou na Lei nº 14.245/2021, com o debate sobre o conceito da revitimização.

Por fim, na “análise de resultados”, visando atingir os objetivos específicos, que são discutir o acolhimento das vítimas de estupro e a minimização dos impactos psicológicos e sociais, na esfera da revitimização institucional. A fim, de elencar sobre a responsabilidade e obrigação do Estado em proteger as vítimas de crimes contra a dignidade sexual, em especial o estupro, será abordado através da técnica de entrevista, na modalidade de entrevista aberta, no formato qualitativo desenvolvida no Município de Joinville - Santa Catarina, com cinco profissionais da área de direito e psicologia, sendo verificado que existe um protocolo especial para o acolhimento e proteção das mulheres que procurarem os órgãos competentes, mas que nem sempre é efetivo na prática e aplicado.

A cultura do estupro

O termo “cultura do estupro”, surgiu como iniciativa de movimentos feministas na região norte-americana nos anos de 1970, quando as americanas denunciaram o tratamento social e jurídico que culpabilizava as mulheres pelo estupro sofrido. Segundo Susan Brownmiller, em *Against our will* (1975), existe uma cultura, no qual apoia o estupro definindo a sexualidade masculina como naturalmente agressiva, e conseqüentemente classificando a figura feminina como passiva, em que exige das mulheres um comportamento de polidez, delicadeza e de não confronto (Campos, 2017).

De acordo com Herman (1984), quando o modelo é de uma sexualidade masculina impulsiva, há uma naturalização do estupro, o que explica a dificuldade das vítimas em denunciarem os agressores, em especial os conhecidos. Além do mais, as mulheres que denunciam o ato de estupro cometido por pessoas conhecidas tem mais chances de serem desacreditadas do que as mulheres que reportam estupro cometido por pessoas estranhas.

Quando o modelo esperado e criado socialmente do comportamento feminino, cujo está voltado para uma sexualidade mais discreta de não confrontar ou tomar a iniciativa declarada no ato sexual, sendo este um comportamento mais de sedução e provocação do desejo masculino, cons-

troem-se as dúvidas sobre se houve o crime de estupro. Considerando que, possivelmente, não houve resistência ou houve provocação e estímulo do desejo masculino, nega-se o crime, induzindo que, possivelmente, as vítimas “deram a entender que queriam”.

Segundo a ONU Brasil (2016), a expressão “cultura do estupro” já utilizado nos anos de 1970, diz respeito a normalização de comportamento violento, como também, a naturalização da culpabilização da vítima de violência sexual, a objetificação sexual das mulheres e a banalização do crime de estupro, com a naturalização do assédio e outras modalidades de violências contra mulheres, ainda a normalização de condutas sexuais agressivas dos ofensores.

De acordo com Ângela Davis (2016), o crime de estupro é considerado um dos índices de desintegração social, que “só são reconhecidos como um problema sério após assumirem tamanha proporção epidêmica que parecem não ter solução” (p. 188). Sendo pouco discutido o assunto, consequentemente influenciando a “cultura do estupro”, normalizando os comportamentos compulsivos e as todas as violências decorridas desta cultura, em especial o crime de estupro contra as mulheres, que estão em maior número de vítimas.

A revitimização da mulher vítima de estupro

O termo a revitimização ou a violência secundária implica que perante uma violência primária sofrida (estupro), a vítima sofre em decorrência de outra violência ou uma violência continuada. Neste momento a mulher revive o crime sofrido diversas vezes, mesmo após cessada a agressão original. O conceito de revitimização também pode ser associado com a violência institucional, no momento em que a pessoa vai registrar a denúncia se estendendo por todo o processo criminal instaurado (Santos, 2023).

A revitimização é um processo que ocorre quando o indivíduo é exposto a situações que reacendem traumas relacionados a uma experiência anterior de violência, abuso ou crime. Essa exposição pode acontecer em diferentes momentos por mais de uma vez, desde a fase de investigação criminal, durante o julgamento ou até durante a execução da pena, sendo devastador para a vítima, levando em consideração os sentimentos e bloqueios psicológicos que reativam sentimentos de angústia, medo e traumas do passado (Santos, 2023).

Quando a responsabilidade do crime de estupro é tratada de forma a culpar a mulher, ela é retirada do polo de vítima, e começa a ser questionada do consentimento, analisando a pessoa e não os fatos e acontecimentos do ato ilícito, vindo a ser revitimizada. Neste sentido, Andrade (1996), alega que a principal função da justiça é julgar o agressor do crime, com a finalidade de comprovado o ato, condenar o agressor a ser responsabilizado pelo crime

cometido, no entanto, a justiça desempenha este papel de forma desigual ao longo do processo, proporcionando à mulher experiências discriminatórias e degradantes, desacreditando de suas falas (Santana, 2022).

Revitimização institucional

A violência institucional contra a mulher em decorrência do gênero, no sistema de justiça compreende-se “no tratamento desigual e discriminatório destinado às mulheres, na falta de reconhecimento de sua condição de gênero e na negligência e omissão decorrentes da falta de aperfeiçoamento dos profissionais” (Souza, 2021 *apud* Becker *et.al.*, 2020, p. 89). Neste contexto, a violência de gênero pode ocorrer devido a violência institucional em decorrência do descrédito da mulher vítima de crimes contra a dignidade sexual.

Neste aspecto, a revitimização tem início com a violência institucional com o registro do Boletim de Ocorrência junto ao órgão público que deveria zelar pela segurança e proteção física e psicológica da vítima. No entanto, pela falta de preparo no acolhimento das vítimas de estupro, acaba gerando ainda mais sofrimento, além da burocratização no decorrer da denúncia, sendo questionada do delito do estupro desde o Boletim de Ocorrência, durante o inquérito policial, e futuramente ainda nas audiências realizadas pelo poder judiciário.

De acordo com Santos (2023), quando a mulher é vítima do crime de estupro, em decorrência dos procedimentos a serem apurados, ela passa a ser violentada durante todo o processo, na sua forma mais cruel e desumana, causando traumas e gatilhos que muitas vezes nunca mais serão superadas. Por esta razão, após o crime a mulher enfrenta um longo caminho durante a persecução penal, em busca pela justiça e durante o processo sucedem os procedimentos como depoimento, exames legais, entre outros acolhimentos de provas, fazendo a mulher reviver novamente todo o sofrimento, constringendo-a com a proporção de vezes que realiza os depoimentos.

Revitimização a partir da análise do caso Mariana Ferrer

No ano de 2020, houve uma paralisação e repercussão nas redes sociais com a divulgação da videoconferência da audiência de instrução e julgamento realizado no processo criminal que apurava o crime em primeiro momento de estupro de vulnerável de autoria da blogueira Mariana Ferrer em face do empresário André de Camargo Aranha. As imagens foram disponibilizadas pelo site *The Intercept* demonstrando a revitimização sofrida causada pelo advogado de defesa do Réu, com a violência psicológica durante o ato processual (Alves, 2020).

Nesta perspectiva, analisa-se a revitimização da blogueira Mariana Ferrer, durante a audiência realizada pelo poder judiciário, onde a vítima foi desacreditada e questionada sobre sua honra no decorrer da audiência realizada

no dia 27 de julho de 2020, quando o advogado de defesa do acusado expôs fotos profissionais, realizadas pela vítima como modelo, classificando-as como fotos “ginecológicas” com justificativa de que a vítima utilizava da sua sexualidade para atrair os homens, humilhando a influenciadora diversas vezes durante o ato processual, tornando a audiência uma tortura psicológica para a vítima, direcionando a defesa sob a ótica da imoralidade da vítima, com fatos alheios (Alves, 2020).

Após o caso midiático da influenciadora Mariana Ferrer, em novembro de 2020, o Ministério Público de Santa Catarina encaminhou ofício às autoridades legislativa e executiva, sendo encaminhado ao então presidente da República, Jair Bolsonaro; ao presidente do Senado Davi Alcolumbre; e ao então presidente da Câmara Rodrigo Maia, propondo alterações no Código Penal e Código de Processo Penal, com o intuito de evitar atos desonrosos e a revitimização no decorrer das audiências de instrução e julgamento (Santa-ana, 2022).

Em respostas ao ofício encaminhado pelo Ministério Público, em março de 2021, foi sancionada a Lei nº 14.245, publicada dia 23 de novembro de 2021, no Diário Oficial da União (DUO). Com o objetivo de garantir maior proteção às vítimas de violência sexual, estabelecendo como dever de todas as autoridades competentes durante as audiências, assegurar a integridade física e psicológica da vítima, como também a vedação as partes de se manifestarem e apresentarem fatos e provas alheias ao processo (Brasil, 2021). A legislação nomeada como “Mariana Ferrer”, Lei nº 14.245/2021, passa a vigorar no Código de Processo Penal com o Artigo 400-A, elencando que nas audiências de instrução e julgamento, em especial, nas que apurem os crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física, psicológica e civil da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo (Brasil, 2021).

No mais, o dispositivo legal do presente ordenamento jurídico veda as manifestações sobre as circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos, situação que ocorreu com a influenciadora, com fotos profissionais feitas pela modelo utilizadas pelo advogado de defesa para argumentar como fotos “ginecológicas”, é vedado também, a utilização de linguagem de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou das testemunhas, situação que também ocorreu com Mariana Ferrer durante a audiência de instrução e julgamento (Brasil, 2021)

É notório que houve um grande impacto midiático, com o episódio de revitimização ocorrido com a Mariana Ferrer, tendo em vista a vítima ser influenciadora digital, e por ter uma voz ativa nas redes sociais, porém, mesmo com toda a repercussão e uma ampla rede de apoio pelos meios de comunicação, ainda assim, sofreu violência psicológica no decorrer do processo, como também, em suas redes sociais, após o advogado de defesa do acusado

solicitar desativar suas mídias sociais devido ao processo em andamento estar em segredo de justiça.

Análise dos resultados

Segundo o delegado Mendonça (2023), titular da DPCAMI - Delegacia de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso, “no trabalho da polícia é quase que impossível tu não revitimizar a pessoa porque eu tenho que conversar com ela sobre o assunto, não tem como não extrair versões dela sobre do que aconteceu”. Neste sentido, o representante do órgão de segurança pública, neste caso das delegacias de polícia, entende que não há outra forma de realizar a investigação criminal, sem revitimizar, no sentido de fazer com que a vítima reviva a violência, ao submetê-la a diversos depoimentos colhidos por esses órgãos.

No entanto, de acordo com o delegado Mendonça (2023), essa extração das versões sobre o fato deve acontecer da forma mais branda possível. A mulher vítima de violência sexual em grande maioria é a única testemunha, é a única que vê tudo, a única que poderá ajudar na investigação do inquérito policial, e, por esta razão, o órgão de polícia entende ser necessário abordar a vítima mais de uma vez. De acordo com Mendonça (2023), “se for revitimização no geral só de você conversar com ela e fazer ela lembrar duas vezes do mesmo fato já está revitimizando”. Por outro lado, como evidenciado na discussão teórica, a simples investigação policial não pode ser caracterizada como revitimização, mas sim a forma em que o inquérito policial será conduzido com a negligência, a omissão e o preconceito diante de qualquer situação ligada à mulher, ainda com a cultura do estupro enraizada relativizando a culpa do crime ocorrido à mulher.

Bohm (2023), psicóloga do CREAS - Centro de Referência de Assistência Social, responsável por acolher as vítimas e garantir a proteção social e defesa dos direitos das mulheres que se encontram em situações de violação, aduz que “algumas vítimas vão se sentir acolhidas nenhuma escuta, vão se sentir aliviadas com isso, porque elas também estão buscando justiça”, entretanto “elas estão ali se submetendo e de uma certa forma se expondo, nesta busca por justiça, então é uma via que nem sempre vai também causar dano, se for bem conduzida”, mas segundo a profissional “também não é uma garantia, pode ser feito tudo muito bem conduzido e a pessoa se sentir revitimizada só pelo fato de estar ali, de estar se expondo, mas isso é um processo muito subjetivo e individual” (Bohm, 2023). Vindo em conflito com a visão geral do Delegado da DPCAMI.

Nesta linha, para Bohm (2023) “de certa forma, falar, para algumas vítimas é um alívio e assim, na psicologia a gente entende que a cura se dá pela fala”, deste modo, “se tiver uma escuta respeitosa você já está processando aquilo que está acontecendo contigo enquanto você conta”, no entanto,

conclui a psicóloga que não é uma regra, não funciona assim para todos as vítimas, sendo um processo individual que também é influenciado por outros traumas e experiências que a vítima vivenciou ao longo da vida.

Medeiros (2023), psicóloga da DPCAMI, menciona que “há pessoas que pra elas entrar no sistema de justiça e vê o andamento do processo pode inclusive ter (não tem o objetivo terapêutico), mas pode ser inclusive terapêutico”, ainda, “no sentido de ver a coisa resolvida, realizada, para algumas pessoas isso pode ser positivo, por isso que a gente não pode entrar nenhuma lógica de que sempre vai ser revitimizante”. Neste sentido, a psicóloga conclui “mas também, se não considerar o que é aquele sujeito, o interesse, a compreensão do sistema, do que é entrar no sistema de justiça, se não tem essa compreensão mínima, se colocar nesse lugar que é exclusivo de produção de prova e não ter cuidado, é revitimizar” (Medeiros, 2023).

Segundo Medeiros, analisando pelo viés da Psicologia, sempre será estudado caso a caso. Acima de tudo, sempre que se expõe a vítima ao sistema da justiça visando a responsabilização criminal de outro, já está se falando em revitimização, passa-se por cima da subjetividade daquela pessoa, do que ela está expressando e do que está disposta a se submeter, por isso “se a gente pensar de uma forma mais macro, quando o crime de estupro passa a ser incondicionado a representação a gente já está falando de revitimização” (Medeiros, 2023).

Neste sentido, partindo da mulher adulta, quando o crime de estupro parte de uma ação penal pública incondicionada, acaba consequentemente tirando o poder de decisão da vítima, genericamente falando classificaria uma revitimização. Ainda segundo Medeiros (2023), “colocar a vítima de um crime grave na obrigatoriedade de serem colocadas no sistema de justiça e de produzirem provas e serem fontes de informação para produção de provas para algo que talvez ela não esteja disposta”, também pode-se considerar revitimização.

A vítima de estupro ao ingressar no sistema de justiça brasileiro, em primeiro momento, irá registrar o Boletim de Ocorrência junto ao órgão competente, segundo o delegado Mendonça (2023), a abordagem da DPCAMI é pensada a fim de amenizar os danos as vítimas, assim elenca que “a gente tenta evitar, a gente trabalha com policiais mulheres para tentar amenizar, para evitar ser um policial homem, mas daí temos que partir do que é revitimização no contexto geral”, surgindo o conflito “isso já é uma revitimização ou não? Mas esse tipo de revitimização é essencial, porque não tem como não trabalhar desta forma”.

De acordo com Gattaz Neto, delegado da DIC de Joinville/SC, todos os agentes públicos estão sujeitos a cometerem a revitimização, segundo o delegado “desde o primeiro momento do atendimento da ocorrência em si, no próprio local de fato”, e complementa “pode acontecer de um policial militar ou outro agente de segurança que fizer esse atendimento acabar

por duvidar ou questionar de uma maneira um pouco mais agressiva”, ainda completa que pode ocorrer dentro das próprias delegacias de polícia, “às vezes o policial não está tão bem preparado tão bem estruturado para atender esse tipo de ocorrência, e acaba colocando de maneira equivocada as palavras dele”, com o intuito da busca pela verdade (Gattaz Neto, 2023).

Medeiros (2023), aponta que os agentes do Estado que mais estão sujeitos a cometerem a revitimização, em seu ponto de vista “em tese se coloca o sistema de justiça em primeiro lugar, porque tem a obrigatoriedade de coletar esse tipo de informação”, por esta razão, a psicóloga elenca que todo o sistema de justiça está sujeito a cometer este fenômeno de violência continuada, desde os órgãos de segurança pública até o poder judiciário, e todos os seus membros que às vezes revitimizam por falta de preparado na abordagem e durante o atendimento.

Na fase de inquérito policial de acordo com o delegado, na dúvida se aplica pró sociedade, segundo o agente de segurança pública representante da delegacia da mulher “nós não trabalhamos com essa parte da culpa da mulher”, mas finaliza sua fala dizendo que “o problema é que talvez as vezes sempre vai ter uma dúvida, aí eu não vejo uma questão da polícia, é uma questão do sistema jurídico, porque na dúvida pró réu”, ainda concluiu que os crimes de estupro em grande maioria não tem testemunhas, e o sistema jurídico nesta dúvida acaba absolvendo o réu, diz o delegado “tive vários casos que tenho a versão dele a versão dela e acabei indiciando, mas em alguns casos lá na frente acaba sendo absolvido” (Mendonça, 2023).

Conforme Mendonça (2023), “os advogados podem usar todos os meios necessários para defender seus clientes, e nesses meios acaba revitimizando muito mais a mulher do que na polícia”, neste segmento o delegado complementa que “nessa parte de revitimização de colocar em dúvida a palavra da mulher de no caso, se ela quis, se ela se ofereceu, eu acho que na fase judicial é muito maior”, o delegado justifica essa fala dizendo, “porque na fase policial os advogados não tentam influenciar, porque não faz diferença no resultado final do inquérito policial”, o profissional crê que o intuito da defesa é criar a dúvida no magistrado com o objetivo de absolver o réu.

Segundo a psicóloga Bohm (2023), “a sociedade já revitimiza, e o Estado deveria ser o que iria minimizar essa revitimização”, neste sentido Mendonça pauta que “tem o protocolo que se chama de protocolo de atendimento hospitalar, os policiais das delegacias são acionados, mas ainda assim não é o ideal”, segundo o delegado “o ideal seria bem diferente, onde diminuiria a revitimização”, Mendonça narra que as vítimas de violência sexual são encaminhadas ao CREAS para fazer o acolhimento e acompanhamento, já as psicólogas da delegacia de polícia segundo o entrevistado tem outras finalidade (Mendonça, 2023).

De acordo com o Mendonça (2023), “o que hoje já está sendo feito em alguns casos, não todos, mas esse atendimento está sendo feito direto no

hospital onde ela vai, ela não precisa mais sair dali, ela é encaminhada pelo hospital e ali mesmo o técnico do IML”, nesses casos, “o perito vem e faz o exame nela ali, direto no hospital que é o protocolo de atendimento no hospital, mas não é todos os casos que dá, depende de caso a caso”, o que contradiz com o Protocolo de Violência Sexual adotado pelo Estado, segundo a ex delegada e Vice governadora Marisa Boehm, fundadora do protocolo quando atuante no cargo de delegada de polícia da DPCAMI.

A atual Vice-governadora de Santa Catarina e delegada aposentada da DPCAMI Marisa Boehm (2023), em relato sobre o Protocolo de Violência Sexual, diz “nós levamos 12 anos para aprovar o Protocolo de Violência Sexual, [...] porque tínhamos que juntar todos os órgãos de saúde e segurança para que funcionasse, temos que ter essa parceria e muitos órgãos não queriam ser parceiros”, segundo a vice governadora “hoje como que acontece, a mulher é vítima de estupro ela não precisa ir até a delegacia fazer o Boletim de Ocorrência, depois ir no exame de corpo de delito”, e complementa que o protocolo diz que dependente do local que a vítima for atendida primeiro, a rede tem a obrigação de acionar os demais órgão públicos responsáveis para dar continuidade no atendimento no local onde a vítima se encontra (Boehm, 2023).

Boehm (2023) relatou que “começou a lutar pelo protocolo de violência sexual, porque as crianças, adolescentes, e mulheres vítimas de estupro, iam para o IML e tinham que ficar esperando horas na fila”, a delegada aposentada menciona que quando ainda atuava na função, era realizado os atendimentos por ordem de chegada, passando na frente os flagrantes, ocorrências, presos que vinham fazer corpo de delito, pessoas espancadas que chegavam antes da vítima, “e elas ali, estupradas, se sentindo sujas com aqueles espermias dentro delas ainda, e não podiam fazer nada porque o médico tinha que examinar”, se sentindo revitimizada e exposta.

Para Boehm (2023), o protocolo minimizaria a revitimização, segundo a entrevistada aplicando o protocolo seria “feito o que precisa e ela não vai precisar ficar correndo de um lugar para o outro porque isso é uma revitimização, isso é uma humilhação, isso é uma forma agressiva de lidar”, para ela, a vítima também era revitimizada quando a mulher contava para o comissário, depois para a psicóloga, depois para o médico no hospital, depois para a assistente social do hospital, segundo Boehm “quando a gente queria fazer investigação ela falava, ‘eu não quero mais’, e quando a pessoa é adulta o crime depende de representação, ai ela não queria mais falar, não queria mais representar e o criminoso ficava solto”.

Segundo Mendonça (2023), “todas as delegacias deveriam funcionar 24 horas”, o delegado relata ter participado da audiência pública para a abertura 24 horas da DPCAMI, no dia 10 de julho de 2023, na Câmara de Vereadores de Joinville/SC, realizada pela Comissão de Cidadania (Câmara de Vereadores de Joinville, 2023). Segundo o agente público “geralmente esse primeiro

atendimento é feito pela polícia militar, e a polícia militar vai no local, é disponibilidade, não tem uma viatura específica para crimes sexuais, com uma policial feminina que trabalhe com isso, vai ter o que tem na hora”, dificultando ainda mais a efetividade do Protocolo de Violência Sexual, pela falta e preparo dos agentes de segurança pública, “às vezes é dois policiais militares que não tem preparo nenhum para aquela situação, e também não é culpa deles”, a maioria dos crimes de violência sexual ocorrem de madrugada, momento em que a DPCAMI está fechada. (Mendonça, 2023).

O delegado titular da DPCAMI, aduz que “quando a delegacia é aberta [...], é dado um atendimento prioritário, o problema são os atendimentos que são feitos fora aqui”, explicando quando ocorre “nas madrugadas, nos plantões, nas centrais de flagrantes, nos atendimentos feitos pela polícia militar”, sem contar o atendimento no local, a polícia vai tentar amenizar a situação, mas vai ser questionado a vítima sobre o que aconteceu, “vai ter giroflex ligado, ela suja, ocorrência, pessoa chegando, aí daqui a pouco vai para o hospital, depois volta para prestar depoimento no outro dia na delegacia”, essa situação toda acaba revitimizando e expondo ainda mais a vítima (Mendonça, 2023).

Para o delegado Gattaz Neto (2023), os agentes públicos que cometem a revitimização seria pela “falta de conhecimento, a falta de preparo para o atendimento, mas a pessoa que comete revitimização [...], ela não tinha má intenção, ela não tinha vontade de revitimizar a vítima, ela não tinha nenhum dogma por trás”, ainda completa “mas ela não foi preparada, às vezes a atividade policial é uma atividade que vai ao longo do tempo te tornando um pouco mais insensível, porque vê a todo momento a desgraça alheia”, com o atendimento da população marginalizada “a todo momento recebe um tratamento também já não polido, não educado, mais agressivo, então o policial acaba se tornando uma pessoa mais rude, por isso ela pode até acabar cometendo até essa revitimização” (Gattaz Neto, 2023).

Na esfera dos danos psicológicos das vítimas de violência sexual, para Bohm (2023), pode em alguns casos ser classificado a revitimização como uma tortura psicológica, “em alguns casos pode acontecer, como o caso que você traz como emblema, eu entendo como uma tortura, mas não é o que a gente vê na maioria das situações, [...], mas até muitas vezes sutis assim, tipo “você tem certeza?”, é uma revitimização de forma sutil”, neste sentido “então você desqualifica, você desconsidera, você questiona, e nisso tudo você revitimiza, porque em geral quando realmente se trata de uma vítima de violência, principalmente quando é um caso crônico, ela já vem de uma fragilidade”, neste caso “que ela nem sabe se ela não é louca mesmo, se ela não está confundindo tudo mesmo, se aquilo realmente, se é grave”.

Segundo Bohm (2023), os danos psicológicos após o crime contra a dignidade sexual “depende muito da pessoa, é um sofrimento prolongado com algo que poderia ser superado mas facilmente, mas facilmente é modo

de dizer, porque não é fácil, você tem mais um dano para lidar, principalmente quando há a revitimização se dá por esse descrédito”, de acordo com a psicóloga “o fato de falar de novo sobre os fatos é complicado, é delicado, mas se for de forma respeitosa, é cansativa, é maçante, mas não diria que traga maiores danos assim, de modo geral, porque tem gente que tocar naquele assunto de novo é muito agressivo”, mas, vai depender muito da vítima, sendo muito individual e subjetivos os danos causados.

De acordo com Medeiros (2023), “o fato de a pessoa falar uma vez não é o fato que garante que a pessoa não vai ser revitimizada, e assim, por outro lado o contrário as vezes a pessoa tem a intenção de falar”, a vítima é encaminhada para as políticas públicas, geralmente quando são crimes de violência sexual é encaminhada para a assistência social, podendo fazer o relato voluntário, caso tenha vontade, segundo a psicóloga da DPCAMI “o que não dá é a gente ficar instigando e o depoimento sempre vai instigar, mesmo que em forma de relato livre”, complementa, “no caso de depoimento especial, mas o objetivo de se estar ali é esse [...], esse tipo de relato a gente tem que pensar com muito mais cuidado seja para criança seja para mulheres”.

Para Mendonça (2023), “aqui na parte policial não tem uma revitimização forçada ao ponto que tem na parte judicial”, assim como, “aqui a gente não parte do princípio que ela está mentindo, a gente sempre vai partir do princípio de que ela está falando a verdade, e a gente vai tentar buscar detalhes na verdade dela”. Segundo Neto (2023), “é importante consignar que o Estado de Santa Catarina há uma política de defesa da vítima”, neste sentido “defesa da vítima mulher e nisso está incluído a questão sexual, é um projeto que está em andamento, já tem 21 salas lilás instituídas no Estado”, com uma estrutura voltada para as vítimas de violência sexual com “equipe preparada para isso, já especializada que atende quase que exclusivamente crimes dessa natureza em decorrência de violência domésticas e crimes sexuais”

O delegado Neto (2023), aduz que “dentro desse cenário a eventual revitimização da vítima, ela é quase nula ela é rara”, levando em consideração a estrutura e preparo de toda a equipe “desde o *layout* da sala a forma que ela é pintada, o mobiliário que está ali dentro, a pessoa que está fazendo atendimento, normalmente são mulheres policiais, mulheres psicólogas que fazem esse atendimento”, conforme o agente público “o Estado de Santa Catarina e a polícia de Santa Catarina tem se preocupado bastante nesse sentido de proteção da vítima para que não ocorra uma revitimização dentro do aspecto policial civil”.

De acordo com Bohm (2023), psicóloga do CREAS, deve-se discutir a revitimização do Estado dentro da esfera da assistência social, que após o Boletim de Ocorrência oferece um atendimento inicial de acolhida às vítimas de violência sexual, sendo acolhida de forma rápida, caso a vítima não for espontaneamente é realizada uma busca ativa para fazer a acolhida inicial, no entanto, “após essa acolhida o acompanhamento é sistemático, a

gente tem uma fila de espera, e aí que é nosso calcanhar de Aquiles, pela falta de estrutura do Estado, com poucos profissionais e muita demanda, não dá para suprir a demanda” (Bohm, 2023).

Considerações finais

Conclui-se que houve um considerável avanço com relação aos direitos das mulheres através das lutas dos movimentos feministas desde 1970, como por exemplo, a criação das delegacias para as mulheres em 1990. No entanto, observa-se que isso não foi suficiente para garantir o fim da revitimização das mulheres vítimas de estupro. Contudo, com as delegacias voltadas a atender as mulheres, houve uma minimização dos danos com protocolos e atendimento especializados.

Todavia, mesmo com as delegacias especializadas e com os protocolos especiais voltados ao atendimento de crimes de violência sexual, o próprio departamento de polícia aduz que não vê uma forma de realizar o inquérito policial sem revitimizar. No sentido de questionar e fazer com que a vítima reviva novamente todos os fatos, entretanto, utilizam como abordagem a forma mais branda possível, com o intuito de não causar maiores danos às mulheres estupradas.

Contudo, pelo viés da psicologia observa-se que nem sempre será revitimizante para a mulher ir ao sistema de justiça e se expor. Para algumas vítimas, acompanhar o andamento do processo pode se tornar até mesmo um processo terapêutico, se sentindo realizada. Outrossim, deve-se ter escuta respeitosa e bem conduzida, no entanto, isso não garante necessariamente que não haverá revitimização, apenas irá minimizar a possibilidade de revitimização e constrangimento da vítima, vale ressaltar que este processo é muito subjetivo e individual, desta forma, irá depender de pessoa para pessoa.

A pesquisa alcançou de forma genérica o objetivo geral previsto na introdução, mediante materiais encontrados na pesquisa bibliográfica, pesquisa documental, assim como, a pesquisa pela técnica de entrevista e aos resultados obtidos pelas cinco entrevistas com os profissionais da área do direito e psicologia, porém, as entrevistas foram conduzidas abertamente, apenas com condução da abordagem do tema, não sendo possível compreender de forma específica todos os efeitos e danos causados às vítimas de violência sexual e todas as formas de revitimização que acontecem no meio jurídico.

Da mesma forma, nas hipóteses observou-se que há protocolo específico para o atendimento das mulheres vítimas de violência sexual, mas que nem sempre na prática acontecem, vindo a revitimizar ainda mais a mulher vítima de abusos e crimes sexuais desnecessariamente. Além disso, verificou-se, em parte, que nem todas as vítimas têm o acolhimento e acompanhamento posterior à denúncia através da assistência social, em decorrência da falta de profissionais disponibilizados pelo Estado.

Deste modo, nota-se no decorrer da pesquisa externa durante as entrevistas a contradição entre os profissionais da área jurídica e da assistência social, no qual, o delegado garante que a vítima é encaminhada à assistência social e é feito o acolhimento para sanar os danos psicológicos. Entretanto, observa-se conforme elencado pela psicóloga do CREAS que realiza este acolhimento que na realidade fática, isso não acontece, tendo em vista a grande demanda de vítimas encaminhadas e o número de profissionais para realizar este atendimento clínico.

Outrossim, também é importante ressaltar que a revitimização é um fenômeno que já existe há séculos, no qual, o Estado se manifestou com uma legislação mais rigorosa, com a sanção da Lei Mariana Ferrer, em 2021 (Lei nº 14.245/2021), após a influenciadora ser revitimizada e exposta em nível nacional (Brasil, 2021). No entanto, muito se debate sobre a penalização e criação de novas leis, mas conforme abordado o tema com os entrevistados, no cenário atual, nota-se que a penalização não está sendo suficiente, tampouco, está diminuindo a revitimização, sendo necessário a capacitação e conscientização dos profissionais que abordam e acolhem as vítimas de estupro para realizarem este acolhimento da forma mais humanitária possível, frisando a minimização da revitimização

Portanto, nota-se que os resultados atingidos no presente trabalho contribuem para o aprofundamento no contexto jurídico e nos aspectos sociais da revitimização causadas pelos agentes públicos do Estado, pela falta de preparo e formas de abordagens para evitar e minimizar a revitimização nos crimes de violência sexual. Também, coopera para a realização de pesquisas futuras, com pesquisa de campo no âmbito das obrigações e responsabilidades constitucionais do Estado em capacitar seus profissionais para diminuir os danos causados as vítimas de estupro, e se realmente o ente federativo está efetivamente zelando pelas vítimas dos crimes contra a dignidade sexual.

Referências

ALVES, Schirlei. **Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem**. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 03 ago. 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina?** Sequência: estudos jurídicos e políticos, v. 17, n. 33, p. 87- 114, 1996.

BRASIL. Constituição (2021). Lei nº 14245, de 22 de novembro de 2021. **Lei Mariana Ferrer**. Brasília, 22 nov. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14245.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

CÂMERA DE VEREADORES DE JOINVILLE (org.). **Público celebra juizado mais direcionado a casos de violência doméstica, mas cobra delegacia 24h**.

Jornalismo Cvj. Joinville, 10 jul. 2023. Disponível em: <https://camara.joinville.br/noticia/publico-celebra-juizado-mais-direcionado-a-casos-de-violencia-domestica-mas-cobra-delegacia-24h/#respond>. Acesso em: 08 out. 2023.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 982-1006, set. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FCxmMqMmws3rnnLTJFP9xzR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 jul. 2023.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Heci Regina Candiani. 1. ed. - São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

HERMAN, Dianne F. The rape culture. In: FREEMAN, Jo. (Ed.). **Women: a feminist perspective**. 3. ed. CA: Mayfield, 1984. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FCxmMqMmws3rnnLTJFP9xzR/>. Acesso em 11 jul. 2023

GIL, Antonio Carlos. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Barueri: Atlas, 2021. 182 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559770496/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!\]/4/56/1:46\[ia%20%2C%E2%80%93%20C\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559770496/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4!]/4/56/1:46[ia%20%2C%E2%80%93%20C].). Acesso em: 26 set. 2023.

ONU BRASIL. **Por que falamos de cultura do estupro?** 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/73204-por-que-falamos-de-cultura-doestupro>. Acesso em: 11 jul. 2023.

SANTANA, Layra Ferreira dos Santos. **Caso Mariana Ferrer: a contribuição do jornalismo para o debate público sobre a cultura do estupro**. 2022. 176 f. Monografia (Especialização) - Curso de Jornalismo, Universidade Federal de Mato Grosso Campus Universitário do Araguaia Instituto de Ciências Humanas e Sociais Curso de Jornalismo, Barra do Garças, 2022.

SANTOS, Isabela Regina dos. **O Processo de Revitimização Nos Crimes Contra a Dignidade Sexual: uma análise frente a vítima mulher**. 2023. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2023. Cap. 3. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/9592/67651457>. Acesso em: 26 set. 2023.

SOUZA, Sara Barbosa. **Violência institucional contra a mulher: a revitimização e o silenciamento da vítima e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2021. 50 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Unifacig, Manhuaçu, 2021. Cap. 3. Disponível em: <https://www.pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/repositoriottcc/article/view/3371/2400>. Acesso em: 27 set. 2023.

VASCONCELOS, Maria Eduarda Mantovani; AUGUSTO, Cristiane Brandão. PRÁTICAS INSTITUCIONAIS: REVITIMIZAÇÃO E LÓGICA FAMILISTA NOS JVDfMs. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 47-100, set. 2015. Mensal. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume23/volume23_87.pdf. Acesso em: 03 out. 2023.

POLÍTICAS PARA A COMUNIDADE LGBTQIAPN+ E O TRATO BRASILEIRO NA FIXAÇÃO DO SEU PAPEL COMO PIONEIRO INTERNACIONAL

Arnaldo de Santana Silva

Mestrando em Relações Internacionais e Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do ABC, Advogado pela Universidade Católica do Salvador e Internacionalista pela Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Resumo:

O movimento LGBTQIAPN+ busca o reconhecimento da diversidade de identidades, desafiando a cisheteronormatividade e respondendo às lutas feministas e raciais. Evoluindo ao longo do tempo, reinterpreta terminologias marginalizadas e promove ativamente a participação política e social por meio de representantes, ampliando os debates e internacionalizando as discussões. No entanto, enfrenta resistência de interesses conservadores, refletida em políticas que violam direitos humanos, como a recente criminalização em Uganda, perseguições no Irã e restrições nos EUA. Apesar dos avanços, a comunidade LGBTQIAPN+ ainda enfrenta retaliações, evidenciando a oposição à sua visibilidade. A exposição utiliza a teoria queer para analisar a construção da pauta LGBTQIAPN+, destacando a criação da secretaria brasileira como um marco relevante. Essa iniciativa contribui para desencorajar eventos violentos e fortalecer um movimento internacional mais coeso. A ênfase recai na participação juvenil e organizações que apoiam a comunidade, garantindo dignidade e representação. O foco está na construção política brasileira, identificando seus principais líderes e afluentes. Assim, a narrativa destaca não apenas os desafios enfrentados, mas também os avanços conquistados na busca por igualdade e reconhecimento da diversidade LGBTQIAPN+.

Palavras-chave: Movimento LGBTQIAPN+; Representação; Juventude; Direitos Humanos.

Introdução

A comunidade LGBTQIAPN+¹ constitui uma coalizão global que busca o desenvolvimento da dignidade de seus membros, estabelecendo uma norma internacional de não discriminação e enfatizando a responsabilidade dos países para com sua comunidade, independentemente de gênero ou orientação sexual. No entanto, o contexto normativo global enfrenta desafios significativos devido ao surgimento de regimes conservadores em vários países, refletindo a ascensão de uma direita fundamentalista que busca minar direitos já estabelecidos para a proteção da comunidade LGBTQIAP+ e das minorias sexuais e de gênero.

Destaca-se a relevância de organizações internacionais, como a ILGA², que elabora relatórios anuais abordando a promoção e a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, exemplificado por campanhas como *Our Identities Under Arrest*³, *State-Sponsored Homophobia*⁴ e *Curbing Deception*⁵.

Embora seja prevalente a perspectiva de que os direitos humanos demandam obrigações do Estado para construir bases de não discriminação, observa-se, ainda hoje, diversos Estados que violam essa construção fundamental em prol de preceitos religiosos fundamentalistas ou morais vinculados à cisheteronormatividade. A ILGA desenvolveu um mapa que destaca os Estados que criminalizam ou punem a existência dessas minorias, demonstrando a complexidade do panorama global.

No recorte latino-americano e caribenho, identificam-se países que criminalizaram a comunidade LGBTQIAPN+, limitando o acesso a direitos básicos e infringindo princípios da carta universal da ONU. Similarmente, em grande parte do continente africano e asiático, as legislações criminalizadoras variam em intensidade, indo desde punições severas até restrições no acesso a serviços públicos e direitos à livre manifestação.

Entretanto, observa-se que alguns países, especialmente na América e

- 1 Sigla amplamente utilizada no contexto brasileiro para identificar a comunidade de pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero e Travestis, Queer, Intersexo, Assexual, Panssexual, Não-Binária, entre outras identidades existentes na sociedade.
- 2 Associação internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo, vinculada à Organização das Nações Unidas
- 3 Sendo utilizado o relatório mais atual, publicado com base nos registros oriundos do ano de 2021, que relata centenas de exemplos de legislações de países dentro da ONU que criminalizam a comunidade LGBTQIAPN+ e desdobra a análise sobre as diversas formas de aprisionamento efetuadas contra os membros da comunidade.
- 4 Sendo utilizado o relatório mais atual, publicado com base nos registros oriundos do ano de 2020, com base na construção legislativa e de formas apresentadas por diversas fontes que reportam a existência e formas de violências enfrentadas pela comunidade LGBTQIAPN+ nos países com ou sem existência de mecanismos de proteção institucionais.
- 5 Sendo utilizado o relatório mais atual, publicado com base nos registros oriundos do ano de 2020, decorrente da campanha que analisa os casos de ocorrência de terapias forçadas de conversão que têm sido difundidas por profissionais da psicologia e membros religiosos para fazer com que pessoas LGBTQIAPN+ se “curem”.

Europa, concedem direitos e regulamentam o acesso a direitos básicos, fundamentando tais medidas na defesa dos direitos humanos. É crucial destacar a necessidade de países colonizados afirmarem seus espaços para evitar a supressão de suas regras sociais pelos colonizadores, como abordado por Fox (2019), que relata os movimentos de resistência, muitas vezes infrutíferos, diante da força política dos colonizadores e das punições enfrentadas por aqueles que não se enquadravam nos padrões cisheteronormativos.

Análise histórica da criminalização e estigmatização da normativa sexual

Normas sociais desfavoráveis contribuem para a construção de uma imagem negativa da comunidade LGBTQIAPN+, promovendo, assim, um processo de desumanização, onde os membros são estigmatizados e vistos como doentes, como indicado por Veiga (2020). Essa estigmatização, por sua vez, resulta na segregação dessa comunidade do restante da sociedade.

Conforme Fox (2019) observa, a formação dessa imagem está enraizada em diferentes momentos históricos, sendo influenciada pela colonização e imperialismo. Destaca-se que os representantes desse afastamento, predominantemente provenientes do norte global, desempenharam um papel significativo na instrumentalização de estruturas sociais para manter o poder. Essa prática visava evitar que características do desenvolvimento colonial e imperialista se perdessem, algo que os países recém-libertos consideraram como fundamentos essenciais.

Nesse contexto, é possível perceber a relação entre a perpetuação de normas sociais discriminatórias, a imagem negativa da comunidade LGBTQIAPN+ e os legados do colonialismo e imperialismo. Essas influências históricas moldaram percepções e atitudes, reforçando a necessidade de desafiar e desconstruir estereótipos prejudiciais para alcançar uma sociedade mais inclusiva e justa.

Antes do contato europeu, minorias sexuais não foram perseguidas nessas sociedades, estejam elas na África, Sul da Ásia, Leste da Ásia ou América do Norte. Contudo, as ex-colônias inglesas incluem alguns dos mais fervorosos oponentes aos direitos LGBTQ no mundo do século XXI. Vários países africanos que hoje tem fortes atmosferas proibicionistas para gays, como Uganda, Nigéria, Sudão e Zimbábue, abrigam grupos indígenas muito mais tolerantes. Casamentos entre duas mulheres foram documentados em pelo menos quarenta grupos étnicos que vivem no atual Benin, Sudão do Sul, Nigéria e Quênia, enquanto homens com desejos pelo mesmo sexo foram aceitos nas sociedades Zulu, Hausa e Yoruba. O povo Shona, cujo território abrange vários países do sul da África, historicamente atribuiu minorias sexuais ou de gênero à possessão espiritual; essas pessoas eram respeitadas, ao invés de

estigmatizadas, e muitas vezes formavam relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. (Epprecht 2004 Apud Fox, 2019, p. 15).⁶

Nessa mesma construção, é essencial examinar o espaço atribuído aos homens que desviavam da normativa sexual imposta, assim como considerar o papel e a representação das mulheres nesse contexto. A autora apresenta, de acordo com os escritos de Stavig (2003) que

Primeiro, os registros da época tendem a abordar o comportamento homossexual masculino muito mais do que os equivalentes femininos. Talvez seja porque o desvio masculino foi considerado mais importante, mais vergonhoso ou mais provável: Stavig (2003) escreve que, no contexto colonial sul-americano, ninguém considerou seriamente o lesbianismo, exceto um padre ocasional. Na maior parte do mundo, esses registros foram em grande parte escritos por, para e sobre homens, o que também ajuda a explicar a ausência de outros tipos de minorias sexuais e de gênero. (Stavig, 2003 Apud Fox, 2019, p. 16)⁷

Um exemplo vívido, conforme apresentado pela autora, destaca que mesmo em períodos anteriores às grandes navegações, as comunidades tradicionais já possuíam uma forma de organização que valorizava o papel social na comunidade acima da sexualidade ou do espectro de gênero. A autora elenca comunidades tradicionais americanas, africanas e asiáticas como exemplos desse modelo, que foi invalidado com a colonização imposta pelos países europeus. Estes últimos impuseram normas específicas sobre sexualidade e identidade de gênero, construindo uma imagem de pecado supremo associado a qualquer pessoa que não seguisse a normatividade sexual imposta (Fox, 2019).

Dessa forma, em seu texto indica que:

6 Tradução livre do texto: “Prior to European contact, sexual minorities were not persecuted in these societies, whether they were in Africa, South Asia, East Asia, or North America. Nevertheless, former English colonies include some of the most ardent opponents of LGBTQ rights in the twenty-first-century world. Several African countries that today have strong anti-gay climates, such as Uganda, Nigeria, Sudan, and Zimbabwe, were home to much more tolerant indigenous groups. Marriages between two women have been documented in at least forty ethnic groups living in present-day Benin, South Sudan, Nigeria, and Kenya, while men with same-sex desires have been accepted into Zulu, Hausa, and Yoruba societies (Epprecht 2004). The Shona people, whose territory spans several countries in southern Africa, historically have attributed sexual or gender minorities to spirit possession; these people were respected, rather than stigmatized, and often formed same-sex relationships (Epprecht 2004).”

7 Tradução livre do texto: “First, records of the time tend to address male same-sex behavior far more than female equivalents. Perhaps this is because male deviance was considered more important, more shameful, or more likely: Stavig (2003) writes that, in the South American colonial context, no one seriously considered lesbianism aside from an occasional priest. In most parts of the world, these records were largely written by, for, and about men, which also helps to explain the absence of other types of sexual and gender minorities.”

Leis e normas sociais que proibiam relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo ou inconformidades de gênero eram uma forma de controle sobre os sujeitos colonizados, mas também exerciam pressão sobre os cidadãos europeus. Alguns contextos coloniais eram igualmente rígidos para europeus e nativos: as colônias inglesas na América do Norte mantiveram uma abordagem cristã rígida de que todos os homens são pecadores e qualquer um pode se tornar um sodomita. Por esse motivo, pessoas solteiras (geralmente homens) não podiam morar sozinhas ou com outros solteiros. Em vez disso, eles eram obrigados a viver como pensionistas em uma casa chefiada por um casal [heterossexual] para evitar a tentação (O’Callahan, 1968 Apud Fox, 2019, p. 18).⁸

Em alguns casos, essas normativas persistiram, assumindo formas não previstas pelos colonizadores. Até hoje, a conquista de direitos que beneficiem a comunidade LGBTQIAP+ enfrenta desafios, dada a percepção de que tais normas podem ser vistas como mais uma imposição colonial.

Greenberg (1988) também argumenta que uma transição cognitiva começou no século XVIII. Anteriormente, a sodomia era considerada uma recusa deliberada de Deus e do comportamento moral; a homossexualidade era monstruosa e talvez o resultado de possessão demoníaca. No século XVIII, as minorias sexuais ainda eram altamente estigmatizadas, mas não eram mais temidas. Algumas pessoas começam a especular que fatores externos, como má educação, foram a causa das tendências homossexuais. (Fox, 2019 Apud Greenberg, 1998, p. 20)⁹

A criação de uma ideia consagrada em lei que abarcasse as minorias sexuais e de gênero, conforme argumentado por Fox (2019), teve origem no século XVIII, marcada pela normatização negativa que desafiava os padrões religiosos, então fundamentais e sancionáveis em caso de violação. Nesse período, emergiu a construção imagética de recusa à figura divina, sugerindo que indivíduos que desviavam desses padrões eram caracterizados como sodomitas, como indicado por Fox (2019) e posteriormente abordado por

8 Tradução livre do texto: “*Laws and social norms that prohibited same-sex relationships or gender nonconformity were a form of control over colonized subjects, but they exerted pressure upon European citizens, as well. Some colonial contexts were equally strict for Europeans and natives: English colonies in North America retained a strict Christian approach that all men are sinners and anyone could become a sodomite. For this reason, single people (usually men) were not permitted to live alone or with other singles. Instead, they were required to live as boarders in a house headed by a married couple to prevent temptation.*”

9 Tradução livre do texto: “*Greenberg (1988) also argues that a cognitive transition began in the eighteenth century. Previously, sodomy was thought to be a deliberate refusal of God and moral behavior; homosexuality was monstrous and perhaps the result of demonic possession. By the eighteenth century, sexual minorities were still highly stigmatized but were no longer feared. Some people begin to speculate that external factors, such as poor upbringing, were the cause of homosexual proclivities.*”

Borrillo (2021). Este último destaca a criação de termos específicos, como gay, homófilo, pederasta, veado, michê, bicha, hermafrodita, boiola, invertido, entre outros, utilizados como mecanismos para difamar a honra associada à figura suprema estabelecida pelo fundamentalismo religioso.

É crucial destacar que esses termos, originados do inglês, conforme os estudos de George Weinberg (USP, 2018), foram inicialmente apresentados em um dicionário francês e posteriormente replicados em diversos idiomas, conforme relatado por Borrillo (2021) em sua obra¹⁰. Esses termos refletem não apenas uma linguagem carregada de estigmatização, mas também evidenciam a disseminação global de concepções discriminatórias em relação às minorias sexuais e de gênero.

O rompimento com a visão negativa da homossexualidade teve início com a apresentação de representantes da realeza e alta burguesia que mantinham relações homoeróticas enquanto simultaneamente sustentavam uma relação oficial heterossexual. Esse fenômeno revela que, nas sociedades da época, a homossexualidade em si não era aceita, mas sim tolerada, especialmente quando se tratava, no contexto europeu, de indivíduos com influência significativa na sociedade. Nesses casos, era necessária a manutenção de uma relação fictícia que estivesse em conformidade com a cisheteronormatividade, além da relação considerada correta.

A ambivalência em relação às minorias sexuais foi um primeiro passo, mas o Ocidente ainda não fez a transição para a defesa total. As raízes de muitos movimentos de direitos civis, não apenas questões LGBTQ, estão na mudança para o progressismo que começou durante o Iluminismo na Europa. A filosofia iluminista preocupava-se com o livre-arbítrio e as leis naturais; minorias sexuais começaram a argumentar que, se a natureza governa todas as ações humanas, a homossexualidade não pode ser antinatural. (Fox, 2019, p. 21)¹¹

Embora fundamentada em bases históricas que preconizam o suposto natural como fundamento para a construção de normas, expressas no Direito Natural, a ideologia de adequação normativa sexual tem raízes diretas nos princípios religiosos fundamentalistas sobre o que seria considerado apropriado para que a fé se estabelecesse como um pilar. O desenvolvimento da

10 Nesta obra o autor elenca que embora sua utilização inicial seja datada de 1971 nos EUA, somente em 1990 foram inseridos nos dicionários franceses e após os demais, sendo pioneiro no dicionário *Le Nouveau Petit* e posteriormente inserido no *Le Petit Larousse*. (Borrillo, 2021, p. 13).

11 Tradução livre do texto: “*Ambivalence toward sexual minorities was a first step, but the West still had yet to transition to full advocacy. The roots of many civil rights movements, not just LGBTQ issues, lie in the shift to progressivism that began during Europe’s Age of Enlightenment. Enlightenment philosophy was concerned with free will and natural laws; sexual minorities began to argue that, if nature governs all human actions, homosexuality cannot be unnatural.*”

sociedade revela que, embora exista uma construção fundamentalista religiosa que regulamenta a sexualidade, a aplicação pejorativa dessa normatividade torna-se cada vez mais dispensável para a compreensão das pessoas, tornando-se habitual apenas para perpetuar opressões.

No cenário contemporâneo, utilizamos diversos termos que servem de base para a defesa dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, sendo os mais comuns homofobia e homossexualidade. Estes termos têm suas raízes na base histórica misógina, como discutido anteriormente, que atribuiu maior importância teórica aos direitos do homem em comparação com os direitos da mulher. Vale ressaltar que dados sobre desvios sexuais femininos não eram coletados até poucas décadas atrás.

O termo homossexual foi cunhado cientificamente em 1869, originando-se de panfletos alemães que buscavam a revogação das leis de sodomia na Prússia, argumentando que o país deveria acolher e aceitar homossexuais.

A noção de homofobia, como uma categoria que estrutura o que era considerado comportamento heterossexual tradicional, surge a partir dos anos 1970, mas só foi oficialmente incluída nos dicionários na década de 1990. Conforme aponta Borrillo (2021), a construção da homofobia como um mecanismo social válido foi possibilitada por pressuposições normativas que estabelecem o espaço cis e heterossexual como uma regra que deve ser adotada por toda a sociedade, enquanto aqueles que se desviam dessa regra são alvo de hostilidade. Desde seu prefácio, a homofobia é identificada como o “medo expresso de heterossexuais de estarem na presença de homossexuais” (Borrillo, 2021, p. 7).

Direitos LGBTQIAPN+ e a resistência pós colonial

Segundo os escritos de Fox (2019), a defesa dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ tem sido conduzida predominantemente pelos países do norte global, sendo implementada nos países do sul de maneira mais executiva do que colaborativa, refletindo um viés pós-colonial imperialista que promove teorias do norte replicadas no sul de maneira pouco reflexiva.

Com base em McAllister (2013), Fox (2019, p. 24) destaca a construção em países africanos que aparenta enquadrar a homossexualidade como algo alheio à sua matriz cultural. Contudo, o mesmo autor revela que, na verdade, esse discurso mascara uma resistência necessária contra a persistente influência colonial, que impõe regras derivadas do contexto norte/sul. Essa resistência coexiste com uma menor rejeição às minorias sociais, em comparação com a construção de uma autonomia livre da influência ideológica ocidental.

Em alguns países colonizados pelo norte global, a resistência se manifesta em uma relutância em estruturar e aplicar os direitos LGBTQIAPN+, considerados como Direitos Humanos, devido à origem dessas normas

nos países nortistas, que buscam impor regras e normas aos colonizados. Fox destaca a visão de Uganda sobre os direitos da comunidade LGBT-QIAPN+, em consonância com as perspectivas asiáticas, como interpretadas por M'Baye (2013, p. 113).

As leis anti-gays originais e os sentimentos que foram trazidos para esses países em desenvolvimento foram muitas vezes localizados e mantidos. Hong Kong fornece um exemplo de como uma colônia e sua sociedade governante estavam fora de sincronia em termos de atitudes em relação à inconformidade sexual e de gênero. A Inglaterra e o País de Gales descriminalizaram a homossexualidade em 1967, mas a discriminação LGBTQ aumentou em Hong Kong na década de 1970 com a formação de uma unidade governamental para investigar supostas minorias sexuais (Chan 2008, p. 73). Embora algumas reformas tenham ocorrido no início dos anos 1990 e tenham conquistado a independência em 1997, Hong Kong ainda é culturalmente hostil às minorias sexuais. A homofobia pode ter sido originalmente uma importação britânica, mas foi localizada através da estrutura do confucionismo, o sistema de crença chinês nativo que enfatiza a piedade filial. (Fox, 2019, p. 23 Apud Chan 2008, p. 73)¹²

[...]

Uganda, em particular, tem sido o líder do argumento não-pertencimento africano, que descreve as minorias sexuais como um perigo para os valores familiares africanos. O governo culpa as chamadas subculturas “decadentes”, como as pessoas LGBTQ, pelas desigualdades que existem entre seu povo e o Ocidente, o que atrai o apoio de um público frustrado e desvia a atenção de uma liderança fracassada. (Fox, 2019, p. 23 apud M'Baye, 2013 p. 113)¹³

A análise das citações sugere que o projeto de criminalização das minorias sexuais emprega diversos mecanismos, não apenas introduzindo práticas discriminatórias nas comunidades, mas também impondo a reprodução dessa discriminação como uma forma de pertencimento comunitário. Isso

12 Tradução livre do texto: “*The original anti-gay laws and sentiments that were brought into these developing countries were often localized and retained. Hong Kong provides one example of how a colony and its ruling society were out-of-sync in terms of attitudes toward sexual and gender nonconformity. England and Wales decriminalized homosexuality in 1967, but LGBTQ discrimination increased in Hong Kong in the 1970s with the formation of a governmental unit to investigate supposed sexual minorities (Chan 2008, p. 73). Although some reform occurred in the early 1990s, and it gained independence in 1997, Hong Kong is still culturally hostile to sexual minorities. Homophobia may have originally been a British import, but it was localized through the framework of Confucianism, the native Chinese belief system that emphasizes filial piety.*”

13 Tradução livre do texto: “*Uganda particularly has been the leader of the un-African argument, which depicts sexual minorities as a danger to African family values. The government blames so-called “decadent” subcultures such as LGBTQ people for the inequalities that exist between its people and the West, which garners support from a frustrated public and shifts attention from failed leadership.*”

destaca que, mesmo em um contexto de descriminalização legal, o país pode permanecer propenso a hostilizar as minorias, transformando os ideais progressistas que buscam uma identidade humanizada para a comunidade LGBTQIAPN+ em estratégias percebidas como meios de dominação, em vez de defesa dos Direitos Humanos.

Evolução normativa internacional dos direitos LGBTQIAPN+

A construção das bases internacionais para a promoção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ emerge das lutas conduzidas por ativistas e defensores dos direitos humanos, notadamente no século XX. Estes esforços foram fundamentais para a instauração de instituições de defesa supranacionais, inicialmente representadas pela Liga das Nações e, posteriormente, pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Segundo Nascimento (2020), a Segunda Guerra Mundial marca um ponto crucial na formação do sistema global de direitos humanos. Este período, marcado por milhões de assassinatos decorrentes de regimes totalitários, especialmente contra minorias, incluindo homossexuais, justifica a necessidade de um sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, Nagamine (2019) destaca que, na ONU, a defesa dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ foi inicialmente relegada a um segundo plano. Somente a partir de 2010, essa temática ganhou maior visibilidade e foi abordada de maneira mais direta e objetiva.

É crucial ressaltar a existência de mecanismos internacionais que endossam medidas para o acolhimento da comunidade LGBTQIAPN+, como evidenciado na carta de princípios estabelecida na Conferência de Yogyakarta (2006). Além disso, há esforços para a constituição de organizações não governamentais com status consultivo junto à ONU, conforme apontado por Rodrigues e Hernandez (2020).

Assim, a construção da agenda LGBTQIAPN+ para pautar direitos sob um sistema específico, transcende fronteiras e costumes locais. Esse ideal ganhou força após a elaboração da carta de princípios de Yogyakarta, em 2006, e o estabelecimento de relatorias especializadas que analisam o avanço dos direitos da comunidade em recortes regionais e internacionais. Destacam-se a atuação da ILGA e da Relatoria dos Direitos das Pessoas LGBTI+ da OEA, que continuam a promover orientações, audiências públicas e ações que fortalecem a perspectiva da comunidade.

A dinâmica regional é marcada por organizações como a ABGLT¹⁴ e a ANTRA¹⁵, destacando-se como importantes atores na defesa dos direitos da

14 Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, sediada no Brasil.

15 Associação Nacional de Travestis e Transexuais, sediada no Brasil.

comunidade LGBTQIAPN+.

Construindo o futuro a partir do impacto da juventude no movimento LGBTQIAPN+

Destaca-se também o trabalho contemporâneo conduzido pelos movimentos globais, que implica uma compreensão profunda dos impactos que as normas fundamentalistas e conservadoras exercem sobre a sociedade. Esse entendimento é crucial, especialmente ao analisar os casos de restrição à privacidade e liberdade vivenciados nas últimas décadas, principalmente nos países que buscavam garantir direitos à comunidade LGBTQIAPN+ e, paradoxalmente, implementaram mecanismos para revogá-los.

A principal problemática nesses cenários reside no fato de que os direitos garantidos geralmente são desenvolvidos sem uma vinculação normativa sólida. Em outras palavras, eles são assegurados por meio de regras que podem ser facilmente revogadas, sem a incorporação em leis que integrem de maneira mais sólida ao sistema jurídico e legislativo de um Estado. As normas de direitos que abrangem a comunidade LGBTQIAPN+ são muitas vezes percebidas como oriundas de um plano de governo, dependendo dos interesses do governante, sem um projeto que possa estabelecer suas bases em períodos além daqueles submetidos. Isso tem sido especialmente evidente na última década, marcada por um retrocesso significativo no cenário internacional, devido à manutenção de uma governança cada vez mais segmentada que visa obter influência em grupos plurais.

A construção política, em algumas nações, prevê a integração da diversidade de gênero e sexualidade na formulação de pautas. Contudo, isso ocorre muitas vezes sob um viés nacionalista, incorporando uma estrutura homonacionalista política que se dissemina em democracias do norte global, despertando a necessidade de novas pesquisas para compreender sua abrangência.

É crucial voltar a atenção para os estudos de Jasbir K. Puar (2015), nos quais ele concebe o Homonacionalismo como um processo que atribui a norma heterossexual e branca (colonizadora) um papel de completude. A partir da estruturação desse processo como um mosaico, diversas vertentes dessa perspectiva podem ser identificadas, abrangendo desde o turismo LGBT em vários Estados até o debate interno e externo das problemáticas direcionadas à comunidade LGBTI+ no processo estruturante legislativo e social. Destacam-se como exemplos principais os casos de Israel, Estados Unidos e Índia.

Posto de uma forma simples, o homonacionalismo corresponde à ascensão em simultâneo do reconhecimento legal, de consumidor e representativo dos sujeitos LGBTQ, e à restrição das prestações sociais, dos direitos dos imigrantes e da expansão do poder do Es-

tado nas tarefas de supervisão, detenção e deportação. A narrativa do progresso dos direitos gays assenta, assim, no apoio do outro racial e sexualizado, para quem esse progresso foi outrora alcançado, mas que se encontra agora a regredir ou que ainda está para advir. Este processo baseia-se na sustentação da respeitabilidade dos sujeitos homossexuais relativamente à reiteração performativa da (homo e heteros)sexualidade perversa de natureza patológica dos outros raciais, especificamente dos outros Muçulmanos, sobre quem recaem as projeções orientalistas e neo-orientalistas. Por conseguinte, o Homonacionalismo não constitui simplesmente um sinónimo de racismo gay ou de outra forma de crítica da “conservadorização” das identidades gays e lésbicas, mas antes uma forma analítica de apreender os resultados de sucesso dos movimentos dos direitos liberais LGBT. (Puar, 2015, p. 3)

Ademais, o movimento global tem abordado questões de extrema relevância para a comunidade, como a luta contra as terapias de conversão. Atualmente, essa pauta é liderada tanto pela ILGA quanto por várias organizações em colaboração, com destaque para a All Out. O objetivo é desmistificar a ideia de que membros dessa comunidade necessitam de cura ou conversão. A compreensão predominante é que a orientação sexual e a identidade de gênero são intrínsecas e não suscetíveis a influências externas. Esse movimento recebe apoio de líderes religiosos progressistas, movimentos sociais, organizações e governos. No Brasil, há um projeto de lei em tramitação, iniciado pelo ativismo da Deputada Federal Erika Hilton, e outros projetos com foco semelhante apresentados por diversos deputados. O intuito é criminalizar tais práticas, repudiadas pelo Conselho Nacional de Psicologia desde 2020, quando a justiça nacional ratificou a impossibilidade de profissionais da área realizarem essas violências.

O relatório sobre Homofobia patrocinada pelo Estado revela que 124 países (ou seja, 64% dos membros da ONU) não criminalizam pessoas com base em sua Orientação Sexual ou Identidade de Gênero. Dentre esses, apenas 11 países incluem proteção constitucional para a comunidade LGBTQIAPN+, enquanto 57 proporcionam ampla proteção sem constitucionalizar esses direitos, e 81 oferecem proteção no âmbito do emprego. Existem ainda 7 países com proteção limitada, 43 que não protegem nem criminalizam a comunidade em sua construção legal. Essa análise é crucial, pois abrange desde o reconhecimento dos laços familiares até a perspectiva de adoção para casais homoafetivos, principalmente em países das Américas, Europa e Oceania. Vale ressaltar que, mesmo em contextos não tão evidenciados, países africanos (Angola e África do Sul) e asiáticos (Nepal, Mongólia e Taiwan) servem como exemplos de práticas legais que conferem dignidade e direitos à comunidade LGBTQIAPN+.

No mesmo mapa e em conjunto com o relatório sobre Homofobia patrocinada pelo Estado, observamos que 69 países (ou seja, 39% dos mem-

bros da ONU) criminalizam atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo. Destes, 2 criminalizam efetivamente, 30 penalizam com até 8 anos de prisão, 27 punem com penas de 10 anos até prisão perpétua, e 11 implementaram a pena de morte. As restrições geralmente refletem a limitação da liberdade de expressão ou até mesmo a proibição do registro/operação de organizações da sociedade civil que abordam temáticas relacionadas à orientação sexual ou atendem a públicos com Orientação Sexual e Identidade de Gênero diversas da normativa social. Esse cenário de criminalização afeta principalmente os continentes africano e asiático, com destaque para os países do Oriente Médio. Ressalta-se que, apesar do progresso em alguns continentes, ainda existem países dentro deles que não aderem plenamente à construção apresentada. Como exemplos, temos a Guiana, Jamaica e Paraguai na América, Turquia e Vaticano na Europa, e Malásia, Indonésia e Singapura na Oceania.

Além disso, é crucial destacar países que, apesar de construírem narrativas de aceitação para a comunidade LGBTQIAPN+, na prática, rechaçam essa comunidade em seu contexto nacional. Exemplos incluem a Federação Russa¹⁶, Israel, Itália¹⁷, EUA¹⁸ e Polônia, que perpetuam bases LGBTfóbicas, alegando defesa dos direitos da comunidade enquanto, no cotidiano nacional, proferem discursos discriminatórios e até mesmo afastar a imagem do país da existência de integrantes dessa comunidade, implicando em sérios riscos tanto para a toda a comunidade, em especial a juventude vez que estão suscetíveis a maiores violências ao se identificarem enquanto integrantes da comunidade.

Considerações finais

Diante do panorama global, a luta pelos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ assume um papel fundamental na construção de uma sociedade mais inclusiva e justa. A ascensão de regimes conservadores e fundamentalistas em diversos países representa um desafio significativo, refletindo a resistência persistente contra os direitos já estabelecidos para a proteção dessa

16 Que em manifestações recentes públicas, declararam considerar que o movimento LGBTQIAPN+ global é extremista, impedindo sua atuação em seu território nacional, além de possuir histórico de violação de Direitos Humanos com diversos casos, mas sendo o mais famoso o ocorrido na Chechênia.

17 Com o desenvolvimento de normas que impedem que o campo de filiação, constante da certidão de nascimento nacional, seja possível indicar duas pessoas do mesmo gênero, revelando-se como uma das bases dos movimentos fundamentalistas vivenciados na Europa.

18 Que desde o último governo eleito tem regredido nas pautas que envolvem direitos da comunidade LGBTQIAPN+, sendo imponente a regulação existente em alguns estados dentro do país que limita conteúdos oriundos de pessoas abertamente declaradas LGBTQIAPN+ ou mesmo de Drag Queens, aplicando a estes um filtro como conteúdo proibido para menores de 18 anos de idade;

comunidade. Organizações internacionais, como a ILGA, desempenham um papel crucial na promoção e proteção desses direitos, evidenciando a necessidade de cooperação global para enfrentar as ameaças à dignidade e não discriminação.

A análise histórica revela as raízes profundas da estigmatização da comunidade LGBTQIAPN+, enraizadas em momentos históricos marcados pela colonização e imperialismo. A imposição de normas discriminatórias durante a colonização contribuiu para a construção de uma imagem negativa, destacando a importância de desafiar e desconstruir estereótipos prejudiciais para alcançar uma sociedade mais inclusiva. A resistência pós-colonial emerge como uma resposta necessária contra a persistente influência colonial, mostrando a complexidade do cenário global.

A evolução normativa internacional dos direitos LGBTQIAPN+ representa um avanço significativo, impulsionado por ativistas e defensores dos direitos humanos. A criação de bases internacionais, como a Conferência de Yogyakarta, e o reconhecimento da importância desses direitos pela ONU marcam progressos importantes. No entanto, o desafio persiste, com a necessidade de superar obstáculos como o homonacionalismo e garantir a implementação efetiva dos direitos conquistados. A luta pela criminalização das terapias de conversão e a conscientização sobre a diversidade de direitos em diferentes regiões são passos cruciais em direção a um futuro mais igualitário e respeitoso para a comunidade LGBTQIAPN+.

Referências

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira - 1 ed; 4 Reimp - Belo Horizonte: Autentica, 2021.

BUTLER, Judith. **Desfazendo Gênero**. São Paulo. Ed UNESP, 2022.

Conselho Federal de Psicologia. **Experiência da Psicologia brasileira no enfrentamento às práticas de conversão sexual é compartilhada com países da América Latina**. Online. 2023. Disponível em <[COLLING, Leandro. Org. **Dissidências sexuais e de gênero**. Salvador : EDUFBA, 2016. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ handle/ ri/ 30169>> Acesso em Out de 2022](https://site.cfp.org.br/experiencia-da- psicologia-brasileira- no-enfrentamento- as-praticas-de- conversao-sexual- e- compartilhada-com- paises-da- america-latina/#:~:text= Pedro%20 Paulo%20 Bicalho%20 destacou%20 que%2C%20 em%20 maio%20 de%20 2020%2C%20 a,uma%20 pr%2C%20 ilegal%20 no%20 pa%2C%20 ADs.> Acesso em out de 2023.</p></div><div data-bbox=)

DE PONTES, J. C.; DA SILVA, C. G. Cisnormatividade e passabilidade: deslocamentos e diferenças nas narrativas de pessoas trans. **Revista Periódicus**, [S. l.], v. 1, n. 8, p. 396-417, 2018. DOI: 10.9771/peri.v1i8.23211. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/ index.php/ revistaperiodicus/ article/ view/23211>>. Acesso em: Nov de 2022.

Estadão. **Estado americano proíbe contação de histórias feita por drag queens para crianças.** 2023. Online. Disponível em: <<<https://www.estadao.com.br/cultura/literatura/estado-americano-proibe-contacao-de-historias-feita-por-drag-queens-para-criancas/>>>. Acesso em out de 2023.

FOX, Katherine. **Implementing Hostility and Acceptance: LGBTQ Persecution, Rights, and Mobility in the Context of Western Moral Entrepreneurship.** 2019. In: Güler, A., Shevtsova, M., Venturi, D. (eds) *LGBTI Asylum Seekers and Refugees from a Legal and Political Perspective*. Springer, Cham. Disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-319-91905-8_2>; Acesso em Dez de 2022;

HAJE, Lara. CHALUB, Ana. **Projeto criminaliza terapia de conversão de orientação sexual.** Agência Câmara de Notícias. Portal da Câmara de Deputados. 2022. Online. Disponível em <<<https://www.camara.leg.br/noticias/866544-projeto-criminaliza-terapia-de-conversao-de-orientacao-sexual#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20737,seis%20meses%20a%20dois%20anos.>>> Acesso em out de 2023.

HOOKS, Bell. **Ensinando a Transgredir: A educação como prática da liberdade.** Editora WMF Martins Fontes, 2017, 2 ed. São Paulo.

IBDFAM. **STF extingue definitivamente ação contra Conselho Federal de Psicologia que buscava regularizar a “cura gay”.** 2020. Online. Disponível em: <<<https://ibdfam.org.br/noticias/7315/STF+extingue+definitivamente+a%-C3%A7%C3%A3o+contra+Conselho+Federal+de+Psicologia+que+buscava+regularizar+a+%22cura+gay%22%22>>> Acesso em out de 2023.

ILGA World. **Curbing Deception: A world survey on legal regulation of so-called “conversion therapies”** (Geneva: ILGA World, 2020). Disponível em <https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf>; acesso em out de 2022

ILGA World. **State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update** (Geneva: ILGA, December 2020). Disponível em <https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf>; Acesso em set de 2022

ILGA World. **Our identities under arrest: A global overview on the enforcement of laws criminalising consensual same-sex sexual acts between adults and diverse gender expressions** (Geneva: ILGA, December 2021). Disponível em <https://ilga.org/downloads/Our_Identities_Under_Arrest_2021.pdf> Acesso em set de 2022.

MACCIONI, Federico. **Governo italiano pede a Milão que pare de registrar filhos de casais do mesmo sexo.** 2023. Online. CNN. Disponível em: <<<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/governo-italiano-pede-a-milao-que-pare-de-registrar-filhos-de-casais-do-mesmo-sexo/>>>. Acesso em nov de 2023.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. **Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016).** *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro) [online]. 2019, n. 31, p. 28-56. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sess/a/Vrcbbtn33vp-FVgr3v6stcsx/?lang=pt#>>. Acesso em Dez de 2022

NASCIMENTO, Pamela. **A proteção internacional da comunidade LGBTI: Uma abordagem a partir do Sistema Global de Direitos Humanos e do Sistema In-**

teramericano de Direitos Humanos. Online. Âmbito Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-protecao-internacional-da-comunidade-lgbti-uma-abordagem-a-partir-do-sistema-global-de-direitos-humanos-e-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos/>> Acesso em Dez/2022

Organização das Nações Unidas. **Princípios de Yogyakarta** - 2006. Disponível em <<http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>> Acesso em nov/2022.

PUAR, Jasbir K. **Homonacionalismo como mosaico**: viagens virais, sexualidades afetivas. Revista Lusófona de Estudos Culturais, vol. 3, n. 1, 2015, p. 297-318. Disponível em: <<https://rlec.pt/index.php/rlec/issue/view/95>> Acesso em: jul de 2023

RICHTER-MONTPETTI, Melanie. WEBER, Cynthia. **Queer International Relations**. OXFORD Research Encyclopedia. Online. 2017. Disponível em: <<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-265>> Acesso em Jul de 2023

RODRIGUES, João Paulo Ribeiro & HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. **O arco-íris atravessando frestas**: a ascensão dos debates sobre direitos LGBT na ONU. Rev. Bras. Ciênc. Polít. (32), May-Aug 2020, Disponível em <<https://doi.org/10.1590/0103-335220203206>>; Acesso em nov de 2022.

ROSENBERG, Steve. **Suprema Corte da Rússia classifica ‘movimento LGBTQIA+’ como extremista e determina banimento**. 2023. BBC Online. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cw42dpmg4pdo>> Acesso em nov de 2023.

VEIGA, Edison. **Há 30 anos, OMS removiu homossexualidade da lista de doenças**. Deutsche Welle (DW). Online. 2020. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/h%C3%A1-30-anos-oms-retirava-homossexualidade-da-lista-de-doen%C3%A7as/a-53447329>> Acesso em Jan de 2023

EM BUSCA DO ROSTO DO VULNERÁVEL: A ALTERIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A PRÁXIS DEFENSORIAL

Magdiel Pacheco Santos

Mestrando em Filosofia (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), Especialista em Teoria e Filosofia do Direito (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), Defensor Público

Resumo:

O artigo busca, através de pesquisa bibliográfica, problematizar quanto à possibilidade de aplicação das categorias da filosofia de Emmanuel Levinas como referência para a práxis defensorial e sua relação com os vulneráveis. No paradigma ocidental, a ontologia se revela como empecilho à possibilidade de pensar diferente o diferente, de entender o Outro enquanto Outro - já que, enquanto manifestação de violência ao diferente, o *logos* se revelaria justamente como genuíno impedimento à exterioridade. Uma sociedade centrada numa postura solipsista não se desdobra em outro cenário senão em normas jurídicas e instituições marcadas pelo individualismo e sua violência ao Outro. Nessa conjuntura, e sem esse fundamento ético contracultural, o(a) membro(a) da Defensoria Pública, enquanto jurista, tende a se alienar em uma redoma autorreferenciada e opaca - aspecto que acaba a hierarquizar o saber e a vivência, colocando o Outro-vulnerável como objeto de apreensão - isto é, o Outro-vulnerável é encapsulado, de forma ensimesmada, como mera projeção, como Mesmo. Enquanto órgão inserido no sistema de justiça brasileiro, a Defensoria vivencia a situação paradoxal de ser instituição estatal imbuída numa dinâmica de poder e, ao mesmo tempo, submetida ao dever de representar interesses de grupos vulneráveis e minorias comumente aliados pelo próprio Estado. Portanto, o presente estudo busca compreender, com a aplicação da teoria levinasiana, os (des)encontros nessa relação entre o Eu-membro(a) da Defensoria Pública e o Outro-Vulnerável.

Palavras-chave: Levinas; Alteridade; Defensoria Pública; Vulnerável; Outro.

Introdução

O pensamento levinasiano, ao questionar e subverter a dinâmica predominante fundada numa perspectiva ontológica, trouxe contribuições e questionamentos singulares ao estabelecer a ética como filosofia primeira - que reverberou, de forma interdisciplinar, em outros campos do saber, como no Direito. Assim, a filosofia de Emmanuel Levinas, em sua tônica de resistência à ontologia e ao logocentrismo, passou a influenciar, também, o pensar jurídico, sobretudo, numa perspectiva crítica e desconstrutiva.

Nessa conjuntura transdisciplinar, vislumbra-se uma perscrutação de estudo e aplicação específica da ética levinasiana: a Defensoria Pública. Enquanto órgão inserido no sistema de justiça, a Defensoria vivencia a situação paradoxal de ser instituição estatal imbuída numa dinâmica de poder e, ao mesmo tempo, submetida ao dever de representar interesses e valores de grupos vulneráveis e minorias, comumente alijados pelo próprio Estado. Nesse cenário, o presente artigo está centralizado sobre os estudos na filosofia de Emmanuel Levinas com o intuito de estabelecer uma referência conceitual para a práxis defensorial e o reconhecimento dos vulneráveis.

De pronto, observa-se que, para se emergir na reflexão ventilada, é imprescindível a adoção de uma atitude filosófica marcada pela crise e pela confrontação do dogmatismo e do pensar jurídico tendente à mesmidade. Assim, a caminhada reflexiva se dá num contínuo estranhamento à aparente obviedade do fenômeno jurídico no âmbito defensorial, sob a contínua inquietação gerada pelo Outro-vulnerável.

Da práxis defensorial, da alteridade e do convite à crise institucional

Em linhas gerais, conforme dimensionado na Constituição Federal e em normas legais, num simples exercício comparativo, o Poder Judiciário está correlacionado com a imparcialidade e aplicação do Direito ao caso concreto; o Ministério Público se revela como o baluarte da ordem jurídica e do interesse público; já a Defensoria Pública, de forma peculiar, não se estrutura, enquanto instituição, em torno desses princípios jurídicos ou normativos. Mas, sim, exclusivamente - e, de maneira expressa, no artigo 134, da Constituição - foi erigida e, de forma inafastável, conectada aos necessitados.

A Defensoria foi criada e desenhada para responder aos apelos e expectativas dos vulneráveis. Portanto, a existência teleológica da instituição gravita em torno do reconhecimento, da compreensão e do diálogo com os destinatários do seu trabalho - pessoas abarcadas pelo conceito de vulnerabilidade jurídica.

Obviamente, por estar entre os órgãos do sistema de justiça, a Defensoria Pública inspira e transpira a cultura e o *ethos* jurídico. Há, destarte, uma contínua sedução pelo poder, com diversas manifestações de um fetichismo

autoritativo. Comparativamente, se não faz sentido em falar, em nível epistemológico, no discurso ingênuo da neutralidade do Direito, também não há como negar a tentação contínua de se impregnar com essa dinâmica de poder egolátrica. Nesse ponto, Amilton Bueno de Carvalho já diagnosticou esse cenário conflituoso nas seguintes palavras:

(...) a Defensoria que sonho não quer ser poder, não quer estar ao lado do poder, não quer chegar próximo do poder, não pode ser poder, ela tem claro que todo o o poder não suporta a alteridade, que o poder necessita, em consequência, de verdade absoluta (Bauman), que poder necessariamente é mentiroso (Heidegger). Ao contrário, a Defensoria deve ser contrapoder (Daniel Lozoya), limitadora do abuso do poder, parceira do débil! (Carvalho, 2017, p. 22)

Portanto, esse cenário institucional - de, por um lado, sedução pelo espaço de poder e, por outro lado, de delimitação de um telos enraizado nos interesses, vontades e direitos de grupos vulneráveis e minorias - acaba por exigir uma provocação que denuncie e diagnostique o hiato existente entre os(as) membros(as) da Defensoria Pública - enquanto pertencentes a uma cultura jurídica marcada por privilégios - e o mandato constitucional de representar grupos vulneráveis e minorias. Nesse cenário, é que se apresenta a necessidade da atração da responsabilidade ética no âmbito das instituições. Nesse ponto, já sob a influência do pensamento levinasiano, o professor Ricardo Timm contextualiza:

Uma instituição não pode ser concebida, em termos humanos, a não ser no sentido de originar-se da mesma semente da relação ética, saudável, pois esta relação saudável é o corretivo que a instituição necessitará constantemente, para não degenerar em totalidade violenta. (...) Uma instituição que não tenha, na sua constituição mais profunda, na sua medula do sentido, a própria dimensão relacional humana, é uma instituição vocacionada ao fracasso. Ela não subsistirá aos momentos concretos que se sucedem no tempo e acabam expondo suas verdadeiras entranhas, aquilo que está oculto em nome de grandezas ou jogos de poder ecológica e humanamente (Souza, 2016, p. 187).

De início, é preciso salientar que a perscrutação do Direito na perspectiva da alteridade é fruto desse intento de ir além da sublimação; de problematizar esse ensimesmamento que enxerga o Outro como mera personalidade jurídica, parte processual, estatística processual, ponto atuarial do sistema de justiça, código binário no processo virtual que pode ser arquivado e desarquivado com um clique. Assim, da angústia pela justiça, chega-se, parte-se, permanece-se nesta atitude filosófica:

A atitude filosófica não nasce de um momento de diletantismo, mas de uma crise profunda que emerge desde nossa interioridade e nos obriga, até mesmo com certa violência, a rever todos os parâmetros aos quais nossa realidade até então se referia (Souza, 2018, p. 64).

Em uma contextualização propedêutica, observa-se que o pensamento de Emmanuel Levinas se apresenta como um contraponto reativo à herança filosófica marcada pela centralidade do Eu, enquanto sujeito, mônada solipsista. Assim, na construção da filosofia clássica, foi erigida a base do pensamento ocidental gravitando em torno da ontologia - aspecto que, na modernidade, se intensificaria com a pujança da razão. Isto é, a inteligência ou o *logos* do ser seria, então, “uma maneira tal de abordar o ser conhecido que a sua alteridade em relação ao ser cognoscente se desvanece” (Levinas, 1988, p. 29 e 30).

Nesse aspecto, o filósofo franco-lituano é claro ao direcionar suas palavras nesse sentido:

O homem inteiro é ontologia. Sua obra científica, sua vida afetiva, a satisfação de suas necessidades e seu trabalho, sua vida social e sua morte articulam, com um rigor que reserva a cada um destes momentos uma função determinada, a compreensão do ser ou a verdade. Nossa civilização inteira decorre desta compreensão - mesmo que esta seja esquecimento do ser (Levinas, 1997, p. 22).

Nessa tônica, o Outro acaba aprisionado à representação do próprio -eu, reduzindo-se à categoria do Mesmo, enquanto manifestação da violência e da totalidade. Assim, “a ontologia assim concebida é uma filosofia do poder, da dominação, da conquista, da violência e da guerra. Se a única preocupação do homem for perseverar no ser, ele se opõe inevitavelmente ao outro homem que surge à sua frente como adversário” (Muller, 2007, p. 62).

Portanto, logo nos primeiros passos, assenta-se já o indicativo levinasiano de que a mentalidade ocidental é marcada por um pensamento identificante, isto é, a realidade é de-finida - isto é, submetida a um fim (*finis*), a um limite - estritamente cognoscível:

A história do pensamento da filosofia ocidental é assim a história de uma longa e complexa apropriação: o intelecto aprende a apropriar-se do que não é ele ao apropriar-se intelectualmente daquilo a que é, por ele, atribuído valor de realidade. (...) Interessa-nos destacar aqui um determinado passo, absolutamente imprescindível para que tal tenha se dado como efetivamente se deu: a sutil transformação da diferença real - que pode, neste contexto, ser considerada a origem de todo e qualquer pensamento enquanto tal - em diferença lógica - origem de todo e qualquer pensamento identificante. A distinção - ou melhor, a não distinção clara - entre

estes dois dados de origem -, que pode soar pouco importante a uma primeira leitura - é absolutamente determinante e definirá a evolução do pensamento ocidental por bem mais de dois mil anos (Souza, 2016, p. 288).

Contudo, há de frisar que o pensamento levinasiano não deve ser apresentado enquanto mais uma roupagem intelectual na sucessão dos cânones do pensamento ocidental. As categorias de Levinas estão marcada por uma inquietude de denúncia constante da tendência à mesmidade, à totalidade - isto é, a manutenção da ontologia. Em sua crítica, Emmanuel Levinas acaba por indicar a própria impossibilidade de, através do próprio saber, romper o império do saber. Ou seja, *“al englobar el todo en su universalidad, la razón se encuentra e la misma en soledad. El solipsismo no es una aberración ni un sofisma: es la estructura misma de la razón”* (Levinas, 1993, p. 105). Para este filósofo franco-lituano, justamente no para além do saber estaria o Outro, não alcançável pelo esforço da racionalidade, apresentando-se, intrinsecamente, como inconformidade, transcendência e indizibilidade:

A ruptura da totalidade não é uma operação de pensamento, obtida por simples distinção entre termos que se atraem ou, pelo menos, se alinham. O vazio que a rompe só pode manter-se contra um pensamento, fatalmente totalizante e sinóptico, se o pensamento se encontrar em face de um Outro, refractário à categoria. Em vez de constituir com ele, como um objecto, um total, o pensamento consiste em falar. Propomos que se chame religião ao laço que se estabelece entre o Mesmo e o Outro, sem constituir uma totalidade (Levinas, 1988, p. 27 e 28).

Nesse contexto de uma tendência à mesmidade do saber ocidental - e, portanto, uma atração à egolatria e à totalidade -, verifica-se que as perquirições do filósofo em tela acabam por trazer inquietações ao pensar jurídico. Indubitavelmente, uma sociedade centrada em um egoísmo, numa postura solipsista, não se desdobrará em outro cenário senão em normas jurídicas e instituições marcadas pelo individualismo e sua violência ao outro - tanto no âmbito legislativo quanto nos desdobramentos hermenêuticos em sua subsunção à realidade.

Nesse espaço do Direito, das normas e das instituições, a mecânica egolátrica assume contornos e colorações sobremodo marcantes. De maneira singular, as manifestações do poder estatal se arvoram com um amplificador de relações e representações totalizantes, enquanto negação da multiplicidade. Sem a ética da alteridade, em suas atuações, os indivíduos projetam, através dos cargos e dos próprios desdobramentos da norma jurídica, um quadro de mesmidade, sem espaço para metafísica e muito menos para a transcendência. Portanto, *“(...) as autoridades que teriam capacidade de mudar algo são precisamente os privilegiados, os autoprivilegiados, que se bene-*

ficiam das injustiças de que são tão pródigos, em favor de seus ‘outros’, não totalmente outros” ((Martins; Leparrgneur, 2014, p. 38).

Sobre a mentalidade do *ethos* jurídicos, Gustavo Pereira é cristalino em seu diagnóstico:

No âmbito do direito, é importante que a postura do jurista mergulhe nas profundezas dessa complexidade. Mas as perspectivas não são das mais otimistas. O jurista moderno ‘médio’, impregnado pela concepção tecnicista do direito, vendo-o como um conjunto abstrato de normas que ganha concretude nos fatos, independente dos princípios, independente da própria mundanidade das relações humanas, tende a permanecer ilhado na sua concepção solitária e técnica de perceber o direito. Para o jurista tradicional, toda a crise circunscrita na civilização ocidental não se reflete na ‘ciência’ do Direito. O direito é feito de regras que só dizem respeito àqueles que entendem destas regras (Pereira, 2011, p. 125).

Por sua vez, Luis Alberto Warat é incisivo sobre essa imprescindibilidade da alteridade no âmbito jurídico:

(...) sem alteridade toda fala de Direitos humanos termina em piada ou drama. É quase um absurdo seguir sustentando os lados sombrios do modelo dominante, enquanto a impossibilidade pensar desde o mesmo ao outro. Um modelo que impossibilita, em sua própria estrutura de comunicação, com qualquer possibilidade de escutar ao outro (Warat, 2010, p. 118).

Nota-se, dessa forma, que, nessa confluência entre uma razão autorreferente e o espaço jurídico do Estado, tem-se a manifestação da violência enquanto negação da alteridade. Assim, “estamos inundados, no Direito, pelo positivismo que pretende resumir a totalidade dos fatos aos códigos jurídicos. Só pensamos pela razão técnica. Não existe uma racionalidade ética percorrendo o Direito (...)” (Pinto Neto, 2012, p. 261). Na paradoxal posição de garantidor de direitos, o Estado e suas instituições, sem que seus agentes alcancem uma racionalidade ética, contribui um cenário em que “não temos multiplicidade, mas massa: indiferenciação quantitativa de constituintes, homogeneização dos diferentes, confusão dos múltiplos numa unidade violenta: totalização” (Souza, 2016, p. 177).

Nesse ponto, já contextualizando a perquirição na responsabilidade ética das instituições, nota-se que a Defensoria Pública está umbilicalmente ligada aos necessitados - enquanto grupos vulneráveis e minorias - que são marcadamente plurais e diversos. Uma rápida leitura na normativa legal (Lei Orgânica da Defensoria Pública - Lei Complementar nº 80/1995) alude, facilmente, a um público que se distribui entre pessoas hipossuficientes, crian-

ça e adolescente, mulher vítima de violência doméstica e familiar, pessoas encarceradas e “de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado” (art. 5º, XI).

Destarte, surge a inquietação fustigante do perigo que se tem alertado - e teleologicamente provocado -, por estar situada dentro do contexto de poder, em que pese o delineamento constitucional pró-vulnerável, sem autocrítica e posicionamento dialógico e comunicativo com quem deve representar, a Defensoria acaba por ser arrastada por uma agenda solipsista, limitada e de aparente alinhamento às causas das minorias. Com essa conjuntura problemática, atuações estratégicas em relações a grupos vulneráveis passarão a ser pensados, decididos e escolhidos baseado num conhecimento institucional que alijaria os genuínos protagonistas do processo de empoderamento.

Em vez de ser instituição que dá voz aos vulneráveis no sistema de justiça, corre-se o risco de ser mais um instrumento de emudecimento. Sobre esse ponto, o alerta de Felipe Rodolfo é paradigmático: “...é possível transformar uma cultura dos direitos humanos numa retórica dos direitos humanos” (Carvalho, 2021, p. 347)”.

Assim, trazendo para as categorias levinasianas e a base teórica delineada, aponta-se a necessidade de compreender e aplicar a ética na relação institucional entre Defensoria Pública e os vulneráveis. Sem esse sincero questionamento, o *status quo* de uma práxis defensorial totalizante tende a persistir marcado por um compreender e agir marcado pela mesmidade; uma atuação totalizante, descorada de qualquer responsabilidade ética e manchada pela violência; a negação do reconhecimento do Outro; e muito menos da inquietude e da busca pelo Rosto:

(...) uma instituição que não tenha por base permitir a possibilidade real de relações eticamente saudáveis entre seus membros, é uma instituição vocacionada ao fracasso, ou à formalização violenta de e suas estruturas (tantas vezes observável em instituições reais), que acabam por denunciar à contemporaneidade, ela violência a que sujeita os indivíduos em nome de uma vaga generalidade ou formalidade, a sua desumanidade e suas dimensões antissociais e anticológicas, expressão tenebrosa da biopolítica, no sentido de exercício completo de biopoder. Toda instituição que não seja capaz de se autoanalisar continuamente e de contemplar esta preocupação vital fundamental - a saber, da necessidade indispensável de uma relação eticamente saudável entre os indivíduos, numa expressão da política atrás expressa -, e não apenas das relações dos seres humanos ruins com os outros, mas dos seres humanos com todo e qualquer ser vivo e com a natureza em geral, é uma instituição que tende necessariamente a fracassar e a abortar a sua profissão de existência (Souza, 2016, p. 185).

Nessa conjuntura da cultura e do pensar jurídica que despersonaliza,

desumaniza e tende à totalidade, o Outro-Vulnerável representa um convite a uma crise necessária para a Defensoria Pública. Um convite ético para o rompimento dessa mesmidade naturalizada nesse fluxo do pensamento ocidental e potencializada pela cultura jurídica:

(...) não é possível persistir, numa concepção ingênua, de que a práxis defensorial - tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo - não tenha outra origem, em suas escolhas, senão fruto de uma escolha ideológica e eticamente comprometida. Nessas possibilidades, a instituição pode se voltar para si mesmo - focando, exclusivamente, em metas, números e estatísticas, numa lógica atuarial que produz, mas que não gera mudança estrutural - ou, cumprindo a agenda constitucional, direcionar os esforços para o empoderamento dos vulneráveis (caminho em que se busca, de forma concomitante e dialógica, resolver as demandas pontuais e, também, realizar esforços para resolver ou diminuir os cenários de desamparo estatal). Portanto, aqui está o paradoxo do convite à crise institucional da Defensoria Pública: o ensimesmamento institucional implica seu esvaziamento constitucional; e seu esvaziamento institucional (enquanto não-encastelamento e convergências aos vulneráveis) implica o cumprimento do mandato constitucional. Então, em síntese, para a Defensoria, cumprir seu papel perpassa, necessariamente, pelo esvaziamento de qualquer pretensão institucional autocentrada e narcisista (Santos, 2023).

Sem esse fundamento ético medular, o membro da Defensoria Pública, enquanto jurista, se aliena em uma redoma autorreferenciada - aspecto que acaba, invariavelmente, a hierarquizar o saber e a vivência, colocando o Outro-vulnerável como objeto de apreensão. De protagonista de um empoderamento jurídico, de detentor de um mistério próprio e que indica o infinito, o Outro-vulnerável é encapsulado, de forma ensimesmada, a mera projeção do Outro-eu. Obviamente, por se tratar de uma aplicação que alcança a ética institucional e sua incidência interdisciplinar ao Direito, a problemática não se esgota no aspecto cognoscente, mas traz prejuízos tremendos à eficácia e legitimidade da práxis defensorial. Em palavras diretas, nesse cenário específico, a redução do Outro ao Mesmo desnatura a própria existência constitucional da Defensoria Pública - já que não há representação genuína do vulnerável sem seu acolhimento -, mas ocorre apenas mais um episódio atuarial e estatístico para os relatórios institucionais:

(...) a práxis defensorial se esvai quando não encharcada com a realidade vulnerável. É preciso dar a cor, o rosto, o cheiro e a vivência de quem se dá a voz. Perder-se no próprio conforto institucional ou, melhor, não sentir desconforto no conforto institucional é sintomatizar um distanciamento ao fim constitucional da instituição (Santos, 2022).

Portanto, com o propósito de diagnosticar e apontar um norte filosófico a esse panorama conflituoso, busca-se o estabelecimento de um convite a uma crise institucional para a Defensoria Pública - e seus(as) membro(as) - enquanto exercício da ética como fundamento primevo através do Outro enquanto alteridade real e possibilidade de rompimento da totalização do Eu:

Para Levinas, a ética, para além de uma relação gnosiológica, é experiência; a ética consiste em experimentar-se através da transcendência da ideia de infinito que é o outro. Trata-se, por conseguinte, da experiência da assimetria significada na epifania da face do outro, ou mais propriamente na linguagem mesma. (...) O eu precisa ser destituído de sua pretensa e falsa soberania para que, através da vulnerabilidade, ele aprenda a dizer adeus a este seu mundo tautológico, enclausurado e imutável. Para Levinas, ‘diz-se adeus envelhecendo’, e este envelhecimento, o a-Deus, a desposseção de seu pretense mundo seguro e estável (o pensamento ontológico, que tudo abarca), só se dá através da epifania do rosto do outro e da violência sofrida pelo eu com a evidência da dissimetria absoluta (Haddock-Lobo, 2010, p. 76 e 80).

Portanto, a filosofia levinasiana pode ser apresentada como um (des) caminho epistemológico que inquieta e desafia a mentalidade cartesiana do ‘senso comum teórico dos juristas’ (Warat, 1995, p. 15). Assim, em vez do espaço dado ao mito da racionalidade jurídica (Warat, 1995, p. 45), eleva-se a racionalidade ética para contextualizar o Outro-vulnerável em sua infinitude e riqueza enquanto para além da compreensão - “Outrem não é primeiro objeto de compreensão, e depois, interlocutor. As duas relações confundem-se. Dito de outra forma, da compreensão de outrem é inseparável sua invocação” (Levinas, 1997, p. 27) - e, assim, invocado. Dessa forma, o convite reflexivo é de levar a Defensoria Pública, ao empreender esforços institucionais na relação com o Outro-vulnerável, a concretização da hora da justiça levinasiana.

Conclusão

No presente artigo, buscou apresentar, de maneira propedêutica, uma linha de acesso ao pensamento de Emmanuel Levinas a fim de situar a cultura jurídica e a Defensoria Pública dentro do contexto denunciado, pelo filósofo franco-lituado, de tendência à mesmidade e à totalidade.

Pensar na alteridade levinasiana é trazer à tona uma inquietude não conformável à cultura jurídica. Trata-se da realização de um convite que causa resistência a uma mentalidade já acostumada com certezas e respostas - mas que, contrariamente, não questiona, nessa aparente solidez, a violência impregnada nessa racionalidade instrumentalizada à egolatria. Como se

problematizou, a estrutura do pensamento jurídico - como desdobramento do saber ocidental - situa as relações, as dinâmicas, a realidade social sem a percepção da contínua leitura autorreferente e solipsista realizada. Nessa conjuntura, o membro da Defensoria Pública é levado por uma tendência a um espelhamento marcado pela mesmidade, pela opacidade do idêntico. Isto é, a redução do Outro a um objeto a ser apreendido, reduzido e violentado pelos limites do horizonte do Eu.

Entretanto, para além do saber, entre o desdizer das certezas, o Outro-vulnerável se apresenta contínuo estranhamento ao fenômeno jurídico e, por conseguinte, à práxis defensorial. Nessa postura de desconstrução e perquirições, o Outro-vulnerável se revela enquanto convite ético irresistível e que arrasta para uma crise diante do absurdo do impensável. Com esse exercício ético, a práxis defensorial, além de deixar de ser apresentada como mera concretização do protagonismo dos membros da Defensoria, acaba por se vestir da responsabilidade ética, erigindo a infinição e o mistério que há no Outro como a pavimentação em busca da justiça.

Referências

CARVALHO, Amilton Bueno de. Defensoria Pública: entre o velho e o novo. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Coord.). **Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: JusPOdivm, 2017.

GIFFONI, Johny Fernandes; GUTERRES, Marco Aurélio Vellozo. Autonomia e vulnerabilidade: da opressão ao empoderamento. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Coord.). **Autonomia e Defensoria Pública: aspectos constitucionais, históricos e processuais**. Salvador: JusPOdivm, 2017, p. 364.

HADDOCK-LOBO, Rafael. A justiça e o rosto do outro em Lévinas. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-132, ar./set. 2010, p. 76 e 80.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Petrópolis: Vozes, 1997.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1988.

LEVINAS, Emmanuel. **El tiempo y el Otro**. Barcelona/Espanha: Ediciones Paidós Ibérica, 1993.

MARTINS; Rogério Jolins; LEPARRGNEUR, Hubert. **Introdução a Lévinas: pensar a ética no século XXI**. São Paulo: Paulus, 2014, p. 07.

MULLER, J. O princípio da não-violência. São Paulo: Palas Athena, 2007.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **A pátria dos sem pátria: direitos humanos e alteridade**. Porto Alegre: Ed UniRitter, 2011.

PINTO NETO, Moyses da Fontoura. **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS, Magdiel Pacheco. **Defensoria Pública: um convite à crise institucional.** Tribuna da Defensoria. Conjur, São Paulo, 10 de jan. de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-15/magdiel-pacheco-defensoria-profana-da/>. Acesso em 24 de novembro de 2023.

SANTOS, Magdiel Pacheco. **Por uma Defensoria (sempre) profanada.** Opinião. Conjur, São Paulo, 15 de nov. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-15/magdiel-pacheco-defensoria-profana-da/>. Acesso em 24 de novembro de 2023.

SOUZA, Ricardo Timm de. **O pensamento e o outro, o outro do pensamento:** a questão da alteridade em configurações contemporâneas. Porto Alegre: Zouk, 2022.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido:** o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2018.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Ética como fundamento II:** pequeno tratado de ética radical. Caixas do Sul, RS: Educ, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio:** direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito:** volume I - Interpretação da lei; temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 15.

CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DOS NÚCLEOS ESPECIALIZADOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROCESSOS DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maurício Buosi Lemes

Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo

Resumo:

A Defensoria Pública foi constitucionalizada em 1988 como instituição responsável pela prestação do serviço público de assistência jurídica gratuita à população vulnerável. Apesar de certa resistência e de embates em torno da sua atuação, a Defensoria tem sido um ator importante em disputas no campo do acesso à justiça, ao participar da produção de políticas públicas por meio de diferentes instrumentos, administrativos e judiciais. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) tem institucionalizado algumas de suas ações em áreas específicas, com a criação de núcleos especializados. O presente trabalho propõe um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da DPESP para participação em processos de produção de políticas públicas. A construção de tal modelo de análise deu-se a partir do estudo dos relatórios semestrais de atividades produzidos pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da DPESP e disponíveis no portal eletrônico da Defensoria, e da literatura sobre capacidades estatais para produção de políticas públicas.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Sistema de justiça; Defensoria Pública; Políticas públicas; Capacidades estatais.

Introdução

A Defensoria Pública tem conquistado uma posição de destaque na organização do sistema de justiça e nas políticas públicas de acesso à jus-

tiça no Brasil. Constitucionalizada em 1988, a instituição foi originalmente concebida como essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela orientação e assistência jurídica e pela defesa, em todos os graus, dos direitos das pessoas necessitadas, de forma gratuita (Constituição Federal, art. 134, *caput*) (Sadek, 2009; Sadek, 2013).

Na perspectiva institucionalista, os trabalhos sobre o recente processo de institucionalização da Defensoria Pública demonstram que, apesar de alguma resistência e de embates jurídicos e políticos em torno da sua atuação, a instituição tem sido exitosa em garantir o seu espaço dentro e fora do sistema de justiça, como ator importante em disputas no campo do acesso à justiça e como órgão que tem participado ativamente da produção de políticas públicas (Arantes e Moreira, 2019; Moreira, 2017, 2019a e 2019b).

A partir da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública foi sendo criada e instalada nas esferas estadual e federal e, ao longo do tempo, as suas atribuições foram consideravelmente ampliadas e fortalecidas, de modo a ocupar cada vez mais espaço na arena jurídica e, também, na cena política. Este movimento deu-se por meio da conquista de autonomia funcional, administrativa e financeira; de legitimidade para propositura de ação civil pública perante o Judiciário e para uso da prerrogativa de requisição de informações e documentos a órgãos públicos; da previsão de atendimento multidisciplinar e de atuação extrajudicial, dentre outros aspectos. Assim, a Defensoria Pública foi descolando-se do campo da tutela individual das pessoas necessitadas em direção a outras funções, notadamente no campo da tutela coletiva e da promoção dos direitos humanos, o que reforçou prerrogativas e garantias institucionais (Lima e Lamenha, 2021).

Uma das dimensões de desenvolvimento institucional da Defensoria Pública refere-se à criação de núcleos especializados, órgãos responsáveis pela construção de políticas de acesso à justiça focalizadas em alguns eixos temáticos, como infância e juventude, habitação e urbanismo, gênero e direitos das mulheres, diversidade e igualdade racial, atendimento à população em situação de rua e à população carcerária etc. Em determinados casos, os núcleos permitem que os/as defensores/as públicos/as e demais profissionais integrantes desses órgãos, como psicólogos/as e assistentes sociais, participem da construção de políticas públicas em áreas específicas (Cunha, Lemes, Ferraro, 2022).

A criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) em 2006 tornou-se influente no cenário nacional, devido ao desenho institucional proposto por uma ampla mobilização social em defesa de um novo modelo de prestação dos serviços jurídicos, que devem corresponder a uma organização que melhor atenda às necessidades das populações em situação de vulnerabilidade, com participação popular nas decisões sobre as prioridades. As iniciativas inovadoras trazidas pela Lei Complementar Estadual nº 988/2006 para a constituição e prestação da assistência jurídica gratuita no

Estado consistem em: 1) mecanismos de fiscalização externa e participação popular; 2) núcleos especializados dedicados às violações de direitos humanos¹; e 3) acompanhamento multidisciplinar (Lauris, 2015).

Uma das atribuições institucionais da DPESP é “contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais”. Já aos núcleos especializados compete “propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural” (artigo 5º, inciso XII, e artigo 53, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 988/2006).

Este artigo é parte de um projeto de pesquisa em desenvolvimento² e busca apresentar um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da DPESP para participação em processos de produção de políticas públicas.

Dialogamos teoricamente com a abordagem das capacidades estatais, situando a Defensoria Pública como um dos múltiplos atores que têm participado de processos de produção de políticas públicas, em articulação com outros atores estatais e da sociedade civil. Do ponto de vista metodológico, a pesquisa é empírica e qualitativa, baseada no levantamento, na organização e na análise de dados documentais provenientes dos relatórios semestrais de atividades produzidos pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da DPESP entre 2017-2019 e disponíveis no portal eletrônico da Defensoria.

O texto está organizado em três seções, além desta introdução e das considerações finais. A **seção 1** apresenta brevemente os pressupostos teóricos que orientam o estudo, por meio do desenvolvimento de conceitos como política pública, estruturas relacionais, capacidades estatais e suas dimensões. A **seção 2** discute características do processo de institucionalização da Defensoria Pública, destacando algumas das disputas presentes na sua trajetória de inserção e de afirmação institucional dentro e fora do sistema de justiça, através da conquista de instrumentos de atuação coleti-

1 A DPESP conta atualmente com nove núcleos especializados: Cidadania e Direitos Humanos, Infância e Juventude, Habitação e Urbanismo, Situação Carcerária, Direitos das Mulheres, Diversidade e Igualdade Racial, Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência, Defesa do Consumidor e Segunda Instância e Tribunais Superiores. A existência de tais núcleos procura atender à necessidade de definição de uma linha de atuação estratégica da instituição diante dos conflitos sociais estruturais (Lauris, 2013).

2 Trata-se do projeto de tese de doutorado “A participação dos núcleos especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na produção de políticas públicas” em construção junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) e que recebe fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo FAPESP nº 2021/02397-1), a quem o autor agradece o apoio recebido. As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade do autor e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.

va nos campos judicial e extrajudicial. À luz das seções anteriores, a **seção 3** apresenta um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da DPESP para participação em processos de produção de políticas públicas. As **considerações finais** retomam o objetivo central do estudo, destacam seus principais argumentos, e propõem questões a serem desenvolvidas em etapas posteriores da pesquisa.

Estruturas relacionais, produção de políticas públicas e capacidades estatais

É possível compreender política pública como um programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados, com a finalidade de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Assim, as políticas públicas estão associadas à identificação de problemas públicos, ou seja, situações consideradas inadequadas por um conjunto de atores políticos e sociais, passíveis de serem tratadas e enfrentadas pela ação do poder público, com implicações em escala ampla, para uma quantidade notável de pessoas, na expectativa de se alcançar uma situação melhor (Ruiz e Bucci, 2019).

Tatagiba, Abers e Silva (2018) propõem um modelo analítico voltado à compreensão dos processos de produção de políticas públicas em interface com uma multiplicidade de atores estatais e sociais. Para as autoras e o autor, as políticas públicas são construídas mediante complexos *processos ideacionais, experimentais e relacionais*.

Em uma primeira dimensão, as políticas públicas são frutos de *processos ideacionais*, por meio dos quais são definidos os problemas públicos que devem merecer a atenção da sociedade e do Estado e os mecanismos de solução de tais problemas. Em uma segunda dimensão, as ideias definidas passam por transformações através de *experiências práticas* de implementação ao longo do tempo e em diferentes localidades e níveis. Essas experiências geram percepções sobre a adequação da definição de um problema público e sobre a viabilidade da solução encontrada, além de recursos e relacionamentos para defender e implementar ideias específicas. Por fim, em uma terceira dimensão, a construção das políticas tem uma faceta *relacional*, na medida em que os resultados dependem das interações entre atores políticos e sociais estratégicos, em condições institucionais e conjunturais dadas historicamente (Tatagiba, Abers, Silva, 2018).

A formulação e a implementação de políticas públicas tendem a envolver uma diversidade de atores: atores estatais, tais como os/as eleitos/as para cargos de representação, os/as ocupantes de cargos políticos nomeados e os/as servidores/as públicos/as concursados/as, além de um conjunto amplo e heterogêneo de atores da sociedade civil, do mercado e do campo

científico, que buscam participar dos processos de formulação e implementação de políticas públicas e incidir nos seus resultados. As relações entre essa diversidade de atores, situados em posições estatais e societárias, interessados em um tema e atuando para influir em determinada política pública, são complexas e mutáveis e conformam estruturas relacionais (Tatagiba, Abers, Silva, 2018).

Segundo Tatagiba, Abers e Silva (2018), diferentes coalizões participam de processos de produção de políticas públicas, elaborando, experimentando e disputando modelos de políticas, em um subsistema específico³. Modelos de políticas, dominantes ou alternativos, são conjuntos em constante construção de problematizações, soluções, instrumentos, arranjos e outros componentes ideacionais que se transformam ao longo do tempo, por meio de processos experimentais e relacionais.

Assim, defensores/as públicos/as podem ser compreendidos como profissionais de justiça que mobilizam, por meio de diferentes instrumentos, o material jurídico (normas e dogmática jurídicas, e decisões judiciais) e estão em constante interação, em distintas arenas decisórias, com outros atores e instituições, a fim de influenciar a produção de políticas públicas, em defesa dos interesses e direitos de grupos sociais em situação de vulnerabilidade. A formação de coalizões de defesa de tais interesses e direitos depende do desenvolvimento de capacidades estatais, que são condições de ação para a implementação de objetivos de políticas públicas. A relevância do conceito de capacidade estatal deriva do fato de que a mera vontade dos/as agentes e dos atores políticos não é suficiente para que objetivos de políticas públicas sejam alcançados. Assim, as atribuições do Estado precisam ser complementadas por mecanismos que viabilizem a sua ação, com instrumentos, instituições e organizações para a provisão de bens e serviços (Souza e Fontanelli, 2020).

As capacidades estatais precisam ser analisadas sob duas dimensões. A técnico-administrativa envolve a existência e o funcionamento de burocracias competentes e profissionalizadas, dotadas dos recursos humanos, organizacionais, financeiros e tecnológicos necessários e adequados para conduzir as ações, além de instrumentos de coordenação intra e interinstitucionais e de estratégias de monitoramento e avaliação das ações (Pires e Gomide, 2016; Gomide, Pereira, Machado, 2018).

Já a dimensão político-relacional está associada aos procedimentos de participação social nos processos decisórios de políticas públicas, visando à construção de consensos mínimos e coalizões de suporte aos planos de atuação. Esta dimensão também abrange mecanismos de interação das burocracias com atores do sistema político-representativo e a articulação com

3 Subsistemas de políticas públicas são conjuntos de atores e de instituições, dentro e fora do Estado, envolvidos em uma área de política pública e com configurações de poder específicas a cada setor (Abers, Silva, Tatagiba, 2018; Tatagiba, Abers, Silva, 2018).

os órgãos de controle e com a esfera internacional. Enquanto a dimensão técnico-administrativa pode ser vinculada às noções de eficiência e eficácia, a dimensão político-relacional está associada às ideias de legitimidade, aprendizagem e inovação na formulação das ações (Pires e Gomide, 2016; Gomide, Pereira, Machado, 2018; Huerta, 2008).

O processo de institucionalização da Defensoria Pública e a formação de um campo de atuação em políticas públicas

Embora a criação da Defensoria Pública estivesse prevista no texto constitucional desde 1988, há variações expressivas entre as unidades federativas quanto ao momento de origem, aos esforços envolvidos na criação, ao grau de institucionalização, à organização, autonomia e atuação dessas instituições. Por exemplo, a Defensoria Pública da União (DPU) foi criada em 1994, com organização instituída pela Lei Complementar nº 80/1994, e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) em 2006, com a Lei Complementar Estadual nº 988/2006.

Moreira (2019a) argumenta que a Defensoria sofreu forte resistência para se inserir no sistema de justiça, especialmente em Estados nos quais havia outros grupos de profissionais jurídicos envolvidos com a prestação de assistência judiciária e preocupados em manter e expandir suas atribuições e prerrogativas institucionais, como procuradores/as estaduais e advogados/as remunerados/as com recursos públicos.

O processo de consolidação e de afirmação da Defensoria Pública tem-se dado em conflito com outros atores, como o Ministério Público, por espaços e instrumentos privilegiados de atuação nos campos judicial e administrativo. Para o escopo deste estudo, destacamos três disputas judicializadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e cujos resultados evidenciam o fortalecimento da instituição diante do Judiciário, do sistema político e da sociedade civil - a declaração de constitucionalidade: a) da legitimidade para propositura de Ação Civil Pública (ACP); b) do uso da prerrogativa de requisição de informações e documentos a órgãos públicos; e c) do modelo de ouvidoria externa.

Desde o início dos anos 1990, defensores/as públicos/as vêm utilizando a ACP como instrumento jurídico destinado à defesa de pessoas carentes nos casos em que a demanda envolvia direitos coletivos. Como não havia dispositivo legal que autorizasse explicitamente a Defensoria a fazer uso da ACP, a instituição colheu muitos resultados negativos no Poder Judiciário por extinção do processo judicial sem julgamento de mérito, por simples ilegitimidade de sua condição de autora da demanda coletiva (Arantes e Moreira, 2019).

Em 2007, a Lei da ACP (Lei nº 7.347/1985) foi modificada por meio da Lei nº 11.448, para incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados a

fazer uso do instrumento. Contudo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3943) perante o STF questionando essa mudança legal, por considerar que a defesa de direitos difusos e coletivos é, ao menos quando exercida por um órgão estatal, uma atribuição constitucional exclusiva do Ministério Público, além de argumentar que a Defensoria Pública não poderia realizar a defesa de interesses difusos e coletivos, dado que a sua atribuição era o atendimento e a orientação jurídica de pessoas necessitadas. Em 2015, o STF finalmente decidiu pela improcedência da ADI, reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ACP no cumprimento de suas funções institucionais (Arantes e Moreira, 2019).

A conquista da legitimidade para propositura de ACP é um exemplo da expansão do papel que a Defensoria Pública foi assumindo ao longo do tempo, dentro e fora do sistema de justiça, disputando com outras instituições e atores espaços de atuação estratégica. Com esse instrumento à mão, a Defensoria Pública passou a atuar na esfera coletiva perante os Poderes Executivos municipais, estaduais e federal, contestando diferentes aspectos de suas políticas públicas (Cunha, Lemes, Ferraro, 2022).

Outra dimensão do fortalecimento institucional da Defensoria Pública refere-se à disputa entre a instituição e a Procuradoria Geral da República, que propôs 22 ADIs em face da Lei Complementar nº 80/1994, responsável pela organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrição de normas gerais para sua organização nos Estados, e de leis complementares estaduais que tratam da organização de suas respectivas Defensorias Públicas⁴.

A Procuradoria-Geral da República arguiu a inconstitucionalidade da prerrogativa de requisição de informações e documentos a órgãos públicos pelas Defensorias Públicas, que, segundo sustenta, feriria a isonomia e a paridade de armas, uma vez que tal poder não é atribuído nem aos advogados públicos nem aos privados. Destaca-se que tal prerrogativa capacita os/as defensores/as públicos/as para atuarem dentro e fora dos processos judiciais, de acordo com os interesses das populações vulneráveis, influenciando na definição de políticas públicas que atingem primordialmente os direitos individuais e coletivos de sua clientela (Cunha, Lemes, Ferraro, 2022).

Das 22 ações propostas, 19 já foram julgadas improcedentes pelo STF. No julgamento da ADI nº 6.852, que questionava a Lei Complementar nº 80/1994, o Tribunal entendeu que “[...] o poder atribuído às Defensorias Públicas de requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições propicia condições materiais para o exercício de seu mister,

4 Trata-se das ADIs nº 6.852, 6.860, 6.861, 6.862, 6.863, 6.864, 6.865, 6.866, 6.867, 6.868, 6.869, 6.871, 6.872, 6.873, 6.874, 6.875, 6.876, 6.877, 6.878, 6.879, 6.880 e 6.881.

não havendo falar em violação ao texto constitucional” e que “a concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva” (Cunha, Lemes, Ferraro, 2022).

A disputa entre a Defensoria Pública e a Procuradoria-Geral da República, cuja liderança também preside o Conselho Nacional do Ministério Público, mostra como a presença e a possibilidade de interferência da Defensoria Pública em políticas públicas provocam reações institucionais e corporativas entre os demais integrantes do sistema de justiça, redesenhando e redefinindo o modelo de assistência jurídica gratuita escolhido pelos constituintes de 1988 (Cunha, Lemes, Ferraro, 2022).

Por fim, o modelo de ouvidoria externa foi questionado no STF pelo Partido Social Liberal (ADI nº 4.608), que postulou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Complementar nº 132/2009 proibindo integrantes da carreira de serem nomeados para o cargo de ouvidor-geral. Contudo, o STF manteve as regras para escolha do/a ouvidor/a na Defensoria Pública.

Do ponto de vista constitucional, diversas Emendas fortaleceram o processo de institucionalização da Defensoria Pública. As Emendas Constitucionais nº 45/2004 e 74/2013 asseguraram autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa orçamentária, às Defensorias dos Estados, da União e do Distrito Federal.

Já a Emenda Constitucional nº 80/2014 garantiu como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (Constituição Federal, art. 134, § 4º), definiu que o número de defensores/as deverá ser proporcional à demanda pelos serviços prestados e à respectiva população, contando com a presença de defensores/as públicos/as em todas as unidades jurisdicionais (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 98, *caput*), e ampliou o rol de atribuições da Defensoria, com destaque para a promoção dos direitos humanos e para a sua atuação extrajudicial e no âmbito dos direitos coletivos.

Do ponto de vista infraconstitucional, a Lei Complementar Federal nº 80/1994 foi o primeiro marco de organização nacional da instituição, estabelecendo as diretrizes para a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e das demais unidades da Federação, além da unidade, indivisibilidade e independência funcional como princípios institucionais. Já a Lei Complementar Federal nº 132/2009 alterou radicalmente a Lei Complementar Federal nº 80/1994, consolidando um novo perfil institucional da Defensoria Pública em todo o país e expandindo significativamente as suas atribuições.

A Lei fixou a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, e a prevalência e efetividade dos direitos humanos como objetivos da Defensoria Pública, além de trazer inovações quanto à organização administrativa e ao modo de prestação dos serviços jurídicos, prevendo: a) atendimento descentralizado, interdisciplinar e dirigido aos in-

teresses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos; e b) mecanismos de fiscalização externa por meio da criação do cargo de ouvidor/a geral, escolhido/a fora da carreira, dentre cidadãos/ãs da sociedade civil, a fim de construir uma instituição mais aberta e transparente à sociedade (Lauris, 2015; Arantes e Moreira, 2019).

Esses marcos normativos e decisórios evidenciam o encaixe da Defensoria Pública no sistema de justiça e de tutela coletiva de direitos. Por meio da linguagem em torno do “acesso à justiça aos necessitados”, da “defesa dos direitos humanos” e da “proteção de grupos em situação de vulnerabilidade”, a Defensoria tem lutado e alcançado maior afirmação corporativa e institucional, lançando-se à conquista de funções, prerrogativas, autonomia e espaços privilegiados de atuação na estrutura constitucional do Estado e na esfera política da democracia, e disputando espaços de atuação com o Ministério Público, no controle das políticas públicas (Arantes e Moreira, 2019).

Através de tais espaços e instrumentos de atuação e fortalecendo o contato e a interação com os/as responsáveis pela política pública, a Defensoria pode canalizar as demandas para que, em conjunto com outros atores, seja possível construir soluções políticas para problemas complexos, deixando a tentativa de imposição judicial como plano alternativo ou emergencial (Moreira, 2019). Atuando desse modo, a Defensoria aproxima-se da concepção sugerida por Cunha e Feferbaum (2014), que vislumbram no órgão a função de produtor de políticas públicas na área da justiça, operando em articulação com outras instituições e atores.

Proposta de um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para participação em processos de produção de políticas públicas

À luz das dimensões técnico-administrativa e político-relacional de capacidades estatais, das atribuições dos núcleos especializados da DPESP previstas na Lei Complementar Estadual nº 988/2006, e dos instrumentos de atuação coletiva da Defensoria Pública nos campos judicial e administrativo, propomos um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da DPESP para participação em processos de produção de políticas públicas.

No componente técnico-administrativo de capacidades estatais, localizamos os temas e os aspectos questionados de políticas públicas, os instrumentos administrativos e judiciais mobilizados, os mecanismos de coordenação intrainstitucional e interinstitucional operacionalizados, além das estratégias de monitoramento e de avaliação das ações implementadas.

Já no componente político-relacional de capacidades estatais, situamos a inserção de defensores/as públicos/as pertencentes aos núcleos em arenas

participativas e deliberativas relacionadas a políticas públicas; a participação de atores políticos, da sociedade civil organizada, e de órgãos de controle na construção e implementação das ações institucionais; e as formas de incidência no processo legislativo e na esfera internacional.

Sistematizando, tal modelo pode ser descrito de acordo com as categorias abaixo:

a) temas e aspectos de políticas públicas: em cada eixo temático do núcleo especializado em análise, situamos os temas de políticas públicas em que tal núcleo atuou, além dos aspectos percebidos como problemáticos para a população em situação de vulnerabilidade e questionados pelos/as defensores/as públicos/as;

b) existência e características dos recursos humanos, materiais e organizacionais: traçamos um panorama da existência e das características dos recursos humanos, materiais e organizacionais alocados no núcleo especializado em análise;

c) instrumentos administrativos e judiciais: mapeamos os instrumentos administrativos (como recomendações, requisições de informações, termos de ajustamento de conduta) e judiciais (como ações civis públicas, *habeas corpus* coletivos) mobilizados pelo núcleo, a fim de influenciar a produção de políticas públicas;

d) mecanismos de coordenação intrainstitucional com unidades regionais e outros núcleos especializados da DPESP: apresentamos os meios pelos quais o núcleo especializado em análise articulou-se com unidades regionais e com outros núcleos especializados relacionados à temática da política pública em questão, a fim de incidir em seus processos de produção;

e) mecanismos de coordenação interinstitucional com núcleos especializados de Defensorias Públicas de outros Estados da federação: descrevemos os meios pelos quais o núcleo especializado em análise articulou-se com núcleos ou órgãos de Defensorias de outros Estados, para atuação conjunta e litigância estratégica nos tribunais superiores;

f) padrões de interação interinstitucional com secretarias estaduais e municipais e setores responsáveis pelas políticas públicas questionadas: delínhamos os padrões de interação e de diálogo do núcleo especializado em análise com secretarias estaduais e municipais e setores responsáveis pelas políticas públicas questionadas;

g) estratégias de monitoramento e avaliação das ações: verificamos se o núcleo especializado em análise monitora e avalia as ações institucionais que formula e implementa;

h) inserção de defensores/as públicos/as em arenas participativas e deliberativas: identificamos a presença de defensores/as públicos/as pertencentes ao núcleo especializado em espaços participativos e deliberativos relacionados a políticas públicas, como fóruns de discussão, conselhos, audiências, conferências etc.;

i) articulação com atores políticos, da sociedade civil organizada, e órgãos de controle na construção e implementação das ações institucionais: observamos a existência de atores do sistema político-representativo, da sociedade civil organizada e de órgãos de controle, como Ministério Público, nos processos de formulação e implementação das ações institucionais conduzidas pelo núcleo especializado em análise;

j) formas de incidência no processo legislativo e na esfera internacional: estudamos a atuação do núcleo especializado no processo legislativo, manifestando-se e emitindo pareceres acerca de projetos de lei que afetam direitos e interesses de grupos sociais em situação de vulnerabilidade, e na esfera internacional, por meio da representação junto ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos e do acionamento de cortes internacionais.

Considerações finais

O objetivo do estudo foi propor um modelo analítico de capacidades institucionais dos núcleos especializados da DPESP para participação em processos de produção de políticas públicas. A construção de tal modelo de análise deu-se a partir do estudo dos relatórios semestrais de atividades produzidos pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da DPESP e disponíveis no portal eletrônico da Defensoria, e da literatura sobre capacidades estatais para produção de políticas públicas.

As etapas posteriores da pesquisa consistem na aplicação de tal modelo de análise aos núcleos especializados da DPESP, a partir do aprofundamento da análise documental dos seus planos de atuação institucional e relatórios de atividades, além da realização de entrevistas semiestruturadas com profissionais que atuam nesses órgãos (defensores/as públicos/as e atendimento multidisciplinar, como psicólogos/as e assistentes sociais).

A contribuição deste estudo consiste na aproximação entre dois campos de pesquisa que nem sempre dialogam: o estudo das instituições do sistema de justiça e das políticas públicas de acesso à justiça, e a literatura sobre capacidades estatais. Tal aproximação, com a criação de categorias e modelos próprios de análise, tem o potencial de elaborar diagnósticos mais consistentes e sistemáticos acerca dos resultados alcançados pelas instituições do sistema de justiça ao participarem de processos de produção de políticas públicas.

Referências

Abers, R. N.; Silva, M. K.; Tatagiba, L. **Movimentos sociais e políticas públicas: repensando atores e oportunidades políticas.** Lua Nova, São Paulo, 105, p. 15 - 46, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/7Z3vLtvbrTykKtSfx-39QsXs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Arantes, R. B.; Moreira, T. de M. Q. **Democracia, instituições de controle e jus-**

tiça sob a ótica do pluralismo estatal. Opinião Pública, Campinas, v. 25, n. 1, p. 97-135, jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762019000100097. Acesso em: 28 jun. 2022.

Brasil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Brasil. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências.

Cunha, L. G.; Feferbaum, M. **Repensando o papel da Defensoria Pública:** uma nova estratégia para o aprimoramento da cidadania. In: Ré, A. I. M. R.; Reis, G. A. S. dos. (org.). Temas Aprofundados - Defensoria Pública. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2014, v. 2, p. 17-21.

Cunha, L. G.; Lemes, M. B.; Ferraro, L. P. **O desenho de Defensoria Pública no Brasil:** disputas institucionais, atuação em políticas públicas e desafios no contexto da pandemia de Covid-19. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 2, p. 233-275, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/170>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Gomide, A.; Pereira, A. K.; Machado, R. **Burocracia e capacidade estatal na pesquisa brasileira.** In: Pires, R.; Lotta, G.; Oliveira, V. E. de (orgs.). Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas. Brasília: IPEA/ENAP, 2018, p. 85-104. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180705_livro_burocracia_e_politicas_publicas_no_brasil.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

Huerta, A. R. **Una ruta metodológica para evaluar la capacidad institucional.** Política y Cultura, otoño 2008, núm. 30, p. 119-134. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422008000200006. Acesso em: 28 jun. 2022.

Lauris, E. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece:** dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)-tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de Doutorado em Pós-Colonialismo e Cidadania Global. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, FEUC, 2013.

Lauris, E. **O Sul Como Emergência:** Mobilização Social do Direito e Experimentalismo Institucional do Acesso à Justiça em São Paulo. Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies. Volume 7, Issue 1, 2015, p. 59-92. Disponível em: <https://opo.ijsj.net/index.php/sortuz/article/view/564>. Acesso em: 16 jun. 2023.

Lima, F. D. S.; Lamenha, B. **Mobilizando a agenda dos direitos coletivos, assegurando espaço institucional:** Ministério Público e Defensoria Pública na transição democrática. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 87-108, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p87. Acesso em: 16 jun. 2023.

Moreira, T. de M. Q. **A constitucionalização da Defensoria Pública:** disputas por espaço no sistema de justiça. Opinião Pública, Campinas, vol. 23, nº 3, set./dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/rMvxvccB5ZNV6ZTNhj->

ddDWz/ abstract/?lang= pt. Acesso em: 30 jun. 2022.

Moreira, T. de M. Q. **Defensoria Pública e Judicialização**: expectativas e desenvolvimento histórico. In: OLIVEIRA, V. E. de (org.). *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019, p. 123-149.

Moreira, T. de M. Q. **Disputas institucionais e interesses corporativos no sistema de justiça**: impasses na criação da Defensoria Pública nos Estados. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 4, 2019a. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582019000400202&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 28 jun. 2022.

Pires, R. R. C.; Gomide, A. de A. **Governança e capacidades estatais**: uma análise comparativa de programas federais. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 24, n. 58, p. 121-143, jun. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000200121. Acesso em: 28 jun. 2022.

Ruiz, I.; Bucci, M. P. D. **Quadro de problemas de políticas públicas**: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1142-1167, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/443>. Acesso em: 23 jun. 2023.

Sadek, M. T. A. **Acesso à Justiça**: Visão da Sociedade. *Justitia*, São Paulo, p. 271-279, 2009.

Sadek, M. T. A. **Defensoria Pública**: a conquista da cidadania. In: RÉ, A. I. M. R. (org.). *Temas Aprofundados - Defensoria Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 1, p. 19-31.

São Paulo (Estado). **Lei Complementar nº 988, de 9 de janeiro de 2006**. Organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2018].

Souza, C.; Fontanelli, F. **Capacidade estatal e burocrática**: sobre conceitos, dimensões e medidas. In: MELLO, J.; RIBEIRO, V. M.; LOTTA, G.; BONAMINO, A.; CARVALHO, C. P. de (orgs.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: IPEA, 2020, p. 45-69. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/200403_implementacao_politica_web.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

Tatagiba, L.; Abers, R.; Silva, M. K. **Movimentos sociais e políticas públicas**: ideias e experiências na construção de modelos alternativos. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (orgs.). *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA/ENAP, p. 106-138, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8601/1/Movimentos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E FEMINISMO NO CONTEXTO DA MATERNIDADE: A EXISTÊNCIA DE UM PARÂMETRO DE “BOA MÃE” - NOCIVIDADE DESTE CONCEITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA ALÉM DO ÂMBITO PARENTAL. REFLEXOS DESTA CONCEPÇÃO CONSTRUÍDA PELA SOCIEDADE PATRIARCAL NO CONTEXTO SOCIAL E CORPORATIVO QUE A MULHER É INSERIDA

Branca Scapin Costa Pereira

Advogada; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes; Pós-graduada em Direito Imobiliário pela Escola Brasileira de Direito; Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas

Resumo:

A busca pela consagração do princípio da igualdade pelas mulheres é pauta antiga, com desfechos satisfatórios extremamente contemporâneos. A diferença se torna ainda mais gravosa quando analisamos o cenário das mulheres mães, que são esmagadas pela cobrança social de uma maternidade exemplar e perfeita, o que mitiga sonhos, gera adoecimento psíquico, dificulta a inserção, reinserção ou manutenção desta mulher no mercado de trabalho. O objetivo do presente trabalho é não só promover o pensamento crítico sobre o imperativo social da mãe perfeita, mas refletir sobre as consequências deste imperativo para além do âmbito parental. Os Tribunais de Justiça do país estão abarrotados de ações promovidas por mulheres mães em representação de seus filhos, em busca de direitos desassistidos por terceiro que também detém o poder familiar. Além de terem que exercer suas funções laborais, estas mulheres mães estão sobrecarregadas com a cobrança do exercício da maternidade absoluta e satisfatória pela própria sociedade, o que gera, conforme falado, adoecimento psíquico e consequências no âmbito familiar, social, educacional e, sobretudo, corporativo. A busca impraticável desta maternidade perfeita, imposta socialmente, inviabiliza a própria maternidade em si - que deveria ser suficientemente boa - e a alocação justa e adequada desta mulher em outros lugares que ela deseja estar, como no meio acadêmi-

co ou no mercado de trabalho.

Palavras-chave: Igualdade de gênero; Maternidade no meio corporativo; Psicanálise e direito.

Retrospecto social da desigualdade entre homens e mulheres

A luta e a busca incansável (e imprescindível) pelos direitos das mulheres remonta o século passado e, mesmo após tanto tempo passado, ainda hoje nota-se patente discrepância entre a relação homem e mulher, não só no mercado de trabalho, mas nas responsabilidades parentais, o que, em contrapartida, reverbera na posição da mulher neste mesmo mercado de trabalho.

A sociedade patriarcal que estamos inseridos deglute o crescimento do sexo feminino - que está muito longe de ser o malfadado “sexo frágil” - e minimiza - ou desvaloriza - todos os frutos oriundos de trabalhos realizados por mulheres, seja no âmbito acadêmico, corporativo ou no âmbito familiar, para aquelas que exercem a difícil função de gerirem a família e a casa.

Partindo da premissa de que os Estados integrantes de Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos tem a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, ao longo dos anos foram elaboradas convenções, normas, estatutos, alterações legislativas, entre outros, para tentar consagrar o princípio da não-discriminação e alertar para o que deveria ser uma obviedade: deve haver igualdade entre mulheres e homens, que deveriam participar, de forma isonômica, da vida política, social, econômica e cultural do país.

Nesse contexto, podemos citar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), elaborada pela ONU, no ano de 1979, o reconhecimento, por nossa Constituição de 1988, de que há igualdade entre homens e mulheres e, mais recentemente, aprovação da Lei nº 14.457, de setembro de 2022, que institui o Programa “Emprega + Mulheres”, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho. Há, ainda, tramitando o PL 3717, que visa instituir direitos da mãe solo, em trâmite no Senado e que, recentemente, foi enviado à Câmara dos Deputados.

Ocorre que há a necessidade urgente de refletirmos sobre os conceitos que estão sendo impostos para as mulheres (no caso do presente trabalho, o da “boa mãe”, um imperativo da mãe perfeita), a verdadeira efetividade prática dos regramentos atinentes, sua aplicabilidade no contexto social que nos inserimos e enxergar, com a crítica necessária que, as conquistas realizadas até aqui devem ser enaltecidas, mas estão muito longe de ser o ideal praticável.

Se avaliarmos a contemporaneidade dessas conquistas, o deleite pela

vitória fica ofuscado pela afronta do quão próximo de nós - temporalmente falando - estão tais conquistas. Há pouco mais de 90 (noventa) anos as mulheres não podiam votar. No ano de 1974, com aprovação da Lei de Igualdade de Oportunidade de Crédito, é que as mulheres passaram a ter o direito de portar um cartão de crédito, sem necessidade de autorização. Apenas em 1977 foi aprovada a Lei do Divórcio. Apenas em 1985 é criada a primeira delegacia especializada da mulher. Apenas em 2022 foi suprimido do Código Civil o regramento de que a ausência de virgindade não é mais causa para anulação do casamento!

Todas as mudanças são relevantes para o contexto histórico feminino e um lembrete de que o ideal está muito longe de ser alcançado, uma vez que o discurso em torno do papel da mulher ainda é extremamente machista e, sob a ótica do exercício da parentalidade, é ínfimo, insatisfatório, escasso.

A imposição social da excelência materna e suas consequências para as mulheres mães

A concepção do que seria hoje a “boa mãe”, talvez deturpada da mãe suficientemente boa de Winnicott, faz com que as mulheres se estrangulem, na tentativa frustrada - e desnecessária - de desempenhar inúmeros papéis com excelência: o maternar, o ser esposa, o gerir o lar, o trabalhar fora.

Estas fazem isso sem perceber que a avocação de todas as obrigações privadas (cumprir seu dever materno e perante a entidade familiar) - conduta influenciada, ou melhor dizendo, exigida pela cultura da sociedade patriarcal -, pode impossibilitar o exercício pleno de suas funções acadêmicas ou corporativas.

Nota-se, nesse sentido, que a sociedade tem imposto às mulheres mães uma conduta de excelência, subjugando-as e obrigando-as a assumir (e sobretudo amar) a função materna, em detrimento do exercício de suas funções profissionais, sem, ainda assim, gozar dos mesmos frutos (remuneração, benesses, cargos de chefia) que os mesmos profissionais do sexo masculino.

A sociedade o faz, ainda, sem qualquer pudor e sem prestar auxílio diferenciado àquelas que carregam o fardo de serem mães solas e provedoras unilaterais de seus filhos, deixando ainda maior o abismo entre as oportunidades destinadas a profissionais de diferentes gêneros.

A participação efetiva da mulher no mercado de trabalho é colocada em xeque de forma incessante, nitidamente por inexistir paridade no tratamento ou mesmo privilégios necessários da mulher em situações de desprestígio, qualquer que seja ela.

Esta situação se torna ainda mais gravosa quando a mulher, que é mãe de uma criança pequena, seja com ou sem rede de apoio, tenta galgar os mesmos espaços, outrora preenchidos por profissionais do sexo masculino.

A despeito de estar consagrado na Constituição de 1988, claramente não há aplicabilidade tática do princípio da isonomia, tampouco existia em contextos pretéritos, como esclarece Malmelstein:

Merece ser destacado que, apesar de praticamente todas as declarações de direitos, elaboradas no referido período histórico, proclamarem em seu texto o direito de igualdade, não havia um interesse verdadeiramente honesto de se garantir a isonomia para todos os seres humanos. Em outros termos, não havia nenhum propósito de estender a igualdade ao terreno social, ou de condenar a desigualdade econômica real que era manifesta naquele momento. A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 pelo parlamento francês, começa seu texto proclamando que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Apesar disso, na mesma época, ficou decidido que o direito de voto seria restrito aos homens que tinham posses (voto censitário). O sufrágio universal sequer foi mencionado. Com isso, grande parcela da população ficava à margem do jogo político, inclusive as mulheres. Os “homens e cidadãos”, mencionados no texto, eram pessoas do sexo masculino e não uma figura de linguagem.

A necessidade de valorarmos e analisarmos a praticabilidade do princípio da não-discriminação e da isonomia não se pode prescindir.

Ademais, em um cenário em que há flagrante discrepância entre os gêneros e uma realidade social em que milhares de mulheres-mães exercem múltiplas funções, inviabilizando uma busca igualitária pelas mesmas oportunidades laborais, imperiosa a análise e valoração do princípio da igualdade sob a ótica da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da própria aplicação prática da paridade.

Jorge Miranda delinea:

É válida ainda, enquanto se distinguem não tanto duas espécies de princípios jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

E segue:

A experiência histórica mostra:

a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração

constitucional e a realização legislativa - até porque o princípio (porque princípio) comporta manifestações diversas consoante os setores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrente do ambiente de cada país e de cada época;

b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das ideias preconcebidas e dos valores aí assentes, assim como da Constituição viva e da realidade constitucional;

c) Que a conquista da igualdade se tem conseguido sobretudo através da eliminação ou da redução de sucessivas desigualdades ou da extensão de novos benefícios; e tem sido fruto quer da difusão das ideias quer das lutas pela igualdade travadas por aqueles que se encontravam em situações de marginalização, opressão e exploração;

d) Que, embora a superação destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada do aparecimento de novas desigualdades e até de exclusões, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos mas também das estruturas sociais e políticas.

No contexto social atual, resta clarividente que o fato de mulheres-mães sofrerem diferenciação de tratamento na responsabilidade parental, reverbera negativamente no *psique* e na construção e aceitação do “eu” e, da mesma forma, na esfera corporativa.

Há, atualmente, a romantização desenfreada da gravidez, parto, puerpério e da maternidade como um todo, atrelando-se à mãe um conceito deturpado de “boa mãe” que desencadeia uma sobrecarga de funções, obstaculizando a produtividade, as oportunidades, o tempo destinado a atividades laborais e mitigando desejos.

Imprescindível, pois, igualar direitos e deveres de homens e mulheres nas funções parentais, para que a maternidade deixe de sobrecarregar e impedir o crescimento de mulheres que, discreta e vergonhosamente, desejam ser seres individuais e profissionais para o além-mãe.

Sobre isso, Gutman:

Lamentavelmente, a cultura tergiversa com interesses próprios o dever de nossas funções, levando o inconsciente coletivo a confundir a especificidade do “ser maternal” com o significado abarcador do “ser mulher” e até mesmo do “ser feminina”, como se fossem a mesma coisa. Mas não são. De fato, para ser mulher não é necessário ser abnegada nem professar um amor incondicional por cada pessoa ou situação que se apresente... embora seja exatamente esta a confusão instalada na sombra social. Parece que as mulheres devem ser amáveis, doces, tolerantes, etc., em qualquer circunstância social ou profissional. (...)

Quando acreditamos que para ser mulher precisamos contar com as virtudes da maternidade, construímos nossa identidade pessoal tendo como base essas crenças. (...) Quando construímos nossa identidade confundindo ser mãe com ser mulher, torna-se intolerável defender um interesse pessoal, uma vez que o amor maternal é incondicional e altruísta. Como poderíamos nos permitir ganhar dinheiro, ter ambições financeiras, atribuir um preço a nosso trabalho, reivindicar o que achamos justo e, pior ainda, desfrutar e usufruir do dinheiro ganho se isso atende a interesses pessoais? O que está em jogo é uma quebra profunda da nossa identidade, construída ao longo de séculos em uma cultura na qual o homem circula no âmbito público e a mulher, no privado. O dinheiro, a tomada de decisões e o sexo livre estão fortavelmente arraigados no inconsciente masculino.

Ainda hoje a desigualdade fisiológica, com a conseqüente desigualdade de divisão dos trabalhos parentais repercutem na consagração dessa relação de domínio/sujeição entre homens e mulheres, que repercute em todas as demais esferas em que estão inseridas essas mulheres.

Iaconelli discorre brilhantemente sobre o tema:

As condições fisiológicas para a reprodução feminina implicam a necessidade de proteção e, principalmente, de confinamento e permanente ocupação com as crianças pequenas. Nesse aspecto, as mulheres não tinham como prescindir do caráter limitante de tal tarefa. As limitações da gestante, o período crítico do parto, o resguardo do puerpério, o papel nutriz e a altíssima mortalidade materno-infantil criavam um abismo entre a contínua mobilidade do homem para exercer a caça e outras atividades e o confinamento/dependência das mulheres, decorrente da imaturidade dos bebês humanos.

E segue:

A patologização e a normatização são as condições para que essa ascendência sobre a mulher se justifique, de forma que cada vez mais ela tem que corresponder a um suposto saber que lhe seria natural e que, quando não encontrado, justificaria a intervenção do profissional. (...)

Por outro lado, a suposição de saber natural maternal, que busca ignorar ser ele fruto de observação e da aprendizagem nas culturas, desde a mais tenra infância, coloca a mulher numa dupla impossibilidade: a de aprender o que não sabe e a de exercer o que não aprendeu. Quanto ao que ela sabe, costuma ser desautorizada; quando ao que ela não sabe mais, é acusada de ter que saber.

Neste contexto, além de termos a imposição de uma maternidade per-

feita, sem margem para falhas (o que sobrecarrega a mulher sobremaneira e desencadeia diversos problemas práticos cotidianos e da sua consciência do próprio eu), há clara - e recorrente - desautorização ou descrédito da fala desta mulher, não só na conjuntura parental, mas em todos os cenários possíveis.

Tal conduta, perpetrada pelo sexo masculino, é tão recorrente que o fenômeno ganhou, no ano de 2010, o nome de “mansplaining”.

Sobre isso, Rebecca Solnit elucidada:

Quando um homem diz para uma mulher, categoricamente, que ele sabe do que está falando e ela não, mesmo que isso seja uma parte mínima de uma conversa, perpetua a feiura deste mundo e tira dele a sua luz.

E acrescenta:

O ponto principal do ensaio nunca foi sugerir que eu me julgo especialmente oprimida e sim tomar essas conversas como a extremidade mais estreita da cunha que abre espaço para os homens e fecha o espaço para as mulheres - espaço para falar, para ser ouvida, para ter direitos, participar, ser respeitada, ser um ser humano pleno e livre. Esta é um das maneiras como, no discurso não educado e nos atos físicos de intimidação e violência, e com muita frequência na maneira como o mundo é organizado, consegue silenciar, apagar e aniquilar as mulheres, como pares, como participantes, como seres humanos com direitos - e, tantas vezes, como seres vivos.

O homem contemporâneo imiscuiu-se na conceituação da “boa mãe”, da forma ideal de maternar e de quais seriam os limites impostos a essa função. O corpo da mulher nitidamente pertence à sociedade e pobre daquela que não deseja, do fundo de seu coração, viver o júbilo da maternidade, com todo o aparato de conceitos pré-ordenados e impostos que lhe acompanham.

Sobre os conceitos pré-concebidos da boa mãe e do que se espera dela, Iaconelli aborda:

Convivem expectativas de um saber natural e espontâneo sobre os cuidados com o bebê, algo de uma mãe que saberia naturalmente atender as demandas deste, com uma inexplicável perda da capacidade de conceber, gestar, parir e aleitar. Não há aqui qualquer juízo de valor quanto às escolhas femininas no âmbito da tecnologia médica: conceber, gestar, parir e aleitar não criam uma mãe, e tais atividades podem ser realizadas por uma mulher, enquanto que a função de semelhante o pode ser por outro sujeito, ou ainda, a mulher pode declinar de todo esse processo ou demandar aju-

da médica, por seu suposto conforto, e ainda exercer ela mesma a função parental. Nossa questão recai sobre a forma ideológica com que essas supostas escolhas ocorrem. Nesta, a mulher tem que lidar simultaneamente com as seguintes frentes: corresponder a idealizações de maternidade ainda vigentes, como há duzentos anos, e que supõem haver na mulher um saber atávico sobre o maternal, assumir novos papéis sociais antes inimagináveis, inconciliáveis à exigência anterior e ignorantes do processo de transmissão social do saber relativo aos cuidados com os bebês e posicionar-se diante do onipresente biopoder, que encontra no ciclo nascimento-morte seu lócus privilegiado de atuação, desautorizando a mulher a lidar com o próprio corpo.

Tal premissa está enraizada na sociedade e é fruto da própria criação que damos para nossos filhos e filhas, senão vejamos a abordagem de Chiamanda sobre o tema:

A questão de gênero é importante em qualquer canto do mundo. É importante que comecemos a planejar e sonhar com um mundo diferente. Um mundo mais justo. Um mundo de homens mais felizes e mulheres mais felizes, mais autênticos consigo mesmos. E é assim que devemos começar: precisamos criar nossas filhas de uma maneira diferente. Também precisamos criar nossos filhos de uma maneira diferente. O modo como criamos nossos filhos homens é nocivo: nossa definição de masculinidade é muito estreita.

A forma como o patriarcado tem enxergado a maternidade e imposto às mães uma devoção e abnegação incondicional pelos filhos mitiga a liberdade destas mulheres no mercado de trabalho, seja pela culpa que o próprio inconsciente maternal gera, fruto deste conceito de “boa mãe” imposto, seja pela indisponibilidade de tempo de dedicação ao trabalho, uma vez que são sobrecarregadas com a totalidade - ou, no mínimo, a maior parte - das obrigações com os filhos, seja pela ausência de outro cuidador que exerça a função parental, para diminuir o fardo da mãe.

A sobrecarga já está palpável quando perceptível a quantidade de ações de alimentos propostas em nome de mulheres-mães (buscando o direito de filhos menores) que, a despeito de terem estes filhos abarcados pelo poder familiar de um outro, estão sozinhas com os encargos da criação e sustento da prole.

Além de se desdobrarem para alcançarem condições mínimas adequadas aos filhos menores, tais mulheres devem, ainda, direcionar recursos (físicos, temporais e financeiros) para o custeio destas ações de natureza alimentar, além de outras tantas, que visam regulamentar a convivência paterna, compelir o abandono afetivo, entre outras.

Inegável o quanto a construção da conceituação nociva da boa mãe e

os desdobramentos da imposição de sua responsabilidade parental principal reverberam nas demais esferas - social, profissional, etc.

A forma como a sociedade enxerga a mãe e a maternidade dificulta o exercício de outras funções por parte da mulher, principalmente sua inserção ou manutenção no mercado de trabalho, agravando-se a situação quando se trata de mãe solo.

Considerações necessárias para mudanças ainda embrionárias

Em um contexto pós-pandêmico, sobretudo, em que estas mulheres se viram ainda mais empobrecidas, há ainda mais gravidade e sofrimento psíquico por parte delas, sem qualquer tipo de auxílio pelo poder público (seja com atendimento de saúde psicológico, medicamentos, se eventualmente necessários, suporte de qualidade para as crianças menores ou mesmo engajamento e estudo para alterações legislativas contundentes).

As mulheres estão nitidamente adoecidas. Em 2019, o Institute for Health Metrics and Evaluation nos alardeou que mais de 1 bilhão de pessoas viviam com algum transtorno mental ou causado pelo uso de substância antes da pandemia, sendo que mais da metade eram mulheres. Apenas no Brasil, sete em cada 10 pessoas diagnosticadas com depressão e ansiedade eram mulheres.¹

Falta de dinheiro e sobrecarga de trabalho são as maiores questões que afetam hoje a saúde mental das mulheres brasileiras, claramente porque são estas as mulheres que precisam prover o lar, os filhos, exercer a função parental de forma completa e irrestrita de forma irretocável, sendo bombardeadas pelo imperativo social da maternidade perfeita.

Imprescindível, pois, o enfrentamento das questões envolvendo essa minoria chamada “mães” - solo ou não - e a discrepância existente entre a trajetória que elas percorrem e a trajetória percorrida pelos homens para exercerem o mesmo cargo ou função. Há urgência em pararmos de romantizar a sobrecarga materna. É premente a necessidade de entregarmos aos pais o exercício da função paternal e pararmos de encarar qualquer ato atinente a essa função como “ajuda” à mãe.

Para garantir a isonomia, imprescindível que haja regramentos específicos e eficazes para equalizar a situação e equipará-las a outras mulheres não-mães (que também já sofrem preconceito e discriminação) e aos homens.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *We Should All Be Feminists*. Anchor Books; 1st Edition. 2015.

GUTMAN, Laura. *A maternidade e o encontro com a própria sombra*. 19 ed. Rio

1 Material promovido pela ONG Think Olga, disponível em: <https://lab.thinkolga.com/esgotadas/>

de Janeiro: BestSeller, 2020.

IACONELLI, Vera. Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna. 2 ed. São Paulo: Zagodoni, 2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRANDA, Jorge. Sobre o princípio da igualdade. In: LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides . 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOLNIT, Rebecca. Men explain things to me And Other Essays. Granta Books; 1st Edition, 2014.

SOLER, C. O que Lacan dizia das mulheres. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

WINNICOTT, D. W. Babies and their mothers. Da Capo, 1992.

ENTRE LIMITES E POSSIBILIDADES: DESAFIOS DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Ana Flávia Merchan Ferraz Grizzo Javaroni

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

Neide Aparecida de Souza Lehfeld

Professora Titular do Programa de Pós-graduação em Serviço Social da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

Resumo:

O objetivo central deste estudo é de contribuir com o debate acerca dos desafios enfrentados pela Política de Assistência Social no Brasil, que carrega no bojo de sua história a caridade e a filantropia e à medida em que as práticas vão se afastando das ações exclusivas de solidariedade, inicia-se uma configuração mais formal e de intervenção do Estado. Diante do crescimento das demandas e das exigências por respostas mais efetivas de uma política assistencial, ampliam-se e inovam-se as ações, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que apresenta a Assistência Social, em conjunto com a Saúde e a Previdência Social, como constituintes da Seguridade Social, e da Lei Orgânica da Assistência Social, que organiza a Política por níveis de proteção social, básica e especial, através de um Sistema descentralizado e participativo, posteriormente instituído, denominado Sistema Único de Assistência Social. Conclui-se que a Política de Assistência Social não tem condições concretas de superação da desigualdade social, mas, através da intervenção profissional, em uma perspectiva emancipatória, pautada nos princípios éticos fundamentais, que coletivize as demandas, pode ser terreno para mediação, potencialização da participação dos sujeitos, fortalecimento das lutas sociais e defesa intransigente da garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Política de assistência social; Família; Direitos Humanos.

Introdução

Neste estudo, apoiado nas pesquisas bibliográficas e documental, apre-

sentamos algumas reflexões acerca dos desafios enfrentados pela Política de Assistência Social no Brasil, marcada historicamente por atendimentos baseados na benemerência, mas que a partir de um reordenamento institucional, materializado com normativas e orientações, assumiu uma função de Política Pública.

A Assistência Social brasileira se apoia sob uma nova perspectiva desde a Constituição de 1988, configurando-se como Política Pública, direito de todos que dela necessitar. Sua regulamentação foi instituída com a Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, a Política Nacional de Assistência Social - PNAS e a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social - NOB/SUAS, que concretizou um novo paradigma, definindo e organizando a oferta das proteções sociais, as responsabilidades de cada ente federativo, meios de financiamento, pactuação e controle social (Teixeira, 2010).

Esta estrutura Legal, que se configurou como “uma nova ordenação da gestão como Política Pública” (Sposati, 2006, p. 111), possibilitou um movimento de ruptura com práticas filantrópicas e moralizantes no âmbito da Política, avançando para o atual formato do SUAS, com ações contínuas e totalizantes, que superem os atendimentos emergenciais e pontuais, fundamentadas na matricialidade sociofamiliar, a partir de ações preventivas na Proteção Social Básica e especializadas na Proteção Social Especial de média e alta complexidade.

O artigo inicia-se contextualizando da expansão da Assistência Social enquanto direito, com novas configurações no enfrentamento das situações de vulnerabilidade e riscos sociais e no reconhecimento dos diversos arranjos e rearranjos familiares no trabalho social realizado pela política pública.

Na segunda parte aborda os desafios e perspectivas do Sistema Único de Assistência Social, indicando-o como viabilizador de acesso à bens e serviços e com capacidade de mobilizar e insurgir coletivamente em busca da ampliação dos direitos e de uma nova consciência social.

A proteção social e a expansão da assistência social

As ações assistencialistas voltadas à população considerada incapaz para o trabalho, ocorrem na humanidade desde os tempos mais remotos, numa perspectiva de solidariedade e bem-estar. A proteção social teve seu percurso histórico baseado em práticas clientelistas, de favor e dominação, permanecendo arraigada culturalmente como uma área marginalizada de intervenção do Estado em relação às políticas públicas, destituída do sistema de garantia de direitos (Couto, 2015; Raichelis; Couto; Yasbek, 2012).

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), foi inaugural em relação à proteção social, estabelecendo em seu terceiro Artigo, como objetivos fundamentais da República:

[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o de-

envolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Esta Carta Magna também foi incipiente na inserção da Política de Assistência Social no âmbito democrático dos direitos ao instituir em seu segundo Capítulo a Seguridade Social. Um instrumento de proteção social, baseado na universalidade da cobertura e do atendimento, para assegurar os direitos relativos à saúde, assistência social e previdência social (Brasil, 1988). Este marco Legal introduziu uma nova perspectiva à Assistência Social, emergindo-a como protagonista e não mais como coadjuvante.

Na década de 1990, com a participação dos movimentos sociais, foi implementado o ordenamento jurídico que regulamentou os direitos previstos constitucionalmente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Brasil, 1990a), a Lei Orgânica da Saúde (Brasil, 1990b), a Lei que implementou o Sistema Único de Saúde - SUS (Brasil, 1990c), a Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS (Brasil, 1993), entre outras. Diante da ascensão das organizações populares, o Estado preocupou-se com a necessidade de ampliar o seu papel de provedor dos direitos sociais promulgando amparos legais, porém, não deixou de nutrir e legitimar sua função de assegurar a reprodução ampliada do capital (Mandel, 1982; Gough, 1982 apud Boschetti, 2015, p. 2).

Neste período de contradições e lutas, houve um movimento de grande avanço das políticas sociais, representando mediações essenciais para a cidadania e garantia de direitos, contudo, com “determinações históricas que asseguraram a contenção da população à ótica das determinações do processo de acumulação capitalista” (Couto, 2015, p. 666). Foi um momento assentado pela expansão da ofensiva neoliberal, que culminou em privatizações, deterioração dos serviços públicos e expropriação dos direitos arduamente conquistados pela classe trabalhadora:

[...]Somente com a Constituição de 1988 a sociedade brasileira teve, em tese, as suas necessidades de proteção reconhecidas pelo Estado através da instituição de um sistema público de proteção social (integrado pelas políticas de saúde, previdência e assistência social); contudo, mal foram regulamentadas, essas políticas passaram a ser objeto de uma ofensiva perversa e conservadora, materializada em propostas e iniciativas de contrarreformas restritivas de direitos, serviços e benefícios (Mota; Maranhão; Sitcovsky, 2010, p. 184).

Em 2004 foi estabelecida a Política Nacional de Assistência Social - PNAS (Brasil, 2004), com o objetivo de construir coletivamente um redesenho desta Política Pública, a partir da implementação do Sistema Único

de Assistência Social - SUAS, um processo em consonância com a LOAS, comprometido com as deliberações da IV Conferência de Assistência Social, realizada em 2003, em Brasília. O SUAS, através de uma perspectiva descentralizada e participativa, organiza a Política de Assistência Social no território nacional, de forma hierarquizada, de acordo com o grau de complexidade, em dois tipos de proteções: a proteção social básica e a proteção social especial.

A proteção social básica desenvolve suas ações buscando o enfrentamento das situações de vulnerabilidades sociais e a prevenção das ocorrências ou agravamento dos riscos sociais de seus usuários e famílias. Os serviços e programas da proteção social especial destinam suas ações especializadas no contexto de violação de direitos, riscos sociais e pessoais e rompimento dos vínculos afetivos.

O Centro de Referência de Assistência Social - CRAS oferta o principal serviço, da proteção social básica, denominado Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família - PAIF, que se configura como trabalho social realizado com as famílias:

de caráter continuado, com a finalidade de fortalecer a função protetiva das famílias, prevenir a ruptura dos seus vínculos, promover seu acesso a direitos e o usufruto deles e contribuir na melhoria de sua qualidade de vida. O trabalho social continuado do PAIF deve utilizar ações nas áreas culturais para o cumprimento de seus objetivos, de modo a ampliar o universo informacional e proporcionar novas vivências às famílias usuárias do serviço (Brasil, 2016, p. 12)

O Estado situa na Política de Assistência Social uma característica de proteção social, balizada na matricialidade sociofamiliar, ou seja, a família é o cerne para a construção e implementação das suas ações. O trabalho coletivo do PAIF visa fortalecer as potencialidades das famílias, porém, ao mesmo tempo, demonstra uma tendência de sobrecarga de responsabilizações, impondo a elas, a necessidade de exercerem suas próprias funções de proteção, seja nos cuidados de seus membros, na preservação dos vínculos, nas questões escolares, de saúde, de trabalho ou de subsistência (Teixeira, 2010).

A Política de Assistência Social reconhece a concepção de família de forma ampla, e por um lado a coloca como alvo de proteção social a partir da provisão do Estado, buscando desconstruir os estigmas existentes aos arranjos familiares distintos do modelo tradicional nuclear, e, de outro, constrói seu trabalho na direção das famílias aumentarem suas capacidades próprias de proteção, muitas vezes, homogeneizando as relações familiares, desconsiderando a complexidade das múltiplas determinações que as envolvem, desprotegendo-as (Teixeira, 2010), pois suas maiores adversidade decorrem de questões estruturais e conjunturais.

Outros marcos regulatórios específicos da Política de Assistência Social

ocorreram desde a Carta Constitucional. O SUAS foi implantado em 2005, com Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social - NOB/SUAS, consolidada a partir da Resolução nº130/2005 e alterada pela Resolução nº33/2012, ambas do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS (CNAS, 2012). Em 2006 foi publicada a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos - NOBRH/SUAS (Brasil, 2006), em 2009 a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais e em 2011 (Brasil, 2013) a Lei nº 12.435/2011 que alterou a LOAS (Brasil, 2011).

As práticas assistencialistas deixaram de ser hegemônicas diante dos avanços da legislação e das dimensões técnico-operativa, ético-política, teórico-metodológica, mas ainda estão presentes nas concepções conservadoras e neoliberais, imprimindo um caráter focalizador e residual. Sposati et al. (2010, p. 68-69) evidenciam que:

[...] o caráter assistencialista, quando presente na prática do assistente social, não é decorrência simples e direta da tarefa, da atividade que cumpre, mas sim da direção que imprime às mesmas. [...] Quando a orientação político-ideológica de sua prática não se dá sob marcos críticos, restringindo-se à aparência.

É notável a amplitude das ações e regulamentações no escopo da Assistência Social, no entanto, é necessário cautela para não incidir no superdimensionamento da Política, responsabilizando-a heroicamente na garantia da proteção social, o que é competência de um conjunto de Políticas Públicas, que deveriam ser articuladas para superar o caráter focalizador e emergencial de suas ações e garantir objetivamente a busca pela efetividade de direitos, dignidade e cidadania aos seus usuários (Behring, 2009; Boschetti, 2016)

O acesso aos direitos não é materializado substancialmente na vida de grande parte da população, mesmo diante das inovações Legais. Os dados apontam que atualmente 8,6 milhões de brasileiros estão desempregados e 3,7 desalentados (IBGE, 2023a). Segundo o relatório “O Estado da Segurança Alimentar e Nutricional no Mundo 2023”, divulgado pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura - FAO, mais de 70 milhões de pessoas passaram por insegurança alimentar em 2022 no Brasil, o que corresponde a 32,8% da população (FAO, 2023). Com a pandemia da Covid-19, que colapsou o mundo no início de 2020, foram agravadas as desigualdades sociais, acirrando, ainda mais a necessidade de proteção social, sobretudo para os que já se encontravam em situação de vulnerabilidade social e risco.

Sistema Único de Assistência Social: desafios e perspectivas

O financiamento do SUAS pode ser um gargalo que dificulta a efeti-

vidade das ações do Sistema e precariza o serviço público. Um montante significativo dos recursos é transferido ao terceiro setor e o Fundo Público, que é o instrumento para investimento nas Políticas Sociais, se transformou em ferramenta valiosa para reprodução do capital. Apesar da universalidade da seguridade social e o direito de acesso a quem dela necessitar, os serviços e benefícios selecionam um público prioritário dentre os que mais precisam, ou seja, fazem a gestão da pobreza.

A desigualdade social e as expressões mais profundas como a pobreza e a indigência, que “são produzidas e reproduzidas no capitalismo como uma condição de existência e, claro, na particularidade histórica brasileira ganham contornos explosivos” (Behring, 2009, p. 10). Ultrapassam dilemas de indivíduos e famílias por serem vicissitudes estruturais, marcas de um capitalismo periférico (Behring, 2009).

O capitalismo engendra cronicamente uma população excedente, que não se enquadra nas condições de reprodução de vida por meio do trabalho, sendo a luta pelos direitos, uma batalha entre as classes subalternizadas. A Assistência Social, através dos Programas de Transferência de Renda, se instituiu como uma possibilidade, ainda que precária, de acesso a bens e serviços. “Isso denota a relação existente entre a assistência social, o trabalho e a intervenção do Estado na reprodução material e social da força de trabalho” (Sitcovsky, 2010, p. 154).

À medida que o trabalho vai se tornando inatingível por uma parcela da população, seja pelo nível de desemprego estrutural, pelas transformações das relações de trabalho ou pelo curso da política econômica, a assistência social amplia seu campo de atuação, pois passa a atender, além dos inaptos ao trabalho, cada vez mais a classe trabalhadora que não possui condições próprias de subsistência com seus salários e frágil inserção produtiva. Simultaneamente, restringe o acesso de seus usuários à serviços, programas e benefícios com critérios de renda ínfima, perpetuando políticas de exceção e assumindo necessidades de outras políticas, como a de trabalho (Mota; Maranhão; Sitcovsky, 2010).

Segundo o Dieese, (2023), o salário-mínimo ideal para a manutenção de uma família de quatro pessoas seria de R\$ 6.578,41, ou seja, 4,98 vezes o salário-mínimo de R\$ 1.320,00. Recentemente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgou uma pesquisa demonstrando que 6 em cada 10 pessoas que trabalham por conta própria estão na informalidade (IBGE, 2023b). A atual tendência é o desenvolvimento de capacidades para o indivíduo administrar sua vida, ser um empreendedor da sobrevivência, inserido precariamente no mundo do trabalho, sem garantias trabalhistas, de renda ou previdenciárias.

A realidade da classe trabalhadora está cada vez mais difícil, com isso, compartilhamos das mesmas reflexões de Couto (2014, p. 396):

[...] como se trabalha com o sujeito que apresenta essa necessidade básica, e que precisa ser atendido, seja qual for a necessidade imediata? Como trabalhar com ele sua consciência de classe, de que ele pertence a uma classe, que está ali naquela condição pela superexploração dessa sociedade? Onde é que os trabalhadores sociais constroem essa reflexão? Certamente que não é na abordagem individual, nunca [...]

Apesar dos conflitos e contradições que permeiam a Política de Assistência Social, ela é um campo para o fortalecimento e construção, juntamente com seus usuários, enquanto sujeitos políticos, em busca de uma nova consciência social, na defesa intransigente dos Direitos Humanos:

A assistência Social pode ser espaço de mediação para o acesso aos bens e serviços públicos, com o objetivo de fortalecer as lutas políticas organizadas de resistência à barbárie capitalista e como espaço de mobilização para defender a emancipação política. Para tanto, é preciso reconhecer suas potencialidades reais, mas também seus aprisionamentos e funcionalidades às perspectivas conservadoras neoliberais (Boschetti, 2016, p. 20-21).

Considerações finais

Constata-se que os instrumentos de normatização e orientação da Assistência Social utiliza de categorias como matricialidade sociofamiliar e territorialização para direcionar o trabalho essencial da Política, que apesar de extremamente relevantes para a construção do SUAS, não fomentam explicitamente o debate de classes sociais na regulamentação do sistema, que deve ser sustentado por seus trabalhadores e seus usuários como arena de tensionamentos ao Estado, para ampliação dos direitos, da participação democrática e contra todos os tipos de violações.

Conclui-se que a Política de Assistência Social em si mesma, não garante a proteção social estatal e não deve ser dimensionada como capaz de acabar com a exploração e as manifestações da questão social, pois não possui condições concretas de superação da desigualdade social, por ser um cenário estrutural e conjuntural, de responsabilidade compartilhada entre distintas Políticas Sociais.

Ainda assim, através da intervenção profissional, com uma perspectiva emancipatória, educativa, pautada nos princípios éticos fundamentais, que socializa e não individualiza as demandas, pode ser uma esfera de construção coletiva, mediação, catalizador da participação dos sujeitos, mobilizador das lutas sociais, defensor intransigente da garantia dos direitos humanos e instrumento de transformação social.

Referências

BOSCHETTI, I. **Assistência Social e trabalho no capitalismo**. 1. ed. São Paulo: 2016.

BOSCHETTI, I. **A Assistência No Capitalismo Contemporâneo E Tensões No Trabalho De Assistentes Sociais**. São Luís: 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA**. Brasília, 1990.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes**. Brasília, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990. Vide Lei nº 8.689**. Brasília, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm>. Acesso em: 31 out. 2023c.

BRASIL. **Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS**. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 9 maio. 2023.

BRASIL. **Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais**. Brasília, 2013. Disponível em: <www.mds.gov.br>.

BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social - PNAS**. Brasília, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. **Resolução Nº 33, de 12 de Dezembro DE 2012**. Brasília, 2012.

COUTO, B. R. Assistência social: direito social ou bem-estar? **Serviço Social & Sociedade**, n. 124, p. 665-677, dez. 2015.

COUTO, B. ROJAS. Protagonismo popular, subalternidade e direito ao trabalho: consensos e dissensos no debate da assistência social. Em: VERAS (Ed.). **Sistema Único de Assistência Social em perspectiva: direitos, política pública e superexploração**. São Paulo: 2014.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Secretaria Nacional de Assistência social. **Caderno de Orientações PAIF e SCFV**. Brasília: 2016.

DIEESE, D. I. DE E. E E. S. Custo da cesta diminuiu em 10 capitais. p. 1-5, 2023.

FAO; IFAD; UNICEF; WFP; WHO. **The State of Food Security and Nutrition in the World 2023**, Roma: 2023.

IBGE. **Desemprego Brasil**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. Acesso em: 9 ago. 2023a.

IBGE. **Informalidade**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>>. Acesso em: 14 ago. 2023b.

MOTA, A. E.; MARANHÃO, C. H.; SITCOVSKY, M. As tendências da Política de Assistência Social, o SUAS e a formação profissional. Em: CORTEZ (Ed.). **O mito da Assistência Social: ensaios sobre Estado, Política e Sociedade**. 4. ed. São

Paulo: 2010.

NOB-RH/SUAS: Anotada e Comentada. Brasília: 2011.

BRASIL. **Lei 12.435 de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº8.742 de 7 de dezembro de 1993.** Brasília: 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: 1998.

RAICHELIS DEGENSZAJN, B.; COUTO, R.; CARMELITA, M. O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: apresentando a pesquisa, problematizando a política social. **Revista de Políticas Públicas Universidade Federal do Maranhão.** São Luís: 2012.

SITCOVSKY, M. Particularidades da expansão da Assistência Social no Brasil. Em: CORTEZ (Ed.). **O mito da Assistência Social: ensaios sobre Estado, Política e Sociedade.** 4. ed. São Paulo: 2010. p. 147-179.

SPOSATI, A. **A Assistência na trajetória das Políticas Sociais brasileiras: uma questão em análise.** 11. ed. São Paulo: 2010.

TEIXEIRA, S. M. Trabalho social com famílias na Política de Assistência Social: elementos para sua reconstrução em bases críticas Social. **Revista Serviço Social.** Londrina: 2010.

PROGRAMAS SOCIOEDUCATIVOS Y TERAPÉUTICOS EN LME A FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. INTERVENCIÓN CON NIÑOS Y JÓVENES CON NECESIDADES DE APOYO EDUCATIVO

Raimundo Castaño Calle

Profesor Titular / Área de Atención a la diversidad y educación inclusiva / Facultad de Educación/ Universidad Pontificia de Salamanca/ España

Fernando González Alonso

Profesor Titular/ Área de Didáctica General/ Facultad de Educación/ Universidad Pontificia de Salamanca/ España

Resumen:

Lar Marista de Ermesinde (LME) es una Institución de Solidaridad Social sin fines lucrativos y de utilidad pública. Es una casa de acogida residencial especializada y terapéutica para niños y jóvenes de ambos sexos con alteraciones graves o severas, con retrasos en su desarrollo, limitados en el normal funcionamiento de las actividades diarias que se encuentren en situación de peligro de acuerdo con la Ley de Protección de la Infancia y la Juventud (artículo 3 de la Ley 147/99, de 1 de septiembre, con las modificaciones introducidas por la Ley n.º 142/2015, de 8 de septiembre) y con una medida de fomento de la protección de la acogida residencial, con el fin de proporcionarles cuidados para su desarrollo integral. Busca proporcionarles los medios para su educación integral dando preferencia a los niños y jóvenes más desfavorecidos, excluidos de la sociedad, que no tienen acceso a la escolarización, a la atención de la salud, a una vida familiar equilibrada o a la educación en valores. Adopta los postulados educativos defendidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008). La intervención educativa en LME aplica su modelo educativo especializado basado en programas de actividades lúdico-ocupacionales y funcionales; de desarrollo personal y social y de intervención con las familias, a través de equipos educativos, técnicos y de apoyo.

Palabras clave: Programas socioeducativos; Programas terapéuticos; Solidaridad social; Atención especializada/terapéutica; Desarrollo integral; Protección de la infancia; Necesidades de apoyo educativo; Derechos Humanos; Derecho educativo.

Introducción

Para el desarrollo del artículo se siguieron los documentos del Hogar Marista de Ermesinde y de la Fundación Champagnat, que citamos en las referencias.

La LME es una Institución Privada de Solidaridad Social, sin ánimo de lucro y de utilidad pública, fundada por iniciativa de la Provincia Portuguesa de la Congregación de los Hermanos Maristas, actualmente Provincia Marista de Compostela.

Se presentan algunos Programas Socioeducativos y Terapéuticos que se aplican en LME dentro de un Modelo educativo propio que busca la formación y supervisión en un ambiente seguro y protector, mediante intervenciones educativas con los niños y adolescentes para fomentar valores como el respeto, la dignidad, la autonomía, la libertad, la participación, la inclusión, la igualdad de oportunidades, la identidad, la seguridad, la privacidad, etc.

La comunidad apoya con instituciones que promueven la salud, la educación, el deporte y lo lúdico. Algunas universidades también apoyan al LME con formación, voluntariado, aprendizaje servicio, recursos y materiales.

La evaluación de los conocimientos, procedimientos y destrezas utilizadas, los valores, actitudes y resultados adquiridos, determinará el grado de consecución del Modelo con sus Programas de intervención. Los objetivos que busca el Modelo educativo con sus Programas son:

Objetivos

- Acoger niños y jóvenes con deficiencias o dolencias crónicas, con necesidades de apoyo educativo, proporcionándoles un desarrollo integral en colaboración con la familia, inspirados en los valores educativos de Marcelino Champagnat.
- Aplicar un Modelo educativo propio mediante la intervención educativa y especializada en Programas de actividades lúdico-ocupacionales y funcionales; de desarrollo personal y social y de intervención con las familias, con la ayuda de los equipos educativos, técnicos y de apoyo.
- Promover estrategias de participación, de refuerzo, de autoestima, de valorización y de autonomía personal y social, asegurando las condiciones de estabilidad necesarias para el refuerzo de su capacidad autónoma y para la organización de actividades de la vida diaria.

Valores (Filosofía educacional)

LME se guía por los principios educativos de la Pedagogía Marista y participa en la misión social de la Iglesia Católica, que son las fuentes dinámicas de su acción educativa y apostolado. Una obra social católica, que responda a los desafíos de la infancia y de la juventud, especialmente a los más necesitados, a la manera de María (sencillez, presencia, ternura y acogida) y que fomente el espíritu de familia al estilo de Marcelino Champagnat;

La Educación Integral que, en palabras de Marcelino Champagnat, fundador de la Pedagogía Marista, es formar “buenos cristianos y ciudadanos virtuosos”, propone perseguir objetivos definidos relacionados con los valores humanos, el desarrollo progresivo y las aspiraciones de los niños y jóvenes, indicándoles los medios para que puedan construir su propio Proyecto de Vida.

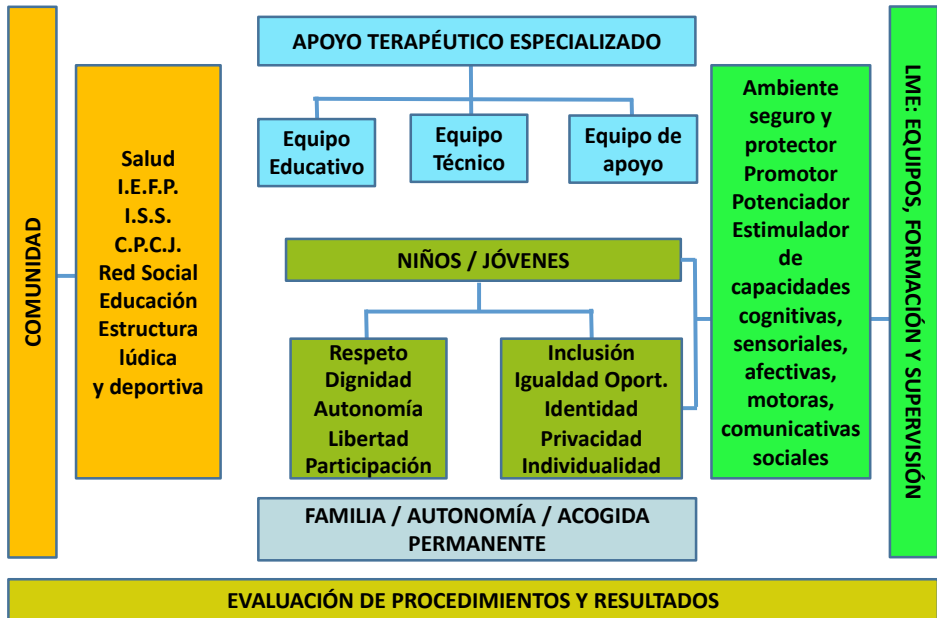
LME pretende desarrollar en los niños y jóvenes, un ambiente seguro y de protección; un espacio que potencie y estimule sus derechos y capacidades motoras, sensoriales, cognitivas, comunicativas, emocionales y sociales. Se destacan los valores propios de una obra social católica, hacia los más necesitados, el trabajo en equipo y en red y a modo de familia.

Modelo educativo y de intervención especializada

LME invierte en modelos educativos y de intervención adecuados para niños y jóvenes, que resultan de la realidad social actual. De acuerdo con Gomes (2010) y Del Valle y Zurita (2005), estos modelos, deben promover una intervención que fomente la autonomía de los niños, una intervención individualizada e integral. Se trata de una intervención biopsicosocial, en la que se satisfacen todas las dimensiones y necesidades del niño en su conjunto. Una intervención con planes socioeducativos y planes de intervención que permitan la realización de proyectos de vida lo más parecidos posible a su entorno natural. Por lo tanto, en la elaboración de estos proyectos de vida, la perspectiva de la integración del niño está siempre presente. El contexto educativo emerge como primordial en esta integración. Con el objetivo de una educación inclusiva, que apunta a “la equidad educativa, entendida como la garantía de igualdad, tanto en el acceso como en los resultados”, LME asegura la integración de los niños/jóvenes acogidos en una respuesta adecuada a la diversidad de características y necesidades de estos (Calle, & Alonso, 2023), así como promover su desarrollo integral.

Siempre desde una perspectiva integradora, la familia del niño/joven emerge como fundamental.

Figura 1 Modelo educativo en LME



Fuente: elaboración propia a partir de LME en Modelo socioeducativo y terapéutico de intervenção, p. 20.

El acogimiento residencial no puede ser, sin embargo, una ruptura de vínculos, una ruptura radical y definitiva con la familia. El niño tiene derecho a una intervención específica con su familia para que pueda minimizar o superar sus debilidades, fortalecer sus habilidades, con miras a la futura reunificación familiar. Con referencia específica a los niños y jóvenes con discapacidad y/o enfermedades crónicas, la familia destacada, según varios estudios, como un papel decisivo en el éxito de un proceso de rehabilitación. Los efectos positivos del apoyo psicosocial proporcionado por los padres se han mencionado especialmente en el caso de los niños y jóvenes con discapacidad y/o enfermedades crónicas; El apoyo emocional y social constante aumenta las habilidades para hacer frente a las tareas adaptativas asociadas con la discapacidad/enfermedad crónica y reduce los síntomas depresivos.

Hablar de niños y jóvenes con alteraciones o alteraciones en las funciones o estructuras del cuerpo y/o con retraso severo en el desarrollo y/o enfermedad crónica es hablar de una realidad de carácter poliédrico y complejo que tiene implicaciones a nivel teórico, en términos de delimitación conceptual, y a nivel práctico, en el campo de las intervenciones. De hecho, los cambios o alteraciones en las funciones o estructuras del cuerpo, el retraso severo del desarrollo o las enfermedades crónicas pueden evolucionar de diferentes maneras (es decir, pueden ser progresivas, regresivas o estables) y

manifestarse a través de diferentes gradaciones de su gravedad y efectos. Por lo tanto, la acogida de niños y jóvenes con necesidades especiales requiere que los servicios consideren aspectos que van mucho más allá de la promoción normal del desarrollo de las habilidades y destrezas del niño/joven. La desventaja en la que se encuentran debido a sus discapacidades, necesidades específicas de atención sanitaria, falta de experiencia en la realización de actividades de la vida diaria, puede llevar a grandes déficits de participación y aislamiento social. Además del niño/joven en acogimiento familiar, existen dificultades inherentes a factores relacionados con el contexto institucional, la ausencia de familia y los riesgos en la calidad de las interacciones (Donkervoort, 2008; Mansell y Beadle-Brown, 2004).

Aunque cada uno de los siguientes Programas de intervención tiene su propio desarrollo secuencial, todos están interrelacionados, es decir, el progreso en un Programa puede afectar el progreso en otro.

Los niños y los jóvenes son el centro de la intervención: el respeto, la dignidad, la autonomía, la libertad, la participación, la inclusión, la identidad, la seguridad, la privacidad, la individualidad y la igualdad de oportunidades guían el trabajo en LME, apoyados por un equipo de personas, reconocidas, que trabajan con sentido de misión.

Programas de intervención

El Modelo educativo especializado propio se concreta en intervenciones educativas en base a estos principales Programas:

Figura 2 Programas de Intervención especializada en LME



Fuente: elaboración propia

1. Programa de actividades lúdico-ocupacionales.

Este Programa está diseñado para implicar a los niños/jóvenes en actividades con un fin ocupacional y de ocio, teniendo en cuenta sus intereses y deseos, proporcionando momentos de bienestar, aumentando los niveles volitivos y promoviendo la motivación. Las actividades se realizan preferentemente después del horario escolar, durante los fines de semana y durante las vacaciones escolares.

Este Programa incluye los siguientes talleres: taller de horticultura, taller de informática y nuevas tecnologías, taller de expresión plástica, taller de cine, taller de expresión dramática y corporal, taller de música, taller deportivo y taller de cocina.

Además de los talleres en un contexto institucional, el Programa de actividades recreativas y ocupacionales, teniendo en cuenta los intereses y deseos de los niños/jóvenes, incluye la integración en actividades en la comunidad, siempre que sea posible. Las áreas mencionadas se consideran prioritarias, y otras pueden considerarse de acuerdo con las especificidades de los niños y la disponibilidad del hogar de atención residencial y los servicios comunitarios.

El equipo encargado será el equipo técnico y el equipo educativo. Para la implementación de este Programa, se establecen algunos acuerdos y/o Programas con la comunidad local a fin de llevar a cabo la puesta en marcha y el seguimiento de las actividades inherentes.

Las actividades lúdico-ocupacionales con fines terapéuticos tienen como objetivo estimular las capacidades del niño/joven, involucrándolo en actividades significativas y motivadoras que promuevan el desarrollo de sus habilidades.

Como tal, los resultados esperados en este Programa incluyen mejoras en áreas como: *motora* (coordinación motora), *sensoriomotora* (función táctil), *cognitiva* (atención y secuenciación), *perceptiva* (percepción visual), *conductual* (seguir reglas), *comunicativa y social* (a través de la interacción con los demás y el trabajo en equipo que a menudo se requiere en este tipo de actividades) y *emocionales* (motivación y promoción de un estado de ánimo positivo). Las actividades lúdico-ocupacionales también juegan un papel importante en el desarrollo de la autoconfianza, la aceptación y el autoconocimiento, así como en el fortalecimiento del sentido de cohesión grupal, que, teniendo en cuenta a los destinatarios del proyecto y el contexto en cuestión, será un aspecto determinante para el desarrollo personal de cada niño/joven que viva en la residencia.

Otros objetivos de este Programa son los siguientes: 1) Mejorar la participación en actividades productivas y recreativas; 2) Potenciar la participación en actividades con relevancia terapéutica para cada niño/joven; 3) Promover la oportunidad de elegir y participar en actividades significativas; 4) Promover y mantener las habilidades motoras, sensoriales, cognitivas, co-

municativas, emocionales y sociales; 5) Promover el aprecio de los niños y jóvenes; 6) Promover la socialización y la inclusión social.

2. Programa de actividades funcionales.

Dicho Programa tiene como objetivo involucrar a los niños y jóvenes en actividades de la vida diaria (por ejemplo, vestirse y desvestirse, alimentación, higiene y cuidado personal, movilidad funcional y cuidado de dispositivos personales), actividades instrumentales de la vida diaria (por ejemplo, uso de dispositivos de comunicación, movilidad en la comunidad, gestión financiera, preparación y limpieza de comidas, procedimientos de seguridad y respuestas de emergencia y compras) e introducción y capacitación de apoyo de acuerdo a las necesidades de cada niño/joven. Este Programa supone la implicación constante del equipo técnico y del equipo educativo, con el fin de ajustar el apoyo prestado y promover la máxima independencia de los niños/jóvenes.

Teniendo en cuenta que la intervención propuesta en este Programa atiende a varios aspectos, se espera que permita a los niños/jóvenes mejorar significativamente su funcionalidad, a través de la promoción de sus capacidades restantes y el uso de productos de apoyo y otras adaptaciones.

Se pretende que todos los niños/jóvenes disfruten de todos los productos de apoyo necesarios para la realización de las distintas actividades y ajustados a sus características individuales, utilizándolos de forma independiente; y que todos los espacios involucrados en las actividades estén adaptados para que los niños/jóvenes se muevan de manera segura y exitosa.

Otros objetivos del Programa, complementarios al anterior, son: 1) Promover y mejorar la autonomía e independencia en las actividades de la vida diaria; 2) Promover y mejorar la autonomía e independencia en las actividades instrumentales de la vida diaria; 3) Aumentar la responsabilidad individual; 4) Compensar las limitaciones mediante el uso de productos de apoyo; 4) Promover la autoestima y la autoeficacia; 5) Implementar las estrategias necesarias para la mejora del desempeño ocupacional.

Se trabaja para que, de acuerdo con sus capacidades, cada niño/joven consiga, entre otras, las siguientes habilidades: a) Ser responsable de su higiene personal (higiene bucal, lavarse y secarse el cuerpo, peinarse y afeitarse), ya sea de forma independiente o con una ayuda mínima; b) Realizar traslados de forma independiente (de la cama a la silla de ruedas y viceversa); c) Poder usar el baño y limpiarse después; d) Ser capaz de seleccionar la ropa, ponerse y desvestirse, abrocharse botones, cierres y cinturones, y ponerse los zapatos, de forma independiente o con una ayuda mínima; e) Ser capaz de alimentarse por sí mismo de forma independiente o con una ayuda mínima; f) Ser capaz de identificar y utilizar el dinero, ya sea de forma independiente o con una ayuda mínima; g) Cooperar en la gestión de la casa de acogida participando en actividades como la limpieza de la habitación (hacer la cama

y quitar el polvo), entre otras; h) Ayudar en la preparación de las comidas, por ejemplo, durante los días festivos.

3. Programa de desarrollo personal y social.

El desarrollo personal y social incluye la adquisición de habilidades y el desarrollo de herramientas que contribuyan a una adaptación positiva al contexto y entorno que lo rodea.

A pesar de las limitaciones y dificultades inherentes a las condiciones de los niños y jóvenes en acogimiento familiar, es posible desarrollar competencias adecuadas a sus capacidades y convertirlos en elementos activos de su vida cotidiana y en los diversos contextos en los que se integran.

Con el fin de promover la inclusión social y colaborar con las entidades también responsables de estos niños/jóvenes, es fundamental que la figura del gestor de casos asegure un marco y seguimiento en los ámbitos de la salud, la escuela y la inserción en la sociedad en general.

El equipo encargado será el equipo técnico y el equipo educativo. Y para la puesta en marcha de este Programa, también se propone colaborar con las diversas entidades de las zonas mencionadas, para la colaboración en la intervención realizada.

Son objetivos de este Programa los siguientes: 1) Promover el desarrollo de habilidades cognitivas; 2) Promover el desarrollo de un autoconcepto positivo y de una autoestima; 3) Promover el manejo/control emocional y conductual; 4) Promover la toma de decisiones y la resolución de problemas; 5) Promover la adquisición de habilidades sociales y relacionales; 6) Garantizar el desarrollo de la salud; 7) Asegurar el marco y el seguimiento de la escuela; 8) Garantizar la integración social después de la escolarización obligatoria; 9) Promover la inclusión social de los jóvenes; 10) Promover la igualdad de oportunidades.

En relación a los resultados esperados se trabaja para que los jóvenes sean capaces de desarrollar habilidades sociales y personales con el fin de adaptarse positivamente y adquirir una mejor calidad de vida tanto en su vida cotidiana presente como futura.

Se apuesta por que los niños/jóvenes adquieran, entre otras, las siguientes habilidades: a) capacidad de concentración y atención a las tareas; b) habilidades de comunicación; c) sentimientos positivos sobre uno mismo, la escuela y la familia; d) tolerancia a la frustración; e) autocontrol emocional y conductual; f) habilidades de resolución de conflictos; g) relaciones satisfactorias con iguales y adulto.

En definitiva, se aboga por que los niños/jóvenes alcancen su máximo potencial en los diversos ámbitos de su vida: cognitivo, comunicacional, afectivo y social. También se espera que los niños y los jóvenes integren una respuesta adecuada a sus necesidades, capacidades y potencial en los diversos ámbitos de sus vidas (escolar, de formación, sanitario).

4. Programa de Intervención Familiar.

El objetivo principal de este Programa es la reintegración familiar de los niños/jóvenes acogidos en el Hogar Marista de Ermesinde. La intervención se realiza de tal manera que los miembros de la familia asuman sus funciones parentales a través de la adquisición de habilidades personales, familiares y sociales.

El diagnóstico de la situación familiar, de los factores de riesgo y protectores, conduce a la elaboración e implementación de un plan de intervención con el fin de reparar las situaciones de riesgo psicosocial de las familias, su empoderamiento y autonomía, y la promoción de la parentalidad positiva, teniendo en cuenta el contexto social en el que se inserta la familia. El diseño, implementación y evaluación de este Programa es responsabilidad del equipo técnico.

Son objetivos de este Programa complementarios al anterior los siguientes: 1) Promover la reintegración de los niños y jóvenes; 2) Evaluar la dinámica del riesgo y la protección y las posibilidades de cambio; 3) Desarrollar habilidades parentales, personales y sociales que permitan mejorar el desempeño de la función parental de las familias; 4) Promover y reforzar dinámicas relacionales de calidad; 5) Aumentar la resiliencia familiar e individual; 6) Fortalecer la calidad de las relaciones de la familia con la comunidad, así como identificar los recursos y sus formas de acceso.

Desde una perspectiva sistémica y de red, se pretende implicar y corresponsabilizar a las familias en el desarrollo integral de sus hijos, así como valorar y desarrollar las habilidades y autonomía parental.

Dotar a las familias de las habilidades y recursos necesarios para una mejor dinámica familiar, especialmente a nivel físico, afectivo, relacional, comunitario y de organización familiar, así como fortalecer el sistema de apoyo social. Se espera que las familias sean las responsables de estructurar su propio camino, permitiéndoles conocer los problemas, factores de riesgo, protección y recursos que existen en la comunidad. En la intervención familiar, se prevé la articulación entre los diversos profesionales implicados en el trabajo con las familias y el niño/joven, es decir, la acción social local, la educación, la salud, el fomento de acciones compartidas y complementarias, facilitando el establecimiento de relaciones positivas entre las familias y la comunidad.

Conclusiones

LME invierte en modelos educativos y de intervención de la realidad social actual. Estos modelos, según Castaño y González (2021) y Gerstenhaber (2022) promueven la autonomía de los niños, de forma individualizada e integral. Es una intervención bio-psicosocial satisfaciendo las dimensiones y necesidades en su conjunto.

La aplicación de estos Programas de intervención educativa consideran al niño como centro de intervención, asumiendo los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. El respeto, dignidad, autonomía, libertad, participación, inclusión, identidad, seguridad, privacidad, individualidad e igualdad de oportunidades, son su fundamento de trabajo.

El trabajo especializado del equipo educativo, del técnico y del de apoyo, junto con la intervención de la comunidad y las familias favorecen el desarrollo integral y la autonomía desde un acogimiento y afecto permanente. La formación y el apoyo de las instancias gubernamentales, maristas y sociales con recursos humanos y materiales necesarios, garantizan la actividad profesional y vocacional de estos equipos en favor de los Derechos Humanos y de la Infancia de los niños, adolescentes y jóvenes de LME y de otros espacios educativos similares que lo requieran.

Reconocemos abierta y públicamente la profesionalidad, el buen hacer, la excelencia, la aptitud y calidad de los equipos que trabajan en los Programas de intervención dentro del Modelo educativo de LME, fieles al carisma marista de Champagnat a favor de los niños y jóvenes más necesitados.

Referencias

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos da Criança*. Resolução n.º 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959.

CASTAÑO-CALLE, R. e GONZALEZ-ALONSO, F. **Lar Marista de Ermesinde: uma obra educativa e social a favor dos direitos dos mais desfavorecidos**. En César Augusto R. Nunes et. al. (org.), *Anais de artigos completos do VII CIDH-Coimbra 2022* (p. 129-139), Vol. 7, Brasil: Brasília, 2023.

CALLE, R. C., & ALONSO, F. G. **Estrategias para abordar la diversidad en los centros educativos desde una perspectiva integral e inclusiva**. IX Congreso Internacional de Investigación en Derecho Educativo y I Congreso en Perú. *Memoria del Congreso*, 2023. <https://n9.cl/tpuik>

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Vitória: Ministério Público do Trabalho, Projeto PCD Legal, 2014.

DEL VALLE, J. e ZURITA, J. **El acogimiento residencial en la protección a la infancia**. Madrid: Ediciones Pirámide, 2005.

DONKERVOORT, M. E. (2008). **Transition to adulthood: validation of the Rotterdam Transition Profile for young adults with cerebral palsy and normal intelligence**. *Developmental Medicine & Child Neurology*, 51, 53-62.

GOMES, I. **Acreditar no futuro**. Lisboa: Texto, 2010.

LEI n.º 147/99. Diário da República, I.ª Série -A, n.º 204 (1999-09-01) 6115 -6132

LEI n.º 3/2008. Diário da República, I.ª Série, n.º 4 (2008-01-07) 154 -164

LEI n.º 142/2015. Diário da República, I.ª Série, n.º 175 (2015-09-08) 7198 -7232

MANSELL, J., & BEADLE-BROWN, J. (2004). **Person-Centred Planning or Person-Centred Action? Policy and Practice in Intellectual Disability Services.** Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities, 17, 1-17.

MARISTAS. **Lar Marista de Ermesinde.** Modelo socioeducativo y terapêutico de intervenção. <https://www.maristasermesinde.org/>

MARISTAS. **Fundación Champagnat.** <https://fundacaochampagnat.org/>

MARISTAS. **Maristas de Chmapagnat.** www.champagnat.org

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

UNICEF (1989). **Convenção sobre os Direitos da Crianças.** <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>

REDRUELLO, D., RIBEIRO, J., MARQUES, A., OLIVEIRA, P. **Desinstitucionalização de crianças e jovens com deficiência.** Instituto Nacional para a Reabilitação, IP, 2010.

REIS, José Oliveira. **Crianças e jovens em risco, contributos para a organização de critérios de avaliação de factores de risco.** Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação. Universidade de Coimbra, 2009.

Presenças na Internet:

Facebook: <http://www.facebook.com/maristae>

X: <https://twitter.com/LarMarista>

OBSTÁCULOS INSTITUCIONAIS À PARTICIPAÇÃO DE MULHERES FARDADAS NAS MISSÕES DE PAZ DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Denise Dantas de Aquino

Veterana de Missão de Paz na África e na Ásia. Tenente Coronel da Reserva da Polícia Militar do Distrito Federal. Pós-graduada: Gestão de Crises em Relações Internacionais e Altos Estudos em Segurança Pública. Graduada em Gestão de Segurança Pública e Licenciada em Educação Física

Resumo:

A Organização das Nações Unidas tem enfatizado a importância da participação das mulheres na prevenção, resolução dos conflitos e na construção da paz mundial. Dentre as Resoluções do Conselho de Segurança, a 1325 reafirma a necessidade de implementar plenamente o direito humanitário internacional que proteja as mulheres e meninas durante e no pós-conflito. Os trabalhos estabelecidos pelos mandatos dessa resolução, bem como as estratégias de paridade de Gênero em todo sistema da Organização, atribuem maior importância à ampliação das mulheres uniformizadas na manutenção da paz e reconhecida nas setes resoluções sucessivas para esse fim. Em 2020 o foco foi no aumento tanto na sede como nas missões, através da projeção de paridade até 2028, que imputa metas para garantir que esses componentes sejam diversificados e inclusivos para mulheres de forma sustentável. O Departamento de Operações de Paz considera um desafio externo às suas estratégias, o fato de as mulheres não estarem conscientes das oportunidades oferecidas, contudo não aponta os motivos desse desconhecimento. Afirma que alguns Estados-Membros têm poucas mulheres, o que é comumente apresentado e aceito como justificativa. A pesquisa analisa os mecanismos para aumento de mulheres fardadas e esclarece a origem dos novos e recorrentes obstáculos que afetam o direito de se candidatarem, a sua participação no processo seletivo e o seu envio propriamente dito. A produção de conhecimento teve amostragem de todos os continentes e servirão de elementos para novos mecanismos e mitigação das barreiras visíveis e invisíveis que afetam essas mulheres.

Palavras-chave: Gênero; Conflito; Mulher; Paz e segurança; Obstáculos.

Introdução

A manutenção da paz provou ser uma das ferramentas mais eficazes à disposição da ONU para ajudar os países anfitriões de missões a percorrer o difícil caminho do conflito até a paz. As operações multidimensionais surgem para manter a paz e segurança, facilitar os processos políticos, proteger civis, promover os direitos humanos e, dentre outras, a reintegração de ex-combatentes.

A crescente demanda humanitária mundial face às guerras, conflitos e pós-conflitos armados, conduz a previsibilidade de socorro prioritário à população civil, em especial às mulheres e crianças duramente afetadas pelos combates.

Diante do atual cenário cresce a pressão exercida sobre as Nações Unidas em relação à efetiva transversalidade das questões de gênero em suas políticas internas e externas, invocando uma maior participação das mulheres, principalmente nas missões de paz. Segundo a própria organização, uma maior inclusão feminina significa uma manutenção de paz mais eficaz, pois as pacificadoras ao terem um melhor acesso às comunidades, ajudam na promoção dos direitos humanos e, em especial, na proteção de civis. A sua proximidade torna possível colher informações importantes, que de outro modo seriam difíceis de se obter para melhor subsidiar o apoio aos sobreviventes.

Nesse contexto é dada uma atenção especial à necessidade de pôr em prática de forma mais incisiva a estratégia da ONU iniciada em 2020, que objetiva atingir 20% de mulheres militares e 30% de policiais em seus contingentes no terreno da missão até o ano de 2028. Há de se considerar que os mecanismos atuais voltados para ampliar a participação feminina, podem não ser suficientes para o enfrentamento de novos e recorrentes obstáculos originados nos países membros, que vetam sobremaneira a sua incorporação. Os empecilhos não só afetam a inserção de mulheres militares e policiais nos contingentes da Nações Unidas, como torna inviável a permanência de um efetivo minimamente necessário no terreno, mesmo a curto prazo.

O Departamento de Operações de Paz reconhece que existem diversas causas relacionadas ao desequilíbrio de gênero e faz constar na estratégia de paridade como um desafio de razões externas às Nações Unidas. Detalha que as políticas e práticas dos Estados-Membros restringem a participação feminina, entretanto, suas justificativas foram obtidas por uma ampla consulta feita diretamente aos países contribuintes e às mulheres que ainda se encontravam em missão naquele momento.

Dentre esses desafios apresentados como externos, o que chamou a atenção foi considerarem que há falta de consciência das próprias mulheres sobre as oportunidades de emprego oferecidos pela ONU e que alguns Estados-membros não têm mulheres suficientes disponíveis ou preparadas

para serem enviadas.

Visando um maior aprofundamento e detalhamento sobre a questão, a presente pesquisa abordou separadamente cinco grupos constituídos por veteranas, mulheres aprovadas que não foram enviadas, voluntárias que ainda não se candidataram, mulheres em missão, bem como representantes das instituições das forças armadas e das polícias. Como resultado, ficou constatado que de fato se trata de um grande desafio a ser enfrentado, mas não da forma que foi colocada em relação à falta de conscientização, ao efetivo insuficiente e tampouco ao despreparo dessas mulheres. E mesmo sendo contraditórios, tais apontamentos não eximem os atores envolvidos de suas responsabilidades no tocante ao envio de componentes fardadas.

Ir um pouco mais além do que ressaltar a importância da participação das mulheres uniformizadas nas missões, permitiu consignar em detalhes o que de fato ocorre com as mulheres que almejam participar de uma missão de paz da ONU. Detalha, ainda, como o processo de seleção se desenvolve e de que forma elas são preteridas e invisibilizadas conjuntamente antes mesmo de se candidatarem.

A seleção de mulheres uniformizadas abordada neste artigo, não se refere à candidatura aos cargos pertencentes ao Secretariado das Nações Unidas sob forma de contrato, mas sim ao destacamento individual ou em grupo às missões de paz.

Em proteção ao anonimato, as participantes da pesquisa não serão citadas como militares das forças armadas e nem como policiais. Os países partícipes também não serão identificados, salvo em um breve registro sobre a estatística de mulheres brasileiras enviadas às missões de paz até 30 de setembro de 2023.

Em se tratando de obstáculos, inicialmente, a falta de acesso ao documento oficial sobre a abertura das inscrições para o processo seletivo das missões já indicava restrições às oportunidades que teriam de serem enviadas. Isso também se estende ao efetivo masculino. Igualmente, não foi identificado o empenho efetivo das agências da ONU presentes nos países membros, para incitar *in loco*, que as instituições aumentem o envio de mulheres uniformizadas.

Concluída a identificação dos obstáculos dentre outros achados adicionais, seguem as recomendações baseadas em tudo que foi produzido em resposta aos questionários. As subdivisões ocorreram de forma a apontar os atores envolvidos no problema e apresenta as respectivas propostas para o seu enfrentamento.

Das mulheres veteranas

A nacionalidade multicontinental das veteranas das forças armadas e policiais participantes da pesquisa, proporcionou uma rica contribuição de

quem vivenciou situações semelhantes em locais e períodos diferentes, perfazendo um total de 17 respondentes, a saber: 02 Australianas, 05 Brasileiras, 01 Eslovaca, 01 Guineense, 01 Indiana, 02 Irlandesas, 01 Nigeriana, 01 Paraguaia, 02 Salvadorenhas e 01 Uruguiaia.

Das respondentes, 80% escreveram que os comandantes das instituições a que pertencem, detêm o poder de decidir se irão para as missões. Em alguns casos, antes mesmo de se inscreverem no processo de seleção já declararam que não serão autorizadas, ainda que sejam aprovadas.

Outras 20% apontaram a falta de divulgação da abertura das inscrições para o processo seletivo como um fator impeditivo e sugerem um profundo trabalho de sensibilização institucional que alcance os níveis decisórios.

Na oportunidade, questionadas sobre assédio moral e sexual, dentre as 17 respondentes 5 delas se declaram terem sido vítimas de assédio moral e uma de assédio sexual. Em relato, uma das veteranas revelou que “as mulheres nas missões são geralmente bem tratadas, mas os homens que ocupam cargos de autoridade em países onde as mulheres não são valorizadas, acreditam, por sua vez, que podem tratar as mulheres de outros países com o mesmo desprezo e se envolverem em ações discriminatórias”.

Outra expõe “que alguns homens são desrespeitosos com as mulheres, sem que haja consequências para eles”. E ao questionarem sobre as providências cabíveis, obtiveram como resposta que “deveriam engolir tal situação, pois eram (militares ou policiais)”¹. Outro fato que chamou muita atenção foi o relacionado a um “comportamento que se tornou muito comum na missão, onde alguns homens casados se declaram solteiros com a intenção de manterem um relacionamento durante a missão”.

Nas declarações sobre diversas experiências vividas pelas veteranas foi possível observar alguns fatores relacionados à má gestão das políticas de retenção no ambiente de trabalho. Entretanto, em nenhuma das circunstâncias houve qualquer relato de que tenham tido dificuldades no enfrentamento dos problemas insalubres, muito comuns nos países devastados.

Oportunamente relataram que seus superiores nos países de origem não enxergam a importância de uma missão de paz e tampouco reconhecem a relevância da participação das mulheres. E de tudo que foi exposto há de se reconhecer que além das vivências, as veteranas demonstraram que carregam consigo a certeza de haverem contribuído para paz mundial.

Das mulheres aprovadas e não enviadas às missões de paz

Em garantia do anonimato, as declarações não as identificarão como militares das forças armadas ou policiais, bem como a contextualização não será necessariamente fruto de um relato individual.

1 Para a garantia do anonimato, o relato não identificou ser militar das forças armadas ou policial.

Em pergunta exclusiva foram unânimes em responder que há pouca divulgação do processo seletivo e em comentários adicionais acrescentaram que os documentos elaborados pelas instituições ligadas às candidatas não informam o número de vagas, contudo é muito comum declararem informalmente que sempre sobram vagas. Que os documentos oficiais enviados às instituições são transcritos e divulgados somente quando há interesse dos comandantes.

As declarações desse grupo em particular, foram providas de indignação pelo fato de haverem conseguido se candidatar em tempo hábil, sido aprovadas em todo processo de seleção da ONU denominado SAAT², se submetido ao treinamento específico, realizado exames médicos e por fim não terem sido enviadas para as missões de paz. E em relação ao motivo, foram unânimes em afirmar que nenhuma das instituições envolvidas lhes deram quaisquer justificativas. E no decorrer dos dois anos de validade da seleção questionaram se seriam enviadas e nunca obtiveram respostas.

As que confirmaram autorização dos respectivos comandantes, declararam não haver transparência no processo de envio. Que as profissionais ficavam com suas vidas estacionadas aguardando algo que não aconteceria. Acrescentaram que em 2018 várias voluntárias concluíram todas as etapas e não foram enviadas.

Dentre as inúmeras declarações essa foi reveladora ao ser mencionado que fez seu primeiro SAAT em 2017, que recebeu indicação para missão de paz, enviou todos os documentos, incluindo a autorização de seu comandante, que realizou uma entrevista por telefone e não foi enviada. Que no ano seguinte, mesmo estando habilitada, se submeteu ao SAAT sendo novamente aprovada, contudo, no começo de 2020 ainda sob a validade da seleção, lhe informaram que seria enviada para uma missão na África juntamente com outra oficiala. “Que naquele período se preocupou em não engravidar, que rompeu um bom relacionamento por ele ser contra e deixou de viver esperando por algo que sonhou muito e não aconteceu”. E para sua surpresa, foi afastada do local de trabalho, retiraram-lhe a função, provocando um profundo sentimento de frustração. E por fim, teve que firmar um acordo com seu comandante para voltar a trabalhar sob a condição de renunciar à missão de paz.

Tais relatos demonstram a inexistência de um mecanismo de controle e fiscalização sobre as instituições direta e indiretamente envolvidas na divulgação do processo de seletivo, abertura das inscrições e envio das aprovadas em todas as fases. Situação agravada pela omissão e obstrução de informações em resposta às candidatas inscritas, aprovadas e não enviadas. Ademais, não houve nenhum relato que abonasse a probidade da aplicação das provas de idioma, tiro prático, montagem e desmontagem de armamento, direção

2 Selection Assistance and Assessment Team (SAAT) sigla em inglês, da equipe da ONU encarregada da aplicação de testes a militares e policiais para as missões de paz.

veicular 4x4 e informática.

Das mulheres voluntárias que não se candidataram

Inicialmente parecia dispensável avaliar o que diriam as voluntárias que ainda não se candidataram, entretanto, foram elas que apontaram um invisível obstáculo que surge antes mesmo dessas mulheres oficializarem o seu voluntariado. A começar pela ausência de um edital próprio, percebe-se que a falta de divulgação do processo seletivo pelas instituições parece ser um dos claros obstáculos que impedem as mulheres de se candidatarem. As respondentes foram unânimes em afirmar que não há empenho institucional em divulgar amplamente as informações sobre o processo seletivo e tampouco motivá-las a participarem de uma missão de paz.

Outro dado importante é que nem mesmo a existência de um sistema eletrônico de informações em algumas instituições, têm favorecido o aumento do número de mulheres inscritas, pois os pré-requisitos e abertura das inscrições ocorrem quase que intempestivamente.

Nos relatos elas sugerem, inclusive, que deveriam utilizar o sistema eletrônico para enviar tais informações para todas no modo individual, o qual permite que possam comprovar o recebimento e por esse mesmo sistema se inscreverem eletronicamente, evitando a elaboração manual de listas editáveis contendo os nomes das inscritas. Não foram isolados os relatos de mulheres que procuraram as diretorias para se inscreverem e nunca obtiveram retorno e nem a comprovação da inscrição.

Das mulheres uniformizadas em missão

O relato sobre a falta de ampla divulgação do processo seletivo também se fez presente entre as mulheres em missão, afirmando ser esse um dos obstáculos que impedem o envio de mais mulheres para o terreno. Em complemento, foi relatado que a abertura das inscrições para o processo seletivo do qual participou, foi divulgada por um aplicativo, em um grupo pertencente ao gabinete do comando, cujas informações eram oriundas de um *print* da tela de um computador, enviado no último dia, uma hora antes do término das inscrições.

Na oportunidade relataram a falta de apoio institucional em relação ao desembarço alfandegário para a condução equipamentos balísticos, armamento e munições. Que em particular, não recebeu passaporte diplomático, o qual foi emitido aos outros pertencentes ao mesmo processo seletivo em seu país. Que o treinamento recebido no país de origem foi ministrado no idioma diferente ao que fora aprovada.

Ao serem questionadas sobre a existência de assédio moral e sexual na missão, uma afirmou haver sido vítima de ambos, porém descreveu apenas o assédio sexual sofrido, mesmo tendo-lhe informado ser casada e estar usan-

do sua aliança de compromisso ostensivamente.

Em mensagem às que ainda não foram enviadas, uma concita “que avaliem suas metas e objetivos de vida, pois considera a missão como um chamado. E assim sendo, todas as dificuldades e desafios serão enfrentados e ao final nos sentimos mais fortes! Que o trabalho é muito gratificante ao perceber que o bom resultado impactará na vida de homens, mulheres e crianças que sofrem com o conflito que assola o país”.

Das instituições entrevistadas

Por garantia do anonimato, a origem das 7 (sete) instituições entrevistadas não serão identificadas. As participantes são direta e indiretamente envolvidas no processo seletivo de militares e policiais nos países membros.

Há de se ressaltar que essas instituições são responsáveis pela divulgação, inscrições, aplicação dos testes, treinamentos específicos e outras providências burocráticas, contudo não fazem parte do alto escalão de representação, nem mesmo respondem como Governo de Estado em seus países, mas na ausência de um acurado acompanhamento e fiscalização de quem deveria fazê-lo, são as instituições mais próximas das candidatas que detêm o poder de decisão.

Como participantes diretamente ligadas às candidatas, 100% das instituições afirmaram existir apenas a emissão de documentos físicos que mencionam o interesse da ONU sobre o aumento da participação das mulheres nas missões de paz. Que desconhecem qualquer ação ou campanha institucional de incentivo à participação feminina, que não há mobilização institucional para este fim e não constataram a participação da ONU Mulher sob nenhum aspecto.

Citaram que a falta de divulgação é um dos fatores adversos que mais contribui para baixa participação das mulheres. Expuseram ainda, que apenas replicam os ofícios recebidos e só repassam as informações se “o comando tiver interesse”.

Envio de brasileiras às missões de paz ONU

A primeira participação do Brasil em missão de paz da ONU iniciou-se em 1947 juntamente com os demais Estados Membros. Todavia, a primeira participação feminina ocorreu somente em 1992, ano em que as primeiras brasileiras foram enviadas, retratando um intervalo temporal de 45 anos.

Outro dado relevante publicado pelo Instituto Igarapé em seu Artigo Estratégico 44 sobre mulheres brasileiras em missões da ONU, informa que de 1992 a 2019, dos 48.163 brasileiros, apenas 338 eram mulheres pertencentes às forças armadas e policiais.

Em 30 de setembro de 2023 a Subchefia de Operações Internacionais da Chefia de Operações Conjuntas do Ministério da Defesa, divulgou os da-

dos das mulheres enviadas no corrente ano, perfazendo um total de 339 brasileiras enviadas até a referida data.

Recomendações

As recomendações foram subdivididas por temas com o objetivo de identificar com mais especificidade os obstáculos que afetam o aumento do envio de mulheres uniformizadas e somar-se aos mecanismos já existentes de forma colaborativa para construção de estruturas mais consistentes para o devido enfrentamento dessas barreiras, num formato mais incisivo, coerente, justo e sustentável.

Dos documentos emitidos pela ONU às instituições

- Que o documento oficial emitido pela ONU referente ao processo seletivo seja traduzido pelo órgão competente, divulgado mediante edital informando o número de vagas e todas as informações necessárias às inscrições. Devendo constar orientações às instituições para que fiscalizem a ampla divulgação e extingam o problema da intempestividade.

Da garantia das inscrições pelas instituições

- Que o processo seletivo seja divulgado mediante Edital de forma a garantir o direito das mulheres militares e policiais de se inscreverem, realizarem todas as fases das provas regulamentares e o estágio preparatório.
- Que as instituições responsáveis pelo processo seletivo desenvolvam um mecanismo eficiente de fiscalização ao cumprimento do edital, que a ampla divulgação seja comprovada, que o acesso ao processo seja irrestrito e que ocorra em tempo hábil com vistas a garantir a participação de todas as voluntárias sem qualquer discriminação.
- Que as instituições diretamente ligadas ao efetivo feminino utilizem o sistema eletrônico de informações (SEI) ou outro modo de ampla divulgação de forma a permitir que acusem o recebimento individualmente, do mesmo modo em que ocorrem as convocações para os atos de serviço e cursos mandatórios. Tudo em tempo hábil.
- Que a lista das inscritas seja publicada em documento oficial para a devida conferência, fiscalização e que não seja passível de alteração ou qualquer tipo de interferência, garantindo-lhes a plena participação.
- Que as instituições diretamente ligadas às candidatas criem uma

rede de difusão afim de ampliar, fiscalizar e reforçar os meios de divulgação.

Da garantia de envio das aprovadas pelos países membros

- Que o resultado seja publicado em documento oficial e que não seja passível de alteração ou qualquer tipo de interferência.
- Que todas as aprovadas nas provas de idiomas, tiro prático, direção veicular de tração e informática, tenha garantido o seu direito de concluir as demais etapas, incluindo o Estágio Preparatório, caso ainda não o tenha realizado.
- Que as orientações e providências a serem tomadas pelas instituições envolvidas no desdobramento das mulheres uniformizadas ao terreno da missão, sejam mais efetivas a fim de evitar problemas que possam atrasar ou prejudicar, de alguma forma, o envio à missão.
- Que as instituições deixem de utilizar a alegação de efetivo insuficiente de mulheres, a fim de impedir o envio de mulheres uniformizadas às missões de paz das Nações Unidas e que tal escusa seja contra-argumentada em favor do aumento do contingente feminino nos países membros.
- Que o cumprimento de cada etapa do processo seletivo seja informado aos mais altos escalões superiores e órgãos diplomáticos dos países-membros, os quais são os responsáveis finais pela contribuição de contingente militar e policial junto às Nações Unidas.
- Que seja criada fontes de dados para controle do número de inscritos, aprovados e enviados às missões, discriminados por gênero.
- Em caso de desistência, que seja declarada por escrito, assinada e publicada em documento oficial.

Reforço de capacitação nos países membros e no terreno da missão

- Para fins de conscientização, que sejam incluídos nos treinamentos e estágios, temas sobre as diversidades culturais dos países contribuintes, incluindo o sistema de monogamia e poligamia.
- Que sejam abordados temas relacionados à sororidade feminina e empoderamento das mulheres, de forma a prevenir e enfrentar a subnotificação de assédio moral e sexual cometidos contra as mulheres de farda, no terreno da missão.

ONU Mulheres

- Que a ONU Mulheres reforce seus mecanismos de aproximação,

sensibilização e conscientização junto às instituições das Forças Armadas e Policiais sobre a importância de aumentar o envio de mulheres uniformizadas às missões de paz, sobretudo em relação às metas previstas na estratégia de paridade 2020/2028.

- Que amplie e intensifique seus meios e canais de comunicação para além dos recursos digitais, com o objetivo de alcançar o maior número de mulheres uniformizadas com as informações sobre o processo seletivo do SAAT, e por consequência influenciar no aumento do número de inscritas e habilitadas para as missões, individualmente, como não contratadas pela ONU.
- Que identifique e notifique às instituições sobre a existência de obstáculos que impedem o envio e a manutenção de um efetivo regular de mulheres no terreno da missão. E que a falta de efetivo seja considerada uma motivação para o aumento do contingente e não um fator impeditivo.
- Que ouçam regularmente e com mais propriedade o que as veteranas têm a dizer quanto às experiências vividas no terreno da missão para delinear novas práticas e lições aprendidas em colaboração à retenção de mulheres no terreno.

Registro e controle de dados pelos órgãos competentes

- Para fins de acompanhamento e melhoria do controle estatístico do envio do contingente feminino uniformizado, recomenda-se que o quadro informativo dos países-membros sobre o envio às missões, discrimine quantas são militares das forças armadas e quantas são policiais.
- Que seja emitido e devidamente numerado o recibo de inscrição para o SAAT e que as aprovadas recebam o certificado de aptidão.
- Que seja publicado em documento oficial os nomes das habilitadas ainda não enviadas e respectiva data de validade.
- Caso não seja enviada que faça constar as justificativas em documento oficial e seja encaminhada cópia para o DPKO.

Departamento de Operações de Paz da ONU

- Que o Departamento de Operações de Paz (DPO) reavalie e deixe de considerar como desafio externo às estratégias de paridade 2020/2028, a justificativa habitualmente apresentada por alguns Estados Membros e comumente aceita, de que não têm mulheres suficientes disponíveis ou preparados para as missões, bem como não estão conscientes sobre as oportunidades de emprego da ONU, lembrando que esses argumentos foram subtraídos das pesquisas realizadas diretamente aos países membros e mulheres

que ainda se encontravam nas missões.

- Que avaliem acuradamente o grau de sensibilização, conscientização e empenho na produção de resultados pelos adidos militares representantes dos países membros, em relação ao aumento do número de mulheres uniformizadas nas missões de paz da ONU.
- Em face à recusa de contingente uniformizado pelos países degradados pelas guerras, lhe seja apresentada a opção de receber tropas uniformizadas exclusivamente femininas em socorro às mulheres, crianças e idosos.
- Que concite aos países membros a não medir esforços no reforço de capacitação voltada aos grupos vulneráveis, enfatizando o auxílio às pessoas afetadas por catástrofes ou origem humana.
- Que otimize e acompanhe com a máxima proximidade possível as condições de trabalho e o desempenho profissional das mulheres uniformizadas a fim de traçar um perfil fidedigno e replicável às missões de paz.

Conclusão

De tudo que foi analisado, a inexistência de campanhas institucionais, a falta de ampla divulgação sobre do processo seletivo, acesso restrito ou não garantido ao ciclo completo de seleção do SAAT e a centralização do poder de decisório nas mãos dos superiores mais próximos às mulheres, revelaram ser obstáculos recorrentes e potencialmente impeditivos, os quais foram repetidas vezes consignados no decorrer da pesquisa.

Verificar que nem todas as mulheres uniformizadas têm garantido o direito de se inscreverem, concluírem todo ciclo do processo seletivo e serem enviadas para missão de paz, nos conduz à reflexão sobre o real alcance dos mecanismos e estratégias criadas para o aumento da participação feminina.

Espera-se que as campanhas institucionais para o aumento da participação da participação feminina passem a existir de fato e de direito, e que sejam constatadas *in loco* pelas agências da ONU presentes nos países contribuintes, suscitando, inclusive, a elaboração de mecanismos de fiscalização e acompanhamento de todas as fases até que cheguem na missão.

Que as justificativas interpretadas como desafios externos na Estratégia de Paridade pelo próprio DPKO de que “alguns Estados-Membros não têm mulheres suficientes ou preparadas para serem destacadas”, sejam reavaliadas pelo fato de induzirem à ideia de que elas são as responsáveis pelo problema e com isso se perde o fundamento, pois quando as instituições planejam o aumento do contingente e projetam a retroalimentação de suas tropas, as mulheres são preteridas por decisão do alto comando ou com base nas leis limítrofes ainda vigentes em alguns países membros. Da mesma forma, podem conceder espaço para julgamentos subjetivos e pessoais ao con-

siderá-las despreparadas para tarefas, as quais já desempenham há anos por força da profissão escolhida, bastando apenas adequá-las aos requisitos das missões. Sendo esse, o motivo da existência de estágios e cursos preparatórios, validados pelo SAAT.

Os relatos incisivos de mulheres aprovadas em todo processo seletivo, que de alguma forma foram impedidas de seguirem para missão, torna inconsistente a alegação de não estarem conscientes das oportunidades oferecidas pela ONU. Que o respeito profissional e a transparência estejam à frente de todo processo seletivo para que nenhuma candidata aprovada fique sem a devida resposta que justifique tal impedimento. Ademais, não foi identificado nada que abonasse a licitude e a qualidade das provas aplicadas pelo SAAT.

Do que restou comprovado, é perceptível a existência de diversos atores que influenciam direta e indiretamente no envio de mulheres, seja por sua superioridade hierárquica ou por exercerem algum tipo de ascensão direta sobre elas. Porém esses atores, além de não fazerem parte do mais alto escalão de poder e representatividade diplomática dos países membros, não poderiam eles influenciarem no resultado a ser proferido pelo Estado-Membro perante os acordos e tratativas junto à Organização das Nações Unidas.

Elencar as justificativas comumente apresentadas, não significa conhecer profundamente sua origem e tampouco que sejam aceitas facilmente, sob o risco de incorrer no caminho contraditório ao que se busca, se solidarizando ou facilitando as escusas dos que não intencionam, de fato, em contribuir com mulheres uniformizadas.

Ainda que sejam minorias, a carreira ativa das militares e policiais dura em média 35 anos. E no decorrer desse período, poder participar de uma missão de paz da ONU significa romper fronteiras e ampliar sua capacidade de servir. Entretanto, nesse longo percurso pode lhes faltar ascensão e oportunidades, mas não lhes faltarão coragem e atributos em prol da humanidade.

Referências

Estratégia de paridade de Gênero do componente Uniformizado 2018-2028. Disponível em: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/uniformed-gender-parity-2018-2028.pdf>. Acesso em: 26 nov.2023.

HUMANN, Eduarda, GIANNINE, Renata, PEREIRA, Pérola Abreu: **Mulheres Brasileiras em Missões de Paz: a coragem em dados e relatos**. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2020/01/2019-12-23-AE44_mulheres-brasileiras-em-missoes-onu.pdf página 08. Acesso em: 20 nov.2023.

Missão da ONU: Manutenção da Paz. Disponível em: <https://unric.org/pt/misao-da-onu/> Acesso em: 20 nov.2023.

Por que é importante ter mulheres pacificadoras? Disponível em: <https://peacekeeping.un.org/en/women-peacekeeping#:~:text=The%20Action%20for%20>

Peacekeeping (A4P) initiative views the Women, the number of civilian and Acesso em: 20 set.2023.

Quadro demonstrativo de designação de mulheres para operações de paz da ONU disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/copy_of_missoes-de-paz/arquivos/mulheres-missoes-de-paz/Designao-deMulheresparaOperaesdePaz300923.pdf Acesso em: 20 nov.2023.

Resolução do Conselho de Segurança da ONU 1325 de 31 out 2000. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/720/18/PDF/N0072018.pdf?OpenElement>. Acesso em: 26 nov. 2023.

HABEAS VITAE: REMÉDIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA

Elvan Loureiro de Barros Correia

Doutorando em Direito (Universidade Estácio de Sá/RJ). Mestre em Direito (Centro Universitário IESB/DF). Especialista em Jurisdição Civil (Escola da Magistratura/DF) e em Direito Público (Universidade Gama Filho/RJ). Bacharel em Direito (Candido Mendes/RJ)

Resumo:

Este artigo apresenta a pesquisa de dissertação de mestrado do autor em que foi estudada a evolução histórica e filosófica da proteção do direito à vida pelo Estado, a sociedade e a família, bem como por tratados, convenções e protocolos internacionais e suas aplicabilidades no direito interno brasileiro, com a finalidade de verificar a existência algum remédio constitucional que, por meio do mais amplo acesso à justiça e celeridade processual extrema, assegure a inviolabilidade do direito à vida, garantida no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira. Diariamente, noticia-as casos de mortes evitáveis se afastadas a dificuldade de acesso à justiça e a sua morosidade, como os que envolvem atendimento hospitalar, violência doméstica, fome e sede nas ruas, trabalho escravo, desastres ambientais previsíveis, conflitos em terras indígenas, etc. Embora existam atualmente no Brasil remédios constitucionais para proteção de diversos direitos, eles são todos incapazes de afastar o risco atual ou iminente de morte com informalidade, prioridade absoluta, celeridade extrema, gratuidade total e dispensa da capacidade postulatória, beneficiando pessoas hipossuficientes. São desenvolvidos os fundamentos jurídicos para a criação legal e jurisprudencial de um remédio constitucional específico, sob a óptica das dimensões dos Direitos Humanos e dos organismos internacionais de proteção da humanidade, sugerindo meios práticos de implementação.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Acesso à justiça; Celeridade processual; Dispensa da capacidade postulatória; Agenda 2030 ONU.

Introdução

Este artigo apresenta a pesquisa de dissertação de mestrado do autor em que foi estudada a evolução histórica e filosófica da proteção do direito à vida pelo Estado, a sociedade e a família, bem como por tratados, convenções e protocolos internacionais e suas aplicabilidades no direito interno brasileiro, com a finalidade de verificar a existência algum remédio constitucional que, por meio do mais amplo acesso à justiça e celeridade processual extrema, assegure a inviolabilidade do direito à vida, garantida no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira, bem como em diversos tratados, convenções e protocolos de direitos humanos.

São recorrentes as notícias de pessoas na iminência da morte e que ninguém pôde fazer nada para impedir que o pior acontecesse. São as diversas hipóteses de homens e mulheres que morrem nas portas dos hospitais sem atendimento médico emergencial; pessoas que sofrem violência doméstica ou familiar diariamente em suas próprias casas; indivíduos com transtornos mentais que já tentaram se matar ou estão prestes a se suicidarem; seres humanos em situação degradante de inanição por fome e sede nas ruas; trabalhadores e trabalhadoras submetidos a trabalho escravo ou de alta periculosidade sem equipamento de proteção algum; nascituros prestes a serem sacrificados por aborto ilegal; pessoas com deficiência ou incapazes, infantes e idosos em abandono material; grupos nacionais, étnicos, raciais, religiosos, minoritários ou indígenas perseguidos por genocídio; alguém com risco de vida decorrente de extradição, repatriação, deportação ou expulsão para países com pena de morte ou em guerra; cidadãos e cidadãs que padecem de maus-tratos e tortura; testemunhas ou vítimas de crime e seus familiares que necessitam de proteção do Estado durante a instrução processual; presos, reeducandos, menores apreendidos e foragidos sob ameaça de morte; bem como sujeitos que serão atingidos por desastres ambientais previsíveis ou já em andamento, decorrentes ou não da ação humana, mas que os responsáveis se mantêm inertes em evitar os danos fatais; eleitores vítimas de crimes de violação das garantias eleitorais por meio de violência ou grave ameaça à vida; vítimas de crimes militares como de periclitamento da vida ou da saúde, coação, motim, revolta e conspiração; condenados à pena de morte no caso excepcionalíssimo de estado de guerra declarada por agressão estrangeira sem o devido processo legal; ou até mesmo crimes de periclitamento da vida ou decorrentes de abuso de poder do próprio Estado.

Embora existam atualmente no Brasil remédios constitucionais para proteção de diversos direitos, eles são todos incapazes de afastar o risco atual ou iminente de morte com informalidade, prioridade absoluta, celeridade extrema, gratuidade total e dispensa da capacidade postulatória, beneficiando pessoas hipossuficientes.

Por isso, são desenvolvidos os fundamentos jurídicos para a criação le-

gal e jurisprudencial de um remédio constitucional específico, sob a óptica das dimensões dos Direitos Humanos e dos organismos internacionais de proteção da humanidade, sugerindo meios práticos de implementação.

Metodologia e diretrizes da pesquisa

A justificativa da relevância temática da pesquisa foi que há remédios constitucionais no Brasil para proteção de diversos outros direitos, como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública, contudo não há nenhum capaz de garantir o direito à vida em risco com o mais amplo acesso à justiça, beneficiando principalmente pessoas hipossuficientes.

O estudo contribui, ainda que indiretamente, a todos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da agenda 2030 da ONU. A pesquisa auxilia diretamente, pelo menos, os objetivos 2 (Fome zero e agricultura sustentável), 3 (Saúde e Bem-Estar), 4 (Educação de qualidade), 5 (Igualdade de gênero), 11 (Cidades e comunidades sustentáveis) e 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), que serão abordados forma aprofundada nesta dissertação.

Nesse contexto, o objeto da pesquisa foi constatar a inexistência de um remédio constitucional eficaz e célere para salvaguardar a vida humana, bem como criar e desenvolver o habeas vitae, como garantia da inviolabilidade do direito à vida humana em risco diante de ação ou omissão do Estado ou de particulares, com informalidade, prioridade, celeridade, gratuidade e dispensa da capacidade postulatória.

Destarte, o objetivo geral da pesquisa foi colher fundamentos jurídicos para desenvolver os contornos do Habeas Vitae, possibilitando a sua imediata aplicação prática. Os objetivos específicos são: 1) exploratórios: analisar doutrina, tratados internacionais, legislação interna e jurisprudência referentes aos remédios constitucionais e à prática processual de proteção do direito à vida. 2) descritivos: desenvolver seu conceito, distinção dos demais *writs*, seus principais aspectos jurídicos, objeto, legitimidade ativa e passiva, características, espécies, competência, etc. 3) explicativos: apresentar meios de implementação do instituto, tais como projeto de Emenda Constitucional e modelo de petição inicial para produzir jurisprudência favorável.

Por conseguinte, a metodologia da pesquisa se deu, primordialmente, com base em pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária brasileira, bem como internacional, focada na inviolabilidade do direito à vida, garantida desde a primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Assim, a hipótese inicial foi a possibilidade de utilização do rito do habeas corpus com essa finalidade como também, subsidiariamente, do mandado de segurança e do Código de Processo Civil, enquanto não for promulgada legislação processual específica.

Resultados obtidos

Foram obtidos resultados sobre a origem dos direitos fundamentais e da proteção da vida na antiguidade oriental (egípcios, hebreus e mesopotâmios) e clássica (filósofos, Grécia, Roma: habeas corpus), medievo (filósofos, *Writs* da Inglaterra), modernidade (contratualismo, Brasil), contemporaneidade (filósofos, Brasil), sindemia (COVID-19), direitos humanos (gerações).

Desde os primeiros registros escritos das civilizações conhecidas no ocidente, datados de 3100 a.C., aproximadamente, produzidos no Oriente Próximo, entre as regiões do Egito e da Mesopotâmia, já se constatava a proteção da população, ou parte dela, pelo Estado ou da própria sociedade pelos egípcios, hebreus e mesopotâmios (Maciel, 2011, p. 46)

Os filósofos Sócrates, Platão, Aristóteles e Epicuro estavam em busca de explicar a origem do universo e da vida, o princípio de todas as coisas, em busca de teorias mais racionais. Os helenistas, impulsionados pelo novo contexto social de globalização da cultura grega, acreditavam que deveriam difundir a cultura grega pelo mundo, o que deu início a uma necessidade de novas explicações e pensamentos para a nova ordem, ou novo mundo, formado por sociedades que se misturavam e deveriam assimilar a cultura grega, dando-se cada vez mais importância a proteção da vida em sociedade. (Chauí, 1985, p. 182)

Segundo o Direito Romano, os primeiros registros de pedidos por liberdade foram realizados por meio do *interdictum de libero homine exhibendo*, um instrumento contra o cerceamento arbitrário da liberdade perpetrado por terceiros destinado somente aos “*homens livres*”, por tanto, os “*servus*” não detinham esse direito. Por meio dele, era obrigatório apresentar o homem livre, ou seja, efetuar a sua exibição corporal perante o magistrado, o público e a pessoa que requereu a interdição, para que eles pudessem vê-lo e tocá-lo, cessando sua permanência em segredo. (Hanisch, 1984, p. 26).

As contribuições de Agostinho e Tomás de Aquino foram extremamente relevantes para a formação do pensamento ocidental nas mais diversas áreas, principalmente na religião cristã, que prega o amor ao próximo, o perdão e a paz, valores fundamentais para a promoção dos direitos humanos e a proteção à vida do próximo, alicerçada tanto fé, quanto na razão. (Montanelli; Gervaso, 1967, p. 167).

Embora não houvesse previsão expressa do Habeas Corpus na Magna Carta da Inglaterra de 1215, foi a partir da garantia do *due processo of law* e do regramento da legalidade nela assegurada, que passou a se desenvolver o habeas corpus. Nesse contexto, o *writ* surgiu de uma necessidade da sociedade da época de se contrapor à vontade do monarca, do Estado, e exatamente por isso não poderia ser criado por lei ou decreto, então acabou se consolidando por meio da jurisprudência, diante da grande quantidade de casos submetidos ao judiciário. (Miranda, 1980. p. 15).

Diversos pensadores como Maquiavel, Galileu, Descartes, Montaigne, Giambattista Vico, Darwin, Spencer, Hiering, Hume e Voltaire, contribuíram para as transformações ocorridas em todos os aspectos na sociedade. Os filósofos Hobbes, Locke e Rousseau se opuseram à tese de Aristóteles de que a sociedade civil teria nascido de maneira espontânea, a partir do cumprimento de certas etapas, pois para os contratualistas os homens decidem criar a sociedade porque precisavam solucionar alguns problemas como insegurança (segundo Thomas Hobbes), parcialidade dos julgamentos (de acordo com John Locke) e surgimento da propriedade privada (para Jean-Jacques Rousseau). Embora os pensamentos dos três filósofos divirjam em alguns pontos, é certo que todos defendem que o Estado é uma criação decorrente do pacto social, por meio do qual os homens decidem criar a sociedade porque precisam proteger não somente os bens, mas principalmente a vida de cada um da comunidade, direitos que, mais a frente, serão reconhecidos como direitos fundamentais. (Hauser, 2003, p. 178).

No Brasil, durante o período da escravidão, alguns códigos de processo penal estaduais previam o habeas corpus como garantia do direito, não apenas de liberdade, mas da integridade corporal e da própria vida, como os artigos 2004 e 2082 do Código de Processo Penal da Bahia. (Espinola, 1916. p. 596).

Esperança Garcia foi uma mulher, negra escravizada, que viveu numa fazenda de Algodões, que se destacou por ter sido corajosa a ponto de escrever uma carta ao governador do Piauí, em 6 de setembro de 1770, denunciando os maus tratos sofridos por ela, seus filhos e companheiras. Por essa carta, considerada o primeiro habeas corpus do Brasil, ela foi reconhecida como a primeira advogada do Brasil em 2022 (OAB, 2023).

Filósofos da idade contemporânea, como Hegel, Comte, Marx, Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida e Popper, desenvolveram ideias que transformaram a sociedade em todos os seus aspectos, inclusive jurídico, sobre o conceito e finalidade da vida, não somente no mundo, mas no Brasil.

No período da Primeira República brasileira, foi promulgada a Constituição de 1891, sob influência liberal, que, em seu art. 72, § 22, previa o habeas corpus “*sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder*” sem falar expressamente em liberdade de locomoção. Essa redação que recebeu o artigo, aliada com a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos assegurados na constituição, foram as principais razões pelas quais foi criada a Doutrina Brasileira do Habeas Corpus. (Ferreira Filho, 1999, p. 85). Após alguns julgamentos célebres consolidando o entendimento da função específica de proteger a liberdade de locomoção, defendida por Pedro Lessa e Pontes de Miranda, vencido Ruy Barbosa, a revisão constitucional de 3 de setembro de 1926, pôs fim a controvérsia ao introduzir alterações no art. 72, parágrafo 22, da Constituição de 1891, incluindo expressamente a liberdade de loco-

moção na redação do artigo. (Pontes de Miranda, 1999, p. 233). O Brasil perdeu uma grande oportunidade de incluir a proteção do direito à vida dentre as hipóteses de proteção do referido habeas corpus.

Com a sindemia de COVID-19, restou clara a necessidade de criação de um remédio constitucional para a proteção da vida, pois milhares de pessoas carentes morreram porque não tinham tempo, nem condições, de procurar a defensoria pública ou algum órgão ou entidade de assistência judiciária gratuita, para tentar ingressar em juízo com uma ação judicial.

Pode-se dizer que a proteção do direito à vida existe desde a primeira dimensão dos direitos humanos, mas a possibilidade de criação e consolidação do habeas vitae, como um instituto processual constitucional capaz de exigir dos coobrigados os deveres decorrentes desse direito igualmente, surgiu somente agora, em decorrência dos problemas sociais causados pelo desenvolvimento econômico e global e da contradição com o novo olhar valorativo dos direitos humanos atuais de quarta e quinta dimensões. Isso porque ele está sendo criado com o objetivo de garantir a efetivação do direito humano e fundamental mínimo que é o de existir com vida sem risco atual ou iminente de morrer, enquanto que a sociedade atual se preocupa com o direito à informação, ao pluralismo e direitos virtuais. Diante dessa imensa contradição que nasce a necessidade de criar uma nova forma de acesso direto, informal e instantâneo da população ao Poder Judiciário, para pleitear contra qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, de forma extremamente célere, o cumprimento do dever de salvar a vida de qualquer pessoa até que uma política pública, ação social ou familiar seja tomada para afastar, ainda que provisoriamente, o referido risco de morte.

Diversos tratados de direito internacional protegem expressamente o direito à vida. A Carta Internacional dos Direitos Humanos, constituída por três tratados gerais: a) Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); b) Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966); e c) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966). Existem outros importantes tratados gerais que tratam do direito à vida como: a) Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (1948); b) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982); c) Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares (1996); e d) Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999). As Cartas de Direitos Humanos de alcance regional são: a) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); b) Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), sobrevivendo a Carta Social Europeia em 1965; c) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969); d) Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (1981); e e) Carta Árabe de Direitos Humanos (1994). Existe ainda na Ásia “*uma carta do povo*”, a chamada “*Asean Human Rights Declaration*”. (Correia, 2020, p. 107)

Outrossim, foram identificadas algumas abordagens sobre o *writ* de

forma extremamente superficial, exceto uma publicação sobre direito à alimentação que aborda o tema com contornos de inviável aplicação prática. O tema já vem sendo citado há 15 anos no Brasil por outros autores como Fernando Gama de Miranda Netto (professor doutor de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - Rio de Janeiro) em 2008, Pedro Valls Feu Rosa (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo), em 2009, Evandro Luís Falcão (Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região) que, em 2009, César Danilo Ribeiro de Novais (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), em 2010 e Edilson Mougenot Bonfim (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo) em 2009 e 2019, no entanto, nenhum deles desenvolveu profunda e detalhadamente o tema, tarefa árdua realizada por este autor.

Conclusões

Constatou-se, desde logo, a desnecessidade de regulamentação específica, pelo legislador ordinário, sobre o *writ*, diante da aplicabilidade imediata de direitos, liberdades e garantias constitucionais, tais como a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), embora seja ela recomendada para proporcionar maior eficácia ao novo remédio constitucional.

Tendo em vista que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm eficácia plena e a aplicabilidade imediata (Silva, 2002, p. 465), a inviolabilidade do direito à vida, por ser um direito fundamental, tem eficácia plena e a aplicabilidade imediata. Por isso, não é necessária a prévia regulamentação de uma ação específica como garantia desse direito, embora seja uma iniciativa louvável para solidificar e popularizar o instituto.

Deve ser garantido o mais amplo acesso à justiça, com prioridade absoluta, celeridade extrema, gratuidade total, dispensadas a capacidade postulatória e quaisquer formalidades, para afastar o risco atual ou iminente de morte, sob a óptica dos Direitos Humanos, verificando seus reflexos e consequências, tendo como elementos norteadores os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assim como sua constituição e a legislação suprallegal e infraconstitucional.

Para isso, foi criado e desenvolvido um novo instrumento processual para proteção da inviolabilidade do direito à vida denominado *habeas vitae*, capaz de afastar o atual ou iminente risco de morte, conforme demonstrado em detalhes na dissertação de mestrado.¹

O primeiro aspecto importante do *habeas corpus*, que lhe é peculiar, a ser importado para o *habeas vitae* é a informalidade para o seu ingresso,

1 A dissertação de mestrado foi depositada na biblioteca no Instituto Universitário de Educação Superior de Brasília (IESB), Brasília, DF, aprovada com indicação para publicação em 3 jul. 2023. Ela será publicada como livro em breve pela Editora Dialética e já possui registros no ISBN como Livro físico: 978-65-270-1655-7 e E-book: 978-65-270-1656-4.

que admite o pedido por qualquer meio, como por exemplo uma carta, que somada à dispensa da capacidade postulatória amplia sobremaneira as postas de acesso ao judiciário.

A gratuita conferida constitucionalmente ao habeas corpus e habeas data também deve ser preservada no novo writ, visto que se trata de mais uma forma de promover o amplo acesso à justiça e preservar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Esses dois remédios constitucionais junto com o mandado de segurança reúnem os processos mais céleres de tramitação, com maiores prioridades. O habeas vitae, no entanto, precisa passar na frente de todos esses, por isso, suas peculiaridades devem ser aproveitadas, desenvolvendo novas formas em conjunto com outras existentes na legislação infraconstitucional, como prazos em horas, para se atingir prioridade absoluta e celeridade extrema.

Embora seja raro, o habeas corpus e o habeas data admitem a legitimidade passiva de pessoas físicas ou jurídicas particulares, conforme já demonstrado, o que também deve ser aproveitado para o habeas vitae, pois não importa a natureza de quem exerce a ação ou omissão, o Estado precisa agir para afastar risco à vida de outrem.

Nessa linha de desenvolvimento, pode-se conceituar o habeas vitae como uma garantia fundamental por meio de um remédio constitucional para assegurar a inviolabilidade do direito à vida humana em atual ou iminente risco de morte diante de ação ou omissão do Estado ou de particulares, com prioridade absoluta, celeridade extrema, gratuidade total, com o mais amplo acesso à justiça, dispensadas a capacidade postulatória e quaisquer formalidades.

A natureza jurídica desse instituto processual é de ação popular constitucional para proteção do direito fundamental disposto no art. 5º, *caput*, da CF, qual seja, a inviolabilidade do direito à vida. Embora o remédio constitucional não tenha sido expresso pelo constituinte, ele foi criado em decorrência lógica da necessidade de eficácia para garantir o direito fundamental protegido por meio de rito especial que, enquanto não for positivado, deve seguir por analogia os procedimentos dos demais writs e do direito processual da respectiva matéria no que melhor lhe aproveitar. Seu objeto é a tutela do direito à vida enquanto existência humana material da forma mais eficaz possível, que compreende desde o amplo acesso à justiça, a tramitação processual, os atos e decisões judiciais até o cumprimento da ordem pelo impedido, com a atuação dos oficiais de justiça ou da polícia.

É necessário que se demonstre, logo de início, a existência de risco atual ou iminente de morte, o *current vel imminenti periculo mortis*. A vida do paciente precisa estar em risco, mas é imprescindível que haja tempo para que o writ seja processado, jugado e sua decisão efetivamente cumprida com eficácia. Por isso, para que a morte não esteja tão prestes a ocorrer, deve-se

admitir que esse risco também seja iminente, e não somente atual.

Uma vez apresentado o pedido de habeas vitae, o juiz deve ter como *premissa praesumptio iuris vitae*, ou seja, a presunção relativa de que o paciente tem direito à vida. E não apenas isso, se for o caso de afastar a presunção mediante uma das hipóteses legais admitidas, a decisão deve ser devidamente fundamentada, após o contraditório e a ampla defesa, obedecendo todos os direitos processuais do paciente e, de preferência, somente após o trânsito em julgado. Importante frisar que aqui a presunção de inviolabilidade da vida não se confunde com o direito pleiteado pelo paciente para garantir a sua sobrevivência, tal como o medicamento essencial, o leito de UTI, etc. Portanto, a ausência de *fumus bonis iuris* não é suficiente para indeferir o pedido de habeas vitae, pois o que se pleiteia diretamente por esse writ não é o direito material contratual ou extracontratual, mas a própria sobrevivência.

O habeas vitae pode ser impetrado por qualquer meio, não apenas via protocolo de petição no setor de distribuição ou no PJe. Cabe ao Poder Judiciário, em parceria com os demais poderes, entes, órgãos, empresas e sociedade, desenvolver meios para tornar eficaz o recebimento dos pedidos de socorro tempestivamente.

A utilização de prazos em horas não é nova na legislação processual brasileira. Essa forma de prazo é utilizada sempre que se pretende dar mais celeridade ao cumprimento do conteúdo normativo previamente estabelecido. Ele é admitido em diversos ramos do direito, tais como no Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código de Processo Penal Militar, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Eleitoral, dentre outros.

O risco de morte pode ser atual ou iminente, casos em que se admite, respectivamente, as espécies repressiva e preventiva. Na espécie ou modalidade repressiva, a violação ao direito à vida já está em andamento, situação clara de risco atual, em que ação repressiva tem de ser imediata, pois a pessoa está prestes a morrer, hipótese de concessão de “ordem de salvamento”. No caso do habeas vitae preventivo, a pessoa está em uma situação de risco iminente, ou seja, embora o resultado morte possa não acontecer, existem reais motivos para se admitir que a pessoa corre risco de vida, probabilidade real de sofrer um atentado e morrer a qualquer momento, hipótese de concessão de “ordem de impedimento”.

Como produto da dissertação de mestrado, o autor apresenta um anteprojeto de emenda constitucional para a criação oficial do *writ* e solidificação do instituto.²

2 No dia 1º de setembro de 2023, em Brasília, este autor deu o pontapé inicial para a positivação do habeas vitae, entregando a um deputado federal o anteprojeto de emenda constitucional. No entanto, como se sabe, é necessário que haja muita força política para colher as assinaturas de 171 deputados ou 27 senadores para propor a PEC, bem como para a dupla aprovação nas duas casas por 3/5 dos parlamentares, por isso é necessário muito esforço político até que o instituto seja expressamente inserido na Constituição brasileira.

Além disso, ainda foi disponibilizado um modelo simplificado da petição inicial, diante da aplicabilidade imediata dos direitos humanos, conforme longa explanação neste trabalho, para que qualquer cidadão possa, desde já, impetrar o remédio salvador, enquanto não são promulgadas leis com o processo pormenorizado.³

Para finalizar, o autor ainda disserta sobre outros meios de implementação do instituto, como o sistema único integrado de habeas vitae, que é essencial para a boa e rápida execução das decisões judiciais. Além disso, ainda demonstra a necessidade de execução de campanhas educacionais e de publicidade para que as pessoas tomem conhecimento desse direito, assim como a criação do Observatório Habeas Vitae para promover a troca de informações e discursões de aprimoramento.

Referências

CHAUÍ, Marilena. et al. **Primeira Filosofia - Lições introdutórias**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CORREIA, Elvan Loureiro de Barros. **Da inviolabilidade do direito à vida nos tratados internacionais e na constituição brasileira de 1988**. Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020. Disponível em: <<https://revista.iesb.br/revista/index.php/ojsiesb/article/view/117/110>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

ESPINOLA, Eduardo. **Código do Processo do Estado da Bahia**. v.2. Bahia: Typ. Bahiana, 1916.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HANISCH, H. **La Defensa de La Libertad en el Derecho Romano**. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Valparaíso, v. IX, p. 13-40, 1984.

HAUSER, Ester Eliana. **O Ideal Democrático no Pensamento Político de Jean-Jacques Rousseau**. In: Introdução à História do Pensamento Político/ Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, J. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980.

3 O presente autor, tendo como advogado seu orientador de mestrado, o Prof. Dr. Rossini Corrêa, impetrou o primeiro habeas vitae oficialmente protocolado no Brasil e, possivelmente, em todo o mundo, tendo como paciente uma mulher vítima de violência doméstica. Na decisão liminar, o Desembargador Relator, embora não tenha admitido o *writ*, principalmente por falta de previsão legal, analisou a possibilidade de concessão da ordem de ofício, utilizando-se por analogia a jurisprudência aplicável ao habeas corpus, o que demonstra que a nova garantia constitucional foi eficaz em submeter ao Poder Judiciário a análise da existência de risco atual ou iminente de morte, assegurando a inviolabilidade do direito à vida com a possível concessão da ordem. (TJDF, 2023).

MONTANELLI, I.; GERVASO, R. **Idade Média: treva ou luz.** Trad. Jeronimo Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1967.

OAB. **Esperança Garcia é reconhecida pelo Conselho Pleno como a primeira advogada brasileira.** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/60503/esperanca-garcia-e-reconhecida-pelo-conselho-pleno-como-a-primeira-advogada-brasileira>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**; atualizada por Wilson Rodrigues Alves. v.2. Campinas: Brookseller, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TJDFT, **HCCrim nº 0741067-29.2023.8.07.0000**, Rel. Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, decisão monocrática de ID 51845770, de 27 set. 2023, DJe Edição nº 184/2023, Brasília - DF, 29 set. 2023, p. 204-205. Disponível em: <<https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=23092718423191300000050173898>>. Acesso em 30 nov. 2023.

SISTEMAS INTERAMERICANO E EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: SEMELHANÇAS, ASSIMETRIAS E DIÁLOGO JURISDICIONAL

Caroline Dimuro Bender D'Avila

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Direito da Atitus/Porto Alegre. Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

Eugênio Facchini Neto

Doutor em Direito Comparado pela *Università Degli Studi di Firenze*. Mestre em D. Civil pela Univ. de São Paulo. Professor titular dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC do Rio Grande do Sul. Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura. Desembargador no TJ/RS

Resumo:

Após a Segunda Guerra, observa-se uma mudança de paradigma no Direito Internacional, que assume novas características, entre as quais destaca-se a proliferação das organizações intergovernamentais e a celebração de tratados voltados à proteção do ser humano. Nesse cenário, surgem sistemas protetivos dos direitos humanos com a finalidade de assegurar padrões mínimos a serem protegidos pelos Estados-parte. No recorte temático proposto no presente artigo, utiliza-se o método comparativo, além de pesquisa documental e bibliográfica, com o objetivo de analisar as semelhanças e as diferenças estruturais entre os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos. Por ter sido o primeiro a ser criado, o sistema regional europeu possui extensa jurisprudência e serve de inspiração para os demais, ao passo que também recebe influências de tribunais internos e internacionais. No mundo globalizado, onde coexistem práticas internas e internacionais, o diálogo, a interação e a articulação entre os sistemas interamericano e europeu se torna fundamental para fortalecer a proteção dos direitos humanos. Ademais, o aperfeiçoamento do sistema europeu com o advento do Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que permitiu o peticionamento direto dos indivíduos perante a Corte Europeia, deveria ser adotado no sistema interamericano, ampliando o acesso à justiça internacional.

Palavras-chave: Sistema Europeu de Direitos Humanos; Sistema interamericano de Direitos Humanos; Diálogo jurisdicional.

Introdução

O constitucionalismo contemporâneo aproxima o direito interno e o internacional e reconhece a jurisdição de tribunais transnacionais, os quais influenciam a aplicação do direito nos Estados nacionais. Esse cenário se desenvolve em razão da evolução do Direito Internacional Público no segundo pós-guerra, com a criação da ONU e da promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Nessa perspectiva de valorização do ser humano, surgem também instrumentos de proteção regional dos direitos humanos - sistema europeu¹, interamericano², africano³ e muçulmano⁴ - co-existent e complementares.⁵

Tendo em vista que o sistema islâmico não prevê um aparato judiciário específico para apreciar demandas envolvendo violação de direitos humanos, e o sistema africano é ainda muito recente, o presente artigo objetiva comparar a origem, a estrutura e o funcionamento de apenas dois sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o europeu e o interamericano, além da interação entre eles. Por meio do diálogo⁶ jurisdicional entre esses dois

1 Convenção Europeia sobre Direitos e Liberdades Fundamentais (Carta de Roma), de 1950, e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada em 2000; com vigor a partir de 2009. A primeira abrange todos os 46 países integrantes do Conselho da Europa; a segunda abrange apenas os 27 países integrantes da União Europeia.

2 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969.

3 A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos - Carta de Banjul - constitui o principal documento normativo do sistema africano de direitos humanos e entrou em vigor no ano de 1986. Em 1998 foi instituído o Tribunal Africano (*African Court on Human and Peoples' Rights*), que só veio a entrar em funcionamento em 2006. Todavia, dos trinta e um Estados que ratificaram o Protocolo, apenas oito aceitaram sua jurisdição. É previsto o acesso direto a particulares e organizações não governamentais ao referido Tribunal. Disponível em: www.african-court.org/. Acesso em 27 set 2023. Uma clara exposição do sistema africano de proteção de direitos humanos encontra-se em Piovesan (2019, p. 253-268).

4 Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1981, pelo Conselho Islâmico em Paris, Declaração dos Direitos Humanos no Islã (DDHI) também conhecida como a Declaração de Cairo, de 1990, e Carta Árabe de Direitos Humanos, de 1994.

5 Somente a Ásia e a Oceania não dispõem de convenções regionais de proteção de direitos humanos. Assim, importantes países como Japão, Coreia, Austrália, China, Índia, ficam submetidos apenas às convenções de direito internacional geral que tenham ratificado. É verdade que países do sudeste asiático como Cingapura, Filipinas, Indonésia, Laos, Vietnã e outros cinco pequenos países da região, integrantes da Associação das nações do Sudeste Asiático - ASEAN - adotaram, em 2012, uma Declaração de Direitos Humanos. Todavia, ela é desprovida de valor vinculante e foi criticada inclusive pela ONU, pelas inúmeras exceções que contempla, relativamente aos direitos humanos (Halpérin, 2017, p. 166).

6 Todavia, ponderável a crítica de De Vergottini (2013, p. 482) à expressão “diálogo” entre cortes, que supõe uma verdadeira interação entre tribunais distintos, quando na verdade o que mais existiria seria a influência de uma jurisprudência sobre outra - fenômeno que, ele ressalta, não é desprovido de importância. Carbonell (2013, p 609) menciona o uso da

sistemas protetivos de direitos humanos, pode-se aprender com a experiência alheia, uma vez verificada a compatibilidade de soluções, incorporando alguns resultados exitosos, o que se afigura vantajoso especialmente para o sistema americano, que ainda não atingiu o mesmo estágio de evolução que o europeu. Busca-se apresentar, inicialmente, em linhas gerais, a origem e o funcionamento dos dois sistemas. Após, extraem-se algumas conclusões comparativas entre eles, finalizando-se com reflexões sobre o papel que tais Cortes exercem como irradiadoras de influências.

Sistema regional Europeu de proteção dos Direitos Humanos

O europeu é o mais antigo sistema regional protetivo dos direitos humanos, criado pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos, de 1950. Inspirado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Conselho da Europa pretendeu, ao editar a Convenção, garantir coletivamente padrões mínimos de proteção dos direitos e liberdades fundamentais. O Conselho da Europa, instituído em 1949, procura prover e defender os direitos humanos e as liberdades públicas, além do fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Seus pais fundadores, Winston Churchill (Reino Unido), Konrad Adenauer (Alemanha), Robert Schuman (França), Paul-Henri Spaak (Bélgica), Alcide de Gasperi (Itália) e Ernest Bevin (U.K.), aspiravam o estreitamento dos laços entre os países europeus.⁷

Ao longo dos anos, diversos protocolos introduziram modificações no texto da Convenção, seja reconhecendo direitos substantivos, seja aperfeiçoando os mecanismos operacionais no âmbito do sistema. No seu desenho original, a Convenção Europeia de Direitos humanos estabeleceu três órgãos: *a*) a Comissão Europeia de Direitos Humanos, *b*) a Corte Europeia de Direitos Humanos⁸ (doravante CEDH) e *c*) o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. A Comissão, extinta em 1998, basicamente exercia o juízo de admissibilidade dos casos, enquanto a Corte fazia o juízo de mérito. Ao Comitê, composto pelos Ministros de Relações Exteriores de cada Estado membro, atualmente compete a supervisão da execução das sentenças da Corte.

expressão ‘migración jurisprudencial’ para descrever o fenômeno da circulação de entendimentos jurisprudenciais de um tribunal a outro, o que teria sido potencializado pela atual maior facilidade de acesso a essa jurisprudência, pela internet e pelo desenvolvimento de poderosos bancos de dados.

7 Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/founding-fathers>. Acesso em 03 out 2022.

8 A Corte Europeia de Direitos Humanos não pode ser confundida com o Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem como função assegurar a interpretação e a aplicação uniforme da legislação da União Europeia em todos os países membros da organização. Criado em 1952 e com sede em Luxemburgo, sua competência abrange os 27 Estados que compõem a União Europeia. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/pt/. Acesso em 21 set 2022.

Em razão da adesão de novos países membros à Organização a partir de 1980, aumentou a quantidade de petições que chegavam à Comissão e, com isso, o funcionamento do sistema teve que ser alterado. Por intermédio do Protocolo n. 11, em vigor desde 1998, criou-se uma Corte única e permanente, que passou a ter competência tanto para receber as denúncias de violação dos direitos previstos na Convenção - e, portanto, realizar os juízos de admissibilidade - como para julgar o mérito dos casos. A partir de então, ficou assentada a possibilidade de peticionamento direto do indivíduo perante a Corte (Drzemczewski, 2000, p. 360). Antes de 1998, a Corte se reunia em sessões esparsas e julgava aproximadamente 5 casos por ano. Após o Protocolo n. 11, houve um aumento expressivo do número de casos: de 1999 a 2021, a Corte julgou 24512 casos.⁹

A Convenção Europeia de Direitos Humanos protege aproximadamente 820 milhões de europeus, além dos refugiados e estrangeiros que se encontram sob a jurisdição dos Estados. Fazem parte da Convenção os 27 Estados membros da União Europeia e mais 19 países - a “grande Europa”. Nas palavras de Nussberger (Enamat, 2014), enquanto a União Europeia compreende a “pequena Europa”, uma comunidade economicamente forte, o Conselho da Europa representa mais países, com a difícil missão de unir diferentes culturas em defesa dos valores europeus.

O número de juízes da CEDH é igual ao número de Estados membros, sendo eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa para um mandato não renovável de nove anos. As sentenças proferidas pela Corte têm, via de regra, natureza declaratória e determinam, se for o caso, compensação monetária à vítima ou a seus representantes, deixando para os Estados a escolha dos meios para implementá-las de acordo com seus sistemas jurídicos internos. Neste século, a Corte tem adotado um papel mais proativo, impondo medidas específicas para restituir a situação anterior ao ilícito e medidas gerais para a não repetição da violação (Keller; Marti, 2015).

Como a jurisdição internacional é subsidiária à interna, existem requisitos de admissibilidade da queixa, dentre os quais o esgotamento de todas as vias de recurso internas, o prazo de 4 meses a contar da data da decisão interna definitiva e a inexistência de litispendência internacional. Com a entrada em vigor, em 2010, do Protocolo n. 14, a Corte passou a funcionar com a seguinte estrutura: Juiz singular, Comitê (formado por três juízes), Câmara (composta por sete juízes) e Tribunal Pleno, também chamado de Grande Câmara (integrado por dezessete juízes). O juiz singular examina a admissibilidade do caso e sua decisão é irrecurável e definitiva. Caso não declarada a inadmissibilidade nem arquivada a queixa, o caso é submetido ao Comitê, que tem competência para proferir sentença sobre a admissibilidade e o mé-

9 Overview 1959-2021. European Court of Human Rights, February 2022. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf. Acesso em 21 set 2023.

rito de processos cujo objeto envolva entendimento jurisprudencial consolidado da Corte. Não havendo consenso entre os três juízes, encaminha-se o caso para a Câmara. Após a decisão da Câmara, as partes envolvidas no processo - requerente e Governo - podem solicitar, no prazo de três meses, a devolução do caso para o Tribunal Pleno.

A Corte também exerce função consultiva, por meio da qual emite pareceres, a pedido do Comitê de Ministros, sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção. O Protocolo n. 16 à Convenção Europeia ampliou o mecanismo consultivo ao permitir que órgãos jurisdicionais de cúpula dos Estados nacionais solicitem pareceres à Grande Câmara. Para Pose-nato (2018), com esta inovação, cria-se uma expectativa positiva para avançar na “interação entre a Corte e autoridades nacionais e, assim, estabelecer standards jurisprudenciais mais claros, favorecer a interpretação harmônica da Convenção EDH e, dessa forma, reforçar a observância e a proteção dos direitos humanos em geral”.

Por meio dos milhares de casos que já foram julgados pela CEDH, ela irradia sua influência para os demais sistemas protetivos do ser humano.¹⁰ As queixas mais comuns levadas à Corte dizem respeito à violação ao direito ao processo justo e com duração razoável, além de ofensas aos vários âmbitos dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Também já se manifestou sobre questões sociais, como aborto, suicídio assistido, adoção por homossexuais e dados genéticos.

Analisa-se, agora, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Sistema regional interamericano de proteção dos Direitos Humanos

Em 1948, em Bogotá, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), com a aprovação do seu tratado institutivo - Carta da OEA. Na ocasião também foi assinada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH). Tendo como propósito unir os Estados Americanos em busca de uma ordem de paz e de justiça e de promover a solidariedade e a colaboração, a OEA criou órgãos com poderes específicos para concretizar seus objetivos. Um desses órgãos é a Comissão IDH, que em 1966 passou a ter competência para examinar denúncias de qualquer pessoa,

10 O Reino Unido tardou a sofrer tal influência, pois antes da adoção do *Human Rights Act 1998*, a Convenção Europeia de Direitos Humanos não tinha eficácia direta no ordenamento inglês. Portanto, “as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não podiam influir sobre a decisões das cortes inglesas”, restando aos súditos britânicos que lamentassem a violação de um direito fundamental previsto na Convenção europeia apenas o remédio de acessar diretamente a CEDH, mas sem que, caso vencesse, tivesse meios de executar eventual decisão favorável. Após o *HRA 1998*, as cortes de justiça britânica são obrigadas a interpretar a legislação inglesa em conformidade com os direitos previstos na Convenção (Zuckerman, 2002, p. 119 e 120).

grupo de pessoas ou associações contra a violação de direitos humanos perpetradas pelos Estados membros da OEA e para formular recomendações aos Governos denunciados.¹¹

No ano de 1969 foi firmada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ou Pacto de San Jose da Costa Rica. O documento entrou em vigor internacional somente em 1978, quando atingiu o número mínimo de 11 Estados ratificantes. À época, os Estados que ratificaram a Convenção o fizeram por razões de natureza política, já que a maioria não tinha governos democráticos, estando inserida em uma região marcada por exclusão e desigualdade social, pela cultura de violência e impunidade e pela precária tradição de respeito aos direitos humanos. Atualmente esse cenário mudou e a redemocratização de grande parte dos países permitiu o funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos.

Com o advento da CADH, dois sistemas protetivos se formaram no âmbito do sistema interamericano. Um deles, conhecido como sistema geral, é composto pela Carta da OEA, a DADDH, de 1948, e a Comissão IDH. Nesse sistema, a Comissão monitora a situação dos direitos humanos nos Estados que são parte da OEA - ainda que não tenham ratificado a CADH - e pode dar recomendações - ainda que os Estados não se submetam à jurisdição da Corte. Além disso, também emite relatórios anuais e temáticos. Quando a CADH tiver sido ratificada por todos os Estados da OEA e a jurisdição da Corte IDH tiver sido aceita por todos eles, esse sistema poderá ser extinto, uma vez que é inferior, por abranger menos direitos (Mazzuoli, 2015, p. 983-984).

O outro sistema é formado pela Comissão e pela Corte IDH, que atuam em conjunto na proteção dos direitos. Com o advento da CADH, a Comissão IDH passou a ter funções “ambivalentes” ou “bifrontes” (Mazzuoli, 2015, p. 979), pois atua como órgão de vocação geral - da OEA - e órgão processual - conforme determina a CADH. Com sede em Washington D.C. e sete membros de nacionalidades diferentes eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um período de 4 anos, permitida uma única reeleição, a Comissão possui diversas atribuições. Uma delas é a de receber denúncias de violação de direitos humanos alegadamente perpetradas por Estados-parte da CADH. Dessa forma, funciona como “porta de entrada” de indivíduo, grupo de pessoas ou entidade não governamental no procedimento próprio do sistema interamericano.

Na seqüência, cabe à Comissão IDH verificar os requisitos de admissibilidade da queixa (esgotamento dos recursos da jurisdição interna, prazo de 6 meses a partir da data da notificação da decisão definitiva e inexistência de litispendência internacional), e investigar os fatos. Inexitosa a conciliação, a Comissão redige um relatório apresentando os fatos e as suas conclusões

11 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm>. Acesso em 06 mai 2023.

e fazendo recomendações, que devem ser cumpridas pelo Estado no prazo de três meses. Não havendo cumprimento, a Comissão leva o caso à Corte, desde que o Estado reconheça sua jurisdição.¹²

A Corte IDH é integrada por sete juízes eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos, com possibilidade de uma única reeleição, e exerce duas competências: a consultiva, por meio da qual emite pareceres no que se refere à interpretação da CADH e de outros tratados internacionais de direitos humanos, e a contenciosa, de caráter jurisdicional. Ademais, a Corte IDH também é encarregada de supervisionar o cumprimento de suas sentenças e de emitir medidas provisórias em casos extremamente graves e urgentes.

Dois Protocolos substanciais foram adicionados à CADH, um em 1988, em matéria Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Protocolo de San Salvador -, e outro em 1990, referente à Abolição da Pena de Morte. Além desses, existem outros documentos normativos que compõem o sistema interamericano, a exemplo da Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984), da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e da Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994).

Em 1980 a Corte IDH emitiu sua primeira opinião consultiva e, em 1987, sua primeira sentença. Em 2010 criou-se a figura do Defensor Público Interamericano, que presta assistência jurídica gratuita à suposta vítima, perante a Corte, em caso de hipossuficiência ou quando esta não tenha representação e defesa legal constituída. (Machado, 2017, p. 1). Desde o início de seu funcionamento, em 1979, até o final de 2021, foram submetidos 377 casos contenciosos à Corte IDH, dos quais 314 tinham sido solucionados.¹³ Parte expressiva das decisões da Corte trata de violações relacionadas ao direito à vida, o que se justifica por conta do legado dos regimes ditatoriais na região, marcados pelo uso ilícito do poder estatal. No exercício das suas competências, a Corte IDH atua de forma consistente e efetiva, aplicando e interpretando a Convenção Americana em inúmeros casos. Em conjunto com a Comissão IDH, a Corte IDH criou um espaço favorável ao fortalecimento de uma cultura de direitos humanos na região.

Passa-se, agora, a analisar aspectos convergentes e divergentes entre os dois sistemas.

12 Vinte dos trinta e cinco Estados membros da OEA reconheceram a competência contenciosa da Corte. São eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

13 2021 - Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. p. 42. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em 21 set 2021.

Pontos de convergência e de assimetria entre os sistemas regionais europeu e interamericano

Em relação à origem dos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos, destaca-se que o primeiro nasceu na vigência de regimes políticos ditatoriais enquanto o segundo derivou do acordo de vontades entre democracias, embora recentes e frágeis à época. Mazzuoli (2017, p. 35-36) destaca que, diferentemente do sistema regional europeu, em que a Convenção europeia teve o seu texto normativo originário estendido por meio de vários protocolos, - os quais garantiram a atualização e a ampliação do documento ao longo do tempo - a Convenção Americana de Direitos Humanos conta com apenas dois protocolos adicionais substanciais: o de 1988, sobre direitos econômicos, sociais e culturais, e o de 1990, referente à abolição da pena de morte.

Da mesma forma que a Convenção Europeia, a Convenção Americana também definiu as competências de dois órgãos com o objetivo de assegurar a concretização dos direitos humanos por parte dos seus Estados membros: a Comissão IDH e a Corte IDH. A Comissão Europeia de Direitos Humanos tinha um papel muito próximo daquele que hoje compete à Comissão IDH. Sua atribuição principal era apreciar denúncias de violação dos direitos previstos na Convenção. No entanto, desde 1998 a Comissão Europeia foi extinta e os indivíduos passaram a peticionar diretamente à Corte, o que não ocorre no sistema interamericano. Isto é lamentável, diante da plena personalidade e capacidade jurídica dos indivíduos no direito internacional, os quais deveriam ter legitimidade para buscar a proteção dos seus direitos (Cançado Trindade, 2010, p. 44)¹⁴.

Outra diferença a ser lembrada é em relação à existência, no sistema europeu, do Comitê de Ministros, órgão que recebe a sentença definitiva da Corte e vela pela sua execução. Não há órgão equivalente no sistema interamericano, onde a própria Corte é a responsável pelo monitoramento e pela supervisão do cumprimento de suas sentenças.

Sobre a extensão das sentenças de ambos tribunais regionais, Alcalá (2021, p. 562) refere que a Corte IDH aplica as medidas de reparação e determina de que forma elas devem ser concretizadas, ao passo que a Convenção Europeia não consagra normativamente a perspectiva de reparação integral. Ainda que a jurisprudência da Corte Europeia tenha evoluído nesse aspecto, determinando para além de indenização, também medidas de reparação, essas medidas, na maioria das vezes, são mais gerais e permitem uma

14 Em outra obra, Cançado Trindade (2013, p. 1.395) refere que as pessoas físicas passam a figurar como sujeitos, tanto *ativos* (perante os tribunais internacionais de direitos humanos) como *passivos* (perante os tribunais penais internacionais), do direito internacional, referindo que atual expansão da jurisdição internacional aumenta, assim, o número de *justiciáveis (justiciables)* em nível internacional, com a consequente expansão da *personalidade* internacional, assim como da *responsabilidade* internacional.

maior discricionariedade dos Estados em relação aos meios específicos que serão adotados para o cumprimento das sentenças.

Por sua vez, Ramires (2016, p. 187-193) salienta as seguintes diferenças entre os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos: a) a função consultiva da Corte IDH é mais ampla e abrange outros tratados, não se restringindo apenas à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos; b) a Corte IDH tem poder para determinar medidas mais invasivas, que vão além da fixação de indenização para o Estado transgressor; c) os indivíduos não podem submeter, diretamente, casos à apreciação da Corte Interamericana, como acontece no ambiente europeu; d) não se valoriza tanto, no sistema interamericano, o “consenso regional”, já que os abusos sistemáticos dos direitos humanos resultariam em parâmetros baixos na promoção desses direitos.

Na Europa, a doutrina da ‘margem de apreciação nacional’, que é referida no Preâmbulo da Convenção Europeia desde a entrada em vigor do Protocolo n. 15, em 2021, mas utilizada desde o início do funcionamento da Corte, concede deferência aos sistemas jurídicos nacionais¹⁵. A Corte se auto restringe para que, dentro de um espaço de discricionariedade limitado, o Estado avalie, considerando as práticas locais (consenso regional), se violou ou não suas obrigações convencionais. A CEDH, porém, retém o controle para que não sejam ultrapassados determinados limites, como afirmado em vários casos.¹⁶ Tal concepção está diretamente ligada ao princípio da subsidiariedade¹⁷ que orienta o sistema europeu de direitos humanos.¹⁸

15 Para uma apreciação crítica das origens e evolução da doutrina da margem de apreciação, v. Dupré de Boulois (2017, p. 15s).

16 *Lawless v. Ireland*, j. em 01/07/1961, §22, 36-38, e *Ireland v. United Kingdom*, j. em 18/01/1978, §§205-207.

17 O sistema europeu de proteção de direitos humanos não busca alcançar uma uniformidade absoluta no trato da matéria entre os países, reconhecendo-se a liberdade das autoridades nacionais de escolher as medidas que estimem apropriadas para atender às obrigações convencionais, sob reserva de respeitar o *standard* mínimo da Convenção. O controle da CEDH restringe-se, nesse caso, ao exame da compatibilidade dessas medidas com a Convenção, não se pretendendo substituir o sistema protetivo nacional pelas normas da Convenção (SUDRE, 2019, p. 193). Tenha-se presente, porém, que princípio da subsidiariedade é de natureza essencialmente processual, ligada ao dever dos Estados membros de introduzir meios judiciais eficazes e ao dever dos queixosos de primeiramente exaurir tais meios, antes de acessar a CEDH (Zagrebsky; Chenal; Tomasi, 2016, p. 43). Além disso, excepcionalmente é possível dispensar o prévio exaurimento das vias internas, quando ficar evidenciado, por exemplo, a existência de uma prática administrativa consistente e repetitiva de atos violadores de direitos consagrados na Convenção, com a tolerância oficial do Estado, de forma que o prévio exaurimento das vias internas seria vão e ineficaz, como ficou afirmado no caso *Ireland v. United Kingdom*, j. 18.01.1978, §159, citado por Sudre, Marguénaud, Andriantsimbazovina, Gouttenoire e Levinet (2011, p. 809).

18 Para um apanhado histórico da doutrina e exemplos de casos de sua aplicação, ver: Spielmann (2012).

Já no sistema interamericano de direitos humanos se desenvolveu o controle de convencionalidade¹⁹, instituto que caminha em direção contrária à doutrina da margem de apreciação europeia, uma vez que impõe a compatibilização do ordenamento jurídico interno à interpretação que a Corte IDH faz da Convenção Americana. A razão dessa diferença é que enquanto o sistema europeu foi criado em ambiente de redemocratização recente, o interamericano emergiu em ambiente antidemocrático, em que os casos de violações de direitos eram manifestamente graves, inexistindo, assim, possibilidade de se deixar margem para uma apreciação nacional (Tedesco, 2018, p. 23). Além disso, ressalte-se que há mais resistência por parte dos países latino-americanos²⁰ na aplicação direta da Convenção Americana de Direitos Humanos do que na Europa, em relação à Convenção Europeia.

Expressões como *europicização do sistema interamericano* e *interamericanização do sistema europeu* (Piovesan, 2012, p. 92) são utilizadas para demonstrar a aproximação entre os dois sistemas regionais. Após o restabelecimento dos regimes democráticos nos países latino-americanos, novos temas passaram a ser objeto de apreciação pela Corte IDH, como questões concernentes à independência e à imparcialidade do poder judiciário, liberdade de expressão, livre consentimento informado em tratamento médico, direitos reprodutivos - aproximando a pauta interamericana da europeia. Da mesma forma o ingresso de países do leste europeu, a partir da década de 1990, no sistema europeu, fez com que a Corte Europeia se deparasse com problemas semelhantes àqueles enfrentados pela Corte Interamericana (Piovesan, 2012, p. 92).

No tocante à estrutura, os sistemas se diferenciam nitidamente. O europeu contabiliza 46 juízes e funciona de forma permanente, enquanto o interamericano tem apenas 7 e se reúne em sessões ordinárias (portanto o volume de casos é muito inferior). Porém, apesar das assimetrias constatadas entre os sistemas, como seus propósitos últimos são similares - a promoção e a efetivação dos direitos humanos - o diálogo entre eles consiste na melhor estratégia para a consecução dos seus objetivos, como se passa a analisar.

Diálogo jurisdicional em matéria de Direitos Humanos

A multiplicidade de tribunais internacionais que existe hoje é um fenômeno positivo para a busca da realização da justiça internacional. Esses tribunais devem atuar de forma coordenada e complementar, na base do diálogo interinstitucional e do alinhamento jurisprudencial. Esta visão pre-

19 Sobre o controle de convencionalidade e os desafios que impõe às jurisdições domésticas, consultar Mac-Gregor (2015) e Alcalá (2012).

20 Sirva de exemplo a posição do STF ao julgar a ADPF 153, considerando a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição de 1988, quando a Corte IDH já havia se manifestado contrariamente à compatibilidade desse tipo de legislação com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Oliveira, 2020, p. 121)

valeceu no encontro entre Cortes de Luxemburgo, em 2002, e de Manágua, em 2007. Este último, inclusive, teve como resultado final a elaboração do Comunicado de Manágua, que reforçou a contribuição dos tribunais internacionais para o fortalecimento do direito internacional, para a proteção do ser humano e para a busca da justiça. Cançado Trindade (2010, p. 61) sustenta que a jurisdição internacional deve atuar como co-partícipe da jurisdição nacional, pois “(...) não são concorrentes ou conflitivas, mas sim complementares, em constante interação na proteção dos direitos da pessoa humana (...)”.

O sistema internacional de direitos humanos dialoga com a jurisdição constitucional interna, ainda que não tenha o poder de, diretamente, revogar ou alterar atos internos contrários aos seus preceitos. Facchini Neto e Sbrögaglia (2022, p. 79-80) referem que várias constituições estatais apresentam cláusulas de abertura ao direito internacional, dispondo que os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, o que amplia o bloco de constitucionalidade. A título exemplificativo, podem ser citadas as constituições alemã, portuguesa, espanhola, brasileira, peruana, argentina, com especial destaque para a sul africana.

Neste contexto de integração entre as ordens constitucional e internacional, Piovesan (2012, p. 70-72) identifica um novo paradigma - *human rights approach* - pautado pelo diálogo entre jurisdições e pela força expansiva do princípio da dignidade humana. Para a autora, a efetividade dos diálogos jurisdicionais no âmbito sistema interamericano de direitos humanos envolve a consolidação do fenômeno do controle de convencionalidade como importante ferramenta para o fortalecimento dos regimes democráticos regionais e dos direitos humanos sob a perspectiva de um sistema multinível (Piovesan, 2014, p. 99-100). Como referem Sarmento e Maués (2016, p. 119), independentemente do *status* supralegal ou constitucional que lhe sejam atribuídos, os tratados internacionais a que o país tenha aderido servem de parâmetro para o controle de convencionalidade.

As sentenças dos tribunais regionais de direitos humanos não se restringem ao efeito de coisa julgada no caso concreto, mas vinculam todos os demais Estados parte aos padrões protetivos mínimos dos direitos humanos estabelecidos em suas decisões. Este impacto político e jurídico nos Estados nacionais possibilita o desenvolvimento de um *ius commune regional*, assim como a transformação e a compatibilização dos ordenamentos jurídicos internos aos *standards* mínimos convencionais assegurados pelos sistemas regionais (Alcalá, 2021, p. 549-555).

Segundo Ramires (2016, p. 183-186), a jurisprudência dos tribunais internacionais influencia o âmbito interno dos Estados, à medida em que forma um “denominador comum” de entendimentos jurídicos.²¹ Mas também é

21 Mesmo a Suprema Corte norte-americana, que raramente cita qualquer precedente de

verdade que tais tribunais igualmente sofrem influências externas, quer acolhendo precedentes de outras jurisdições internacionais - o que se denomina diálogo horizontal²² - como de tribunais internos.²³ O caráter principiológico e maior vagueza normativa das normas sobre direitos humanos certamente facilita tal diálogo.

De acordo com Neves (2014, p. 207), “o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação” [*“engagement model”*], ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas.” Para o autor, como existe uma convergência entre a temática dos problemas tratados nas diferentes esferas internacionais, não há outra alternativa senão o aprendizado constante e recíproco com as experiências que cada ordem jurídica pode oferecer.

Nessa lógica de cooperação, estabelece-se uma relação heterárquica - não de subordinação - entre as ordens interna e internacional. Eventuais conflitos entre normas internas e internacionais relativas aos direitos humanos devem ser resolvidos com base no princípio *pro homine*, ou seja, a primazia da norma mais favorável ao ser humano (Negishi, 2017, p. 471).

Considerações finais

A partir da comparação realizada entre os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, pode-se afirmar que ambos, ao longo do tempo, estão se fortalecendo no propósito de promoção e de defesa dos direitos humanos. Por outro lado, as experiências positivas de cada um podem - e devem - influenciar-se reciprocamente. Por exemplo, o sistema interamericano deveria adotar a possibilidade de acesso direto do indivíduo à Corte, como ocorre no sistema europeu, para ampliar a participação do sujeito na esfera internacional. E no que tange à função consultiva, o sistema europeu poderia ampliá-la, tendo como referência o sistema interamericano.

Ainda que tenham histórias diferentes, sejam baseados em normas dis-

tribunais de outros países (McCrudden, 2003, p. 8), ao julgar o caso *Knight v. Florida* (1999) (528 US 990), *Justice* Breyer, em voto divergente, fez longas citações da casuística da CEDH.

22 Em março de 2021, a CIDH, a CEDH e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos celebraram o II Foro Internacional de Direitos Humanos, ocasião em que Juízes das três Cortes dialogaram sobre temas de relevância para a gestão dos seus respectivos tribunais regionais e trocaram ideias sobre o diálogo jurisprudencial permanente. Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em 19 set 2023.

23 A fim de fortalecer o diálogo com a CEDH, em 2016 o STJ brasileiro firmou um acordo com aquela Corte para a troca permanente de informações jurisprudenciais. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Relacoes-internacionais/Cooperacao-Internacional/Cooperacao-entre-o-STJ-e-a-Corte-Europeia-de-Direitos-Humanos>. Acesso em 22 set 2023.

tintas e tenham procedimentos próprios de funcionamento, os sistemas interamericano e europeu podem e devem interagir, já que a máxima que os une é a proteção do ser humano e da sua dignidade. O impacto e o alcance dessa interação são significativos, tendo em vista que ambos os sistemas se relacionam diretamente com os Estados que estão sob a sua jurisdição e com os tribunais nacionais. Estados que se submetem aos tratados protetivos dos direitos humanos e à jurisdição das cortes internacionais devem observar a interpretação e o entendimento fixado nas decisões e opiniões consultivas dos órgãos intergovernamentais. Uma verdadeira cultura de convencionalização do sistema jurídico interno deve ser desenvolvida e incentivada.

Ao passo que os tribunais internacionais irradiam sua influência sobre cortes nacionais, também são influenciados pela jurisprudência desses tribunais, em um diálogo no qual deve prevalecer o entendimento mais favorável ao ser humano em caso de eventuais conflitos. Nesse diálogo constante e permanente entre cortes, que pode assumir diferentes modalidades, ainda que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos sejam complementares, coadjuvantes e subsidiários aos sistemas nacionais, exercem um papel indispensável na formação do bloco constitucional dos direitos humanos e no estabelecimento de padrões protetivos mínimos que devem ser observados pelos Estados em matéria de direitos humanos.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira (2021). La jurisprudencia en el derecho internacional general y el valor e impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n.2, ago 2021. p. 545-567.

ALCALÁ, Humberto Nogueira (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Bol. Mex. Der. Comp.**, Ciudad de México, v. 45, n. 135, p. 1167-1220, dic. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004186332012000300008&lng=es&nrm=iso. Acesso em 11 out. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2010). Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2013). La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales. In: MACGREGOR, Eduardo F.; GARCÍA, Alfonso H. (Coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CARBONELL, Miguel (2013). La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial. In: MACGREGOR, Eduardo F.; GARCÍA, Alfonso H. (Coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2013). El diálogo entre tribunales. In: MACGRE-

GOR, Eduardo F; GARCÍA, Alfonso H. (Coord.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

DRZEMCZEWSKI, Andrew (2000). The European Human Rights Convention: Protocol No. 11-Entry into force and first year of application. **Human Rights Law Journal**, v. 21, n. 1/3, p. 357-379, 2000.

DUPRÉ DE BOULOIS, Xavier (Coord.) (2017). **Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales**. Paris : Dalloz, 2017.

FACCHINI NETO, Eugenio; SBROGIO’GALIA, Susana (2022). Direitos humanos na globalização: sem espaço para isolacionismos - diálogos legislativos e jurisprudenciais em perspectiva comparada. In: SARLET, Ingo Wolfgang; VENERAL, Débora Cristina, PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs.). **Jurisdição e filosofia dos direitos humanos e fundamentais**. Curitiba: Editora Intersaberes, 2022. p. 70-102.

HALPÉFIN, Jean-Louis (2017). La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux. In : CABRILLAC, Rémy (Dir.). **Libertés et Droits Fondamentaux**. 23^e. ed. Paris: Dalloz, 2017.

KELLER, Helen; MARTI, Cedric (2015). Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments, **European Journal of International Law**, Volume 26, Issue 4, November 2015, Pages 829-850, <https://doi.org/10.1093/ejil/chv056>.

MACHADO, Isabel Penido de Campos (2017). Defensores Públicos Interamericanos: novos horizontes de acesso à justiça. **Jornal da Escola Superior da Defensoria Pública da União**, n. 8, ano 3, 1^o trimestre de 2017, p. 1-3.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (2015). Conventionality Control: the New Doctrine of the Inter-American Court, **AJIL Unbound**, 2015, 109, 93-99. doi:10.1017/S2398772300001240.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2015). **Curso de Direito Internacional Público**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, V. DE O. (2017) O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 13, p. 32-58, 19 jun. 2017.

McCRUDDEN, Christopher (2003). Human Rights and Judicial Use of Comparative Law. In: ÖRÜCÜ, Esin (Ed.). **Judicial Comparativism in Human Rights Cases**. London: The United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2003.

NEGISHI, Yota (2017). The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control, **European Journal of International Law**, Volume 28, Issue 2, May 2017, p. 457-481.

NEVES, Marcelo (2014). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201 jan./mar. 2014.

NUSSBERGER, Angelika (2014). Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - **ENAMAT**, em 20 de agosto de 2014, às 16h00. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquígrá-

fico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT. p. 2. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/09/Palestra-Angelika-Nussberger.pdf>. Acesso em 21 set 2023.

OLIVEIRA, Larisse Silva (2020). **Diálogos Jurisprudenciais entre o STF e a Corte Interamericana**. Comunicações transjudiciais e jurisprudência internacional de direitos humanos. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2020.

PIOVESAN, Flávia (2012). Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, jan./jun. 2012, p. 67-93.

PIOVESAN, Flávia (2014). Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun/2014.

PIOVESAN, Flávia (2019). **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e o africano**. 9ª. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

POSENATO, N. (2018). O “Protocolo do Diálogo” entra em vigor. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. L.]**, v. 19, n. 2, p. 325-328, 2018. DOI: 10.18593/ejll.v19i2.18875. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18875>. Acesso em: 4 out. 2023.

RAMIRES, Maurício (2016). **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARMENTO, Daniel; MAUÉS, Antônio (2016). O direito constitucional e o direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia M. Lopes (Coord.). **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 119.

SPIELMANN, Dean (2012). Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, 14, p. 381-418, 2012. doi:10.5235/152888712805580570.

SUDRE, Frédéric; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël ; GOUTTENOIRE, Adeline ; LÉVINET, Michel (Org.) (2011). **Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme**. 6^e. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 2011.

SUDRE, Frédéric (2019). **Droit européen et international des droits de l'homme**. 14^e ed. atual. Paris: Presses Universitaires de France, 2019.

TEDESCO, Thomaz Fiterman (2018). The Inter-american Court of human rights and regional consensus: a systemic approach. **Revista Eletrônica Sapere Aude.**, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 19-36, jan./jun. 2018.

TORELLY, Marcelo (2017). Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 1, 2017, p. 321-353.

Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2021/portugues.pdf>. Acesso em 19 set 2022.

ZAGREBELSKY, Vladimiro; CHENAL, Roberto; TOMASI, Laura (2016). **Manuale dei diritti fondamentali in Europa**. Bologna: Il Mulino, 2016.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. (2002). L'influenza della convenzione europea dei diritti dell'uomo sul processo civile inglese. In: TARUFFO, Michele; VARANO, Vincenzo (Org.). **Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

ANÁLISE DO CONCEITO DE REFUGIADO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL PARA RECEBIMENTO DE IMIGRANTES VENEZUELANOS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA 3.121/RR

Amanda Silva Lopes

Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica

Resumo:

Este artigo se propõe a pesquisar a aplicação da proteção idealizada internacionalmente ao recebimento de refugiados venezuelanos no Brasil. Em um primeiro momento buscou-se o conceito internacional da palavra “refugiado” de acordo com a Convenção de 1951 que apresenta definição clássica do conceito de refugiado e seu protocolo de 1967 e a Declaração de Cartagena assinada em 1984 que amplia essa terminologia. Em seguida, verificou-se a diferença entre migrantes e refugiados e o relevante empenho da ONU em garantir migrações seguras por meio do Pacto Global de Imigrações e o Pacto Global sobre Refugiados, classificando os referidos pactos como documentos que visam gerenciar a migração internacional, enfrentar desafios e fortalecer os direitos dos migrantes. Ao final, foi feita uma análise do acórdão ação civil originária 3.121 no qual verificou-se que foram estabelecidas políticas públicas dentro de sua esfera de competência da União para auxiliar o Estado e houve a determinação da transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima. Dessa forma, por meio do método dedutivo, pesquisa bibliográfica, verificou-se que o Brasil tem buscado internalizar a proteção idealizada nas disposições internacionais supracitadas aos refugiados venezuelanos.

Palavras-chave: Refugiados venezuelanos; Convenção de 1951; Declaração de Cartagena; Pacto Global de Imigrações e Pacto Global sobre Refugiados; Políticas públicas.

Introdução ao conceito de Refugiado conforme definição da Declaração de Cartagena sobre refugiados de 1984

A Declaração de Cartagena sobre Refugiados é um documento de grande relevância regional relacionado aos direitos dos refugiados na América Latina. Assinada em 1984, na cidade de Cartagena das Índias, Colômbia, e adotada durante a Reunião do Colóquio sobre a Proteção Internacional, ela foi resultado de discussões e negociações entre os representantes dos países (ACNUR, 2013, online), bem como de organizações internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

De primórdio, insta trazer sobre a Convenção de 1951, que é anterior a Declaração de Cartagena. É oficialmente conhecida como a “Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, e apresenta definição clássica do conceito de refugiado, qual seja qualquer pessoa que possui fundado temor de perseguição em razão de: raça, religião, nacionalidade, filiação a grupo social ou opinião política. Para o Manual de procedimentos e critérios da condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados temos a seguinte explicação:

34. De acordo com o parágrafo 2 do Artigo 1 (A) da Convenção de 1951, o termo “refugiado” aplica-se a qualquer pessoa que: “Em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha a sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ACNUR, 2018 p. 11)

Em síntese, no segundo parágrafo do Artigo 1 (A) a Convenção traz uma definição enraizada em eventos históricos dolorosos e reflete o compromisso internacional de proteger os direitos fundamentais daqueles que buscam refúgio, na tentativa de assegurar sua segurança e dignidade. Todavia, enquanto a Convenção foi adotada objetivando especificamente resolver a situação dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial a Declaração de Cartagena é um documento complementar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas e seu Protocolo de 1967. Tendo sido criada para tratar situações específicas na América Latina, e para prover orientações adicionais sobre a proteção de refugiados na região. Ela foi considerada um exemplo de cooperação internacional e um marco humanitário, e recebeu apoio abrangente do Brasil, que a internalizou através do art. 1º, inciso III de sua Lei 9.474/1997 (lei que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina

outras providências), *in verbis*:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Ademais, no exercício da sua competência privativa, a União editou a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), que alegam, entre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (art. 3º, I), a acolhida humanitária (art. 3º, VI), o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas (art. 3º, XIV) e a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante (art. 3º, XV).

Tais disposições compartilham semelhanças fundamentais com a Declaração de Cartagena, uma vez que todas têm como objetivo primordial a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade em razão de migração forçada ou refúgio. Essas legislações brasileiras incorporam princípios essenciais presentes na Declaração de Cartagena, como a ampliação do conceito de refúgio para abranger aqueles que fogem de situações generalizadas de violência e a garantia de proteção complementar a indivíduos em risco de tortura ou tratamento cruel em seus países de origem. Assim, essas leis nacionais e a Declaração de Cartagena convergem na busca por assegurar direitos humanos e a dignidade de migrantes e refugiados no contexto brasileiro e latino-americano.

A Declaração de Cartagena é reconhecida como uma ferramenta de proteção regional que tem sido amplamente elogiada pelas Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Ademais, conforme documento de elaboração da ACNUR intitulado “Memórias do trigésimo aniversário da declaração de Cartagena sobre refugiados” a declaração reafirma importantes normas e princípios do Direito Internacional dos Refugiados:

Este documento regional tem suas raízes na prática generosa de concessão de refúgio nas Américas e reafirma importantes normas e princípios do Direito Internacional dos Refugiados. A Declaração de Cartagena oferece diretrizes específicas para o tratamento humanitário e a busca de soluções duradouras para pessoas que necessitam de proteção internacional. Um dos aspectos mais notáveis da Declaração de Cartagena é sua recomendação de expandir a definição de refugiado aplicável na região. Essa recomendação tem influenciado a legislação nacional de catorze países da região.

Além disso, a declaração serve como um importante marco para promover a solidariedade regional e garantir a proteção de refugiados em situações de conflito armado, violações generalizadas de direitos humanos e outras crises humanitárias na América Latina (ACNUR, 2018, p. 9).

Através do trecho, infere-se que um dos aspectos mais notáveis da Declaração de Cartagena é sua recomendação de expandir a definição de refugiado. Ademais uníssono quanto ao exposto a definição ampliada pela Declaração, adotada pelos Estados latino-americanos e caribenhos, considera em sua Conclusão Terceira o seguinte:

Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (Declaração de Cartagena, 1984, n.p)

A conclusão a ser tirada dessa condição é que a proteção internacional deve se estender a todas as pessoas que, em razão de circunstâncias excepcionais de seus países de origem, tenham sido forçadas a deixar seus lares. Independentemente do motivo particular que levou à ameaça à vida, segurança ou liberdade, a importância dessa definição é considerar que as pessoas que enfrentam agressão estrangeira, conflitos internos, violência generalizada, violações massivas dos direitos humanos ou quaisquer perturbações graves da ordem pública merecem proteção internacional e solidariedade da comunidade internacional. Essa abordagem mais ampla visa garantir que nenhum indivíduo seja deixado desprotegido em situações de perigo extremo em seu país de origem.

A diferença entre migrantes e refugiados e o relevante empenho da ONU em garantir migrações seguras por meio do Pacto Global de Imigrações e o Pacto Global sobre Refugiados

De primórdio, insta expor que a migração pode decorrer do livre arbítrio e vontade humana, mas condições adversas a vontade individual pode

ensejar a busca de um novo lugar para viver. Essas podem envolver fatores econômicos, sociais, políticos, a existência ou iminência de guerra, uma pandemia confirmada, ou mesmo perseguições oriundas de discriminações religiosas, raciais e ideológicas (Malkki apud Jubilit, Frinhani e Lopes, 2018). Segundo dados sobre refúgio da ACNUR, em todo o mundo até o final de 2022 como resultado de perseguição, conflito, violência, violação de direitos humanos ou eventos que perturbaram gravemente a ordem pública houve o número de 108,4 milhões de pessoas deslocadas à força (ACNUR, 2023).

Nesse sentido, tendo abordado sobre a relevância da questão, se estabelece teoricamente a diferença entre migrante e refugiado. Tem-se que os migrantes podem ser distinguidos por terem sido influenciados pela esperança de uma vida melhor, enquanto os refugiados estão apenas tentando reconstruir a vida que perderam (JOLY, 2022, p. 3-23). Migrantes e Refugiados possuem os mesmos direitos universais quanto ao respeito à dignidade humana, todavia, são grupos distintos guiados a luz de uma mesma Constituição Federal, com diferentes leis infraconstitucionais.

Em 2016, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração de Nova York para Migrantes e Refugiados, um marco que estabeleceu o caminho para a criação de dois acordos internacionais significativos: o “Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular” e o “Pacto Global para Refugiados”. Esses Pactos possuem caráter de *soft law* e cada Estado escolhe se deseja aderir ou não. Apesar disso, mais de 160 países adotaram com unanimidade o acordo histórico para gerir a migração internacional de forma mais digna e segura (ONU, 2018,).

Em que pese a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 já tratarem sobre a questão dos refugiados, de acordo com Volker Türk, o Vice Alto Comissário de Proteção da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) a Convenção sobre Refugiados é concentrada nos direitos dos refugiados e nas obrigações dos Estados e o Pacto Global sobre os Refugiados procura tratar da cooperação internacional em grande escala. Esse define o alívio das pressões sofridas pelos países anfitriões, o aumento da autoconfiança dos refugiados, aumentar o acesso aos países de terceiro mundo e apoiar condições nos países de origem para que os refugiados possam realizar seu retorno com segurança e dignidade (ONU, 2018, n.p). Desse modo, ele é um documento abrangente para melhor gerenciar a migração internacional, enfrentar seus desafios e fortalecer os direitos dos migrantes, contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, o Pacto Global sobre Migração Segura, ordenada e regular adotado em 2018 na cidade de Marraquexe, Marrocos, foi o primeiro acordo a abordar todas as dimensões da migração internacional estabelecendo objetivos reconhecendo vulnerabilidade e demonstrando como a migração pode ser uma ferramenta poderosa ao Estado Receptor (Declaração Para Refugiados e Migrantes, 2018, p. 9).

O Governo brasileiro comunicou aos Secretário-Geral das Nações Unidas, ao Diretor-Geral da Organização Internacional para as Migrações (OIM), aos Presidentes da Assembleia Geral da ONU e do Conselho da OIM e ao Chefe do Secretariado da Rede das Nações Unidas sobre Migrações sua decisão de reintegrar o País ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular em 5 de janeiro de 2023. Tal medida ocorreu em consonância com a permanência do Brasil ao Pacto Global sobre Refugiados. O Brasil havia se retirado em janeiro de 2019, também em um dos atos do governo de Jair Bolsonaro e da gestão do então chanceler Ernesto Araújo.

O Pacto Global objetiva principalmente o estabelecimento de princípios, compromissos e entendimentos entre os países a respeito da migração. O referido representou um marco para a cooperação internacional em relação aos imigrantes e a mobilidade humana, trazendo aspectos humanitários, de direitos humanos e de desenvolvimento. Para as etapas preparatórias e de consultas, a fim de subsidiar as posições dos países frente ao Pacto, a ONU recomendou os seguintes temas para discussão:

- i) os direitos humanos de todos os migrantes, a inclusão social, a discussão sobre discriminação, incluindo o racismo, a xenofobia e a intolerância; ii) a migração não documentada e documentada, o trabalho decente, a mobilidade laboral, o reconhecimento de habilidade e qualificações; iii) a cooperação internacional e de governança da migração, as fronteiras, o trânsito migratório, a entrada, o retorno, a readmissão, a integração e a reintegração; iv) as contribuições dos migrantes e as diásporas no desenvolvimento sustentável, incluindo as remessas; v) as respostas aos fatores que impulsionam a migração, incluídas as mudanças climáticas, os desastres naturais e as crises criadas pelos seres humanos, mediante a proteção e assistência, o desenvolvimento sustentável, a erradicação da pobreza, a prevenção e resolução de conflitos; vi) o tráfico de pessoas e de migrantes e as formas contemporâneas de escravidão, em particular a identificação, proteção e assistência apropriadas aos migrantes e às vítimas de tráfico (pacto global sobre migração segura, 2018, n.p)

A decisão anunciada pelo governo brasileiro recebeu felicitações da OIM (OIM, 2023) Agência da ONU para as Migrações, tendo em vista que reforça o compromisso do Brasil com a governança global para a mobilidade internacional de pessoas com a finalidade de reconhecimento de direitos e cooperação entre países de origem, tramitação e destino, assegurando seus direitos e os meios para que as pessoas migrantes e refugiadas possam contribuir de forma positiva com os países de acolhida. A medida é elogiada pela ONU em razão de que essa objetiva efetivar os direitos humanos previstos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p. 4)* que afirma conforme seu artigo 13 que “Todo ser humano tem direito à liberdade de

locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” e ademais e “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

Diante de todo exposto, infere-se que estabelecer princípios e diretrizes que orientam os Estados signatários na gestão da migração internacional. Reforça o compromisso com a igualdade, não discriminação e tratamento digno de todos os migrantes, independentemente de sua origem. Desse modo, o pacto contribui para a promoção e proteção dos direitos humanos em um contexto de mobilidade internacional, alinhando-se com os princípios fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A necessidade de políticas públicas para receber refugiados venezuelanos no Brasil: análise através da Ação Civil Originária 3.121/RR

De primórdio insta introduzir a questão dos refugiados venezuelanos no Brasil representa um desafio urgente que demanda uma abordagem abrangente e humanitária. Com o agravamento da crise política, econômica e humanitária na Venezuela, milhares de pessoas têm procurado refúgio em território brasileiro em busca de segurança e condições de vida dignas. Nesse sentido, a Operação Acolhida é uma iniciativa humanitária realizada pelo governo brasileiro com o objetivo de fornecer assistência e acolhimento a milhares de venezuelanos que estão fugindo da crise econômica e social em seu país de origem. Esta operação foi lançada em 2018, devido ao crescente fluxo de refugiados e migrantes venezuelanos na fronteira norte do Brasil.

Desde então, 950 mil pessoas ingressaram no território brasileiro, sendo que 500 mil continuam no país (câmara dos deputados, 2023, online). Nesse sentido, cerca de 250 mil venezuelanos interiorizados no Brasil estão inscritos no Cadastro Único, dos quais 140 mil recebem o Bolsa Família (câmara dos deputados, 2023, online).

Em 2019 o Comitê Nacional para os Refugiados reconheceu a situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela (CONARE, 2019, n.p), possibilitando que os venezuelanos que chegassem ao Brasil fossem reconhecidos como refugiados pelo conceito de *prima facie* (procedimento de determinação coletiva da condição de refugiado), baseada no inciso III do art. 1º da Lei nº 9.474/1997 (Lei de Refúgio). Desde então, aqueles que solicitam a condição de refugiado e atendem a critérios específicos estabelecidos pelo CONARE passam por procedimentos simples e rápidos e após regularização no Brasil, o refugiado pode desfrutar dos mesmos direitos de cidadãos estrangeiros em situação regular no país, estando sob a responsabilidade do Estado brasileiro. Apesar, no entanto, dos aparatos logístico e jurídico disponíveis para a questão dos refugiados, ainda encontram muitas dificuldades para terem oportunidades e acesso a estes direitos (AC-

NUR, 2018, p. 18-21).

A população, em seu país de origem, encontra-se em sofrimento pelo descalabro nas contas públicas, hiperinflação e, principalmente, enfraquecimento dos mecanismos democráticos. Além da falta de produtos e serviços básicos como saúde e segurança, sem contar a escassez de mantimentos primordiais, como alimentos e medicamentos. Cenário que está vinculado à condução da política interna e externa do país desde o governo presidencial de Chávez e Nicolas Maduro.

Em uma análise nacional brasileira, é possível aferir que duas leis dispõem as regras da migração e do refúgio no país: a Lei 9.474/1997 e a Lei 13.445/2017 e possuem como propósito não só tratar questões inerentes ao refúgio e a migração, mas também, principalmente, possuem a função de reconhecer os direitos garantidos à essas pessoas, de forma que eles sejam devidamente executados e estabelecer princípios e diretrizes para as políticas públicas para os imigrantes. Nesse sentido, insta trazer o art. 5º da Lei nº 9.474/1997 (Lei dos refugiados), por sua vez, é categórico ao assegurar aos refugiados os mesmos direitos e deveres do estrangeiro no Brasil, *in verbis*:

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Para manter os imigrantes em território nacional de maneira eficaz e sustentável, é necessário que o Brasil invista em políticas públicas que também garantam a integração deles na sociedade, oferecendo acesso à educação, serviços de saúde, habitação e oportunidades de emprego.

Além disso, é primordial garantir a segurança e os direitos dos imigrantes e promover um ambiente acolhedor e respeitoso para todos aqueles que escolhem o Brasil como seu novo lar. O ACNUR estimula o Governo do Brasil a continuar implementando políticas públicas que respondam às dificuldades que refugiados e migrantes venezuelanos enfrentam, como facilitar o processo de validação de diplomas e a verificação de capacidades, ampliar o treinamento em idiomas para profissionais e professores do sistema de educação, assim como ampliar a capacidade das escolas - especialmente na região norte do país (ACNUR, 2021, n.p).

Antes de qualquer análise concreta, convém conceituar o que são políticas públicas. Conforme firmado por William Jenkins, a expressão é definida da seguinte forma:

um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de

objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores (Jenkins, 1978, n.p).

Infere-se que as políticas públicas podem ser descritas como ações desenvolvidas pelo governo para garantir direitos à população em diversas áreas, como saúde, educação e lazer, com o objetivo de promover qualidade de vida e bem-estar ao povo. No caso a ser citado, serão abordadas as políticas públicas que trabalharam o recebimento eficaz dos imigrantes no território. E para a análise de como essa implementação pode ocorrer na prática, um caso digno de estudo é a Ação Cível Originária (3121/RR) que o Governo do Estado de Roraima propôs, em 13 de abril de 2018, em face da União. A época estimou-se que 50.000 venezuelanos teriam entrado por via terrestre no Brasil e que o número de venezuelanos instalados precariamente na cidade de Boa Vista havia superado 10% da população do Estado. Alegou-se que chegada desordenada dos venezuelanos à cidade de Pacaraima, iniciada no final de 2015, tem sido exacerbada pela falta de infraestrutura operacional adequada nas fronteiras. O Estado com o requerimento, em sede de antecipação de tutela, pleiteou para que a União por meio de determinação do Supremo Tribunal Federal:

(i) atue na área de fronteira Brasil/ Venezuela, de modo a impedir que o fluxo migratório desordenado produza efeitos devastadores à sociedade brasileira, bem como promova as medidas administrativas na área de controle policial, saúde e vigilância sanitária; (ii) efetue a imediata transferência de recursos adicionais a fim de suprir os custos suportados pelo estado de Roraima com saúde e educação dos venezuelanos ali estabelecidos; e (iii) feche temporariamente a fronteira Brasil/Venezuela ou limite o ingresso de venezuelanos no país, tendo como parâmetro a capacidade do Estado brasileiro de acolher e prover as necessidades básicas desses estrangeiros. No mérito, requereu a confirmação das tutelas pleiteadas (Brasil, 2018, n.p).

Quanto ao cabimento da ação, o estado de Roraima argumentou, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal (CF), que a causa apresenta um conflito de interesses substanciais entre as partes, capaz de afetar o vínculo federativo. Aduziu que a situação em análise, decorrente da omissão da União no controle das fronteiras nacionais, teria o condão de “vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege o pacto da Federação”, na medida em que onera indevidamente os demais entes federativos (Brasil, 2018, n.p).

Na época o Governo do Estado ainda argumentou que a edição, pelo Presidente da República, da Medida Provisória nº 820/2018 (Transformada na Lei Ordinária 13684/2018), que versava sobre as medidas de assistên-

cia emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, não havia trazido nenhum recurso adicional a Roraima, o que teria feito o Estado arcar com impacto econômico decorrente da entrada desordenada de imigrantes venezuelanos em território roraimense (Brasil, 2018a).

Ademais, alegou-se o risco de colapso nos serviços básicos do Estado na hipótese de aumento do número de imigrantes e demandou-se assim, que a União “cumprisse o seu papel administrativo na consecução da proteção, controle e fiscalização das fronteiras de maneira efetiva” (Brasil, 2018). Dessa forma, segundo o requerente seria possível resguardar a soberania do Estado brasileiro e o bem-estar da população residente no Estado de Roraima (ação civil pública inicial, 2018). Nesse sentido, o Tribunal, por maioria, julgou (i) improcedente o pedido de compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil e (ii) parcialmente procedente a ação para determinar à União a imediata transferência de recursos adicionais ao Estado de Roraima em quantia correspondente à metade (cinquenta por cento) dos gastos cujo ressarcimento (Brasil, 2020, n.p).

Conforme constatado no acórdão, a decisão parcialmente favorável fundamentou-se em diversos aspectos, incluindo a comprovação de gastos extraordinários do estado de Roraima em saúde, educação e segurança pública devido ao aumento significativo da migração de venezuelanos, a natureza excepcional e imprevisível desse fluxo facilitada pela localização geográfica do estado, as despesas relacionadas à obrigação do Estado brasileiro de manter as fronteiras abertas conforme tratados internacionais e a União, a existência de precedentes internacionais que respaldam a responsabilidade do Estado federal pelos gastos com refugiados (Brasil, 2020).

O ministro Alexandre de Moraes, ao sustentar sua posição pela completa improcedência da ação, argumentou que não existia uma obrigação de indenização por parte da União. Ele destacou que a União estabeleceu políticas públicas dentro de sua esfera de competência e tomou medidas para cumprir suas responsabilidades constitucionais e internacionais relacionadas à proteção de refugiados e imigrantes (Brasil, 2020). Essas medidas incluíram a prestação de apoio financeiro, assistência técnica e pessoal ao Estado de Roraima, por meio de diferentes órgãos governamentais, como a Casa Civil da Presidência da República, os Ministérios do Desenvolvimento Social, da Saúde, da Defesa, da Segurança Pública e dos Direitos Humanos (Brasil, 2020).

Dentre as políticas públicas pode se citar, a criação de atos normativos por parte da União realizou como a Medida Provisória 820/2018, que versava sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, o Decreto 9.285/2018 que reconheceu a situação de

vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela e na época Decreto 9.286/2018 (revogado pelo Decreto N° 10.917, de 29 de dezembro de 2021) que dispusera sobre o Comitê Federal de Assistência Emergencial.

O julgador ainda citou a ocorrência de interiorização de refugiados pela Operação Acolhida, criada com prontidão em março de 2018, como resposta do governo brasileiro ao grande fluxo migratório proveniente da República Bolivariana da Venezuela, devido à crise política, econômica e social. Demonstrou que um estudo da ESMPU, FGV e ACNUR evidenciou o recebimento pela Operação de R\$ 504,09 milhões de autorização até outubro de 2019, com R\$ 482,07 milhões empenhados e R\$ 342,25 milhões desembolsados. Que foram utilizados para acolher parte dessa população, com a criação de abrigos oficiais em Boa Vista e em Pacaraima, sendo que 6,3 mil pessoas.

Neste contexto, reconheceu-se que, além das políticas públicas já em execução, foi essencial disponibilizar um suporte adicional ao Estado para a imediata transferência de recursos adicionais, para auxiliar a grande chegada de refugiados em Roraima. Desse modo é possível aferir que o Brasil trabalhou e ainda trabalha para garantir a hospitalidade necessária aos refugiados, tendo em vista que a Operação Acolhida continua vigorante e em 2023 atingiu a marca de 100 mil refugiados e migrantes venezuelanos interiorizados em 930 municípios do Brasil (ACNUR, 2023, online). Sendo passível de observação que ao se comprometer novamente com o Pacto Global de Imigrações e o Pacto Global sobre Refugiados, o Brasil busca fortalecer sua colaboração internacional e seu compromisso com os direitos humanos, o que de forma indireta resulta em um apoio mais substancial da comunidade internacional para a Operação Acolhida.

É necessário salientar que em pese o Brasil realize a acolhida humanitária e solidária, recebendo e prestando assistência e proteção aos refugiados, esses ainda poderão encontrar muitos desafios complexos que podem incluir barreiras linguísticas, dificuldade na obtenção de documentação adequada para viver e trabalhar no país, desafios econômicos devido ao desemprego e subemprego, discriminação e xenofobia. Infere-se ainda que os refugiados poderão encontrar dificuldades que persistem inclusive para os próprios brasileiros, que podem envolver desigualdade social, desemprego, acesso limitado a educação e saúde e a necessidade de encontrar moradia acessível e segura, por exemplo. Todavia a análise das possíveis políticas públicas necessárias para auxiliar as questões acima citadas são questões distintas a serem exploradas em futuras produções acadêmicas.

Referências

ACNUR. **ACNUR parabeniza Brasil por reconhecer condição de refugiado de venezuelanos com base na Declaração de Cartagena**. 17 mai 2021. Dis-

ponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/07/29/acnur-parabeniza-brasil-por-reconhecer-condicao-de-refugiado-de-venezuelanos-com-base-na-declaracao-de-cartagena/>. Acesso em 07 de ago de 2023.

ACNUR. **Convenção de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>. Acesso em 09 de set de 2023.

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil. Refúgio em números. : 108,4 milhões de pessoas deslocadas à força em todo o mundo**. Disponível em : <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em 19 set 2023.

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil. Refúgio em números**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 14 set.2023.

ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de Refugiado**. De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados, [s.d.]. ACNUR, 2018. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wpcontent/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

ACNUR. **Memórias do trigésimo aniversário da declaração de Cartagena sobre refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Mem%C3%B3rias-do-Trig%C3%A9simo-Anivers%C3%A1rio-da-Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Cartagena-sobrefugiados_ACNUR2015.pdf. 2018, Governo Federal. Acesso em :09 de ago de 2023.

ACNUR. **Operação acolhida atinge a marca de 100 mil refugiados e migrantes venezuelanos interiorizados em 930 municípios do Brasil**. 31 mar 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2023/03/31/operacao-acolhida-atinge-a-marca-de-100-mil-refugiados-e-migrantes-venezuelanos-interiorizados-em-930-municipios-do-brasil/>. Acesso em : 11 set 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília 1997.

BRASIL. **Lei nº.13.445, de 24 maio de 2017**. Institui a Lei de migração. Brasília 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3. 121. Ação julgada parcialmente procedente. Relatora: Ministra Rosa Weber. 13 abr. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155>. Acesso em 24 set 2023.

CAMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. **Operação Acolhida: venezuelanos são gratos, enquanto roraimenses cobram mais apoio**. Disponível em : <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/noticias/operacao-acolhida-venezuelanos-sao-gratos-enquanto-roraimenses-cobram-mais-apoio>. Acesso em 16 de set 2023.

CARTAGENA+30. ACNUR, 2014. Disponível em: <https://cartagena30.acnur.org/pt-br/antecedentes-e-desafios/>. Acesso em: 15 ago.2023.

CONARE. **Nota Técnica nº 12/2019. Estudo de País de Origem - Venezuela - Aditamento.** Disponível em: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e349d774.pdf>. Acesso em 16 set 2023.

CONARE. **Nota Técnica nº 3/2019. Estudo de País de Origem - Venezuela - Aditamento.** Disponível em: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e349cca4.pdf>. Acesso em 16 set 2023.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). [s.l: s.n.]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 ago.2023

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. [s.l: s.n.]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 01 ago.2023

JENKINS, William. **Policy analysis: a political and organisational perspective.** London: Martin Robertson, 1978.

JOLY, Daniele. **Odyssean and Rubicon Refugees: Toward a Typology of Refugees in the Land of Exile.** International Migration, [s.l.], v. 40, n. 6, p. 3-23, dez. 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. LOPES, Rachel de Oliveira. **Migrantes forçados: conceitos e contextos. Boa Vista: Editora da UFRR - ISBN 978-85-8288-161-3-, 2018.**

OIM. **OIM parabeniza Brasil pelo retorno ao Pacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular.** 06 de janeiro de 2023. Disponível em : <https://brasil.iom.int/pt-br/news/oim-parabeniza-brasil-pelo-retorno-ao-pacto-global-para-uma-migracao-segura-ordenada-e-regular>. Acesso em 15 set 2023.

ONU, **Pacto Global sobre Refugiados**, New York, 2018, p. 01. Disponível em: <https://www.unhcr.org/media/37797>. Acesso em: 01 jun.2023.

ONU. **Conferência termina com adoção do Pacto Global para Migração por mais de 160 países.** ONU NEWS. 11 de dezembro de 2028. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651481>. Acesso em: 08 set.2023.

ONU. **Pacto Global sobre os Refugiados: Em que aspecto é diferente do pacto dos migrantes e como ajuda as pessoas forçadas a fugir?** ONU NEWS. 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1652121>. Acesso em: 08 set.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 8 ago 2023.

Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, [s.d]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 09 set.2023.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E REPARAÇÃO INTEGRAL DAS GRAVES VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DA POLÍTICA DE PROFILAXIA DA LEPROSA NO BRASIL DO SÉCULO XX

Marco Antonio de Lima

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O presente trabalho tem o objetivo geral de tratar das graves violações a direitos humanos direcionadas a pessoas atingidas pela hanseníase e seus filhos separados em decorrência da política de profilaxia da lepra, que vigorou no Brasil de 1923 a 1986 com fundamento no Decreto 16.300/1923 e na Lei n. 610/1949. Neste período, o Estado brasileiro foi responsável por instituir uma política pública de internação e isolamento dos portadores da hanseníase e de seus filhos, os quais eram levados a preventórios enquanto seus pais eram encaminhados a colônias com outros portadores da doença. Considerando essa conjuntura, a Organização das Nações Unidas instituiu uma relatoria especial para tratar da hanseníase e verificar a situação de direitos humanos nos países atingidos pela doença. Em 2019, a relatora especial visitou o Brasil e elaborou um relatório de país em que aborda o atual estado das pessoas atingidas pela doença e de seus filhos no país, recebendo uma resposta do Estado brasileiro sobre suas considerações. Levando em conta que as consequências do isolamento compulsório persistem até os dias atuais, a presente pesquisa justifica-se na medida em que se faz necessário buscar uma reparação integral às vítimas, à luz da cooperação internacional. A metodologia utilizada neste trabalho foi a análise documental e, como resultado, foi possível observar que o Estado brasileiro tem seguido algumas recomendações contidas nos relatórios, mas tem deixado de cumprir com outras tantas, de modo a não dar real efetividade as disposições internacionais de cooperação em direitos humanos.

Palavras-chave: Hanseníase; Isolamento; Direitos Humanos; Cooperação internacional.

Introdução

A política de profilaxia da lepra, sobre a qual se debruça o presente artigo, consistiu na política de saúde pública adotada pelo Estado brasileiro no período de 1923 a 1986, durante o qual as pessoas atingidas pela hanseníase e seus filhos foram isoladas compulsoriamente pelos agentes de saúde em colônias e preventórios, nos quais sofriam violência física, psicológica, sexual, entre outras formas de violência, o que gerou significativo dano ao seu projeto de vida.

É importante mencionar que o termo “lepra” não é mais utilizado em documentos oficiais do Estado brasileiro desde 1976, quando publicada a portaria nº 165 do Ministério da Saúde. Porém, para fins de contextualização histórica e de memória, a expressão “política de profilaxia da lepra” será utilizada neste trabalho, considerando que era o termo utilizado para se referir a essa política enquanto esteve em vigor.

A referida política começou a ser instituída no país em 1904, através do decreto 5.156/1904 (Brasil, 1904) no qual constava a hanseníase como uma doença de notificação compulsória e que precisava de isolamento domiciliar. Essa forma de isolamento estava prevista no artigo 232 do referido decreto, o qual determinava que o isolamento domiciliar ocorreria até que fossem criadas colônias, momento a partir do qual as pessoas atingidas pela hanseníase seriam concentradas nesses locais.¹

Na sequência, o decreto 16.300/1923 (Brasil, 1923) de fato previu a criação das colônias agrícolas, definidas no art. 139 como um local de grande espaço uma “verdadeira vila de leprosos”.² A ideia, portanto, era justamente concentrar os doentes em grandes grupos para facilitar o controle e o manejo da doença.

A internação e o isolamento, por sua vez, foram previstos nos artigos 128, XIV, e 148, “f”, do referido decreto.³ Especificamente sobre esse último dispositivo, ele previa como seria caso as pessoas atingidas pela hanseníase tivessem filhos, *in verbis*:

-
- 1 Art. 232. Enquanto não forem estabelecidas colonias para leprosos a autoridade sanitaria procederá do seguinte modo: a) fará que o leproso seja isolado em domicilio, do accôrdo com as instrucções em vigor;
 - 2 Art. 139. Os estabelecimentos nosocomiaes serão os seguintes: a) colonias agricolas; b) sanatorios ou hospitaes; c) asylos. § 1º. As colonias agricolas, sempre preferiveis, deverão ter bastante amplitude para nellas se poder estabelecer uma verdadeira villa de leprosos, e, além das condições que assurem do melhor modo os seus fins, deverão ter hospitaes para os que necessitarem cura de doenças e affecções intercurrentes, crèche, orphanato e asylo para os incapazes;
 - 3 Art. 128. Compete ao inspector de prophylaxia da lepra e das doenças venereas, além das attribuições geraes regulamentares, o seguinte: XIV. Inspeccionar, periodicamente, os hospitaes de isolamento da lepra e doenças venereas, nos termos do art. 315 deste regulamento.

Art. 148. Nos estabelecimentos de leprosos, além das disposições já determinadas e das que forem prescriptas em seus regimentos internos, serão observadas mais as seguintes: f) os filhos de leprosos, embora um só dos progenitores seja doente, serão mantidos em secções especiaes, anexas ás áreas de pessoas sãs do estabelecimento, para onde serão transportados logo depois de nascidos;

A internação e o isolamento compulsório não domiciliar atingiram diretamente os filhos dessas pessoas, crianças, muitas vezes recém-nascidos. O local para onde eram levadas as crianças é chamado de preventório ou educandário e tinha a finalidade teórica de prevenir o contágio da doença. Segundo exposto no relatório especial de visita ao Brasil (ONU, 2019), há relatos de que aproximadamente 16.000,00 mil crianças foram separadas de seus pais durante a política de profilaxia da lepra, mas o número não é totalmente preciso por conta da grande dificuldade de acesso aos registros do período e dos certificados de internações.

Mesmo anos depois do término da política de internação e isolamento, os danos suportados em decorrência das violações de direitos humanos suportadas por essas pessoas permanecem, tanto nas pessoas atingidas pela hanseníase quanto em seus filhos. Em Betim, Minas Gerais, local de grande concentração de ex-colônias, há relatos de um grupo de 30 crianças que tiveram seus tímpanos estourados por conta de tapas e socos que recebiam nos preventórios (Filhos Separados Pela Injustiça, 2017).

Nessa medida, as violações permanecem e não é possível apagá-las. A busca, portanto, é pela reparação integral que, nos termos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é remédio mais humanos, direcionado aos valores e princípios das vítimas e a como o dano afetou as esferas da sua vida. Com essa perspectiva, as medidas classificam-se em: (i) restituição; (ii) reabilitação; (iii) satisfação; (iv) garantias de não repetição; (v) obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for o caso, punir; e (vi) indenização financeira (Corte IDH, 2022).

Ainda, é possível citar que a reparação integral tem como fundamento a busca pela verdade e preservação da memória das vítimas, o que também é buscado na luta das pessoas atingidas pela hanseníase e seus familiares.

Cooperação internacional

Em se tratando de cooperação internacional, faz-se necessário dizer que ela consiste em uma ajuda mútua dos Estados e no comprometimento a perseguição da efetivação dos direitos humanos em todos os níveis, nacional e internacional. A esse respeito, é possível citar que a cooperação internacional é matéria presente tanto no sistema regional quanto global do direito internacional dos direitos humanos, na medida em que aparece tanto na Convenção Americana e Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos

Estados Americanos (OEA), quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, vinculada a Organização das Nações Unidas (ONU)

O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificado pelo Estado brasileiro pelo Decreto 678 (Brasil, 1992), assim estabelece:

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Além dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 também já abordava a cooperação internacional em seu art. 22, *in verbis*:

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

O Estado brasileiro, como signatário de ambas, tem o dever de seguir as determinações contidas nos tratados, uma vez que passaram pelo procedimento legislativo interno de incorporação de tratados. Este procedimento pode ser dividido em 4 fases, quais sejam: a assinatura do tratado pelo Presidente da República, tomando por base o art. 84, VIII, da CF/88⁴; aprovação pelo Congresso Nacional através do decreto legislativo; depósito do instrumento em âmbito internacional, vinculando o Estado ao organismo internacional; para ter vigência interna, o tratado ainda precisa do decreto presidencial de promulgação, porém, a responsabilidade internacional já começa a valer a partir do depósito (Ramos, 2018, p. 570).

Em se tratando especificamente do sistema ONU, do qual são derivados os relatórios da relatoria especial para Hanseníase, convém ressaltar que os relatórios não seguem a lógica interna de incorporação, porque não se trata de tratados, de modo que os registros contidos nos relatórios são tomados em forma de recomendações sem eficácia vinculante.

Contudo, considerando que o Estado brasileiro, fazendo uso de sua soberania enquanto nação livre e independente, submeteu-se ao sistema das Nações Unidas, há total responsabilidade em seguir as recomendações expostas pelos relatórios especiais desenvolvidos por esta mesma organização,

4 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

haja vista que os esforços para a efetivação dos direitos humanos são guiados pela lógica da cooperação internacional, a qual não exige a formalidade da incorporação de tratados para que seja posta em prática.

Quando se fala em cooperação internacional, a linha adotada é a do soft law em detrimento do hard law, levando em conta que a primeira se alinha a construção plural e participativa dos Estados na construção e consolidam das agendas de direitos humanos, enquanto a última se apegua a formalidade da incorporação de tratados

Nessa medida, muito embora não haja obrigatoriedade interna de cumprimento com as recomendações estampadas nos relatórios, do ponto de vista da cooperação internacional em prol da perseguição da efetivação de uma agenda global de direitos humanos, o Estado brasileiro deve seguir as determinações contidas nos referidos relatórios das Nações Unidas, considerando se tratar de meio eficaz para a efetivação de direitos humanos.

A relatoria especial das ONU para a hanseníase tem como objetivo a investigação da situação de direitos humanos envolvendo pessoas atingidas pela doença e seus familiares ao redor do mundo, com a elaboração de relatórios temáticos e de visitas aos países, como o do Brasil e do Japão. Nos relatórios, a relatoria procura abordar os problemas identificados e propor recomendações a serem adotadas pelos Estados a fim de dar efetividade a proteção dos direitos humanos.

No presente artigo, a situação envolvendo o Brasil foi analisada tomando como base as informações retiradas dos referidos relatórios, especialmente o relatório de visita ao país, publicado em 2020 (ONU, 2020).

Situação atual da hanseníase no Brasil

Uma vez abordada a questão da responsabilidade do Estado brasileiro em face da cooperação internacional, faz-se necessário tratar a questão da hanseníase em âmbito nacional. Para isso, de início, é importante mencionar que segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 93% dos casos de hanseníase nas américas foram registrados no Brasil, totalizando cerca de 26.875 novos casos em 2017 (ONU News, 2019) Apesar desse número, a quantidade de filhos e pessoas impactadas direta e indiretamente pela doença não foi levado em conta na contabilização, o que dá conta de dizer que o impacto da Hanseníase no Brasil é muito maior do que a quantidade registrada de casos.

Segundo o próprio plano de trabalho da relatoria especial da ONU (A/HRC/38/42), a hanseníase é uma doença negligenciada e que atinge, em sua maioria, pessoas de perfil socioeconômico baixo. Além disso, foi exposto nesse mesmo relatório como a doença deixou de ser tratada como um problema de saúde pública, o que levou a diminuição dos níveis de aprimoramento profissional no combate a ela e na pesquisa sobre medicamentos e

formas de tratamento.

Aliás, a hanseníase não tem grande potencial de contaminação, sendo que, para isso, é necessário contato permanente, baixa imunidade e pré-disposição genética para seu contágio (Ministério da Saúde do Brasil, 2019). Apesar disso, como exposto, o Brasil abriga inúmeros casos da doença, sendo o 2º país do mundo em número de novos casos (ibid), além de não dispor de produção própria de medicamentos para a doença, necessitando de doação internacional de uma indústria farmacêutica via OMS (Rodrigues, 2020).

Do ponto de vista nacional, muito embora tenha passado mais de 30 anos desde o término da política de profilaxia da lepra, as consequências dessa política persistem e se manifestam tanto nos filhos separados quanto nas pessoas afetadas pela doença.

Em se tratando da busca pela reparação integral, a indenização financeira voltada a essas pessoas se faz extremamente necessária, considerando que muitas delas vivem na pobreza em razão de terem suportado grande dano ao projeto de vida, em virtude das violências sofridas, o que lhes impediu de atingir seu pleno desenvolvimento cultural, educacional, profissional e financeiro.

Com relação as pessoas atingidas pela hanseníase e que passaram pela segregação e o isolamento compulsório, há lei nacional que prevê a indenização monetária a elas (lei 11.520/2007). Apesar disso, não havia uma lei nacional que previsse indenização aos filhos separados, apenas leis estaduais, como a de Minas Gerais (Lei 23.137/2018), e o projeto de lei em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), o PL 1.214/2019.

Contudo, a ausência de indenização aos filhos em âmbito nacional foi alvo constante de críticas por parte da relatoria especial das Nações Unidas, principalmente no relatório sobre o Brasil, e de entidades representativas em âmbito nacional, como o Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (Morhan). Em 24/11/2023, foi sancionada a Lei 3023/2022, que concede pensão mensal vitalícia aos filhos separados de pais com hanseníase, vítimas da política de profilaxia da lepra, o que demonstra a vitória das vítimas e um passo a mais na luta pela reparação integral.

Na mesma linha da reparação integral, segundo o relatório de país, faz-se necessário que o Estado brasileiro adote uma política voltado para o estabelecimento de centros de memória, o que favorece a busca pela não repetição das violações e mantém viva a memória das vítimas.

Outro ponto interessante a se considerar é de que, segundo o relatório voltado para pessoas com deficiência (ONU, 2022, A/77/139), cerca de 74% das pessoas atingidas pela hanseníase que responderam os questionamentos da relatoria se identificam como pessoa com deficiência. Nesse ponto, a relatoria expõe a necessidade de adotar um conceito aberto de deficiên-

cia, que abarque aspectos não apenas médicos, mas também sociais, a fim de não excluir do âmbito de proteção legal aqueles que assim se identificam.

Do mesmo modo, há total necessidade de colocar as pessoas atingidas pela hanseníase e seus familiares no centro do debate e da tomada de decisão sobre políticas públicas que os afetem diretamente, o que, segundo o relatório de país, ainda lhes é negado diariamente por barreiras sociais e estigmatizantes, de modo que sua superação é extremamente necessária para que o Brasil alcance a plena participação democrática e a efetivação dos direitos humanos.

Conclusão

As medidas de reparação integral são variadas e representam a tentativa de abarcar as particularidades das violações sofridas, o que implica no reconhecimento da responsabilidade pelo Estado brasileiro e na aceitação de que cada vivência é múltipla e, se tratando de violações a direitos humanos, faz-se necessário d

Apesar do recente e significativo avanço na defesa dos direitos humanos com a aprovação da lei de indenização aos filhos, o Estado brasileiro ainda tem de dar real efetividade interna as demais recomendações extraídas dos relatórios da relatoria especial das ONU, entre elas: a) a criação ou o fortalecimento de políticas públicas de distribuição de renda voltadas a parcelas mais pobres afetadas pela doença e seus familiares; b) o estabelecimento de centros de memória, a fim de evitar a repetição das violações; c) investimento no estudo de medicamentos e no conhecimento especializado sobre a doença; d) fortalecimento da participação das pessoas afetadas pela hanseníase e seus familiares em grupo de discussão sobre políticas públicas que os afetem.

Isso porque, a cooperação internacional é medida de perseguição e concretização das agendas globais em direitos humanos e não se esgota com a aplicação de uma ou mais recomendações, senão pela construção ativa do debate e do reconhecimento das vulnerabilidades e particularidades de cada violação.

Referências

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.156, de 08 de março de 1904. Dá novo regulamento aos serviços sanitarios a cargo da União. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5156-8-marco-1904-517631-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Decreto nº 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. . Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 3023, de 24 de novembro de 2023. Altera a Lei nº 11.520, de 18 de setembro de 2007, para modificar o valor da pensão especial concedida às pessoas com hanseníase submetidas compulsoriamente a isolamento ou internação e conceder o benefício aos seus filhos, na forma que especifica.. . Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155535#:~:text=2022%20Descri%C3%A7%C3%A3o%2FEmenta-,Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2011.520%2C%20de%2018%20de%20setembro%20de,filhos%2C%20na%20forma%20que%20especifica..> Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.520, de 18 de setembro de 2007. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela hanseníase que foram submetidas a isolamento e internação compulsórios.. . Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11520.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL tem segunda maior taxa de casos novos de hanseníase no mundo. ONU NEWS, 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/05/1672141>. Acesso em: 25 out. 2023.

Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 32: Medidas de reparação. Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, C.R.: Corte IDH, 2022.

FILHOS Separados pela Injustiça. Direção e roteiro por Elizabeth Martins Campos. Produção por Thiago Pereira da Silva Flores. Betim: IT Filmes, Comunicação e Entretenimento, 2017. Documentário - 1 DVD (20m43s), som, cor.

HANSENÍASE. Ministério da Saúde. 2023. Disponível em: https://more.ufsc.br/homepage/inserir_homepage. Acesso em: 25 out. 2023.

MINAS GERAIS. Lei nº 23.173, de 10 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o pagamento de indenização aos filhos segregados de pais com hanseníase submetidos à política de isolamento compulsório em Minas Gerais.. . Belo Horizonte, BH, Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23137/2018/>. Acesso em: 25 out. 2023.

ONU. Multiple disabilities and fluid self-identification: disability rights of persons affected by leprosy and their family members and how they challenge national legal frameworks. 2022. 21 p. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/420/39/PDF/N2242039.pdf?OpenElement>. Acesso em: 10 agosto de 2023

ONU. Report of the Special Rapporteur on the elimination of discrimination against persons affected by leprosy and their family members: note by the secretariat. 2018. 19 p. Disponível em: <https://www.undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F38%2F42&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 21 ago. 2023

ONU. Visit to Brazil. 2020. 18 p. Disponível em: <https://www.undocs.org/Home/>

Mobile?FinalSymbol= A%2FHRC%2F44%2F46%2FADD.2&Language= E&DeviceType= Desktop&LangRequested= False. Acesso em: 22 de julho de 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1089 p.

RODRIGUES, Alex. **Dependência de doações ameaça tratamento de hanseníase no país:** brasil é o segundo em número de casos absolutos da doença. Brasil é o segundo em número de casos absolutos da doença. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/dependencia-de-doa-coes-ameaca-tratamento-da-hanseniasse-no-pais#>. Acesso em: 25 out. 2023.

A NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL A PARTIR DE UMA ANÁLISE DA CIDADANIA

Gabriela Soldano Garcez

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Santos. Pós doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha, e, pela Universidade de Coimbra/Portugal

Karla Aparecida Vasconcelos Alves da Cruz

Professora de graduação da Universidade Católica de Santos. Procuradora Municipal. Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos

Resumo:

Este artigo (através de uma análise bibliográfica de referência, feito com método crítico-dedutivo) aborda as principais condicionantes que devem ser apresentadas para a construção de uma cidade sustentável. Em seguida, dentro deste contexto de sustentabilidade, analisa a importância da implementação de ações estratégicas, realizada por meio de governança, através da participação ampliada, com a finalidade de conscientização ambiental, nos termos de diversos documentos internacionais (como o relatório Brundtland, a Agenda 21 - com os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio - ODM, e a Agenda 2030 - com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS), tendo em vista que o ODS de nº. 11 é justamente tornar as cidades e os assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentável. Nesse sentido, o artigo visa avaliar a importância da sustentabilidade nos grandes centros urbanos, indicando fatores determinantes para uma vida em sociedade de forma digna para as presentes e futuras gerações, inclusive com a disposição de mecanismos de incremento e/ou criação de cidadania ativa (ou seja, a participação ampliada da governança deve inserir também os indivíduos), visando a obtenção de direitos humanos básicos relacionados ao meio ambiente urbano.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável; Cidades sustentáveis; Cidadania; Governança.

Introdução

As cidades são centros de cultura, ciência, comércio, produtividade, movimentos sociais, produção industrial, entre outros itens essenciais e qualificadores de uma vida digna, pois podem ser observados como centros de desenvolvimento ambiental e econômico, tendo em vista que são o local capaz de fornecer suporte social e tecnológico para avanços científicos essenciais à vida humana. Neste sentido, as cidades são auto-organizadas, adaptativas e em constante evolução, ao mesmo tempo em que, desempenhando um papel importante na maximização dos benefícios sociais e econômicos, as cidades são simultaneamente extremamente sensíveis às ações humanas, sofrendo com a falta de conscientização, educação, informação e cidadania em vários níveis (principalmente no que se refere ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tais como, o esgotamento dos recursos naturais, pressão sobre a produção e disponibilidade de recursos essenciais (por exemplo, água potável, alimentos e energia), danos ao meio ambiente urbano, além de crises financeiras, econômicas e sanitárias).

O que somente demonstra, mais uma vez, a necessidade de transformar as cidades e os ambientes urbanos de hoje em cidades sustentáveis, o que é essencial para a manutenção da vida.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo visa, através de uma análise crítico-dedutiva, feita por meio de referencial bibliográfico, analisar as principais condicionantes indicadas para a construção de uma cidade sustentável, tendo como base uma avaliação multi e interdisciplinar.

Em seguida, este artigo demonstra a importância da ação estratégica, realizada por meio de governança, através da participação ampliada, inclusive por parte dos cidadãos, com a edificação de conscientização ambiental, para um “crescimento” ou desenvolvimento verde, nos termos do que está no centro de diversos documentos internacionais ao longo do tempo, como, por exemplo o relatório Brundtland, a Agenda 21 - com os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio - ODM, e a Agenda 2030 - com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS (porque um dos ODS é justamente tornar as cidades e os assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentável, tendo em vista que a maioria da população humana atualmente já vive em grandes centros urbanos).

Este artigo justifica-se, no sentido de que, é preciso discutir qual é a importância de entender quais são os principais fatores determinantes para uma cidade sustentável, e que, intrinsecamente, entre estes fatores está o incremento e/ou a criação de cidadania ativa (no sentido de participação ativa) da população para a obtenção de direitos humanos básicos relacionados ao meio ambiente urbano.

Cidades Sustentáveis: uma avaliação multi e interdisciplinar das principais condicionantes para a edificação da sustentabilidade

Na medida em que ocorreu a concentração da população no ambiente das cidades, em razão da atração decorrente da presença de possíveis agentes facilitadores da vida humana, tais como, oportunidades de emprego, melhores condições de educação e saúde, dentre outros aspectos, houve a necessidade de maior atenção e realização de medidas mitigadoras dos relevantes impactos ocasionados nesse ambiente. Dessa forma, os governos e a sociedade civil, por meio de empresas, universidades, além das organizações não governamentais, na atual sociedade globalizada, devem buscar no ambiente das cidades a possível combinação da competitividade geopolítica com a sustentabilidade (Mosannenzadeh; Vettorato, 2014).

Em razão da dinâmica própria do capitalismo pós século XX, os centros urbanos passaram a concentrar um elevado contingente populacional, além de atividades produtivas, constituindo-se como núcleos concentradores de riqueza, ao mesmo tempo que geraram intensas desigualdades sócio-espaciais (Lucena, 2020), bem como relevantes impactos a qualidade ambiental.

O crescimento dos centros urbanos sem os necessários planos urbanísticos, ocasionou fortes agressões aos recursos naturais e às bases materiais de sobrevivência humana, comprometendo a qualidade de vida. Essa situação não se coaduna com o atendimento do denominado piso vital mínimo dos cidadãos (Fiorillo e Ferreira, 2019), afrontando a consecução dos direitos humanos relativos à saúde, saneamento básico, moradia, dentre outros. Em especial, nos países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil se inclui, as cidades crescem em grande velocidade, entretanto, os serviços públicos, a rede de proteção pública sanitária, de engenharia de tráfego, de planejamento urbanístico mínimo não atende as necessidades dos cidadãos ou sequer existem (Fiorillo e Ferreira, 2019)

A desordenada concentração populacional nas áreas urbanas revela cidades não sustentáveis e antagônicas aos interesses de todos os cidadãos, com grande parte da população de baixa renda vivendo em condições sub-humanas, sujeita a toda sorte de problemas de saúde e afastadas das condições básicas de dignidade. A dificuldade para sobrevivência no meio urbano para a população vítima da pobreza conflita com a prosperidade existente em parte das cidades, revelando as desigualdades sociais fruto da concentração de capital e da ausência de políticas públicas efetivas em prol do desenvolvimento das pessoas. Assim, as cidades crescem mais rápido do que deveriam e não conseguem absorver todos os que para ela migram, gerando “inchamento” em vez de crescimento (Rolnik, 2019, p. 155).

A necessidade de buscar o desenvolvimento sustentável das cidades demanda uma avaliação multi e interdisciplinar das principais condicionantes que impactam na qualidade ambiental, para que se tornem ambientes inclusi-

vos e adequados à dignidade da vida humana, revelando um grande desafio a ser enfrentado em um panorama global predominantemente urbano.

Dessa forma, em termos globais vem crescendo o reconhecimento de uma necessária preocupação com a sustentabilidade nas cidades. Desde os anos 80, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, através do Relatório Brundtland (1987), Nosso Futuro Comum, reconheceu que desenvolvimento sustentável é o “que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”, tendo como objetivo principal “satisfazer as necessidades e as aspirações humanas” (Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991). O papel de destaque das cidades para o desenvolvimento sustentável foi consagrado pela Agenda 21 (ONU, 1992), fruto da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada pela Organização das Nações Unidas - ONU, no Rio de Janeiro, denominada Rio-92 que considerou, em síntese, como forma de atendimento dos problemas ambientais globais a ação local, revelando a importância da solução das questões de forma mais próxima aos cidadãos, constatando a realidade vivenciada e as demandas a serem atendidas no ambiente das cidades.

Por sua vez, com a implementação das metas globais previstas na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, realizada em Nova York, em setembro de 2015, na Agenda 2030, dentre os diversos ODS, merece destaque o Objetivo 11, que trata das cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis (ONUBrasil, 2015), além do Objetivo 6 que versa sobre o acesso ao saneamento para todos, objetivos que demandam, como grande parte dos demais ODS, políticas públicas e atuação no ambiente das cidades, como seguirá melhor elucidado, por meio da governança.

Merece destaque quanto a relevância das cidades nos instrumentos internacionais, a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada em Quito, no Equador, em 2016, que adotou uma nova agenda urbana - Declaração de Quito Sobre Cidades Sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos, considerada uma extensão da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, documento que orienta a urbanização sustentável pelos próximos 20 anos (ONUBrasil, 2016). A nova agenda urbana não estabelece objetivos específicos, mas é uma visão compartilhada de orientação para a transformação de áreas urbanas em regiões mais seguras, resistentes e mais sustentáveis, com base em um melhor planejamento e desenvolvimento.

Por meio desses importantes instrumentos de *soft law*, produzidos através da ONU, com a participação de grande parte dos Estados e da sociedade civil, foi reconhecida a importância das cidades, pois da mesma forma que são fonte de crescimento econômico e social, consoante elucidado, ocasionam relevantes danos e impactos ambientais, bem como desigualdades entre

os cidadãos.

Em razão disso, a implementação do desenvolvimento sustentável, considerando a elevada concentração humana nas cidades, deve partir da análise das metas globais, mas da ação local, para o seu alcance, através de atuação multi e interdisciplinar em prol de políticas urbanísticas e ambientais, visando a dignidade humana.

Ações estratégicas por meio da governança para a sustentabilidade

Percebe-se, então, que a urbanização sustentável não é apenas converter ambientes em espaços não modificados (ou modicáveis ao longo do tempo) (Picket et al, 2013), mas envolve mudanças radicais na forma, metabolismo, economia e demografia nos ecossistemas urbanos (Picket et al, 2013), como reestruturação de assentamentos ou conversão sustentável de grandes centros urbanos (Picket et al, 2013). Pois, do incremento populacional decorre a ampliação do espaço urbano e o surgimento de problemas característicos, como, por exemplo, congestionamento, desemprego, violência urbana, poluição, mudanças climáticas, industrialização, falta de espaço territorial para abrigar novos moradores, criação de assentamentos irregulares, desperdício de água, mal uso de efluentes, despejo de resíduos sólidos, enchentes, entre outros. Ou seja, a urbanização descontrolada pode trazer diversos efeitos negativos, como desastres naturais, mudanças climáticas, crises políticas, instabilidade alimentar e ataques terroristas (Zhang; Li, 2018).

Assim, planejar a sustentabilidade em nível de cidade permite que a elaboração de visões de futuro de forma acessível e sustentável, considerando todos os aspectos que envolvem economia, sociedade e meio ambiente, além de interagir com escalas geográficas diferentes (Bibri, 2018).

Esta realidade exige a adoção de uma nova sistemática nas cidades, através de um planejamento urbano adequado que represente e incremente a produtividade, a qualificação e a identidade das cidades, consideradas como “organismos vivos”, revitalizando pontos enfraquecidos e criando novos estímulos, necessários para a manutenção da eficiência da cidade através do fornecimento de serviços urbanos adequados, além de conferir qualidade de vida e meio ambiente para seus habitantes.

Assim, é necessária a criação e o desenvolvimento de infraestrutura e de políticas públicas que permitam tal crescimento sem implicar na diminuição dos benefícios que viver na cidade pode representar, incluindo-se o desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, é cada vez mais crucial que se alcance que os objetivos de sustentabilidade através de processos de governança (com participação ampliada) para garantir o bem-estar de toda a população.

Dessa forma, é possível perceber alguns dos fatores que precisam estar presentes para que as cidades possam ser chamadas de sustentáveis e resi-

lientes, nos termos no ODS 11, da Agenda 2030, que procura: “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” (ONUBrasil, 2015). Tratam-se de eixos relacionados ao tripé essencial da sustentabilidade: econômico, social e ambiental. Dentre tais fatores, no eixo socioeconômico, o principal é a governança, como sendo aquela que consiste em praticar o diálogo entre os mais diferentes setores econômico, social e ambiental, que possui como resultado principal a criação de melhores políticas públicas “verdes” (que tragam mais benefícios aos cidadãos, como, por exemplo, melhorias para o transporte público com a redução das emissões de gases poluentes (Öberg et al, 2018), produção de construções sustentáveis, planejamento urbano, desenvolvimento de mobilidades alternativas - como as ciclovias) (Programa Cidades Sustentáveis, online, s/d). Ou seja, a contribuição de todos para o bem-estar econômico e acessibilidade, tendo em vista que grande parcela da sociedade ainda não está incluída nos avanços do desenvolvimento sustentável. Ademais, é também referente a este fator que estão relacionados os direitos humanos e liberdade fundamentais básicas, como é o caso do acesso à educação, à saúde e à segurança.

Esse fator essencial é, na verdade, abordado de forma multidisciplinar e multi criterial, para que o cidadão tenha acesso a um meio ambiente urbano saudável, resiliente, sustentável, nos termos da Agenda 2030.

Entretanto, para a efetiva criação destas cidades são necessárias medidas basilares integradas para a elaboração de planos de governança que envolvam os mais diversos setores, como Organizações não governamentais, parcerias público-privadas, eventuais transferências de tecnologias, incentivos governamentais, tanto jurídicos quanto econômicos, visando a criação e efetivação de políticas públicas voltadas a proteção e defesa do meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

O avanço da concretização de um futuro baseado no sistema de desenvolvimento sustentável (conforme proposto pela Agenda 2030) somente será possível mediante esta conscientização da importância de defesa e proteção do meio ambiente, capaz de formar “agentes de mudança” comprometidos com melhores práticas ambientais, despertando os mais diversos atores sociais interessados a fazer uso de todos os instrumentos de proteção e defesa disponíveis para este direito indisponível.

Isso ocorre porque, a urbanização deve estar plenamente vinculada aos três pilares clássicos do desenvolvimento sustentável: desenvolvimento econômico, social e ambiental, com a promoção de inclusão, equidade e bem estar para quem vive na urbe.

Governança e cidades sustentáveis: o papel da cidadania para a obtenção de direitos humanos

O conceito de cidades sustentáveis exige, portanto, o compromisso de

melhorar e preservar a qualidade de vida urbana para as presentes e futuras gerações, garantindo as necessidades básicas de todos, bem como leva em consideração a proteção ambiental e ecológica (integrando espaços verdes com o crescimento urbano de forma resiliente) (Bibri, 2018). Dessa forma, uma cidade sustentável não deve apenas integrar métodos para mitigar seus efeitos sobre o meio ambiente, mas também se tornar um espaço que promova uma melhor qualidade de vida para os cidadãos, promovendo a participação ativa da população no desenvolvimento dos meios para satisfazer as suas necessidades de forma sustentável (Martos et al, 2016). Ou seja, nada mais é do que a aplicação de um conjunto de abordagens para a prática do conhecimento de sustentabilidade no meio urbano, relacionadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU).

Trata-se, portanto, de uma cidade que possui pleno desenvolvimento urbano, e, que, neste sentido, torna-se agente efetivo de transformação, de acordo com as necessidades apresentadas. Percebe-se, portanto, que, abre-se a possibilidade de melhor aproveitamento dos sistemas de educação e informação, o que representa não somente um avanço no aspecto científico e tecnológico, como também no âmbito histórico, de valores e atitudes dos indivíduos, diante de ações em coletividade para criação, planejamento e interferência na sociedade com a integração pedagógica da comunidade através de “um conjunto de tecnologias - formas de fazer e intervir no mundo da educação - conhecimentos e saberes fundamentais para olhar a educação de outras maneiras” (Sancho et al, 2006).

O conhecimento é essencial para a formação da educação ambiental, que é um dos instrumentos efetivadores do princípio da participação popular, porque, via de regra, educação se faz por meio de conscientização. Ou seja, a educação é um pressuposto indispensável à cidadania ambiental.

A Educação Ambiental está indubitavelmente ligada ao contexto de uma sociedade sustentável, servindo como base para a consecução das políticas públicas e, conseqüentemente, às transformações dos centros urbanos em cidades sustentáveis, através de uma reflexão crítica. Trata-se da criação de “Saberes Ambientais” (Leff, 2009), que levam às mudanças significativas no comportamento da população, tornando-se ferramenta indispensável para a garantia de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

É primordial garantir padrões ambientais adequados e incentivar uma crescente consciência ambiental, centralizada no exercício da cidadania e nos valores éticos e morais, individuais e coletivos, numa perspectiva orientada para o desenvolvimento sustentável.

Ademais, também deve constar como objetivo a ser perseguido o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qua-

lidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania.

De tal forma que, resta clara a necessidade de formação de cidadãos com consciência crítica ambiental, pois as cidades sustentáveis não se constroem somente com políticas públicas, mas sim por meio de seus próprios integrantes, premidos de uma Educação Ambiental sólida.

O que se pode concluir é que, há uma relação indissociável entre Cidades Sustentáveis e Educação Ambiental, sendo certo que é dever dos cidadãos fiscalizar, cobrar e fazer parte do sistema de governança das cidades. Assim, considerando ser nos grandes centros urbanos que acontecem grande parte das alterações sociais, torna-se necessário um sistema de gestão democrática compartilhada, que tem a possibilidade de consolidar um meio ambiente urbano equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Conclusão

A relevante concentração populacional nas cidades e a ausência de adequada organização urbanística ocasionam intensas desigualdades sócio-espaciais, gerando impactos ao meio ambiente e a qualidade de vida humana.

A concepção do meio ambiente urbano como um espaço facilitador para os cidadãos tem cedido a realidade que se afasta da garantia de atendimento de direitos humanos essenciais relacionados a condições de saúde, moradia, saneamento básico, dentre outros problemas que assolam as cidades.

Em que pese o reconhecimento por importantes instrumento de *soft law*, como a Agenda 21, a Agenda 2030, a Declaração de Quito sobre Cidades Sustentáveis e Assentamento Urbanos para Todos, de 2016, quanto relevância das cidades e a necessária ação local para atendimento das metas globais, em respeito a sustentabilidade ambiental, a consecução dos objetivos traçados pela ONU e por grande parte dos Estados e outros atores não estatais, ainda é um desafio a ser alcançado.

A adoção de uma nova sistemática nas cidades, por meio de planejamento urbano adequado que incremente a produtividade, a qualificação e a identidade das cidades, consideradas como “organismos vivos”, revitalizando pontos enfraquecido, visando a eficiência no fornecimento de serviços urbanos adequados, além de conferir qualidade de vida e meio ambiente para seus habitantes, pode ser melhor alcançada através da governança com participação ampliada.

A governança, por meio do possível diálogo, entre os diferentes setores econômico, social e ambiental, visando como resultado principal a criação de melhores políticas públicas “verdes” pode acarretar benefícios aos cidadãos, por melhorias, tais como: transporte público com a redução das emissões de gases poluentes, produção de construções sustentáveis, planejamento urbano, desenvolvimento de mobilidades alternativas pode propiciar

condições de vida mais dignas e a consequente evolução quanto a consecução das metas de sustentabilidade.

Dessa forma, entende-se que as cidades sustentáveis demandam o compromisso de melhorar e preservar a qualidade de vida humana presente e futura, pela garantia de atendimento de necessidades básicas. Para isso imprescindível a efetiva participação dos indivíduos e da coletividade para criação, planejamento e interferência na sociedade com a integração pedagógica da comunidade, através da educação ambiental.

A educação é, pois, pressuposto indispensável para a cidadania ambiental, uma vez que somente uma sociedade com consciência ambiental, que consagre valores éticos e morais, individuais e coletivos, voltados para o desenvolvimento sustentável poderá construir políticas públicas sólidas em prol da sustentabilidade.

Nesse contexto, considerando que nos grandes centros urbanos, dinâmicos e economicamente prósperos que ocorrem as grandes mudanças sociais, pode se considerar que a mola propulsora para a garantia dos direitos humanos e do meio ambiente sustentável em termos globais é a participação popular nesses espaços e dos atores estatais e não estatais, por meio da governança, baseada em uma sólida educação ambiental.

Referências

BIBRI, S.E. A foundational framework for smart sustainable city development: theoretical, disciplinary, and discursive dimensions and their synergies. **Sustain Cities Soc**, 38, p. 758-794, 2018.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2ª ed., 1991.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da Cidade Comentado**: Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial. São Paulo, Saraiva, 2019.

LEFF, Enrique. Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes. **Educ. Real.**, Porto Alegre, v. 34, n. 03, dez. 2009. Disponível em http://educ.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010031432009000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27 nov. 2023.

LUCENA, Wilma Guedes. **O habitar como uma prática do direito à cidade**: reflexões sobre a produção do espaço urbano brasileiro. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal14/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/010.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

MARTOS, A.; PACHECO-TORRES, R.; ORDONEZ, J.; JADRAQUE-GAGO, E. Towards successful environmental performance of sustainable cities: intervening sectors. A review. **Renew Sustain Energy Rev**, 57, p. 479-495, 2016.

MOSANNENZADEH, F.; VETTORATO, D. Defining Smart City: a conceptual framework based on keyword analysis. **TeMA Journal of Land Use Mobility and**

Environment. INPUT 2014. Eighth International Conference INPUT - Naples, 4-6, June 2014.

ÖBERG, M.; NILSSON, K.L.; JOHANSSON, C.M. Complementary governance for sustainable development in transport: the European TEN-T Core network corridors. **Case Stud Transp Policy**, 6(4), p. 674-682, 2018.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro, 1992.

ONU. **Agenda 21.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/528199/mod_resource/content/0/Agenda%2021.pdf. Acesso em: 29 nov. 2023.

ONU BRASIL. **Agenda 2030:** Transformando nosso mundo. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 27 nov. 2023.

ONU Brasil. **Habitat III:** países adotam nova agenda para urbanização sustentável. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/habitat-iii-paises-adotam-nova-agenda-para-urbanizacao-sustentavel/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

PICKETT, S.T.A.; BOONE, C.G.; MCGRATH, B.P.; CADENASSO, M.L.; CHILDERS, D.L.; OGDEN, L.A.; MCHALE, M.; GROVE, M. Ecological science and transformation to the sustainable city. **Cities**, 32, p. 10-20, 2013.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. Disponível em: <http://www.cidades-sustentaveis.org.br/institucional/oprograma>. Acesso em: 27 nov. 2023.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares:** a colonização da terra e da moradia na era das finanças. 2ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.

SANCHO, J. M.; HERNANDEZ, F. et al. (Org). **Tecnologias para transformar a educação.** Porto Alegre: Artmed, 2006.

ZHANG, X.; LI, H. Urban resilience and urban sustainability: what we know and what do not know?. **Cities** 72(A), p. 141-148, 2018.

A CONJUNTURA SOCIAL DA TERCEIRA IDADE SOB O IMPACTO PÓS PANDÊMICO PELA COVID-19¹

Germano Campos Silva

Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madri; revalidado pela USP. Pós doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor pela Universidade Evangélica de Goiás e Pontifícia Universidade Católica de Goiás

Juliana Suellen Ribeiro Campos

Bacharelada em direito pela Universidade Evangélica de Goiás. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Evangélica de Goiás. Pesquisadora e Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica 2022

Resumo:

A perspectiva de vida da população idosa tem sido explorada diante da importância na observância dos direitos e oportunidades ofertados aos idosos na atualidade, abrangendo como norte jurídico, no cenário brasileiro, a Magna Carta de 1988 que representa um importante avanço jurídico nas políticas de proteção social a esse coletivo. A preocupação do tema motivou-se pela aplicabilidade e eficácia dos preceitos normativos que asseguram o amparo à terceira idade em diferenciados âmbitos. A notável ausência de tutela a população idosa que nos últimos anos tem aumentado seu percentual de envelhecimento, tem evidenciado um dos grandes problemas sociais que o país enfrenta: a ausência na negativa de auxílio à população idosa, o que coloca em risco o bem-estar e a vida digna dessa parcela populacional. O presente trabalho de investigação teve como objetivo a análise dos efeitos da pandemia do coronavírus na renda e qualidade de vida dos idosos, em um contexto anterior e pós-pandêmico. Destaca-se ainda a análise qualitativa do convívio e bem estar social do idoso no limiar do século XXI, sobretudo na promoção de políticas de assistência à saúde, adaptação às mudanças estruturais do sistema e desenvolvimento fático jurídico da atual dinâmica do mercado de trabalho. Nesse contexto, registra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, como também o aporte constituído no Estado de Bem-Es-

1 Trabalho de investigação fruto de Iniciação Científica junto a Universidade Evangélica de Goiás, sob a orientação do Prof. Dr. Germano Campos Silva e com financiamento por meio do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), no período compreendido entre agosto de 2022 / agosto de 2023.

tar Social e as leis e estatuto próprios que conferem direitos a este coletivo.

Palavras-chave: Idoso; Qualidade de vida; Dignidade; Saúde; Renda.

Introdução

O presente trabalho de investigação teve como objetivo a análise dos efeitos da pandemia do coronavírus na renda e qualidade de vida dos idosos, em um contexto anterior e pós pandêmico. Destaca-se ainda a análise qualitativa do convívio e bem estar social do idoso no limiar do século XXI, sobretudo na promoção de políticas de assistência à saúde, adaptação às mudanças estruturais do sistema e desenvolvimento fático jurídico da atual dinâmica do mercado de trabalho.

Nesse contexto, registra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, como também o aporte constituído no Estado de Bem-Estar Social e as leis e estatuto próprios que conferem direitos a este coletivo. O estudo fez uma abordagem das determinantes do envelhecimento ativo, analisando também o impacto da pandemia de coronavírus na renda e qualidade de vida dos idosos.

O método utilizado no presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, na medida em que se investigou se o atualmente ordenamento jurídico responde às necessidades dos idosos na materialização de melhor qualidade de vida. O trabalho utilizou de pesquisas bibliográficas. Portanto, necessária, para análise dos instrumentos normativos e doutrinários sobre os idosos, em outras palavras, o arcabouço normativo-estatal voltado para o idoso e o posicionamento da doutrina, como dados de institutos de pesquisa como IBGE, IPEA e ONGS.

Buscou-se investigar obras doutrinárias sobre o assunto, com o fim de organizar as várias opiniões, antepondo-as logicamente quando se apresentarem antagônicas, com vistas a harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção. Destarte, propôs-se apresentar, de maneira clara e didática, um panorama de posicionamentos existentes adotados pela doutrina e artigos publicados em livros impressos e digitais. Cumpre salientar que o presente estudo fez uma abordagem em relação ao processo de envelhecimento na contemporaneidade brasileira, bem como a assimilação dos efeitos pós covid no atual cenário e a análise no que tange à proteção previdenciária do idoso e seus desdobramentos quanto à renda, o envelhecimento ativo, a inclusão social e o mercado de trabalho.

Reflexos do envelhecimento e qualidade de vida dos idosos sob a perspectiva do direito

O ser humano e sua condição são, sem dúvida, as referências principais do direito. Os sistemas jurídicos são construídos com base na ideia de prote-

ger os direitos e as liberdades individuais das pessoas, além de regulamentar as relações entre os indivíduos e a sociedade como um todo. Portanto, o direito deve ser interpretado com a perspectiva de que ele tem como objetivo proteger e promover o bem estar e a segurança do corpo social.

Para a filósofa alemã Hannah Arendt (1958), a condição humana é caracterizada pela pluralidade, ou seja, pela existência de diferentes indivíduos que possuem suas próprias perspectivas e experiências. Por meio da ação política há uma forma de lidar com a pluralidade, através do diálogo e da construção de um espaço público comum que oportunize a dignidade humana a todos os indivíduos como uma premissa fundamental dos direitos humanos e da justiça social. Assim, havendo a valorização da condição humana e o atendimento em sua diversidade e complexidade, a dignidade do ser humano será fortalecida e protegida.

Neste panorama, o envelhecimento populacional passou a ser um objeto de profunda investigação no século XX. Sabe-se que o envelhecimento é um processo natural da vida que traz consigo uma série de mudanças físicas e cognitivas. Do ponto de vista do direito, os reflexos do envelhecimento podem ser bastante significativos, especialmente no que diz respeito aos direitos e garantias das pessoas idosas. Um dos principais reflexos desse processo sob a concepção do direito é o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Isso inclui refletir sobre as políticas públicas, os instrumentos normativos que visam dar efetividade, portanto, atingir resultados de proteção aos direitos sociais da terceira idade.

A partir dos avanços trazidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, vislumbrou-se a estruturação do aparato estatal para programar políticas e ações governamentais que trouxessem maior segurança, qualidade de vida e amplo acesso ao idoso. À vista disso, a aprovação no Congresso Nacional, em 2003, do Estatuto do Idoso consagrou a visibilidade por igualdade substantiva vinculada à justiça social que a terceira idade carecia. Como outrora exposto por Velazco e Romero (2000), era necessário a representação de um fator de igualdade e de diferenciação para que os idosos, enquanto sujeitos de direitos, se tornassem atendidos de maneira diferenciada em cada uma das suas necessidades.

No Brasil, em análise realizada no ano de 2015, por meio do Índice Global do Envelhecimento, criado pela HelpAge - ONG (1983)², o país ocupou o 56º lugar entre os 96 países pesquisados e apontou baixos índices quando comparado com demais países da América Latina. Na conjuntura

2 HelpAge International é o secretariado de uma rede global de organizações que promovem o direito de todas as pessoas idosas a levarem vidas dignas, saudáveis e seguras.

3 Estudo desenvolvido à época da pandemia de COVID-19, por meio de um questionário criado por intermédio da Fundação Oswaldo Cruz cuja missão é promover a saúde e o desenvolvimento social, gerar e difundir conhecimento científico e tecnológico. O objetivo do estudo foi apresentar evidências de impactos na vida dos idosos brasileiros.

brasileira, assim como nos demais países em desenvolvimento, o acelerado processo de envelhecimento ocorre em um contexto recessivo que dificulta a expansão do sistema de proteção social e acaba por atingir significativamente os idosos.

As políticas públicas destinadas ao processo de envelhecimento são essenciais ao exercício pleno da cidadania para este coletivo. A igualdade de oportunidades e o enfoque das capacidades teorizado por Martha C. Nussbaum (2013) apresenta-se como uma proposta filosófica que traduz um conjunto de requisitos mínimos para uma vida digna oferecendo uma alternativa mais sólida para questões no campo jurídico e nas políticas públicas. Busca fornecer bases para as garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de cada nação.

Entender a velhice e suas especificidades é importante para uma análise eficaz do envelhecimento da população e na implantação de políticas públicas, pois estas terão dificuldades de gerar atendimento a esse segmento sem uma compreensão clara das dificuldades enfrentadas pelos idosos. As políticas públicas voltadas para a atenção aos idosos no Brasil têm avançado nos últimos anos, entretanto, ainda existem importantes desafios a serem enfrentados. O envelhecimento populacional faz parte da realidade brasileira e exige uma atenção cada vez maior por parte dos entes federativos, a atenção dada à terceira idade não pode ser reduzida ao mero assistencialismo de viés exclusivamente utilitarista.

Há, ainda, reverses a serem enfrentados; a insuficiência de investimentos que permitam à execução das diretrizes estabelecidas nas políticas nacionais de assistência a terceira idade, o acesso limitado a determinados serviços básicos, a desigualdade social bem como a escassez de acesso à educação e saúde ao longo da vida que agravam as condições de vida dos idosos, tornando mais difícil o envelhecimento saudável e com qualidade de vida.

Indubitavelmente, ocorreram avanços normativos importantes, no entanto, existem desafios enormes a serem enfrentados, os quais perpassam pelas áreas da saúde, assistência e previdência social.

Determinantes do envelhecimento ativo, inclusão social do idoso e os entraves enfrentados no mercado de trabalho

O envelhecimento deve ser vivido de uma forma ativa (OMS, 2005). Para a OMS há três pilares basilares em que se apoia o envelhecimento ativo: saúde, segurança e participação (2005). Para os idosos são importantes à integração com a educação, as políticas sociais de saúde, os programas sociais, culturais e espirituais. Em consonância ao entendimento humanitário, as capacidades, as necessidades e vontades das pessoas contribuem para que continuem a ter um desempenho na sociedade com atividades remuneradas ou não enquanto envelhecem.

Nessa mesma linha, a OMS (2005) conjectura que os projetos de envelhecimento ativo, os programas e as políticas que promovam a saúde mental e relações sociais são tão importantes como as atividades que melhoram as condições físicas de saúde. O envelhecimento ativo também preconiza que as pessoas idosas participem na sociedade de acordo com as suas necessidades, desejos e capacidades. Observa-se, portanto, que o envelhecimento ativo aplica-se a toda a comunidade e tem como objetivo principal aumentar a expectativa para uma vida saudável e de qualidade. Para isso é necessário que os indivíduos entendam o seu potencial na busca do bem-estar físico, social e mental, proporcionando deste modo a participação ativa das pessoas idosas, nas questões econômicas, culturais, espirituais e cívicas.

Todavia em contrapartida as determinantes acima destacadas, o contexto social de integração dos idosos não é uma realidade vivenciada no que tange à esfera laboral. É indubitável que há restrição em garantir que idosos ativos participem ou permaneçam no mercado de trabalho. Estatísticas do PNAD demonstram que desde a década de 1990, apesar do acelerado ritmo de envelhecimento populacional, tem-se observado queda na participação proporcional de idosos no mercado de trabalho. Observa-se que de 1992 a 2002, a População Economicamente Ativa cresceu 24,1% e de 2002 a 2012, 14,1%. A População Economicamente Ativa e Idosa aumentou 23,2% no primeiro período, e no segundo, 32,8%, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, 2012).

Verifica-se, portanto, que o referido ritmo de crescimento é explicado pelo envelhecimento da população e por sua permanência no mercado de trabalho mesmo depois da aposentadoria. No entanto, essas porcentagens são inferiores as do crescimento total da população idosa, de 40,6% e 51,8%, para os mesmos períodos. Isto significou um declínio de 12% na taxa de atividade de idosos de ambos os sexos, nas duas últimas décadas. Referidos dados refletem os desafios enfrentados pela terceira idade para manter-se no mercado de trabalho mesmo dispostos a atuar em diversas condições de trabalho. Tonelli e Aranha (2013) observam a negação das empresas em manter os trabalhadores maduros em seus quadros de empregados, sob a justificativa de redução de produtividade ou de corte de custos de produção. Essa exclusão evidencia a desvalorização do idoso bem como a depreciação dos valores e garantias transmitidos pelo aparato normativo.

Ao analisar o desprezo com a parcela populacional idosa, evidencia-se o preconceito etário, a rápida evolução da tecnologia e determinadas discrepâncias salariais como alguns dos entraves para a inclusão destes no mercado. O preconceito que existe com relação à terceira idade faz com que a sociedade naturalmente ignore o idoso, visto que uma das grandes dificuldades quanto à inclusão dessa parte da população no desenvolvimento das atividades laborais ocorre, sobretudo, devido à valorização do jovem para a economia, distanciando os idosos da classe laboral e associando-os ao final

do ciclo produtivo devido à idade. Assim como existe compromisso intergeracional na manutenção do sistema de cobertura previdenciária, deve-se buscar também esse processo no campo da experiência e maturidade entre as gerações no âmbito das relações de trabalho.

É fundamental que a terceira idade usufrua de direitos que, regimentalmente, são garantidos àqueles que estão em idade produtiva para o mercado de trabalho. Sob essa óptica, é grande o desafio de garantir a inclusão plena dos idosos na sociedade em geral, por isso é que torna-se imperioso adequar o ambiente de trabalho e as atividades a serem realizadas, no sentido de atender as características típicas da idade avançada. Diante desse contexto, propiciar adequadas condições laborais que respeitem as limitações da parcela idosa assegurando sua integração social no convívio intergeracional das relações de trabalho, considerando a contribuição que este coletivo pode proporção ao sistema produtivo.

O impacto da pandemia de coronavírus na renda e qualidade de vida dos idosos

Em dezembro de 2019 foi detectada pela primeira vez uma nova cepa de vírus da família *Coronaviridae* na cidade de *Wuhan* na China. No Brasil, em 11 de março de 2020, foi declarada a Pandemia da COVID-19; à época, apesar de pesquisas apontarem que a taxa de mortalidade pelo Coronavírus variava de 2% a 4%, qualquer pessoa poderia apresentar quadro grave, sobretudo pessoas idosas e pessoas com comorbidades. Destaca-se o impacto da pandemia de COVID-19 na saúde, renda e cuidados dos idosos brasileiros. Tais efeitos são menos visíveis do que as altas taxas de letalidade e mortalidade, mas representam sérias consequências para os idosos.

Com efeito, torna-se importante enfatizar a relação da COVID-19 e o distanciamento social, bem como a incidência de preconceito etário disseminado e a estigmatização senil como nexos causais entre isolamento e solidão. O isolamento social sucedeu-se preocupante na vida dos idosos uma vez que a qualidade de vida está relacionada à autoestima e ao bem estar pessoal, socioeconômico, emocional, a interação social, a atividade intelectual, e a autocuidado. Os idosos, por fazerem parte de um grupo com maior suscetibilidade para desenvolver a forma mais grave da COVID-19 e por possuírem uma elevada associação com doenças crônicas, se tornaram mais vulneráveis à propagação e contaminação pelo vírus.

Conforme acima destacado, a qualidade de vida está relacionada à autoestima e ao bem-estar pessoal, socioeconômico, emocional, a interação social, a atividade intelectual, cultural e autocuidado. Contudo, devido à pandemia de COVID-19 quesitos como estes foram diretamente afetados, uma vez que o isolamento social foi uma das medidas adotadas para impedir a disseminação do vírus, mas acabou por levar grande parte dos indivíduos

à inatividade física e social, contribuindo para deterioração e declínio funcional, especialmente na população idosa. Disso decorre que o impacto da COVID-19 no isolamento social afetou de maneira consubstanciada a saúde mental geriátrica, posto que mantém-se associada a um dos pilares basilares para o envelhecimento saudável, qual seja, a participação, assim como referido pela Organização Mundial da Saúde (2005).

Quanto a análise de renda e fatores socioeconômicos, dados da ConVid - Pesquisa de Comportamentos³, inquérito de saúde de corte-transversal realizado em âmbito brasileiro pela Fundação Oswaldo Cruz, durante o período de distanciamento social/quarentena consequente à pandemia, apresentaram evidências de alto impacto na renda e cuidados dos idosos brasileiros. A notória fragilidade da condição laboral e econômica dos idosos brasileiros foi evidenciada ao identificar alta proporção de idosos que ainda se encontravam trabalhando, sendo grande parte em atividade informal (sem carteira assinada ou trabalhando por conta própria) e com acentuada diminuição da renda entre os idosos de pior nível socioeconômico durante a pandemia.

A perda da renda per capita dos domicílios dos idosos durante a pandemia foi frequente entre os que não tinham vínculo empregatício, o que pode estar relacionado com o aumento da vulnerabilidade econômica da população brasileira desde o ano de 2014, sinalizado pelo estudo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), e com o aumento do desemprego que o país experimentava durante o primeiro trimestre de 2020, quando houve o primeiro relato da COVID-19 no Brasil. No país, segundo dados da ConVid, dos 9.173 dos idosos entrevistados, 23,7% apresentaram diminuição ou perderam a renda durante o intervalo de maior pico da doença, no ano de 2020, e grande parte dos idosos que não tinham vínculo empregatício pioraram muito a sua renda (55,3%).

Além disso, foi observado uma parcela de idosos com perda significativa da renda mesmo entre os que continuaram trabalhando normalmente, demonstrando a imensa vulnerabilidade econômica desse coletivo que restando enquadrados em grupo de risco deixaram o isolamento para continuarem a manutenção de suas famílias. De mais a mais, não há como fechar os olhos para as consequências do contexto pós pandêmico, sobretudo na realidade fática de idosos segregados. A baixa proteção econômica, a vulnerabilidade psicológica, sanitária e social são algumas das evidências do desigual impacto causado pela pandemia da COVID-19.

3 Estudo desenvolvido à época da pandemia de COVID-19, por meio de um questionário criado por intermédio da Fundação Oswaldo Cruz cuja missão é promover a saúde e o desenvolvimento social, gerar e difundir conhecimento científico e tecnológico. O objetivo do estudo foi apresentar evidências de impactos na vida dos idosos brasileiros.

Conclusão

Este trabalho possibilitou uma reflexão sobre o envelhecimento, a importância das políticas públicas direcionadas aos idosos, assegurando maior qualidade de vida a esse coletivo. Ao contextualizar o tema, percebe-se que o sentido de qualidade de vida para os idosos envolve uma interação com outras áreas; destacou-se a questão da saúde, o trabalho e o convívio familiar para esse coletivo, setores primordiais e constitutivos para a qualidade de vida deste segmento.

A problemática trazida com o presente trabalho foi à questão do envelhecimento e qualidade de vida dos idosos, bem como do aparato estatal ofertado a terceira idade. Especificadamente, como enxergar o idoso, integrante do corpo social, entendendo suas necessidades e oportunizando dignidade humana em meio à realidade social. A legislação brasileira prevê medidas de assistência e proteção às pessoas idosas, contudo, as políticas voltadas para uma melhor qualidade de vida a essa parcela populacional ainda são, em grande parte, inoperantes.

Verificou-se, também, que os instrumentos normativos existem, como a Política Nacional do Idoso (PNI), aprovada pela Lei 8.842/1994, e o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, mas, infelizmente, tais fontes normativas não têm sido aplicadas na prática. A ausência de eficácia no cuidado aos idosos, além da saúde e assistência, estende-se ao mercado de trabalho, evidenciando a dificuldade destes no que se refere a sua efetivação e permanência no ambiente laboral. É nesse contexto que não se deve restringir que idosos ativos participem do mercado de trabalho, respeitadas as suas condições físicas, intelectuais e psíquicas reverberando o disposto no Estatuto do Idoso.

Permanece o questionamento, o Estado tem se empenhado para proporcionar o envelhecimento ativo e a popularização do reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa idosa em um contexto anterior e pós pandêmico? Este estudo possibilitou uma certa inquietação sobre postura de certa forma omissa do Estado ante às necessidades desse coletivo. Efetivamente existe no ordenamento jurídico brasileiro fontes normativas que podem e devem oportunizar aos idosos condições dignas de vida, em todas as áreas. No entanto, percebe-se a abstração do Poder Público e de políticas públicas efetivas que deem cumprimento às diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, pela Lei de Política Nacional do Idoso e pelo Estatuto do Idoso.

Diante desse contexto é que reflete-se e aponta-se para a necessidade de maior valorização do idoso, a qual requer atuação contundente do Estado, em todos os níveis da federação, ou seja, União, Estados e Municípios, com políticas públicas voltadas para as áreas de previdência, assistência e saúde.

Referências

ALCÂNTARA, Alexandre Oliveira. **Da Política Nacional do Idoso ao Estatuto do Idoso: a difícil construção de um sistema de garantias de direitos da pessoa idosa.** In: ALCÂNTARA, Alexandre Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia.; GIACOMIN, Karla Cristina. (Org.). **Política nacional do idoso: velhas e novas questões.** Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

AMPID. Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência. **Cartilha de Orientações para a Criação de Conselhos de Direitos do Idoso.** 2007.

AQUINO, Estela. SILVEIRA, Ismael. PESCARIANI, Julia. AQUINO, Rosana. SOUZA FILHO, Jaime. ROCHA, Aline, et al. **Social distancing measures to control the COVID-19 pandemic: potential impacts and challenges in Brazil.** Ciênc Saúde Colet 2020.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana.** Tradução: Roberto Raposo; revisão técnica: Adriano Correia. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse do idoso.** In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BÁRRIOS, Maria João Bernardo. **Políticas de envelhecimento ao nível local: análise e avaliação de Programas a partir do paradigma do envelhecimento ativo.** [Em linha]. Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada ao Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa - ISCSP. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** [Em linha]. [consult. em 15 Fev. 2022].

BERQUÓ, Elza. **Considerações sobre o envelhecimento da população no Brasil.** In A. L. Neri, & G. G. Debert (Orgs.), Velhice e sociedade. (1999). Papirus.

BRASIL, Exame. **Brasil-e-o-56o-em-ranking-de-melhor-pais-para-idosos.** Disponível em <https://exame.com/brasil/brasil-e-o-56o-em-ranking-de-melhor-pais-para-idosos/> Acesso em: 18 jul 2023.

BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.** Brasília; 1994.

BRASIL. Lei no 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Brasília: Diário Oficial da União; 2003.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Previdência Social: Reflexões e Desafios.** Brasília: MPS, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n° 2.528 de 19 de outubro de 2006. **Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.** Brasília, 2006.

Braz MV. **A pandemia de COVID-19 (SARSCoV-2) e as contradições do mundo do trabalho.** Revista Laborativa 2020.

BRÊTAS, Valéria. **Quem são e como vivem os idosos do Brasil.** [Em linha]. Re-

vista Exame. 13.09.2016.

CALDAS, Célia. **Envelhecimento com dependência: responsabilidades e demandas da família.** Cadernos de Saúde Pública, Fiocruz, Rio de Janeiro: v. 19, n. 3, maio/jun. 2003.

CAMARANO, Amélia. KANSO, Solange, FERNANDES, Daniela. **Menos jovens e mais idosos no mercado de trabalho?** In: CAMARANO, Amélia (Org.). Novo regime demográfico: uma nova relação entre população e desenvolvimento? Rio de Janeiro: Ipea; 2014.

CAMARANO, Amélia. FERNANDES, Daniela. KANSO, Solange. **Saída do mercado de trabalho: qual é a idade?** Boletim de Mercado de Trabalho - conjuntura e análise, Rio de Janeiro, v. 1, p. 19-28, 2012.

CAMARANO, Ana Méliã, & PASINATO, Maria Tereza. **O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas.** In: CAMARANO, Ana Méliã. Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 262.

CANOTILHO, José. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPUCHA, Luís. **Envelhecimento e políticas sociais, novos desafios aos sistemas de proteção: proteção contra o risco de velhice: que risco.** Lisboa: CIES/ISCTE, 2013.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE. **Panorama social da América Latina,** 2019. Santiago: Organização das Nações Unidas; 2020.

CONVID, Szwarcwald CL, Souza Júnior PRB, Damacena GN, Malta DC, Barros MBA, Romero DE, et al. ConVid - **Pesquisa de Comportamentos pela Internet durante a pandemia de COVID-19 no Brasil: concepção e metodologia de aplicação.** Cad Saúde Pública, 2021.

DEBERT, Guita Grin. **Pressupostos da reflexão antropológica sobre a velhice.** In: Debert, G. G. (Org.), Antropologia e Velhice (p. 7-27), 1998. Campinas, IFCH/UNICAMP.

DEL PINO, Alberto Castellon Sanchez. **Qualidade de vida no cuidado ao idoso.** Revista Multidisciplinar de Gerontologia Gerontologia Multidisciplinar, Barcelona, v. 13, não. 3, pág.188-92, 2003.

FELIX, Jorge. **Desafios da previdência social para um país que envelhece e o risco da aposentadoria como prêmio.** In: BORGES, Maria Claudia. BERZINS, Marília Viana. Políticas públicas para um país que envelhece. São Paulo: Martinari, 2012.

GONZAGA, Daniela Faria Ribeiro. **O papel da sociedade na proteção aos direitos dos idosos.** 2020.

IRIART, Jorge. OLIVEIRA, Roberval. XAVIER, Shirlei. COSTA, Alane. ARAÚJO, Gustavo. SANTANA, Vilma. **Representações do trabalho informal e dos riscos à saúde entre trabalhadoras domésticas e trabalhadores da construção civil.** Ciênc Saúde Colet, 2008.

LIMA-COSTA, Maria Fernanda; BARRETO, Sandhi; GIATTI, Luana. **A situação socioeconômica afeta igualmente a saúde de idosos e adultos jovens no Brasil?** Estudo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD/98. Ciência & ciência & Saúde Coletiva aúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2002.

MARQUES, Sibila. **Discriminação da Terceira Idade.** Fundação Francisco Manuel dos Santos e Relógio D'Água Editores, 2016.

Ministério da Saúde. Coronavírus. **O que é COVID-19.** Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 01 ago 2020.

NERI, Anita. **Qualidade de vida na velhice.** In J. R.Rebelatto & J. R. S. Morelli (Orgs.), Fisioterapia geriátrica(p. 9-34). São Paulo: Manole. (2003).

NETO, Luísa. LEÃO, Anabela. IBÁÑEZ, José Gracia et al. **O sistema de proteção em concreto. A vulnerabilidade devido ao envelhecimento ou incapacidade.** In: MARTINEZ, Fernando Rey; NETO, Luísa. Direito antidiscriminatório. Lisboa: AAFDL, 2020.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PAIXÃO, Daniele. RODRIGUES Talita, FABIANO, Lilian. FERNANDES, Simone. TOS, Débora. **Capacidade funcional e qualidade de vida de idosos em isolamento social durante o período da pandemia do COVID-19.** Arqmu. 2021; 25(3):1-9.

TONELLI, Maria José. ARANHA, Francisco. **Envelhecimento da força de trabalho no Brasil, como as empresas estão preparando para conviver com equipes que, em 2040, serão compostas principalmente por profissionais com mais de 45 anos?** São Paulo: FGV/PwC, 2013.

VELAZCO, Miriam Mugarra, ROMERO, María. **Nueva visión del adulto mayor.** La Habana, perspectiva y realidad, 2000.

ZHONG, BL. W, Luo. HM, Li. QQ, Zhang. XG, Liu. WT, Li. Y. **Knowledge, attitudes, and practices towards COVID-19 among Chinese residents during the rapid rise period of the COVID-19 outbreak: a quick online cross-sectional survey.** Int J Biol Sci. 2020.

EROSÃO DE DIREITOS E O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL NO GOVERNO BOLSONARO: ANÁLISE DE ACONTECIMENTOS EM TORNO DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.075 DE 2021 DE 07 DE DEZEMBRO DE 2021 QUE ALTEROU O PROUNI - PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

Rodrigo Eduardo Rocha Cardoso

Mestre em Cultura e Turismo pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC.
Professor Universitário. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Raildes Pereira Santos

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Docente da Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Resumo:

O Programa Universidade para Todos - PROUNI, propicia o acesso à educação em instituições privadas de ensino superior por meio de concessão de bolsas. Em 07 de dezembro de 2021, o então Presidente da República editou e emitiu a Medida Provisória nº. 1.075, transformada na Lei 14.350 de 25 de maio de 2022, que alterou a Lei nº 11.096 de 2005 que rege o PROUNI. Diversas notícias e debates surgiram na internet. Destacam-se algumas publicações do então Presidente da Fundação Palmares, Sérgio Camargo, aliado e integrante do grupo político que governava o país. Na rede social Twitter, perfil @sergiodireita1 do anunciante Sérgio Camargo, foram identificadas postagens alusivas ao PROUNI. Pergunta-se: quais discursos são mobilizados por Sérgio Camargo, para abalar a legitimidade das cotas para negros? Como hipótese provisória afirma-se que a democracia racial constitui um discurso que o poder legitimado utiliza, para negar as contradições entre a democracia e a persistência do racismo estrutural no Brasil e disseminar uma verdade que deverá ser aceita pelo público que compartilha da ideia de que o PROUNI propiciou a desigualdade. Os objetivos específicos delineados são: a) evidenciar a relação entre o discurso do poder e a erosão de direitos fundamentais; b) compreender como a discursividade do anunciante se

evidenciou nas redes sociais; c) analisar o discurso hegemônico no governo Bolsonaro à luz da Análise do Discurso, na perspectiva de Michel Foucault. Foram utilizados princípios e procedimentos da Análise do Discurso. Como técnicas de pesquisa foram adotadas pesquisa bibliográfica e análise documental indireta.

Palavras-chave: PROUNI; Democracia racial; Discurso; Governo Bolsonaro.

Introdução

No dia 07 de dezembro de 2021, o então Presidente da República do Brasil editou e publicou a Medida Provisória nº. 1.075 que alterou a Lei nº. 11.096 de 2005 que rege o PROUNI. Com o referido acontecimento, diversas notícias e debates surgiram na internet. Para essa discussão foram escolhidas as publicações do então Presidente da Fundação Palmares, Sérgio Camargo, aliado e integrante do grupo político que governou o país à época.

Assim, na rede social Twitter no perfil @sergiodireita1 do anunciante Sérgio Camargo, foram identificadas, no dia 07 de dezembro de 2021, postagens alusivas ao tema acesso ao ensino superior para estudante de escolas privadas por meio de cotas, no caso, PROUNI.

A escolha de material que serviu de *corpus* constituiu parte da análise. Aproximar da discursividade do anunciante e compreender como o discurso se textualizou foi o objeto desse trabalho.

Pergunta que norteou a análise: quais discursos são mobilizados pelo Sérgio Camargo, residente da Fundação Cultural Palmares, para abalar a legitimidade das cotas para negros?

Análise do discurso na perspectiva de Michel Foucault

O discurso é prática social. Foucault (2007a, p. 136-137) conceitua discurso como sendo:

Um bem - finito, limitado, desejável, útil - que tem suas regras de aparecimento e também suas condições de apropriação e de utilização: um bem que coloca, por conseguinte, desde sua existência (e não simplesmente em suas “aplicações práticas”), a questão do poder; um bem que é, por natureza, o objeto de uma luta, e de uma luta política.

Sabe-se que os discursos circulam, se disseminam pelo tecido social. Os aparelhos ideológicos das instituições garantem que o discurso atenda aos seus preceitos para que então sejam reproduzidos por diversos enunciantes. (Althusser, 1990).

Assim, os discursos infiltram-se nas fábricas, nas escolas, nos lares, nos

programas televisivos, nas conversas cotidianas, nas universidades, nas prisões, nos jogos de videogame, nas marcas e nas campanhas publicitárias, nas páginas dos jornais, sem limitar-se a nenhuma dessas maquinarias. Com suas regras internas e externas, os discursos organizam e ordenam os sentidos por onde passam.

Foucault (2007b, p. 9) destaca que “em toda sociedade a produção do discurso, é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seus acontecimentos aleatórios, esquivar sua pesada e temível materialidade”.

Constrói-se aqui breves apontamentos de Michel Foucault acerca dos discursos para melhor entender o seu funcionamento no campo social. Pela leitura de Foucault (2007a), é possível observar sobre sínteses discursivas que nos chegam e são aceitas como naturais do mundo social precisam ficar em suspenso. Tal tarefa não implica negá-las ou ignorá-las, mas sim, em trazê-las para o centro da discussão e mostrar que resultam de uma imbricada trama que as permite aparecer dessa forma neste momento.

Analisar discursos requer olhar sobre as suas especificidades (Foucault, 2007b). Nesse passo, é possível deduzir que o funcionamento dos discursos não está pré-definido esperando as leituras, como se fosse suficiente apenas fazer uso de conjunto de ferramentas metodológicas e um “modelo” de dinâmica discursiva para conseguir decifrá-lo. “Os sentidos da linguagem não são dados, são construídos por sujeitos inscritos na história, dentro de um processo simbólico”. (Orlandi, 2007, p. 135).

De acordo com Orlandi, o sujeito não se apropria da língua num movimento individual, há uma forma social de apropriação da linguagem em que está refletido o modo como ele o faz, ou seja, sua ilusão de sujeito, sua interpretação feita pela ideologia. (Orlandi, 1987, p. 27).

Nesse sentido, a noção de formação discursiva ajuda a compreender o movimento discursivo presente nos proferimentos. As formações discursivas são formações componentes das formações ideológicas e que determinam o que pode e deve ser dito a partir de uma posição dada em uma conjuntura dada. (Orlandi, 1987, p. 27).

Cada discurso possui as suas peculiaridades, a análise nem sempre dá conta haja vista que no exterior outros discursos povoam esse discurso. Desse modo, por meio da análise do próprio material, pela sua materialidade, que é possível apreendermos, parcialmente, os discursos ao “[...] mostrar em que sentido o jogo das regras que utilizam é irreduzível a qualquer outro; segui-los ao longo de suas arestas exteriores para melhor salientá-los” (Foucault, 2007a, p. 157). Nesse caminho é preciso refletir sobre outra definição dos discursos:

Práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam.

Certamente os discursos são feitos de signos; mas o que fazem é mais que utilizar esses signos para designar coisas. É esse mais que os torna irreduzíveis à língua e ao ato da fala. E esse “mais” que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever (Foucault, 2007a, p. 55).

O discurso não apenas descreve a situação por meio de palavras e significados, vai além e cria uma realidade possível. No material escolhido aqui para análise o sujeito que nega a legitimidade das cotas, colocando-as como um mal existente na humanidade, pensa ser a origem desse enunciado, todavia é atravessado pela ideologia que o antecede. Possivelmente, algumas instituições, estruturas que participa reflete maquinarias que efetiva, solidifica, torna palpável, e faz circular esse discurso. Em Foucault (2007b), encontramos os procedimentos que, ao mesmo tempo, controlam, selecionam, organizam e redistribuem o discurso em nossa sociedade e que objetivam “[...] conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (Foucault, 2007b, p. 9).

Na obra *Ordem do Discurso*, Foucault (2007b) expõe procedimentos que são exercidos tanto no exterior quanto no interior dos discursos. No que diz respeito àqueles exercidos no exterior, há os procedimentos de exclusão que operam de três formas. Inicialmente os procedimentos de interdição consistem no controle do que pode ser dito, em que circunstância e a quem é permitido falar. O desejo e o poder mantêm uma ligação intrínseca com a interdição, uma vez que os próprios discursos formam o objeto do desejo, ou seja, luta-se pela dominação dessa prática social. A exclusão é exercida também pela separação e rejeição, segundo procedimento de exclusão.

O terceiro procedimento de exclusão não se restringe à relação entre verdadeiro x falso por ser um binômio que se altera conforme a época, os lugares e as pessoas. O que se exerce ao longo dos tempos é a vontade de verdade.

Assim, só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história, procuraram contornar essa vontade de verdade e recolocá-la em questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e definir a loucura (Foucault, 2007b, p. 20).

O seu produto último, a verdade, ou melhor, a “verdade verdadeira”, também executa essa condução imanente ao ligar-se aos saberes e, assim, seguir os modos pelos quais esses são aplicados, valorizados, distribuídos, repartidos e atribuídos na sociedade. A vontade de verdade, portanto, a partir de instituições e de pontos de distribuição e apoio disseminados por todo tecido social, tende a exercer poder de influência sobre os outros discursos.

(Foucault, 2007b).

Mobilizado pela vontade de verdade (essa vontade de tornar-se verdadeiro, eloquente) o discurso de meritocracia de ordem capitalista neoliberal busca apoio, sustentação, nos lugares e saberes que operam no interior de regimes de verdade.

De outra banda, princípios internos em Foucault (2007b) são desempenhados pelos próprios discursos e têm a função de controlar a sua dimensão de acontecimento. Vale dizer que o comentário mantém uma espécie desnível solidário com o texto que se refere, desnível entre o texto primeiro e o texto segundo. Quando se comenta sobre a desnecessidade de cotas, abre-se a possibilidade da criação de novos discursos acerca do tema, atualizando o discurso de forma indefinida. Por outro lado, o comentário quer “dizer enfim o que estava articulado silenciosamente no texto primeiro” (Foucault, 2007b, p. 25).

Destaca-se o segundo procedimento interno, chamado de “princípio de agrupamento”. Por esse princípio a função autor é destacada. Muitos discursos não prescindem de uma identificação de sua autoria: conversas informais, instruções técnicas. Todavia, determinados campos evocam essa necessidade de requisição e conclamação do autor. Autor é então “aquele que dá à inquietante linguagem da ficção suas unidades, seus nós de coerência, sua inserção no real” (Foucault, 2007b, p. 28).

Há então uma espécie de seleção/agrupamento de modo que, nem todos podem acessar certos discursos, pois nem todos podem ser considerados autores, ou mesmo pelo fato de nem todos possuírem “poder” para falar aquilo que é considerado verdade.

Um terceiro grupo dos princípios de limitação interna é a disciplina. Contrárias ao princípio do comentário e autor/agrupamento, as disciplinas estruturam-se de forma anônima à disposição de qualquer um que possa acessá-las. Uma definição na obra de Foucault vai colocá-la como “[...] um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um corpus de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos [...]” (Foucault, 2007b, p. 30). Assim, uma proposição precisa usar os instrumentos conceituais ou técnicas, para poder pertencer a uma determinada disciplina. Tais instrumentos são por ela definidos, devendo-se recorrer ao seu horizonte teórico para encontrar-se no “verdadeiro”.

Outro limitador dos discursos é a rarefação, que está ligada aos sujeitos que falam. Para entrar/figurar na ordem do discurso é necessário satisfazer certas exigências, ou mesmo ter qualificação para fazê-lo. Mais precisamente: nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas [...], enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e postas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala (Foucault, 2007b, p. 37).

Esse procedimento limitador interno recorre a rituais que definem

quem atende as condições para entrar na ordem discursiva. O discurso da meritocracia e legitimidade das cotas que compõe aqui *corpus*, por exemplo, cerca-se de rituais que definem as habilidades e os critérios para concorrer, padrões e sentidos de justiça dos critérios. Assim, quem não se enquadra na tipologia para concorrer fica de fora do discurso dos legítimos, mercedores.

Outro limitador são as “sociedades de discurso”. Foucault destaca então que tal estrutura é formada por grupos mais restritos de indivíduos que uma vez pertencendo a esses grupos acessam a determinadas partes dos discursos que não estão disponíveis a todos. Todavia, existe a “apropriação social dos discursos” (Foucault 2007b, p. 43), disponibilizada por uma rede ampla e complexa de processos que “ensinam” os discursos à determinada população. Assim, verifica-se uma espécie de hierarquização em que as sociedades do discurso de índole mais restrita e qualificada produz e faz circular os discursos para grupos mais amplos que se apropriam.

Mapeamento discursivo da página dos Twitters do então Ministro Camargo sobre mudanças no PROUNI

Em 07 de dezembro de 2021, o Presidente da República editou e publicou a Medida Provisória 1075/2021 que alterou a Lei Federal n.º. 11.096/2005 que rege o PROUNI. Com a medida provisória, a partir de 2022, estudantes que cursaram ensino médio em escolas particulares, com ou sem bolsa de estudos/descontos, terão direito de concorrer ao PROUNI nas instituições particulares.

O PROUNI é um programa que se destinava a prestigiar tão somente estudantes que cursaram ensino médio em escolas públicas ou em particulares com bolsa a concorrer em Instituições de Ensino Superior Privadas, recebendo bolsa total ou parcial. Esse programa integra o bojo das ações afirmativas. De acordo com Tavares, as denominadas “ações afirmativas” compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, grosso modo, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos. (Tavares, 2023, 460).

Em meados de 2009, a política estatal era vista como perspectiva de inclusão por prestigiava critérios sociais (renda, origem escolar) e raciais para concessão de bolsas:

Assim, as cotas, através do PROUNI, nesta perspectiva de concessão de bolsas de estudos nas instituições privadas de Ensino Superior, levando em consideração critérios sociais e raciais dos beneficiários, podem ser argumentadas pela ideia de solidariedade social, e, pelo aspecto de promoção material da igualdade. (Gumrães e Cardoso, 2009).

Todavia, a mudança de cenário das regras do jogo levantou diversos

debates nas redes sociais. Com a relativização da origem escolar, a cota perde a destinação pautada em justiça social, haja vista que estudantes tanto da rede pública quanto privada pode concorrer livremente. Além disso, o critério racial que contemplava metade das vagas, agora é isolado numa regra que ainda não se conclui ou define:

II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros. (Vide Medida Provisória nº 1.075, de 2021)

§ 1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Brasil, 2021).

Assim, em estados de percentuais menores de população negra, a quantidade de bolsas também refletirá esse percentual. Ou então, o fluxo de mudança de localidade, o êxodo em dados momentos não refletirá nos “percentuais”.

Considerando os discursos que circulam nas redes sociais e as polêmicas que envolveram o Presidente da Fundação Cultural Palmares, estrutura ímpar que figura como “primeira instituição pública voltada para a promoção e preservação dos valores culturais, históricos, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira¹”, tendo em vista a medida provisória publicada em 07 de dezembro do corrente ano, inicialmente, houve uma leitura na página do twitter @sergiodireita1.

Muitas idas e voltas aconteceram, mobilizou-se ainda material teórico sobre políticas afirmativas para entender o cenário. Após leituras dos tweets do Sérgio Camargo, pensa-se então num gesto de análise que tentasse partir dos excertos ao discurso para identificar os sentidos e de que forma o Presidente da Fundação Palmares mobiliza e se inscreve em discursos sobre meritocracia e legitimidade das cotas.

Debruçando sobre a página @sergiodireita1, no dia 07 de dezembro de 2021, muitas menções e textos alusivos à medida provisória que alterou as regras do PROUNI, igualando estudantes de ensino médio da rede pública com a rede privada e isolando negros, indígenas em percentuais étnicos de cada região.

1 Texto obtido do site da Fundação Cultural Palmares. Disponível em http://www.palmares.gov.br/?page_id=95. Acesso em 27 maio 2021.

Tabela 1 - Mapeamento Discursivo

Excertos	Fonte	Quando
“A lei de cotas raciais será revisada em 2022, quando completa dez anos. A opinião que manifesto aqui é pessoal e não reflete, necessariamente, a posição do governo federal. O sistema racial precisa ser ABOLIDO! Raça é critério imprestável! Cota deve ser social, associada a mérito!”	Twitter: @sergiodireita1	07 de dezembro
“Pretos não são oprimidos nem vítimas. São pessoas normais!”	Twitter: @sergiodireita1	07 de dezembro
“Tem playboizinho preto que estudou em escolas particulares e não precisa de cotas, mas se beneficia delas. O critério racial é injusto e disfuncional”.	Twitter: @sergiodireita1	07 de dezembro
A única forma de racismo institucional existente no Brasil é o sistema de cotas somente para pretos. Cotas devem beneficiar estudantes pobres, desde que disciplinados e esforçados, de QUALQUER tom de pele. O Estado não pode tolerar o racismo. Deve combatê-lo. Somos um só povo.	Twitter: @sergiodireita1	07 de dezembro
Cotas somente para os pretos, sem a concorrência de brancos igualmente pobres, é admissão equivocada de que pretos compõem uma sub-raça de incapazes, pessoas intelectualmente inferiores. Este insulto precisa acabar!	Twitter: @sergiodireita1	07 de dezembro

Dos excertos selecionados, algumas categorias revelam regularidade: fim das cotas raciais, meritocracia, prevalência de cotas sociais, crítica aos critérios atuais de cota, pessoas são iguais independente do “tom” de pele.

Dos excertos identificados, no dia 07 de dezembro, a leitura repetida permite escolher os 02 primeiros enquanto corpus para análise. Chamam atenção, de logo, os significantes: “ABOLIDO”, “sistema racial”, “cota”, “normais”.

Na tabela acima o primeiro excerto trata de cotas de um modo geral, há uma menção da lei de cotas, que também já se encontra no radar para modificações. O Presidente da Fundação Palmares à época era componente do Governo Federal, mas destacou que sua opinião não refletia “necessariamente” a posição do governo. Já seguiu e se referiu às políticas afirmativas como sendo “sistema racial” que precisa ser “ABOLIDO”. O termo abolido chama atenção por estar em caixa alta. Mais à frente, “raça é critério imprestável” e na visão do sujeito “cota deve ser social, associada ao mérito”.

No segundo excerto, “Pretos não são oprimidos nem vítimas. São Pessoas normais”. Essa espécie de predicação do segundo período traz questões de intradiscurso, da ordem da língua. Todavia, na perspectiva foucaultiana prevalece mais aspectos do sujeito e suas influências internas e externa na busca por pistas que apresentem os sentidos da enunciação.

Dos princípios internos, inicialmente surge o “comentário” em Foucault que envolve um alinhar com outros discursos sem se remeter a eles.

Inferese-se que o ABOLIDO presente no texto, pode ser lido com outros momentos do twitter do Sérgio Camargo em que enaltece a princesa Isabel como marco a ser homenageado como ícone da abolição. A abolição “encerra” o mal, põe fim a uma prática tida por nefasta. Nesse sentido, as cotas são lidas como um mal que precisa de ser abolido.

A posição do autor dos discursos veiculados é importante, considerando a função que exerce de Presidente da Fundação Palmares. Nesse sentido, é interessante ressaltar, a partir das categorias expostas por Michel Foucault, devemos ainda lembrar que o sujeito discursivo é pensado como “posição” entre outras. Não é uma forma de subjetividade, mas um “lugar” que ocupa para ser sujeito do que diz (é a posição que deve e pode ocupar todo indivíduo para ser sujeito do que diz) (Foucault, 2007b).

Além disso, o modo como o sujeito ocupa seu lugar, enquanto posição, não lhe é acessível, ele não tem acesso direto à exterioridade (interdiscurso) que o constitui. Da mesma maneira, a língua também não é transparente nem o mundo diretamente apreensível, quando se trata da significação pois o vivido dos sujeitos é informado, constituído pela estrutura da ideologia (M. Pêcheux, 1975 *apud*. Orlandi, 2012, p. 49).

A Fundação Palmares, conforme já dito, é a “primeira instituição pública voltada para a promoção e preservação dos valores culturais, históricos, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira”.

Dos princípios externos, destaca-se a “vontade de verdade”. O sujeito possui um “desejo discursivo” de construir uma verdade em torno das cotas raciais, do mérito para concorrer às cotas e da necessidade de implementar cotas que se restrinjam ao critério social. Naquele momento atual, interessava construir uma verdade que interessava a um grupo político que o sujeito integrava.

Pela função/cargo exercido pelo Sérgio Camargo, na perspectiva de procedimento de rarefação em Foucault (2007b), o Presidente da Fundação Palmares se associou a uma sociedade do discurso que integra a linha de frente do então Governo Federal. Buscou-se uma doutrina que negue direitos das minorias.

(...) é pela partilha de um só e mesmo conjunto de discursos que indivíduos, tão numerosos quanto se queira imaginar, definem sua pertença recíproca. Aparentemente, a única condição requerida é o reconhecimento das mesmas verdades e a aceitação de certa regra de conformidade com os discursos validados. A doutrina liga os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proíbe consequentemente, todos os outros. (Foucault, 2007b, p. 42-43).

Considerações finais: mobilizando teorias

Por meio das leituras e análises dos procedimentos internos e externos presentes na materialidade, no texto do Sergio Camargo e da análise, necessário então mobilizar teorias para pensar nos sentidos e no que o sujeito recorre em termos de discursos para abalar a legitimidade das cotas para negros.

Reflete-se então da leitura e do percurso em dispositivos teóricos, é possível afirmar que o sujeito cai na vala comum do “mito da democracia racial” para negar a legitimidade das cotas raciais. Um racismo pautado na negação e praticado por um homem negro, porém cheio de privilégios.

Nascimento diz bem sobre o racismo no Brasil “Um racismo de tipo muito especial, exclusiva criação luso-brasileira: difuso, evasivo, camuflado, assimétrico, mascarado, porém tão implacável e persistente que está liquidando os homens e mulheres de ascendência africana que conseguiram sobreviver ao massacre praticado no Brasil”. (Nascimento, 2019, p. 24).

De acordo com Nascimento, devemos compreender a “democracia racial” como significando a metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro, eficaz nos níveis oficiais do governo e profundamente penetrante no tecido social. (Nascimento, 2016).

Há uma visão adocicada sobre o negro e a ausência de opressão, que aqui não cabe julgar se é ou não intencional. Sergio Camargo diz: “Pretos não são oprimidos nem vítimas. **São pessoas normais!**” Nega-se a opressão que carrega com ela violências, abusos, exclusão.

Nascimento destaca que “Os Negros no Brasil, de Donald Pierson, e Casa Grande e Senzala, de Gilberto Freyre, ambos fornecem uma visão suave, açucarada, das relações entre negros e brancos no país”. (Nascimento, 2019, p. 25).

Um rígido monopólio do poder permanece, no Brasil, nas mãos da camada “branca” minoritária, desde os tempos coloniais até os dias de hoje, como se fosse um fenômeno de ordem “natural” ou de um perene direito “democrático”. O mito da “democracia racial” está fundado sobre tais premissas dogmáticas. (Nascimento, 2019, p. 27).

Vale dizer que, o naturalizar das desigualdades raciais do país, colocando-a sempre como causa outra é também um espectro do mito da democracia racial.

Os dados de acesso à educação e mercado de trabalho ajudam a revelar que democracia racial é um mito. (IBGE), o estudo de 2017, diz que 22,9% de pessoas brancas com mais de 25 anos tinham curso superior completo. A proporção de negros com a mesma escolaridade era de 9,3%. (Agência Brasil, 2021, online).

Site Quero Bolsa: entre 2010 e 2019 o número de alunos negros no ensino superior cresceu quase 400%. Os negros chegaram a 38,15% do total de matriculados, percentual ainda abaixo de sua representatividade no conjunto da população - 56%. Cursos de medicina não chega a 30%. Site Quero Bolsa realizou, com dados do Caged [Cadastro Geral de Empregados e Desempregados], indica que apenas dois de cada dez profissionais em cargos de liderança em empresas privadas eram negros, em 2018. (Agência Brasil, 2021, online).

Informações sobre violência abalam ainda mais a tentativa de doutrinação da sociedade do discurso de direita de deslegitimar políticas afirmativas.

Segundo o relatório apresentado pela ONU, nos 56 mil homicídios anuais no Brasil, 30 mil vítimas tinham entre 15 e 29 anos e 77% delas eram homens negros. (BBC, 2017, online).

Modesto (2021), no texto discursos racializados, também ajuda a formular um cenário mais realista.

Em sua compreensão, é possível dizer que é assim que o Brasil funciona: enquanto se propaga a ideia de que “somos todos misturados” e, mais do que isso, que vivemos em um país em que há uma “democracia racial”; ao mesmo tempo, vive-se em uma sociedade pautada por políticas genocidas de extermínios dos elementos sociais e culturais “descartáveis”. Essa é a prática em cima da qual se dá a colonialidade brasileira. O genocídio não é da ordem da contingência, mas um projeto planejado em curso em “nossa” sociedade.” (Modesto, 2021, p. 7).

Pela leitura prévia, leitura analítica e por meio da análise dos discursos veiculados, é possível, então, identificar a presença de um desejo de produzir uma verdade por meio de uma sociedade do discurso que o Presidente da Fundação Palmares se inscreve, qual seja, governo de direita de rompantes neoliberais que nega o racismo e se sustenta no “mito da democracia racial”.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Cresce total de negros em universidade, mas acesso é desigual.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-11/cresce-total-de-negros-em-universidades-mas-acesso-e-desigual>. Acesso em: 20 set. 2020.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução:** Introdução de Jacques Bidet. Petrópolis, RJ Vozes, 1990.

BBC. Países africanos e de maioria negra cobram Brasil na ONU por racismo. Disponível em: Países africanos e de maioria negra cobram Brasil na ONU por racismo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39864066>. Acesso em: 20 maio 2023.

DIJK, Teun A. Van. **Discurso Antirracista no Brasil:** da Abolição às Ações Afir-

mativas. São Paulo: Contexto, 2021.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007a.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2007b.

GUIMARÃES, Elias Lins; CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Ações afirmativas no ensino superior através do prouni: aspectos jurídico - sociais da inclusão de alunos por meio de cotas na FTC. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009. Disponível em: <https://cdsa.academica.org/000-062/788>

Acesso em: 10 set 2023.

MODESTO, Rogério. **Os discursos racializados**. Disponível em: <https://revista.abralin.org/index.php/abralin/article/view/1851> . Acesso em: 20 set. 2021.

NASCIMENTO, Abdias. **O QUILOMBISMO**: documentos de uma militância pan-africanista. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do Negro Brasileiro**: processo de um racismo mascarado. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 10 ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2012.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Interpretação; autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico**. 5. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2007.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **A Linguagem e seu Funcionamento**. As formas do discurso.2. ed. Campinas, SP: Pontes, 1987.

RODRIGUES, M. F. **Com futuro incerto, Sérgio Camargo volta à Fundação Palmares e quer equipe alinhada a seus ideais**. Estadão, 27/02/2020. Disponível em <https://cultura.estadao.com.br/noticias/geral/com-futuro-incerto-sergio-camargo-volta-a-fundacao-palmares-e-quer-equipe-alinhada-a-seus-ideais,70003211896>. Acesso em 20 maio 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

A PUBLICIDADE NA ARBITRAGEM COLETIVA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Gustavo Henrique Schneider Nunes

Doutor pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (graduação) e da Universidade de Ribeirão Preto (especialização).
Advogado

Resumo:

A confidencialidade tem origem contratual, não se caracterizando como uma consequência automática da aplicação da lei, a despeito do fato de que a maioria das instituições de arbitragem contém previsão sobre o seu uso em seus regulamentos. Porém, há restrições quanto ao uso da confidencialidade em algumas situações, como no caso em que a Administração Pública vier a figurar como uma das partes (art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem) e também quando a arbitragem for coletiva, na medida em que, nessas situações, a publicidade atende ao postulado da transparência. Especificamente quanto ao assunto tratado neste trabalho, a publicidade da arbitragem coletiva é condição de possibilidade para a ampliação do contraditório e, conseqüentemente, da intervenção do *amicus curiae*, cuja admissão deverá ficar a cargo dos árbitros, independentemente da anuência das partes litigantes.

Palavras-chave: Publicidade; Arbitragem coletiva; *Amicus curiae*; Contraditório.

Introdução

O presente trabalho parte do pressuposto de que a arbitragem coletiva é um meio adequado de solução de conflitos transindividuais, mas que necessita da construção de técnicas processuais que otimizem a ampliação do contraditório, de modo a ultrapassar a participação formal apenas dos litigantes tradicionais situados nos polos ativo e passivo.

Para que isso se torne possível, verificar-se-á em que medida a arbitragem coletiva deve ser marcada pela publicidade ampla e irrestrita ao invés da confidencialidade, posto que essa questão é decisiva para se averiguar se

sujeitos não signatários da convenção arbitral e que possuam capacidade de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, como o *amicus curie*, possam ou não ser admitidos.

Para o desenvolvimento deste trabalho, será desenvolvida uma pesquisa eminentemente bibliográfica e jurisprudencial, com o objetivo de analisar criticamente o tema proposto, à luz do método dedutivo.

A publicidade na arbitragem coletiva...

A confidencialidade é considerada uma das principais vantagens da arbitragem individual. Mesmo sem ter previsão expressa na Lei de Arbitragem tornando-a obrigatória, as partes costumam a adotá-la com a finalidade de proteger a imagem, os segredos inerentes ao negócio e outros fatores relevantes diante do caso concreto.

Desse modo, a confidencialidade não decorre automaticamente da lei, mas, ao contrário, é fruto da vontade das partes.

No entanto, embora tenha uso elevado, a confidencialidade não pode ser aplicada em todas as espécies de arbitragem, como (i) na hipótese de uma das partes ser a Administração Pública, em conformidade com o art. 37, *caput*, da CF, e o art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, que estabelecem a publicidade como regra, e (ii) no caso de arbitragem coletiva, “cujo bom funcionamento dependerá de ampla publicidade dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, aos demais colegitimados e ao grupo envolvido” (Nery, 2016, p. 292).

Especificamente, em relação à arbitragem coletiva, afirma Ana Luiza Nery (2016, p. 292) que a publicidade “permite que a sociedade em geral e as demais entidades legitimadas para a propositura da demanda coletiva possam atuar na defesa dos direitos transindividuais”.

Por se tratar de demanda que versa sobre direito transindividual, as informações a ela inerentes não podem permanecer restritas às partes formais o procedimento.

Para Diego Franzoni (2015, p. 145),

[...] a confidencialidade deve ser afastada na arbitragem societária praticada no âmbito de sociedades abertas, de modo a se permitir que sejam divulgadas informações relevantes ao mercado. Aliás, tais informações devem ser divulgadas pela própria sociedade, que em grande parte das vezes estará envolvida no litúgio na condição de parte. Caberá à administração prover o mercado com todas as informações relevantes a respeito do processo que possam influir no movimento de compra e venda de ações e outros títulos mobiliários emitidos pela companhia. O controlador também poderá ser responsabilizado caso tal ‘disclosure’ deixe de ser praticado.

Em razão dos assuntos que são tratados no âmbito de uma arbitragem

coletiva, o contraditório precisa ser redimensionado com o afastamento da confidencialidade, porque, do contrário, isso comprometeria o conhecimento e a atuação de sujeitos que possam vir a ser afetados pela decisão (Pereira, 2018, p. 219-239), bem como comprometer o acesso à justiça e a tutela dos direitos dos vulneráveis, tal como se pode verificar em conflitos societários envolvendo sócios minoritários.

Tal posicionamento vai ao encontro das ideias defendidas por Cláudio Finkelstein e Maria Isabel Gori Montes (2021, p. 97), para quem

[...] o afastamento da confidencialidade dos procedimentos contribuiria para a viabilização a arbitragem para partes mais vulneráveis, visto que, ao tomar ciência da (pretensão de) instauração de arbitragem, demais interessados poderiam se juntar ao procedimento, facilitando-se, assim, o agrupamento de autores com demandas conexas. Ademais, a transparência dos procedimentos também permitiria que eventuais interessados pudessem tomar conhecimento sobre seus direitos, riscos e possibilidades de ganho e perda. Sem contar que colocaria as partes em maior pé de igualdade ao atenuar o chamado ‘repeat player effect’, que é justamente a vantagem que as empresas obtêm por conta de sua maior experiência arbitral.

Pela importância que a publicidade possui para a arbitragem coletiva, sendo, inclusive, uma de suas condições de possibilidade, a divulgação do conteúdo do procedimento à coletividade deve ser completa e irrestrita.

A Resolução nº 80/2022, da Comissão de Valores Mobiliários, apresenta critérios interessantes que podem ser utilizados para a aferição da extensão da publicidade, nos termos do que dispõe o art. 2º, do Anexo I, *in verbis*:

Art. 2º. O emissor deve divulgar ao mercado as principais informações relativas à demanda, incluindo: I - notícia acerca de sua instauração, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data da propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando: a) partes no processo; b) valores, bens ou direitos envolvidos; c) principais fatos; pedido ou provimento pleiteado; II - no caso de processo judicial, decisões sobre pedidos de tutela e urgência e evidência, decisões sobre jurisdição e competência, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e julgamentos de mérito ou extintivos do processo sem julgamento de mérito, em qualquer instância, no prazo de 7 (sete) dias a contar de seu conhecimento pela parte; III - no caso de arbitragem, apresentação de resposta, celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente que represente estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, decisões sobre

jurisdição dos árbitros decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e sentenças arbitrais, parciais ou finais, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte; e IV) qualquer acordo celebrado no curso da demanda, no prazo de 7 (sete) dias úteis a apresentação de sua celebração, indicando valores, partes e outros aspectos que possam ser do interesse a coletividade de acionistas. Parágrafo único. Na apresentação das informações de que trata este artigo, não é necessária a disponibilização do inteiro teor dos documentos a que se referam (Brasil, 20220).

Porém, a despeito do avanço significativo apresentado pela Resolução nº 80/2022, da Comissão de Valores Mobiliários, tem-se que, nas arbitragens coletivas, tal como ocorre nas ações judiciais coletivas, a publicidade deve ser ampla e irrestrita.

... Como condição de possibilidade para a atuação do *amicus curiae*

O fundamento que autoriza a participação o *amicus curiae* no procedimento da arbitragem coletiva é o contraditório, que, na prática, só pode ser oportunizado de forma ampliada com a publicidade.

Em que pese tratar-se a arbitragem de um método privado de solução de conflitos, se os direitos a ela submetidos forem transindividuais, deve-se permitir a participação de sujeitos capacitados para a construção da norma jurídica - aqui entendida como o resultando da interpretação do texto normativo em atenção às peculiaridades do caso concreto (Häberle, 1997, p. 13; Nunes, 2010, p. 98-99).

A finalidade da intervenção do *amicus curiae* é a de prestar cooperação qualificada que seja suficiente ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, com argumentos que pluralizem o debate sobre a matéria em disputa, a exemplo do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, cujo teor pode ser transplantado para a esfera arbitral:

A admissão de terceiro, na condição de ‘amicus curiae’, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em orem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e instituições da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (Brasil, 2000).

A primeira previsão do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro foi no art. 31, *caput*, da Lei 6.385/1976, com a alteração promovida pela Lei nº 6.616/1978 (Cabral, 2033, p. 116), que permitiu a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em disputadas administrativas, cuja temática esteja relacionada às suas atribuições fiscalizadoras.

Posteriormente, diversas outras leis passaram a prever a figura do *amicus curiae*, como, por exemplo, a (i) a Lei nº 9.469/1997, que em seu art. 5º admite a intervenção da União Federal nas causas em que a Administração Pública for parte; (ii) a Lei nº 9.279/1996, que regula os direitos e as obrigações referentes à propriedade industrial, e que estabelece, no art. 175, *caput*, a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, quando não for o autor da ação de nulidade do registro; e a (iii) Lei nº 9.868/1999, ao prever, em seu art. 7º, § 2º, a possibilidade de sua intervenção do *amicus curiae* nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um novo enfoque para o *amicus curiae*, ao permitir a intervenção em processos individuais, de forma a redefinir o contraditório à realidade vigente e a ajustar a sua participação em processos que tenham a aptidão potencial de produzirem decisões com efeitos vinculativos (Cabral, 2016, p. 211).

Não obstante a importância dessas previsões legais tem-se como correta a defesa da generalização da intervenção do *amicus curiae* para todas as espécies de processo (judicial ou extrajudicial), como expressão que é do contraditório ampliado.

Cassio Scarpinella Bueno, em posição de vanguarda, mostrou-se assertivo:

A possibilidade de generalização do instituto do ‘amicus curiae’ entre nós, destarte, isto é, sua admissão mesmo fora daqueles casos em que a lei o prevê e dá condições, mais ou menos seguras, de identificação do instituto, nada mais é do que uma necessária consequência do processo de ‘filtragem constitucional’, vale dizer, de uma ‘interpretação conforme’ da legislação processual a partir dos valores constitucionais a serem realizados também no ambiente judiciário, de (con)formação do processo civil à luz de seu “modelo constitucional”. A descoberta de uma função processual a ser exercida pela figura do ‘amicus curiae’ é, inegavelmente, decorrência da constitucionalização do direito processual civil (Bueno, 2012, p. 587; Babral, 2003, p. 124).

De igual maneira, aduz Antonio do Passo Cabral (2003, p. 124) “que o amigo da corte deve representar um gatilho de participação popular que não fique adstrito aos processos de controle abstrato da constitucionalidade

ou tampouco aos incidentes de reserva de plenário nos tribunais, mas a todo caso em que houver interesse público envolvido”.

Logo, a falta de previsão específica na Lei nº 9.307/1996, não tem o condão de impedir a intervenção do *amicus curiae* no procedimento arbitral, em especial quando este versar sobre direitos transindividuais.

Nem mesmo a falta de prévia concordância das partes, ou, ainda, a expressa discordância das partes, pode constituir obstáculo à participação do *amicus curiae*, visto que ele é um terceiro interveniente que atua pela concretização de seus interesses institucionais (Temer, 2020, p. 239), mostrando-se adequado, em razão disso, permitir que os árbitros decidam a questão.

Como advertido por Carlos Alberto Carmona (2009, p. 310),

Cumpra não esquecer que a última palavra sobre qualquer pleito de intervenção caberá necessariamente aos árbitros: ainda que as partes estejam de acordo com a intervenção do terceiro, os árbitros deverão deliberar sobre o assunto e podem entender que o ingresso de outro contendente é inadequado ou por qualquer motivo impróprio, o que significará o indeferimento de intervenção provocada ou voluntária.

Os requisitos do art. 138 do CPC/2015 podem servir de modelo para verificar o cabimento do *amicus curiae* na arbitragem coletiva. São eles: a representatividade adequada, a repercussão social, a relevância da matéria posta em disputa e a relevância das informações prestadas.

De acordo com Pedro Lins Conceição de Medeiros (2022, p. 712), “os árbitros devem, portanto, confrontar tais critérios ‘à luz de todas as circunstâncias do litígio’, ponderando, inclusive, a extensão e intensidade em que cada um deles foi ou não atendido, o que pode se dar em maior ou menor grau”.

É preciso ainda observar, conforme Pedro Lins Conceição de Medeiros (2022, p. 710), que a intervenção do *amicus curiae* não pode gerar onerosidade excessiva às partes, por conta da majoração dos custos das horas trabalhadas, “i) pelos advogados das partes, na análise e na elaboração do pedido de admissão do ‘amicus’; e ii) pelos árbitros, na apreciação do pedido de admissão do ‘amicus’ e, eventualmente, na posterior consideração de sua contribuição”.

Assim, uma alternativa possível para contornar isso é a criação de fundos de financiamento a cargo das próprias câmaras arbitrais, mediante contribuições de terceiros investidores interessados em atender a este propósito (Medeiros, 2022, p. 717).

Conclusão

Na arbitragem coletiva, que cuida de direitos transindividuais, a legiti-

midade ativa é extraordinária, sendo que o autor age em nome próprio, mas na defesa dos interesses da coletividade.

Portanto, os titulares do direito material serão afetados por uma decisão arbitral proferida em um procedimento do qual participaram apenas indiretamente, por meio de representação.

Em razão do interesse da coletividade premente a esse meio de solução de conflito, a publicidade é premissa necessária para o alargamento do contraditório e, por via de consequência, para a intervenção do *amicus curiae*, que tem como objetivo contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

A falta de previsão legal, de autorização em regulamento arbitral ou autorização das partes litigantes não proíbe a admissibilidade do ingresso do *amicus curiae* pelo árbitro, haja vista ser um terceiro interveniente que não atua para a defesa de seu interesse jurídico, mas para a defesa de seu interesse institucional.

Todavia, se a inadmissão do *amicus curiae* for injustificada, haverá a deflagração de nulidade por violação ao princípio do contraditório, verdadeiro corolário do devido processo legal.

Referências

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução 80 da Comissão de Valores Mobiliários**, de 29 de março de 2022. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol080.html>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2130 MC**. Relator: Min. Celso de Mello, de 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI+2130++CELSO+DE+MELLO&base=baseAcordaos=>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae: Um Terceiro Enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas Asas de Hermes: A Intervenção do *Amicus Curiae*, Um Terceiro Especial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 234, Out./Dez. 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 138. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. Organizadores: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. Análise Crítica da Cultura da Confidencialidade na Arbitragem Coletiva Societária. In: **Arbitragem Coletiva Societária**. Coordenação: André Luís Monteiro, Guilherme Setoguti J. Pereira e Renato Benaduzi. São Paulo: Revista os Tribunais, 2021.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária: Fundamentos Para Uma Possível Regulação**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A Figura do *Amicus Curiae* na Arbitragem Coletiva: Condições de Admissibilidade e Limites de Atuação. In: **Arbitragem e Processo Coletivo**. Organizadores: NERY, Ana Luiza; MARIANI, Rômulo Greff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PEREIRA, Guilherme Setoguti P. Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias. In: **Processo Societário III**. Coordenadores: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilhere Setoguti P. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**. Salvador: Juspodivm 2020.

ACÇÕES ANULATÓRIAS POR IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO: POSSÍVEL VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA E OS LIMITES À JURISDIÇÃO ESTATAL

Elena Mello Silva de Paula

Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense

Thaís Freire de Vasconcellos

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense

Resumo:

A arbitragem é um meio adequado de solução de conflitos disciplinado no Brasil pela Lei nº 9.307/96. Segundo o artigo 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é considerado juiz de fato e de direito, e a sentença por ele proferida não fica sujeita a reexame, homologação ou recurso pelo Poder Judiciário. No entanto, uma decisão arbitral pode ser anulada se estiver viciada, pois é necessário coibir eventuais violações a princípios constitucionais. O legislador brasileiro estabeleceu no art. 32 da Lei nº 9.307/96 as hipóteses de nulidade da sentença arbitral, sendo destacada a violação ao princípio da imparcialidade do árbitro que será objeto de estudo nesta pesquisa. O objetivo deste trabalho é analisar o instituto das ações anulatórias no âmbito da arbitragem, com foco na anulação da sentença arbitral em caso de violação da imparcialidade do árbitro. A metodologia utilizada é bibliográfica, com análise da doutrina nacional e estrangeira, bem como um estudo das decisões judiciais dos Tribunais brasileiros que abordam o tema. Ao longo da pesquisa, é possível concluir que tanto a doutrina quanto a jurisprudência parecem convergir para a ideia de que a violação da imparcialidade do árbitro constitui fundamento para ação anulatória nos termos da Lei de Arbitragem. Além disso, observa-se a compreensão de que a manutenção de uma sentença proferida por um árbitro cuja imparcialidade, uma das garantias do devido processo legal, não seja respeitada é incompatível com a ordem pública nacional. Isso reforça a importância atribuída à imparcialidade como um elemento de validade e confirmação das decisões arbitrais no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ação anulatória; Sentença arbitral; Imparcialidade do árbitro; Ordem pública.

Introdução

A Lei nº. 9.307/96, promulgada no Brasil, regulamentou o instituto da arbitragem no país. Classificada como um método adequado de solução de conflitos, a arbitragem permite que partes capazes escolham um terceiro imparcial para resolver uma disputa específica que lhe será submetida. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que a arbitragem possui natureza jurisdicional (STJ, 2019), fortalecendo assim a importância de um estudo mais aprofundado do tema.

A doutrina destaca várias vantagens e características da arbitragem brasileira. No entanto, para o escopo deste trabalho, merecem destaque a possibilidade de escolha de um julgador com maior expertise e a ausência de recurso ou revisão do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Essas duas características tornam o objeto de estudo deste artigo extremamente relevante, uma vez que, para garantir a validade de um procedimento no qual as próprias partes escolhem seu julgador, a lei estabelece critérios essenciais de qualificação para esse árbitro, como imparcialidade e confiança das partes (art. 13, caput e § 6º da Lei nº. 9.307/96). Além disso, devido à ausência de recurso no procedimento arbitral, eventuais impugnações em relação à forma e legalidade só podem ser levantadas por meio de ações anulatórias, cujo rol de hipóteses está previsto no art. 32 da Lei de Arbitragem brasileira.

Nesse contexto, observa-se que a legislação brasileira é intencionalmente concisa em suas disposições e regulamentos, garantindo às partes uma maior flexibilidade na escolha do direito e procedimento aplicável. Embora a legislação estabeleça critérios para a qualificação dos árbitros, como a imparcialidade, e apresente um rol de hipóteses de nulidade da sentença arbitral, os termos definidos pelo legislador são conceitos jurídicos indeterminados que possibilitam diversas interpretações. Isso impõe à doutrina e aos tribunais a responsabilidade de definir e delimitar essas categorias.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar o instituto das ações anulatórias no contexto da arbitragem, com ênfase na possibilidade de anulação da sentença arbitral em casos de violação da imparcialidade do árbitro. Busca-se compreender se essa situação poderia ser considerada uma hipótese de violação à ordem pública e se essa violação, mesmo não estando expressamente prevista no texto legal, poderia resultar na nulidade da decisão arbitral.

A metodologia adotada é bibliográfica, envolvendo a análise da doutrina nacional, além de um estudo das decisões judiciais dos tribunais brasileiros que abordam o tema. O propósito não é esgotar a análise das decisões dos tribunais brasileiros, mas sim fornecer exemplos que ilustrem como essas questões têm sido tratadas na prática.

O árbitro no procedimento arbitral: poderes, deveres e funções

O art. 13, *caput*, da Lei de Arbitragem estabelece que qualquer pessoa capaz e confiável pode atuar como árbitro. É frequente afirmar que a função do árbitro representa um estado momentâneo exercido por um profissional designado pelas partes, não configurando uma profissão, uma vez que a função jurisdicional do árbitro se encerra com a prolação da sentença arbitral, conforme estipulado pelo art. 29 da Lei de Arbitragem. Seu papel é atribuído através da escolha e indicação das partes ou da instituição escolhida, sempre sendo observado o que fora estipulado na convenção de arbitragem, e se limitando ao período de duração do procedimento.

A capacidade mencionada no texto legal refere-se à capacidade civil para assumir obrigações, conforme previsto nos arts. 3º, 4º e 5º do Código Civil brasileiro. Entretanto, doutrinadores, como Selma Lemes (2023), apontam também para capacidade técnica, que possibilita a adequação da solução do litígio ao melhor entendimento do assunto em disputa. A possibilidade da escolha do árbitro permite a indicação de um julgador não apenas com base em suas experiências pessoais, mas também em sua expertise na área, o que eleva o nível da discussão.

A confiabilidade requerida pela legislação está vinculada à autonomia das partes em escolher alguém de confiança para julgar o conflito (Martins, 2014). Essa confiança é garantida por meio de alguns deveres que o árbitro deve cumprir, como o dever de revelação, que possibilita às partes e ao próprio árbitro avaliar sua imparcialidade.

Nesse sentido, o § 6º do artigo 13 da Lei de Arbitragem estabelece que o árbitro deve agir com imparcialidade a fim de garantir a eficácia e integridade do sistema arbitral. Atuar com imparcialidade requer que o árbitro não possua qualquer interesse econômico ou pessoal na disputa que está julgando (Martins, 2008). Além disso, o árbitro não pode atuar caso tenha com as partes ou litígio qualquer relação que caracterize os casos de impedimento e suspeição dos juízes (art. 14 da Lei de Arbitragem).

A própria Constituição Federal brasileira de 1988, que, em seu artigo 5º, XXXVII, estabelece a necessidade de independência e imparcialidade do julgador, reforça a importância dessa característica em métodos de resolução de litígios. Isso é ainda mais importante uma vez que o árbitro desempenha o papel de juiz de fato e de direito no procedimento arbitral, conforme estipulado pelo art. 18 da Lei nº. 9.307/96.

Suas funções, deveres e poderes

O árbitro desempenha funções importantes no procedimento arbitral, sendo responsável pela condução e emissão de uma decisão final sobre a matéria discutida. Conforme estipulado no art. 21, § 1º, caso não haja estipulação sobre o procedimento a ser adotado, é incumbência do árbitro disci-

pliná-lo. A este ator cabe assegurar os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e autonomia de seu juízo. Por essa razão, ao ver das autoras, seria correto afirmar que cabe ao árbitro garantir a legalidade e a integridade do procedimento arbitral.

O árbitro, no exercício de suas funções, tem a prerrogativa de tomar depoimento, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas, conforme estabelecido pelo art. 22 da Lei de Arbitragem. Além disso, os arts. 22-A e 22-B estabelecem que é o árbitro pode conceder medidas cautelares e de urgência, embora não tenha a competência para realizar os atos executivos de constrição patrimonial, sendo necessário recorrer ao Judiciário, através da carta arbitral, para essa finalidade.

Convém destacar que os árbitros têm os deveres de agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º da Lei nº. 9.307/96), cabendo-lhes também revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência, nos termos do art. 14, § 1º da legislação.

A imparcialidade do árbitro e o dever de revelação

Como observado, o árbitro deve agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Esses princípios asseguram a eficácia da decisão arbitral. Embora a lei elenque esses deveres, não traz consigo uma interpretação específica para esses conceitos, o que resulta em maior liberdade ou incerteza para o intérprete. Dessa maneira, percebe-se um contraste em relação aos seus efeitos, pois, por um lado, essa autonomia é vista de maneira positiva, permitindo a melhor aplicação desses mecanismos conforme o contexto e as particularidades de cada caso, enquanto, por outro lado, pode gerar incerteza e interpretações divergentes.

Os deveres que normalmente suscitam maior discussão e são o objeto deste estudo dizem respeito à imparcialidade e independência dos árbitros. A independência pode ser compreendida como a qualidade intrínseca do árbitro que o capacita a agir sem vinculações, desvinculado de quaisquer laços próximos, sejam eles de natureza profissional ou pessoal, com as partes envolvidas ou seus patronos. Além disso, é fundamental que o árbitro não tenha interesse no conflito em questão (Martins, 2008). Por outro lado, a imparcialidade é definida como a postura de equidistância que o julgador deve manter em relação às partes, envolvendo aspectos subjetivos (Dolinger, 2020).

Nesse sentido, o dever de revelação estabelecido no art. 14, § 1º da Lei de Arbitragem torna-se um elemento crucial no desenvolvimento do procedimento arbitral. O árbitro tem a obrigação de divulgar qualquer informação que possa suscitar dúvidas justificadas quanto à sua independência e imparcialidade. Isso não apenas permite que as próprias partes avaliem se existe

conflito de interesses ou alguma obscuridade, mas também possibilita que apresentem eventual informação relevante que poderá ser considerada pelo próprio árbitro em sua análise.

Entretanto, o termo “dúvida justificada” é um conceito aberto que não é definido pela legislação brasileira. Dessa forma, é necessário encontrar um equilíbrio em relação ao que deve ser revelado. Assim como não parece razoável exigir que o árbitro revele todo e qualquer fato existente em sua vida, também não seria justo com as partes que o árbitro fizesse revelações rasas. A incerteza em torno desse conceito levanta diversas questões, não apenas sobre o que o árbitro deve revelar, mas também sobre o período e até mesmo sobre a existência ou não de um dever de investigação por parte das partes.

Nesse sentido, os Códigos de Ética e as Diretrizes do International Bar Association (2014), incluindo as IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitration, são frequentemente utilizados em arbitragens internacionais para orientar essa obrigação. Essa entidade fornece listas que apresentam critérios mínimos e exemplificativos, os quais podem ser empregados na análise da imparcialidade dos árbitros.

A observação da importância desse dever para garantir um procedimento justo e imparcial levanta a dúvida: a simples omissão de alguma informação poderia resultar na quebra da confiança entre as partes e o árbitro, levando à anulação de sua sentença?

Breve análise acerca das ações anulatórias de sentença arbitral

A ação anulatória de sentença arbitral encontra-se regulamentada pelo art. 33 da Lei de Arbitragem brasileira, o qual estabelece que a parte interessada tem o direito de solicitar ao Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral¹. Conforme disposto na legislação, essa ação deve ser intentada no prazo decadencial de 90 (noventa) dias, a contar do recebimento da notificação da sentença, seja ela parcial ou final, ou da decisão

1 As autoras reconhecem a existência de discussões na doutrina acerca da adequação dos termos utilizados pela legislação ao referir-se à ação de desconstituição da sentença arbitral. No entanto, neste artigo, opta-se por não abordar essa questão, adotando as expressões dispostas no texto legal. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, recomenda-se consultar os ensinamentos de Francisco José Cahali (2022): “*Por tudo, e em tudo, sentenças arbitrais e judiciais assemelham-se na essência. Se assim é, o regime jurídico para desconstituição de uma e outra é o mesmo, cada qual, porém, com seus próprios (às vezes comuns) fundamentos (causas) para tanto. Sob este olhar, diverso do de vários comentaristas da Lei, temos uma identidade da ação do art. 33 em exame (invalidação da sentença arbitral) com a ação rescisória, e não com ação declaratória de nulidade para correção de vício do ato jurídico. Dito de outra forma: a tutela jurisdicional para atacar sentença arbitral, quando qualificada como nula pela lei, considerados os vícios tipificados na norma, tem natureza desconstitutiva. Sentença arbitral viciada, nula ou anulável (na linguagem processual), desconstitui-se, não se declara a nulidade (ou decreta a nulidade como dizia a lei na versão original)*”.

referente ao pedido de esclarecimentos.

Se a ação anulatória de sentença arbitral for julgada procedente, conforme estabelecido pelo art. 32, § 2º da Lei de Arbitragem, isso implica que o árbitro ou tribunal arbitral deverá proferir uma nova decisão. Dessa forma, a ação anulatória resulta unicamente na desconstituição da sentença arbitral, não configurando um novo julgamento da disputa. Por conseguinte, não está em sua natureza a revisão do mérito da controvérsia, mas sim a anulação da eficácia da decisão anterior (Martins, 2008).

Importante destacar que o Poder Judiciário não possui jurisdição para revisar o mérito da sentença arbitral. Portanto, não há que se falar na existência de um controle judicial sobre o mérito da sentença arbitral, quer seja ela parcial ou final, nem se é apropriado ou não o pronunciamento. O Poder Judiciário deve limitar-se à análise dos aspectos formais do título, concentrando-se especialmente no preenchimento de alguma das hipóteses elencadas pelo art. 33 da legislação. (Filho, 2008).

Conforme a legislação brasileira, a sentença arbitral não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18). Assim, ao encerrar o procedimento arbitral e esgotados os pedidos de esclarecimentos aos árbitros, a sentença arbitral passará a produzir efeitos imediatos. Mesmo que seja proferida com os vícios elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem, somente poderá deixar de produzir efeitos mediante o reconhecimento de sua nulidade pelo Poder Judiciário, por meio da ação anulatória que está sendo abordada neste estudo.

Neste contexto, o art. 33, incisos I a VIII da Lei nº. 9.307/96, estabelece que a sentença arbitral será considerada nula se: (i) a convenção de arbitragem for nula: A convenção de arbitragem é um negócio jurídico celebrado pelas partes. Nesse sentido, o art. 166 do Código Civil trata da nulidade dos negócios jurídicos, sendo essencial observar tal aspecto na análise da convenção; (ii) ela for proferida por quem não poderia ser árbitro: O art. 13, caput, da Lei de Arbitragem determina que apenas pessoas capazes e confiáveis para as partes podem ser nomeadas como árbitros. Além disso, os artigos 14 e seguintes da mesma lei regulamentam os impedimentos para que alguém atue como árbitro, sendo crucial respeitar tais disposições sob pena de nulidade da sentença arbitral; (iii) não contiver os requisitos obrigatórios da sentença arbitral: Os requisitos essenciais da sentença arbitral, como o relatório, fundamentos da decisão, dispositivo, data e local de prolação, estão dispostos no art. 26, incisos I a IV, da Lei de Arbitragem; (iv) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem: A sentença arbitral deve restringir-se às matérias pactuadas na convenção de arbitragem, evitando extrapolar ou omitir aspectos, sob pena de ser considerada *extra* ou *citra petita*; (v) for comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva: Nestes casos, deve-se observar as disposições dos artigos 316, 317 e 319 do Código Penal brasileiro, os quais tipificam os crimes de prevaricação,

concussão e corrupção. Cada tipo penal possui uma qualificação específica, sendo relevante considerar essa distinção; (vi) for proferida fora do prazo: A sentença arbitral deve ser emitida no prazo estipulado pelas partes ou, na ausência de estipulação, no prazo de seis meses, conforme o art. 23, caput, da Lei de Arbitragem. Caso ultrapasse esse período, a parte interessada deve notificar o árbitro ou presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhes um prazo de dez dias para proferir e apresentar a sentença arbitral, conforme previsto no art. 12, inciso III, da mesma lei; (vii) forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento: Estes princípios, que não demandam explicações mais detalhadas, devem ser rigorosamente observados para assegurar a validade da sentença arbitral.

Como se pode observar, a violação à ordem pública não é explicitamente contemplada no rol de hipóteses previstas pela Lei de Arbitragem brasileira para a propositura de uma ação anulatória. Apesar disso, não restam dúvidas de que a ordem pública é um princípio de natureza obrigatória, que impõe às partes, sejam elas de direito público ou privado, a observância de determinadas condutas. Não por acaso, a ordem pública impõe limites ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que as partes envolvidas em arbitragem podem apenas estabelecer convenções sobre as regras de direito a serem aplicadas, desde que não configurem violação à ordem pública, conforme disposto no art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem.

Conforme afirma Manuel Pereira Barrocas (2013), a ordem pública constitui para a arbitragem um limite conceptualmente abstrato às sentenças, constituindo um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais, integrando valores essenciais de ordem ética, econômica e social próprios de determinado Estado.

Nesse contexto, a doutrina sustenta que, da mesma maneira que a violação à ordem pública nacional inviabiliza a homologação de sentença estrangeira, um tratamento análogo deve ser conferido à sentença arbitral doméstica. Entretanto, ao contrário das situações previstas no art. 33 da Lei de Arbitragem, a alegação de violação à ordem pública não estaria sujeita ao prazo decadencial de noventa dias (Junior, 2021).

No entanto, a doutrina sustenta ainda que a intenção do legislador foi deliberadamente excluir a ordem pública do rol de fundamentos para a ação anulatória, pois se buscava evitar uma hipótese tão ampla e passível de interpretações diversas como a expressão “ordem pública” (Almeida, 2006).

Assim, parece pouco razoável permitir que a nulidade de uma sentença arbitral seja convalidada apenas devido a uma questão formalista, como a falta de previsão expressa da ordem pública como hipótese de ajuizamento de ação anulatória. Mesmo defendendo o uso criterioso desse fundamento na ação anulatória, é inegável que a recusa de jurisdição nesses casos poderia acarretar mais prejuízos do que benefícios. Como bem observado por Hum-

berto Santarosa de Oliveira (2020), não é coerente proibir a homologação e execução de uma sentença arbitral estrangeira que viola a ordem pública no Brasil, ao passo que se permitiria a execução de uma decisão similar só por que proferida no território nacional.

A imparcialidade do árbitro como fundamento da ação anulatória

O dever de revelação por parte do árbitro assume uma importância crucial no contexto do direito brasileiro, e sua violação, que prejudique a imparcialidade do julgador, pode resultar na anulação da sentença arbitral.

Isso se fundamenta na legislação, mais especificamente no art. 32, inciso VIII da Lei de Arbitragem, que estabelece de maneira clara a nulidade da sentença arbitral se não respeitar os princípios delineados no art. 21, § 2º da mesma lei, dentre os quais se destaca a imparcialidade do árbitro.

É imperativo reconhecer que o árbitro é aquele capaz e que detém a confiança das partes. Inegável que, para que as partes confirmem essa confiança, o dever de revelação assume uma importância fundamental. Nesse sentido, Judith Martins Costa (2018) destaca que a confiança mencionada na Lei nº. 9.307/96 está estreitamente vinculada à boa-fé, constituindo um princípio aplicado tanto no Direito Público quanto no Direito Privado. Através da divulgação de informações relevantes, as partes conseguem formar uma opinião sobre a imparcialidade do árbitro. Além disso, a revelação possibilita que os próprios árbitros avaliem sua própria imparcialidade ao considerar informações adicionais apresentadas pelas partes. Observa-se, assim, um processo cíclico em que as partes e os árbitros, de maneira colaborativa, buscam garantir a integridade do procedimento.

O dever de revelação, no entanto, é um tema controverso na doutrina. A extensão do conceito e o que efetivamente abrange o termo “dúvida justificada”, conforme previsto na legislação brasileira, não possuem uma limitação precisa, como já mencionado. Dado que se trata de um conceito jurídico indeterminado, sua compreensão deve ocorrer durante a análise do caso concreto, considerando as peculiaridades específicas de cada árbitro, partes e litígio.

Nesse contexto, pode-se compreender que a mera violação ao dever de revelação pelo árbitro não constitui, por si só, um fundamento para o ajuizamento de uma ação anulatória. O que a legislação brasileira estabelece é que a violação à imparcialidade é o que fundamenta a nulidade da sentença arbitral. Dessa forma, é necessário avaliar no caso concreto se o fato não revelado tem o potencial de comprometer a imparcialidade do julgador.

Dessa forma, foi proposta uma análise sucinta de algumas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros sobre o tema. O objetivo não foi esgotar a matéria nem aprofundar as discussões, mas sim conduzir uma leitura de alguns julgados que, na visão das autoras, abordaram a temática da imparcialidade.

lidade do árbitro e a nulidade da sentença arbitral. Dos três casos analisados, um deles abordava explicitamente a ação anulatória de sentença arbitral devido à violação da imparcialidade. Em contrapartida, os outros dois casos envolviam uma ação de execução de cláusula compromissória e um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. No entanto, mesmo tratando de contextos diferentes, foram considerados relevantes para este artigo, uma vez que também exploravam a imparcialidade do árbitro e a ordem pública, temas essenciais para a nossa discussão.

Em primeiro lugar, é relevante destacar o entendimento consolidado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme apreciado nos autos da Apelação Cível nº 1116375-63.2020.8.26.0100. Nesse caso específico, a parte buscava a declaração de nulidade de uma sentença arbitral com base na alegada violação do dever de revelação e do princípio da imparcialidade do árbitro.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que o dever de revelação persiste ao longo de todo o processo arbitral. Em outras palavras, caso surja algum fato relevante durante o curso do procedimento que demande revelação, é incumbência do árbitro cumpri-la. No caso em análise, considerando a atuação do advogado da parte e do árbitro na defesa da mesma sociedade em um processo de aquisição do controle acionário de determinada companhia, o Tribunal entendeu pela violação ao dever de revelação.

A não revelação da participação conjunta do advogado da parte e do árbitro em favor da mesma sociedade gerou, aos olhos da parte e de terceiros razoáveis, uma dúvida substancial quanto à imparcialidade do árbitro. Diante disso, o Tribunal concluiu que tal omissão ensejou a nulidade da sentença arbitral.

Em segundo lugar, merece destaque o julgamento realizado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.526.789/SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Nesse caso, o entendimento firmado foi de que a imparcialidade representa um elemento fundamental no procedimento arbitral, e seu alcance normativo não se restringe às hipóteses de impedimento ou suspeição do Código de Processo Civil Brasileiro. Assim, diante de qualquer constatação de violação aos atributos de independência e imparcialidade, a investidura do árbitro deve ser vedada.

O Recurso Especial nº 1.526.789/SP discutia a possível violação à imparcialidade devido ao parentesco colateral entre a árbitra indicada pela recorrente e um de seus advogados. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu que, apesar de não se enquadrar especificamente nos casos de suspeição e impedimento do juiz, havia uma evidente interferência na imparcialidade da árbitra.

Nesse contexto, prevaleceu o entendimento de que o dever de revelação deve ser de “*full disclosure*” (Leites, 2021), ou seja, o mais abrangente possível. Essa abordagem busca revelar todas as possíveis e potenciais obs-

curidades, permitindo que as partes analisem se existe algum conflito de interesses.

Por fim, é relevante destacar o julgamento da SEC 9412/EX, com relatoria do Ministro Feliz Fischer, que abordou a impossibilidade de homologação de uma sentença arbitral estrangeira devido à violação da ordem pública. No caso em análise, existia uma relação credor/devedor entre o escritório de advocacia do árbitro presidente e o grupo econômico vinculado a uma das partes.

Com base nesse cenário, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça concluiu que a imparcialidade do julgador é uma garantia intrinsecamente associada ao devido processo legal, sendo aplicável também no âmbito da arbitragem. Assim, afrontas a essa imparcialidade direcionam-se diretamente contra a ordem pública nacional, tornando o mérito passível de revisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, a violação do dever de revelação de quaisquer circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro impede a homologação da sentença arbitral.

Portanto, por meio desta breve análise, é perceptível que temas como a imparcialidade do árbitro, o dever de revelação e a ordem pública são frequentemente discutidos no âmbito arbitral. Os tribunais brasileiros têm adotado a perspectiva de que a violação desses dois primeiros conceitos poderá figurar uma ofensa ao terceiro. Isso, por sua vez, possibilita a anulação da sentença arbitral e/ou a não homologação de sentença arbitral estrangeira.

Considerações finais

O presente trabalho propôs análises breves sobre a ação anulatória de sentença arbitral, tendo como base a imparcialidade do árbitro. Ao longo deste artigo, concluiu-se que o árbitro desempenha um papel crucial no procedimento arbitral, não apenas proferindo uma decisão definitiva sobre a matéria em disputa, mas também zelando pela integridade do procedimento. Para atingir esse objetivo, o legislador brasileiro estabeleceu uma série de deveres para aqueles que assumem o papel de árbitro, destacando-se, entre eles, o dever de revelação.

O dever de revelação constitui um dos pilares fundamentais para a avaliação da imparcialidade do árbitro, sendo um atributo indispensável ao julgador, cuja ausência pode acarretar a nulidade da sentença arbitral. Este dever impõe ao árbitro a obrigação de divulgar qualquer fato que suscite dúvida justificada quanto à sua imparcialidade. É importante observar que o conceito utilizado pelo legislador é juridicamente indeterminado e, conforme as circunstâncias do caso, pode permitir diferentes interpretações. Cabe, portanto, ao intérprete determinar o que constituiria uma “dúvida justificada” aos olhos das partes e de um terceiro razoável.

Nesse contexto, embora seja reconhecido como mais sensato que o árbitro realize uma revelação o mais abrangente possível, é imperativo compreender que ele não pode ser responsabilizado por divulgar cada detalhe sobre sua vida. Além disso, para efeitos de uma ação anulatória, não será a mera violação ao dever de revelação que ensejará a nulidade da decisão. O ponto central é verificar se o fato não revelado tem o potencial de gerar uma dúvida justificada nas partes, se seria suficiente para abalar a confiança delas no julgador e violar sua imparcialidade.

Tanto a doutrina quanto os tribunais brasileiros têm se posicionado no sentido de que a imparcialidade do árbitro é uma questão de ordem pública, diretamente relacionada a garantias constitucionais, como o devido processo legal. Apesar de a violação à ordem pública não ser explicitamente mencionada na legislação como requisito para a anulação da sentença arbitral, tem sido aceita por parte da doutrina como fundamento para tal anulação. Entretanto, quando a fundamentação está centrada na imparcialidade do julgador, não são observadas discussões mais aprofundadas sobre o tema, uma vez que o legislador já estabeleceu uma previsão específica a respeito.

Referências

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **A anulação de sentença arbitrais e a ordem pública.** In Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, v. 9, abr-jun 2006.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem.** 2ª edição, Almedina, 2013.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem [livro eletrônico]: mediação: conciliação: tribunal multiportas.** 8. ed. São Paulo :Thomson Reuters, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307 /96 /Carlos Alberto Carmona.** - 3. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Atlas, 2009.

DE OLIVEIRA, Humberto Santarosa. **Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública.** 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/download/57822493/Anulacao_da_sentenca_arbitral_nacional_por_violacao_da_ordem_publica_-_Humberto_Santarosa_de_Oliveira_-_vfinal.docx.pdf. Acesso em 30 nov. 2023.

DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Jacob. **Direito internacional privado.** 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

IBA - **International Bar Association. Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Interacional.** Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em 30 nov. 2023.

JUNIOR, Joel Dias Figueira. **“Ação anulatória” (desconstitutiva) de sentença arbitral.** In: Arbitragem e direito processual [livro eletrônico] / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Cristina Bichels Leitão. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LEITES, Vitor Rafo. **Breve análise sobre o direito à informação e o princípio do Full and Fair Disclosure no mercado de capitais**. Migalhas, 2021. Disponível em: Breve análise sobre o direito à informação e o princípio do Full and Fair Disclosure no mercado de capitais (migalhas.com.br).

LEMES, Selma Maria Ferreira; BARROS, Vera Cecília Monteiro De. **Dos Árbitros. Lei de Arbitragem Comentada [livro eletrônico] : lei nº 9.307/1996** / coordenação Ana Carolina Weber, Fabiana de Cerqueira Leite. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. - São Paulo; Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. **“Dever de revelar do árbitro”**. In: WALD, Arnold (org.). Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência. col. Doutrinas Essenciais, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STJ. **Jurisprudência em Teses**. Edição N. 122. Brasília. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20122%20-%20Arbitragem.pdf. Acesso em 30 nov. 2023.

STJ, REsp nº 1.526.789/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 13/06/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 22/06/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500817123&dt_publicacao=22/06/2017. Acesso em 30 nov. 2023.

STJ, SEC: 9412/EX, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 19/04/2017, CE - Corte Especial, Data de Publicação: DJe 30/05/2017.

TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1116375-63.2020.8.26.0100, rel. Des. Maurício Pessoa, j. 1º de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parte-nao-obrigacao-investigar-arbitro.pdf>. Acesso em 30 nov. 2023.

VALENÇA, Filho, Clávio. **Poder Judiciário e Sentença Arbitral: De Acordo com a Nova Jurisprudência Constitucional**. Curitiba. Jurua, 2008.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ARBITRAGEM DOMÉSTICA: VINCULANTES OU NÃO AO ÁRBITRO?

Gustavo Oriani

Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS)

Matheus dos Santos Caetano

Pós-graduando em Direito e Advocacia Pública pela ESAP/PGE-RJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS). Advogado

Resumo:

A presente pesquisa tem como escopo analisar a existência e extensão da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais pátrios. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, bem como analisa-se a facticidade da norma jurídica que dá luz a essa possibilidade. De antemão, utiliza-se da melhor doutrina para a inteligibilidade do que seria uma fonte do direito, determinando-se o precedente como uma fonte de normas jurídicas. Trazendo-se à baila a validade da fonte jurisdicional pela sua ligação com o poder e por existir no ordenamento brasileiro um método jurídico para gerar sua força vinculante, assentados em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, decerto os precedentes tem poder vinculante, apesar de não serem todos que apresentam esta característica. Dessa forma, busca-se identificar qual dos precedentes, aqui entendidos aqueles constantes do artigo 927 do Código de Processo Civil (“CPC”), tem eficácia *erga omnes* e normatividade suficientes à vincular o pronunciamento arbitral.

Palavras-chave: Fontes do direito; Precedentes judiciais; Arbitragem; Jurisdição.

Introdução

Neste presente artigo, tem-se como escopo de pesquisa a vinculação dos precedentes judiciais ao árbitro. Para tanto, é mister que, preliminarmente, se faça uma síntese sobre o que é o precedente judicial, entender a sua natureza jurídica e, por conseguinte, explorar o conceito de fonte do direito, trazendo à lume a fonte jurisdicional e seu corolário, os precedentes.

Em segundo lugar, busca-se laborar acerca do próprio sistema arbitral

doméstico. Em princípio, a preleção se baseia na natureza da atividade do arbitro, discorrendo sobre sua jurisdicionalidade para, posteriormente, adentrar a questão-alvo da pesquisa: a vinculação ao arbitro dos precedentes judiciais.

Nesse ínterim, se demonstram-se as três correntes doutrinárias sobre o tema concomitante as disposições legais pertinentes, precipuamente a própria Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96, “LARb”) e a Constituição Federal (“CRFB”).

Por fim, caso se admita ou não a vinculação do precedente ao arbitro, consoante as correntes doutrinárias mencionadas, surgem controvérsias no que tange aos mecanismos de controle existentes para a sentença arbitral que não aplica o precedente *in casu*. À vista disso, se constrói o último ponto.

Precedentes judiciais e fontes do Direito

Fonte é “*uma metáfora cheia de ambiguidades*”, conforme assegura Tércio Sampaio Ferraz Jr., podendo ser compreendida como um local do qual emana ou surge algo. Contudo, para o Direito, não é na sua literalidade que se encontra o seu significado; apresenta-se, decerto, como os possíveis modos de formação das normas jurídicas (Ferraz *apud* Cenachi, 2022)

Doutrinariamente, há um dissenso na classificação do que é fonte do Direito. Maria Helena Diniz, *ng.*, as dividem em duas categorias, quais sejam, as fontes formais e materiais. Na linha de sua preleção, as fontes formais seriam aquelas que formam, de fato, as normas jurídicas, atribuindo a elas vigência e eficácia e, por conseguinte, obrigatoriedade (característica imperativo-atributiva da norma jurídica). Quanto às materiais, seriam elas fontes das quais se emanariam os valores e as circunstâncias sociais responsáveis por compor a própria norma jurídica, ou seja, possuem um conteúdo metajurídico que corrobora com a produção da norma, advinda da fonte formal (Diniz *apud* Cenachi, 2021).

Essa classificação é criticada por Miguel Reale, haja vista que, em sua intelecção, a única fonte propriamente jurídica é a própria fonte formal, sendo a material importante para a compreensão da norma, não obstante ser matéria pertencente a Política do Direito, Sociologia Jurídica, ou qualquer outra matéria correlata que não Ciência do Direito.

Para Miguel Reale, as fontes formais são per se as fontes por excelência, posto que são elas que atribuem à norma a sua obrigatoriedade. Todavia, não se resume somente a isso. O professor paulista as compreende na sua relação intrínseca ao poder: é fonte formal do Direito porque detém o poder para tanto. Por essa razão, quatro são as fontes do direito para este autor: a fonte legal, a fonte consuetudinária, a jurisdicional e, por fim, a negocial. Ademais, deve-se levar em consideração o modelo jurídico criado para dar-lhe eficácia e atribuir seus limites (Reale *apud* Cenachi, 2021).

Destarte, a fonte legal, seguindo esse entendimento, está relacionada

com o próprio Poder Legislativo e o seu modelo jurídico de eficácia encontra-se insculpido no artigo 5º, II da CRFB, que consagra o princípio da legalidade, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Consagra, outrossim, a primazia da fonte legal, ela, seguindo a tradição romanística de nosso ordenamento, é a fonte por excelência e o seu modelo jurídico está disposto nas regras concernentes ao Processo Legislativo da CRFB (artigo 59 e sgs.).

Quanto a fonte consuetudinária, Miguel Reale a relaciona com o poder do povo, notadamente consagrado no artigo primeiro da Carta Maior, na qual declara que “todo o poder emana do povo”, e o seu modelo jurídico está expressamente determinado em lei infraconstitucional, a chamada LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que admite, em seu artigo quarto, o costume como fonte do direito nas hipóteses que inexistem leis aplicáveis para o caso (Reale *apud* CENACHI, 2021).

Em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente no artigo quinto, XXXV da CRFB, outrossim, da coisa julgada criada pela decisão judicial à vista do artigo quinto, XXXVI também da CRFB, têm-se a fonte jurisdicional, alvo da presente pesquisa. Seu modelo jurídico está presente, precipuamente, no CPC, e será analisado de maneira mais pormenorizada no tópico *infra*.

Por fim, a fonte negocial. Advém, conforme aduz Reale, do poder negocial referente a autônima privada. A CRFB dá amparo a esta categoria de poder quando do seu artigo quinto, XXXVI, citado *supra*, atribui a tutela do ordenamento aos atos jurídicos perfeitos. No tocante ao seu modelo jurídico, coube ao Código Civil normatizar a eficácia e os limites do negócio jurídico, instrumento por meio do qual a autonomia negocial se desenvolve.

Fonte jurisdicional

De antemão, é mister frisar que a jurisdição é o poder de “explicitar normas jurídicas” (Reale *apud* Cenachi, 2021). No ordenamento brasileiro, regido pela cultura da *civil law*, a lei, decerto, é a fonte por excelência: será ela a responsável por produzir as normas jurídicas que os juízes e tribunais devem aplicar no caso concreto para resolver a contenda (função dikeológica)¹, normas estas que não são auto evidentes, precisam ser interpretadas.

Nada obstante, a lei *per se* não tem o condão de abarcar todas as hipóteses da realidade fática, precipuamente pela velocidade com o que o corpo social se desenvolve, bem como as infindas formas de relação humana. Para, então, ampliar o alcance da norma legal, o legislador vem se utilizando, cada vez mais, de conceitos indeterminados e normas abertas para ampliar o hori-

1 A palavra, de origem grega, é formada pela partícula dike, que significa “justiça”, e pelo propositivo lógico, próximo do que se entende por “relativo à razão”. Desse modo, é a função do juiz em aplicar a lei correta e buscar a justiça no caso concreto.

zonte de aplicabilidade.

Nessa toada, os juízes e tribunais, ao aplicar a lei, interpretam-na, explicitando seu sentido e alcance. Diante desse íterim, surgem interpretações distintas, atribuição de alcance a um conceito indeterminando que para um outro tribunal não faz jus ao texto legal e assim por diante. Por essa razão, o ordenamento pátrio, marcado pela norma legal como fonte maior, viu ser necessário a destinação de um poder para explicitar o sentido e o alcance destas mesmas normas, poder este direcionado ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No artigo 92 da CRFB, está configurada as competências do STF. Esse Tribunal é responsável pela guarda Lei Fundamental brasileira, realizando, por conseguinte, o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (inciso I, “a”). Cabe, também, realizar a exegese da norma jurídica constitucional e assegurar a conformidade das decisões judiciais para com a CRFB (inciso III), bem como dirimir a controvérsia de órgãos jurisdicionais ou entre a administração pública acerca de normas constitucionais, a partir da edição de súmulas vinculantes (103-A).

Ao STJ, a CRFB dispõe no seu artigo 105 que cabe a esse Tribunal dar a última palavra referente a interpretação de lei federal alvo de controvérsia entre os órgãos judiciais (inciso III). Para ambos, a CRFB também atribui competências originárias e recursais, comportando-se como Tribunais ordinários.

Assim sendo, há de se entender que o STF e o STJ comportam duas funções importantes para a classificação do que viria a ser um precedente judicial com eficácia erga omnes, que são as funções nomofilática e paradigmática. A primeira diz respeito a essa característica, atribuída constitucionalmente para esses órgãos, de dar a interpretação final da norma, esse poder de interpreta-la por último; quanto à paradigmática, vale dizer que é a função responsável pela pacificação das controvérsias envolvendo lei federal frente as instâncias ordinárias que divergem no entendimento sobre seu sentido e alcance (Amaral, Veneranda, 2018).

Diante do exposto, analisar-se-á as decisões judiciais desses Tribunais, detentores dos poderes mencionados, classificando-as em precedentes vinculantes ou não à comunidade.

Precedentes judiciais

Neste trabalho, adota-se o entendimento de que qualquer decisão judicial é um precedente judicial. Todavia, existem precedentes, na linha do CPC, que podem ser obrigatórios, persuasivos ou impeditivos (Silva, 2014). O mister, por conseguinte, para analisar a vinculação ao arbitro é a intelecção acerca dos precedentes obrigatórios, ou seja, aqueles que carregam consigo eficácia *erga omnes*.

De antemão, já entendido sobre os dois pilares da fonte jurisdicional, quais

sejam eles, o poder - advindo da função nomofilática e paradigmática - e o modelo jurídico, já se descarta todos os precedentes advindos de outros órgãos que não o STF e o STJ. Assim sendo, o modelo jurídico para os precedentes na seara privada é o próprio CPC que dispõe sobre o tema em seu artigo 927 e incisos.

Vale destacar, não obstante, que na CRFB Federal, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, havia começado com a iniciativa que foi consolidada no CPC (Cenachi, 2021). Foi com ela que os institutos da Súmula Vinculante e o da Repercussão Geral surgiram no ordenamento pátrio. O CPC, em verdade, alargou o rol constitucional como se vê no artigo *retro*. Contudo, não são todos precedentes dispostos que se apresentam com eficácia *erga omnes*. Decerto, qualquer precedente que não seja exarado pelos Tribunais de Vértice² não pode apresentar essa característica, podem ser eles precedentes persuasivos ou impeditivos, mas não obrigatório.

Nessa toada, então, verifica-se que as decisões às quais detêm essa característica são as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (I); os enunciados de súmula vinculante (II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (III) e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (IV).

O inciso V, por outro lado, limita a vinculação aos juízes que estiverem vinculados ao respectivo órgão, tendo um efeito horizontal somente. É claro que se os Tribunais de Vértice realizarem essas orientações e desejarem dotá-las de obrigatoriedade poderão assim fazê-las, nada obstante se limitar a estes órgãos que possuem poder constitucional de criar normas jurisdicionais obrigatórias (Cenachi, 2021).

Por fim, qualquer outro pronunciamento judicial que não se adequa ao modelo jurídico da CRFB e do CPC e, outrossim, ser exarado por órgão que não detêm o poder acima retratado não poderá produzir precedente judicial com eficácia *erga omnes*.

A atividade do árbitro

O árbitro é um dos principais atores da arbitragem. Enquanto a jurisdição estatal encontra no Estado-juiz o monopólio da adjudicação de soluções a litígios, a arbitragem encontra no árbitro legitimidade bastante para que, de igual forma, dê fim à crise de certeza inerente à controvérsia. O reconhecimento de outras formas de juridicidade deu azo às *Alternative Dispute Resolution* (“*ADRs*”), estrutura pluriprocessual que permite a redução de ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputa isolados (Sander, 1976; Salles, 2018).

Em verdade, fala-se em métodos *adequados* de solução de conflitos, ten-

2 São os órgãos do Poder Judiciário da mais alta hierarquia. *In casu*, o próprio STF e STJ.

do em vista que a cada litígio é possível a aplicação de um método que mais favorece sua resolução eficiente, conforme configuração e contexto em que se aplica, com fins de atingir bons níveis de aceitação e bons resultados em cada caso (Salles, 2018).

A arbitragem, nesse contexto, figura como método heterocompositivo pelo qual as partes convencionam que determinada controvérsia da qual seja objeto direitos patrimoniais disponíveis seja submetida à apreciação de um terceiro imparcial - quer seja, o árbitro - que adjudica decisão com a mesma eficácia e executividade de uma sentença judicial. Apesar de já existente, foi por ocasião da LArb que a convenção de arbitragem passou a vincular as partes à arbitragem, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário (Carmona, Lemes, Martins, 2017).

A autonomia da vontade e o consentimento são elementos ínsitos ao procedimento arbitral. A declaração de constitucionalidade da arbitragem, extraída do AgRg em sede da SE nº 5.206-7, balizou que a prestação jurisdicional não é afastada nesse caso. Daí porque se entende que a arbitragem é verdadeira atividade jurisdicional³. O múnus conferido ao árbitro é, por essa razão, *sui generis*: deriva da convenção de arbitragem (de natureza material)⁴ e resulta na afirmação de que o árbitro exerce jurisdição (de natureza processual) (Martins-Costa, 2018).

Bem se sabe que, diferentemente do Poder Judiciário, a jurisdição do árbitro se encerra por ocasião da prolação da sentença (artigo 29 da LArb), não possuindo o árbitro *imperium* ou *coertio* para fazer valer sentença de natureza condenatória, mandamental ou executiva *latu senso* (Guerrero, 2002). Na fase executiva, a atuação da norma concreta reconhecida na sentença arbitral se dá pela realização de atos processuais de império estatal sobre a realidade, com ou sem a colaboração do devedor que não adimpliu com a obrigação representada em sentença.

Apesar de o árbitro não ser dotado de poder de império para concreta-

3 Trata-se da teoria jurisdicional ou publicista da arbitragem. Referida teoria compreende a arbitragem enquanto verdadeira atividade jurisdicional. As modificações trazidas pela Lei de Arbitragem conferiram poderes ao árbitro, considerando-o juiz de fato e de direito, a fim de dirimir os conflitos de interesses das partes. Para além, a sentença arbitral passou a ter eficácia e força de título executivo judicial. É nessa esteia que Carlos Alberto Carmona (2009) entende que a arbitragem não elide os meios processos e ações garantidos na jurisdição ordinária. Ocorre mero deslocamento da jurisdição, pelo que, antes ordinária, passa a ser assegurada extrajudicialmente.

4 Há quem afirme que a relação entre o árbitro e o particular não teria natureza material, e sim jurisdicional (ou funcional). A *Functional Status Approach* entende que o árbitro teria uma natureza quase-judicial (“*quasi-judicial nature*”), tendo em vista que estaria envolvido com a administração da Justiça tal como juízes estatais. Tal teoria, contudo, não guarda guarida na doutrina majoritária, que identifica que a relação entre o árbitro e o particular é contratual cujo núcleo é a confiança. Há, portanto, um contrato de investidura que consubstancia uma obrigação de resultado, quer seja, ditar uma sentença arbitral exequível (Platte; Riegler, 2007; Lemes, 2017; Schaeffer, 2020).

mente fazer valer suas decisões, a ausência dessa parcela específica de poder não desqualifica todo o poder exercido pelo árbitro. Inclusive, a lei pode delegar a particulares o exercício de função pública, tal como ocorre com o exercício da jurisdição pelos árbitros, cuja legitimidade se fundamenta na CRFB da República e, por lógico, na vontade das partes (Fichtner, Mannheimer, Monteiro, 2019).

Tal entendimento é reforçado por diversos dispositivos constantes da LArb: (i) o artigo 2º, §1º, estabelece que o árbitro encontra-se vinculado à aplicação das regras de direito material escolhida pelas partes; (ii) o artigo 18 equipara o árbitro a juiz de fato e de direito; (iii) o artigo 18, para além, estabelece que a sentença arbitral - pronunciamento final do árbitro - não se sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário; (iv) por fim, o artigo 31 estatui que a sentença arbitral, por si só, tem força vinculante em relação às partes.

O reconhecimento do caráter jurisdicional da atividade do árbitro tem consequências específicas. Isso porque cabe ao agente ou ao órgão dotado de *jurisdiction* a subsunção do fato à lei, cotejando interesses alheios de maneira imparcial. Significa dizer que é elemento próprio da jurisdição a afirmação do direito no caso concreto cujos interesses em conflito são distintos e estranhos ao agente ou ao órgão jurisdicional (Chiovenda, 1969; Cintra, Grinover, Dinamarco, 2015).

Identificado a quem pertence o direito material no caso concreto e não interposto recurso, o pronunciamento jurisdicional torna-se indiscutível e insuscetível de controle por outro poder, revestindo-se dos efeitos da coisa julgada. A opção política de retirar do Poder Judiciário a prerrogativa de re-discutir o mérito da sentença arbitral confere definitividade à jurisdição arbitral, somente excepcionada em casos excepcionalíssimos, como nulidade da sentença arbitral.

Ante o exposto, evidente é, à luz da doutrina arbitralista, que o árbitro exerce função jurisdicional. Dúvidas, contudo, pairam sobre a extensão do sentido da “aplicação do direito brasileiro”. Seu escopo necessariamente implica na vinculação do árbitro aos precedentes judiciais? É o que se pretende descortinar a seguir.

Vinculação do árbitro à precedentes judiciais

A indagação a respeito da medida e extensão da vinculação da atividade do árbitro aos precedentes judiciais domésticos na aplicação encontra 3 (três) diferentes cenários aos quais deve-se lançar luzes.

Num primeiro cenário, a convenção de arbitragem prevê o dever de vinculação ao precedente de forma expressa. Conquanto a autonomia privada é princípio fundamental do Direito Privado, podem as partes convenicionar que o árbitro deve se valer dos precedentes judiciais na aplicação das regras de direito material⁵.

5 Há discussões acerca da possibilidade de as partes convencionarem expressamente a não

Num segundo cenário, a própria legislação prevê o dever de vinculação ao precedente. Tal vinculação pode ser vista em Estados cujo Direito tem raízes anglo-saxônicas, e é natural que assim o seja: nesses, o instituto dos *binding precedents* é pressuposto e tradição do próprio sistema, de modo que o reconhecimento da eficácia normativa dessa fonte do Direito é especialmente privilegiado.

Num terceiro cenário, tanto a legislação quanto a convenção de arbitragem são omissos a respeito da vinculação do árbitro aos precedentes. Trata-se do cenário predominante sobretudo no âmbito nacional no qual a LArb não tem disposições específicas e as convenções de arbitragem ordinariamente praticadas não tem disposições específicas sobre o tema. Nesse contexto, acalorou-se uma discussão que pode ser sumarizada em três posições.

Uma primeira corrente entende que não há dever de vinculação. Enquanto fundamentos, tal corrente baseia-se no entendimento de que o sistema de precedentes judiciais inaugurado pelo CPC/15 assume contornos de uniformização e de organização do Poder Judiciário, impondo ao juiz estatal um dever de observância a fim de conformar a própria estrutura judiciária.

Sob tal perspectiva, entende-se que não haveria esse mesmo dever por parte do árbitro, haja vista que (i) as regras de procedimento do CPC/15 não se aplicam à arbitragem e (ii) o árbitro não é integrante - e, portanto, não é subordinado - ao Poder Judiciário, não tendo a mesma extensão dos deveres que são impostos ao juiz estatal (Mariani, 2018). Nessa linha, argumenta-se que a imposição dos precedentes judiciais à arbitragem seria subverter a autonomia da arbitragem enquanto sistema, de modo que “*sustentar uma vinculação irrestrita, uma obrigatoriedade de observância do resultado do precedente judicial (...) é sustentar o fim da própria arbitragem*” (Cremasco, Viana, 2018, p. 907).

Para além, sustenta-se que a LArb não prevê que a ausência de observância aos precedentes seria causa de nulidade da sentença arbitral, de modo que a criação de um dever de vinculação importaria de ativismo interpretativo vedado à luz da restritividade que compõe a renúncia ao Poder Judiciário. De forma específica, essa corrente entende que o artigo 32 da LArb não prevê nenhuma hipótese de desconstituição da decisão arbitral que deixa de observar um precedente judicial, bem como não há nenhuma forma de controle processual da sentença arbitral por esse motivo (Marques, 2013; Aboub, 2016).

Uma segunda corrente, de forma diametral, entende que haveria uma vinculação da atividade do árbitro à aplicação dos precedentes ao caso concreto. Em contraposição, entende-se que o precedente judicial, enquanto fonte do Direito, integra o próprio direito material aplicável ao caso e ora eleito pelas partes na convenção de arbitragem, de modo que “*a vinculação do*

vinculação do árbitro aos precedentes judiciais (*opting out of precedents*). Cf.: AMARAL, Guilherme Rizzo. **Arbitragem e precedentes**. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme J. Pereira (coord.). Curso de Arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 288-289.

árbitro ao precedente judicial normativo não decorre de uma subordinação (inexistente) da jurisdição arbitral ao Poder Judiciário, mas da observância dos quadros de fonte normativas de direito no Brasil” (Cenachi, 2021).

Para além, sustenta-se que os precedentes constituem, em *ultima ratio*, o estado atual da interpretação da lei, fonte que se pretende, à luz da primeira corrente, fazer central. Com efeito, os Tribunais Superiores, ao editarem enunciados ou decisões a respeito de determinado dispositivo constitucional ou de lei federal, o fazem na interpretação que mais se conforma com a sistematicidade do ordenamento jurídico, sendo irrazoado que o juiz estatal deva considera-lo e o árbitro - que exerce atividade judicante - não. Nesse sentido:

“Assim, se os árbitros e magistrados desempenham o mesmo papel, a mesma função, seria ilógico pensar que não devem observar as mesmas fontes de direito, o mesmo arcabouço jurídico. Não é correto pensar que a decisão dos árbitros deva apenas se pautar na Constituição Federal e na lei *strito sensu*. Ora, se o sistema jurídico brasileiro empresta relevância a outras fontes do direito, algumas com conteúdo normativo de envergadura constitucional, não parece correto afirmar que o julgamento dos árbitros deva observar a lei e tão somente a lei” (Fioravanti, 2017, p. 83).

Sustenta-se, ainda, que a mera ausência de sanção ou mecanismo de controle sobre sentença arbitral que deixa de aplicar precedente judicial não infirma a conclusão de que o árbitro deve observá-lo. Tal entendimento é advertido por Guilherme Rizzo Amaral, para quem a ideia de que a cada dever corresponda uma sanção foi eficientemente contraposta por situações jurídicas nas quais haveriam ordens desacompanhadas de sanções (Amaral, 2018). Nesse contexto, eventual ausência de sanção do árbitro que deixa de aplicar o precedente judicial não infirmaria a existência desse dever (Cenachi, 2021; Macêdo, Almeida, 2020).

Por fim, um argumento de ordem prática e que integra esse conjunto de fundamentos seria aquele no qual a aplicação de precedentes domésticos pelos árbitros asseguraria maior segurança jurídica e, por consequência, atrairia maiores investimentos empresariais no país. Isso porque sistemas jurídicos instáveis tendem a maximizar a possibilidade de litígios e, por consequência, os custos de transação e de oportunidade, o que afastaria a circularidade de agentes econômicos.

Uma terceira corrente consubstancia uma posição intermediária entre a ausência de vinculação e a máxima vinculação. Para essa corrente, haveria um conjunto de precedentes que seriam dotados de abstratividade e normatividade suficientes à vincular qualquer atividade judicante exercida em território nacional, inclusive aquela derivada do árbitro. Tratam-se, aqui, dos precedentes normativos dotados de eficácia *erga omnes* e que atribuem ao Di-

reito caráter unitário, como súmulas vinculantes, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade ou em regime de repercussão geral, nos termos dos artigos 102, inciso I, §2º e 103-A da CRFB (Fioravanti, 2017).

Por outro lado, há precedentes que, apesar de não gozarem de elementos que lhes outorgue normatividade e/ou abstratividade, constituem base argumentativa suficiente para fins de convencimentos. Esses precedentes - ora alcunhados persuasivos - não seriam aplicados de forma compulsória pelo árbitro, mas poderiam servir de base para seu convencimento (por exemplo, para demonstração, pela parte, de similaridade da causa de pedir e de qual foi a conclusão por este ou aquele tribunal).

Cabe ressaltar que, seja normativo, seja persuasivo, a aplicação do precedente judicial pelo árbitro não deve se dar *in abstracto*, e sim *in concreto*, isto é, com a análise casuística de seu cabimento no caso concreto submetido ao árbitro.

Mecanismos judiciais de controle de sentença arbitral que inaplica precedente judicial

A doutrina apresenta 3 (três) mecanismos processuais para controle da sentença arbitral que deixa de aplicar o precedente judicial: (i) a ação anulatória de sentença arbitral, (ii) a arguição de inexigibilidade do título executivo judicial em sede de impugnação ao cumprimento de sentença e (iii) a reclamação.

A ação anulatória da sentença arbitral se funda no artigo 32 da LArb e representa a ação adequada para declaração de nulidade do pronunciamento contaminado por vícios formais determinados. Diferente do regime de nulidades que podem ser reconhecidas a qualquer tempo, os vícios inerentes à sentença arbitral somente podem ser alegados em demanda desconstitutiva fundada no artigo 33 da LArb, no prazo decadencial lá fixado (Ricci, 1999).

Enquanto um dos poucos pontos de inflexão entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal, a ação anulatória se limita a análise desses aspectos formais que contaminaram a arbitragem desde seu início (como a nulidade da convenção de arbitragem, a falta de capacidade do árbitro, etc.) ou ao longo do procedimento (como a extrapolação dos limites da convenção de arbitragem, a violação do prazo para sua prolação, a comprovação de prevaricação, concussão, corrupção, etc.) (Carmona, 2009).

Aqueles que entendem pela existência de dever de vinculação do árbitro ao precedente entendem que a sentença que deixa de considerar precedente judicial obrigatório implicariam violação da ordem pública e vício de fundamentação, com base nos artigos 26, inciso II e 32, inciso III, da LArb. Há, ainda, o entendimento de que a sentença arbitral seria anulável “quando o árbitro se recusa expressamente a aplicar o precedente judicial normativo ao caso fora das

hipóteses de legítima distinção, por desrespeito aos limites da convenção de arbitragem que impõe o direito brasileiro como norma aplicável ao conflito” (Cenachi, 2021, p. 138).

Não se pode olvidar que, em virtude do princípio da *kompetenz-kompetenz*, faz-se necessário o prévio exaurimento da jurisdição arbitral para que a (in)aplicação do precedente seja fundamento para a ação anulatória. Isso porque o árbitro tem prioridade para analisar todas as questões relacionadas ao contrato em que a convenção de arbitragem está inserida, de modo que o precedente judicial que se alega não ter sido aplicado deve ser submetido previamente à apreciação do árbitro, seja no curso da arbitragem, seja em sede de pedido de esclarecimentos, nos termos do artigo 30, inciso II, da LArb.

A impugnação ao cumprimento de sentença já se insere no processo executivo lastreado em sentença arbitral, a qual, como visto, constitui título executivo judicial. Enquanto matérias que podem ser objeto de arguição, pode o devedor alegar a inexistência do débito reconhecido em sentença fundada em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 535, §5º, do CPC. Nesse caso, deve-se demonstrar que o precedente judicial tem potencial de alterar o resultado da demanda em favor do devedor enquanto condição da ação.

Há, nesse particular, duas posições. De um lado, entende-se que o devedor tem liberdade para alegar qualquer matéria prevista no artigo 32 da LArb em sede de impugnação do cumprimento de sentença sem que se sujeite ao prazo decadencial previsto para a ação anulatória de sentença arbitral (Donaldo, 2004). Há, de outro lado, quem entenda que “*se o fundamento da impugnação for qualquer um daqueles previstos pelo art. 32 da LArb, a medida só poderá ser admitida se for interposta dentro do prazo estabelecido pelo §1º do art. 33 da mesma Lei*” (Yarshell, 2018, p. 436).

A reclamação, por fim, é o instrumento processual adequado contra ato administrativo ou decisão judicial que deixa de seguir determinado precedente normativo previsto na CRFB ou em lei. Previsto no artigo 103-A, §3º, da CRFB e no artigo 998 do CPC, a reclamação busca garantir a observância do precedente, preservando a competência do Tribunal que o formou.

O óbice ao uso da reclamação para controle das sentenças arbitrais é precisamente sua inadmissibilidade em face de decisões transitadas em julgado, nos termos do artigo 988, §5º, do CPC. Logo, “*como a sentença arbitral se torna definitiva quando da sua prolação (...) não vemos como sustentar o cabimento da reclamação nesse cenário*” (Cenachi, 2021, p. 147). Para além, não há como negar que a reclamação é remédio puramente judicial e inerente à estrutura do Poder Judiciário cujo objetivo é preservar o papel institucional das Cortes Superiores. Logo, entende-se que o escopo da reclamação limita sua abrangência para abarcar um eventual controle de sentenças arbitrais por esse meio.

Notas finais

Sem pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo teve por finalidade delinear alguns elementos jurídicos para compreender se há e - se houver - em que medida se dá a vinculação do árbitro ao precedente judicial. Tal discussão retomam as balizas teóricas que conformam o conceito de fontes do Direito e precedentes judiciais à luz da CRFB e do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de a LArb não conter previsão expressa acerca dessa vinculação e nem elementos específicos que conduzam a essa conclusão, entende-se que o árbitro encontra-se vinculado aos precedentes obrigatórios, mormente aqueles previstos na CRFB (artigos 102, §2º e 103-A) e no CPC (artigo 927). Isso porque esses gozam de normatividade e abstratividade aptos a compor o próprio Direito. Os demais precedentes, por sua vez, servem enquanto técnicas de julgamento.

Para além, observou-se que, embora a arbitragem componha sistema autônomo em relação ao Poder Judiciário - e, por isso, não sujeito aos mesmos deveres impostos ao juiz estatal - não há imunidade da arbitragem em relação à observância das regras comuns e das garantias constitucionais. Desse modo, o árbitro, enquanto juiz de fato e de direito, deve exercer a jurisdição guardando e observando aqueles pressupostos de preservação da integridade do ordenamento jurídico.

Não significa que o árbitro se encontra compulsoriamente a aplicar determinado precedente judicial para a qualificação jurídica de determinado fato, e sim que este deve, quando invocado pelas partes, cotejá-lo com os fatos e verificar se seus pressupostos permitem-no aplica-lo ao caso concreto. Trata-se, enfim, de uma análise que deve ser feita *in concreto* pelo árbitro, e não de forma abstrata.

Referências

AMARAL, Alex Penha do; BATISTA, Luiza Veneranda Pereira. **A função nomofilática dos tribunais e o precedente judicial**. Jus.com.br, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62893/a-funcao-nomofilatica-dos-tribunais-e-o-precedente-judicial>. Acesso em: 15/11/2023.

ARMELIN, Donald. **Notas sobre a ação rescisória em matéria arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 1, p. 11-20, jan./abr., 2004.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 625.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Arbitragem e precedentes**. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme J. Pereira (coord.). Curso de Arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 288-289.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes Judiciais na Arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de Direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro**. 2021. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

COSTA, Judith-Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CREMASCO, Suzana Santi; VIANA, Bruno Giannetti. **Aspectos Contemporâneos da Execução de Sentença Arbitral: uma análise em torno da certeza, liquidez e exigibilidade do título**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FÁRRIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila (org.). *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2018.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIORAVANTI, Marcos Serra Neto. **A Arbitragem e os Precedentes Judiciais: observância, respeito ou vinculação?** 2017. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

GUERRERO, Luis Fernando. **Cumprimento da Sentença Arbitral e a Lei 11.232/2005**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2007, p. 102-116.

JESUS, Priscila Silva de. **Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil**. *Revista Direito UNIFACS*, v. X, n. 170, 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>. Acesso em: 15/11/2023.

LEMES, Selma Ferreira. **Árbitro, Conflito de Interesses e o Contrato de Investidura**. **20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz / coordenação Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACÊDO, Lucas Buriel de; ALMEIDA, Maria Eduarda. **Os Precedentes Obrigatórios vinculam o Tribunal Arbitral?** In: *Revista de Processo*, vol. 305/2020, p. 377-399, jul./2020.

MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARQUES, Ricardo Dalmasso. **Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. *Revista*

Brasileira de Arbitragem, v. X, n. 38, p. 96-137, 2013.

PLATTE, Martin; RIEGLER, Stefan. Chapter II: **The Arbitrator - Arbitrators' Liability**. Austrian Arbitration Yearbook, 2007 (Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags-und Universitätsbuchhandlung 2007).

RICCI, Edoardo F. **Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem**. Revista de Processo, São Paulo, n. 93, p. 45-59, jan./mar., 1999.

SANDER, Frank. *The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000*. *HeinOnline: 3 Barristers* 18, 1976.

SALLES, Carlos Alberto de. **Nos Braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro**. In: *Mediação e Arbitragem no Âmbito Público e Privado: perspectivas e limitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHAEFFER, Sarah. **Approaches to Arbitrators' Liability: Immunity of Liability?** In: *Kluwer Law International: Stockholm Arbitration Yearbook*, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação anulatória**. In: LEVY, Daniel; SETOGUI, Guilherme J. Pereira (coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 436.

A MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA ÁREA DA SAÚDE

José Adelar de Moraes

Mestrando em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Responsabilidade Civil e Penal no Direito Médico pela Faculdade IBMEC- São Paulo. Advogado

Resumo:

O tratamento médico se insere no rol dos deveres do Estado, é um princípio fundamental em muitas sociedades contemporâneas. Essa perspectiva está frequentemente ancorada na compreensão de que o direito à saúde é um direito humano básico, reconhecido por várias declarações e tratados internacionais. Assim, os Estados têm a responsabilidade de garantir que os seus cidadãos tenham acesso a serviços de saúde adequados e práticos. Sendo um direito fundamental, o direito à saúde é muitas vezes considerado uma extensão do direito à vida e a dignidade da pessoa humana. O fenômeno da judicialização das demandas relacionadas à saúde é um fenômeno global, diante da complexidade das relações dos direitos dos pacientes e o papel do Estado (gênero) na promoção da saúde. A judicialização da saúde está intrinsicamente ligada à necessidade de equilibrar os direitos individuais com as capacidades financeiras limitadas nos sistemas de saúde. No Brasil, há décadas o tema faz parte da pauta dos Tribunais Superiores, que por meio de suas decisões, vem procurando sistematizar a atuação do sistema judiciário nas demandas relacionadas a efetivação do direito fundamental da saúde. Neste contexto, a técnica da mediação na resolução dos conflitos da área da saúde é uma abordagem alternativa resolução de disputas que busca promover a comunicação, a compreensão mútua e a colaboração entre as partes envolvidas, com o objetivo de encontrar soluções satisfatórias para ambas as partes.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direito fundamental; Dignidade da pessoa humana; Mediação.

Introdução

A judicialização da saúde é um tema complexo que reflete desafios sistêmicos e éticos. Encontrar um equilíbrio entre o direito à saúde, a susten-

tabilidade financeira dos sistemas de saúde e a ética médica é crucial para abordar eficazmente esse problema crescente.

O direito à saúde, está intrinsecamente ligado à preservação da vida e à garantia da dignidade da pessoa humana. A saúde é reconhecida como um dos elementos essenciais para que cada indivíduo possa desfrutar plenamente de seus direitos e participar ativamente na sociedade.

A efetivação do direito à saúde, embora seja um princípio fundamental, encontra frequentemente barreiras graves, especialmente no que diz respeito às limitações orçamentárias e burocráticas. Essas barreiras representam desafios para a implementação de políticas públicas de saúde práticas, afetando diretamente a qualidade e o alcance dos serviços disponíveis à população.

Destarte, sendo o direito à saúde um direito fundamental, diante da violação desse direito, a intervenção do poder judiciário é um recurso muitas vezes necessário diante de situações em que o sistema de saúde encontra dificuldades em fornecer o atendimento adequado aos cidadãos.

Atento ao crescente aumento das demandas judiciais no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31-2010 para que os Tribunais brasileiros, adotassem medidas que subsidiassem os magistrados e demais operadores do direito na solução das demandas judiciais de saúde, E através da Resolução nº 107-2010, instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas. Como resultado, foram criados Comitês Executivos Estaduais, sob coordenação de magistrados, com o objetivo de coordenar e executar ações específicas.

Segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), houve aumento de 130% no número de ações judiciais relacionadas à saúde no Brasil entre 2008 e 2017, saltando de 42.453 para 95.752 somente na primeira instância. O impacto nos gastos com saúde atinge tanto o Estado quanto as empresas da saúde suplementar.

Neste contexto, a aplicação da ferramenta da mediação, na resolução dos conflitos na área da saúde, vem sendo utilizada no Brasil, de forma acahnhada, mas tem comprovado ser um eficiente instrumento na resolução das controvérsias de diferentes ordens.

A dignidade da pessoa humana como direito fundamental

Na filosofia de Kant, a dignidade não é algo que possa ser adquirido ou perdido, esse princípio implica que todas as pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas, respeitando sua autonomia e dignidade, e não simplesmente como meios para atingir nossos próprios objetivos. A dignidade da pessoa humana é um princípio ético e filosófico que confirma o valor intrínseco de cada ser humano, independentemente de características como raça, religião, gênero, orientação sexual, ou qualquer outra condição.

Para Kant (2007, p. 77), a dignidade está relacionada à natureza intrín-

seca do ser humano, segundo o pensador, “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Este princípio, é reconhecido como pedra angular para a promoção de uma sociedade justa e equitativa. O princípio da dignidade humana serve como base para o reconhecimento e garantia de outros direitos humanos.

Esta concepção influenciou significativamente o desenvolvimento da ética moderna e continua a ser uma referência importante na discussão sobre os fundamentos morais e a dignidade da pessoa humana.

O respeito à dignidade é derivado da premissa de que todos os seres humanos têm direitos inalienáveis e intransferíveis. Como reconhecimento da importância deste princípio, muitas constituições incluem expressamente a dignidade da pessoa humana, como um princípio fundamental.

No Brasil, a Constituição de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da dignidade implica em proteção contra tratamentos degradantes, torturas, discriminação e qualquer forma de violação dos direitos humanos, isso significa que leis, políticas públicas e práticas sociais devem ser projetadas e formuladas de maneira a respeitar e preservar a dignidade de cada indivíduo.

Na área da bioética, o respeito pela dignidade da pessoa humana, desempenha um papel crucial, que busca equilibrar avanços científicos e tecnológicos com valores éticos, respeitando a autonomia, a integridade e a dignidade dos indivíduos. O respeito pela dignidade da pessoa humana é tema central em diversas dimensões da bioética.

O direito à saúde como direito fundamental

A consideração da saúde como um direito fundamental é uma perspectiva amplamente aceita internacionalmente e está consagrada em vários documentos e tratados de direitos humanos. O direito à saúde é geralmente visto como parte integrante do direito mais abrangente à vida e à dignidade humana.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza o direito de toda pessoa a um padrão de vida adequado à saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, o vestuário, a habitação, aos cuidados médicos e os serviços sociais necessário para sua existência digna, *in verbis*:

- 1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento,

à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. (ONU, 1948).

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU 1992), do qual o Brasil é signatário, preconiza que, “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Contudo, recursos limitados, desigualdades socioeconômicas, barreiras estruturais e burocracias em excesso, podem representar desafios na plena implementação do direito à saúde. A alocação eficiente de recursos e a superação de obstáculos estruturais são elementos-chave na busca pela realização plena desse direito fundamental.

A Constituição é o marco fundante do ordenamento jurídico brasileiro que irradia sua força normativa para todos os setores do Direito, de acordo com Miguel Reale (2005, p. 344) “é o Direito primordial, porquanto condiciona os demais”.

A vida e a saúde são direitos fundamentais do ser humano, pressupostos da existência dos demais direitos. A Constituição Federal do Brasil de 1988, nos termos de seu artigo 6º, incluiu a saúde no rol dos direitos sociais e a definiu:

Art. 6º-São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

No mesmo *códex*, nos termos dos artigos 196, 197 e 198, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento dos serviços de saúde.

O direito à saúde é, portanto, um direito fundamental, de cunho social e exigível perante o poder público, por meio de ações judiciais, pois não se trata de mera norma programática, na medida em que, como enfatiza Silva (2002, p. 285) “os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Nesse contexto fundamental, que defende a vida, a dignidade humana e a saúde, e visando ao atendimento integral nessa área, as ações e serviços de saúde revestem-se da característica de relevância pública e constituem um

sistema único, hierarquizado e regionalizado, organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral à saúde. Por sua vez, a Lei Orgânica da Saúde - SUS (Brasil, 1990) seguindo as diretrizes constitucionais, também prioriza a assistência integral, *in verbis*:

Artigo 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II- Integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

[...]

Dentro do cenário traçado pelo sistema constitucional brasileiro e legal vigente, a saúde não é apenas uma contraprestação de serviços devida pelo Estado às pessoas. É, sobretudo, um direito fundamental do ser humano, por isso mesmo é ilimitado, revestido das características de universalidade, igualdade, gratuidade e integralidade.

Neste sentido:

[...] “o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.” (Sarlet, 1998, p. 299).

Isso impede o Estado de se abster do dever de prestar a saúde de forma completa, ou seja, o Estado tem o dever de prestar assistência à saúde de forma de forma completa, garantindo que os serviços de saúde sejam abrangentes, eficazes e alinhados às reais necessidades dos usuários.

A judicialização da saúde

A judicialização da saúde é uma característica global que se manifesta quando questões relacionadas com o acesso, financiamento ou qualidade dos serviços de saúde são levadas aos tribunais. Esse processo pode envolver indivíduos, organizações não governamentais, profissionais de saúde ou até mesmo o próprio sistema de saúde, buscando a garantia de direitos e o acesso a tratamentos específicos. A judicialização da saúde apresenta desa-

fos e implicações significativas em diversos países ao redor do mundo.

No Brasil, o fenômeno conhecido como judicialização da saúde não é novo, e é estudado desde a década de 1990, a partir dos primeiros processos judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV/Aids.

Há décadas, o Brasil vem procurando investir na publicação e aperfeiçoamento de listas de medicamentos essenciais como instrumento para garantia do acesso à assistência farmacêutica e para promoção do uso racional de medicamentos.

Entretanto, é certo que o Ministério da Saúde não atualiza seus protocolos com a mesma velocidade que surgem os avanços tecnológicos da Medicina Baseada em Evidências (MBE), de forma que sempre existirá uma defasagem, que não pode ser ignorada, sob pena de se desnaturar o direito do cidadão de ter acesso as mais recentes evoluções médicas.

A crescente judicialização das demandas relativas a tratamentos/procedimentos médicos, tem despertado novos paradigmas nos tribunais, que atua no controle da legalidade, a fim de que o preceito constitucional de direito à saúde, seja efetivamente concretizado. Isso reflete a importância do acesso a tratamentos e serviços médicos como um direito fundamental consagrado nas constituições de diversos países.

A judicialização das demandas na área da saúde está ligada à participação mais efetiva do Poder Judiciário, na medida que o Estado (gênero) adota posturas cunho meramente político e econômico, e pouco técnico.

Neste sentido:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala - e este é o caso do Brasil- em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). (Barroso, 2018, p. 235).

É certo que diante de um direito fundamental violado, é imprescindível a intervenção do Poder Judiciário como garantidor do cumprimento dos preceitos constitucionais.

É inegável que existem casos mais complexos e que, eventualmente, deverão ser tratados na esfera do judiciário, mas também haverá muitas situações que, com diálogo e informações assertivas, evita-se o trâmite judi-

cial, auxiliando a população a dar continuidade a seus tratamentos, consultas e procedimentos.

A técnica da mediação na resolução dos conflitos na área da saúde

Tradicionalmente, a cultura jurídica tem promovido a ideia de que a solução de controvérsias requer intervenção judicial, frequentemente relegando alternativas mais pacíficas a um plano secundário.

Na atualidade existem, três formas de resolver os conflitos: a) as resoluções estatais, ou a heterocomposição dos conflitos, como hoje conhecidas as decisões judiciais; b) a autocomposição, realizada no âmbito jurisdicional, prévia ao início do processo ou no âmbito de órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, Defensoria Pública e a Advocacia Geral da União; e c) as resolução dos conflitos ou autocomposição dos conflitos, em âmbitos extrajudiciais, privados ou não.

Os Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC¹) emergem como um paradigma transformador, representando uma adesão à cultura da pacificação e à preferência pela solução amigável.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, tem papel fundamental na organização e na promoção de ações de incentivo à auto composição de litígios e à pacificação social. O Conselho ao implantar o Movimento pela Conciliação em agosto de 2006, teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos.

Em 2010, com o crescimento das demandas internas sobre o tema, foi editada a Resolução n. 125, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário.

Além da Resolução 125/2010, o Conselho também publicou a Recomendação n. 50/2014 para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos.

O Conselho, também, instituiu como objetivo estratégico para o período 2021-2026 fortalecer a Política Judiciária de soluções alternativas de conflitos e a desjudicialização das demandas.

Nesse contexto, a Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as par-

1 Também conhecidas como ADR (*Alternative Dispute Resolutions*). Nos anos 1970, surgiu na Universidade de Harvard, um sistema de pensamento denominado *Critical Legal Studies*, que tendo como representante o Doutor Derek Bok, antigo decano da Faculdade de Direito, constituía um movimento crítico sobre a situação do sistema judicial americano provocada pelo aumento de causas inconclusas ante os tribunais e gerando uma oposição frente à tendência legislativa federal de normativismo excessivo. A *Pound Conference* de 1976 deu oportunidade de colocar a primeira pedra na construção do movimento da ADR, que se propõe a defesa de meios extrajudiciais e a resolução de conflitos modificando o monopólio dos tribunais.

tes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

O entendimento da relevância dos Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos ganhou força em um cenário de crescente valorização da participação social e da conscientização política.

A mediação de conflitos encontra-se atualmente regulamentada, além do Brasil, em diversos países, entre eles em Portugal (2013), pela Lei nº 29, que “estabelece os princípios aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública”. Isso que reflete o reconhecimento da importância dessa prática na resolução eficaz dos conflitos.

A aplicação da ferramenta da mediação, oferece uma estrutura legal que protege os direitos das partes envolvidas, estabelece padrões de qualidade e promove a confiança na mediação como uma ferramenta valiosa no sistema de justiça. Essa abordagem contribui para aliviar a carga dos tribunais, promover a celeridade na resolução de conflitos e, acima de tudo, oferecer uma alternativa construtiva e colaborativa para lidar com disputas na resolução dos conflitos na área da saúde.

Nesse contexto, “a atuação perene do Judiciário trouxe a necessidade de este Poder reconfigurar suas estratégias e pensar em meios e formas de atuar judicial e extrajudicialmente na efetivação da saúde” (CNJ, 2015. p. 55).

Embora ainda seja modesta a aplicação desse instituto nesses conflitos no Brasil, as iniciativas adotadas por alguns juízos em diversos estados, tem demonstrado que são métodos eficazes e que podem ser efetivamente adotados e com diversos benefícios, nas palavras de Nascimento (2016, p. 209), essa opção da mediação resulta em:

[...] enorme vantagem em custos e benefícios na utilização do diálogo e construção de consenso, em particular da Mediação como procedimento de facilitação de diálogos na área da saúde, onde já é pressuposto a existência de um desgaste emocional pela questão de saúde vivenciada.

É inegável que os Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC) representam uma transição significativa na cultura de resolução de disputas, abraçando a cultura da pacificação em contraposição à prevalente busca por soluções judiciais.

Essa mudança é respaldada pela preferência pela solução pacífica, que não apenas preserva as relações sociais, mas também se alinha às demandas econômicas e à crescente ênfase na participação social. Portanto, é imperativo reconhecer a importância dos MARC como catalisadores de uma cultura

de diálogo e cooperação, enriquecendo o tecido social e contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.

No Brasil, a técnica da mediação na resolução dos conflitos da área da saúde, ainda é utilizada de forma acanhada, mas tem demonstrado resultados efetivos.

Neste sentido o relato de um Defensor Público:

Um problema de ressonância magnética que existia uma fila a um ano e meio atrás de treze mil pessoas esperando, ou seja, antigamente esperava-se dois anos para uma ressonância. Agora são dois meses. Depois que a Defensoria levou a situação, a secretaria que se convenceu da necessidade de resolver e resolveu. A mesma coisa aconteceu com a fila de cardiologia que estava com uma fila gigante. A gente levou ao comitê, a secretaria foi provocada, fez uma reunião conosco, levou seus gestores que pensaram em uma solução, eles entregaram a solução, criaram um novo fluxo, que está melhorando. Eu estou vendo que está melhorando. Aconteceu isso também com alguns exames que eles não ofereciam, tratamento de câmara hiperbárica, eles não tinham, a gente sempre tinha que entrar com uma ação. Depois que a gente conversou, eles contrataram um lugar para fazer e agora não aparece mais. Então a gente vê uma evolução clara de vários problemas quando a Defensoria pega essas questões individuais, percebe que é um problema coletivo e leva para a secretaria. Às vezes ela resolve e temos excelentes respostas. Às vezes ela não resolve e aí viram ações coletivas do MP, por exemplo, mas nós temos uma sinergia muito boa. (CNJ, 2015)

Oportuno destacar que nas experiências pesquisadas, as iniciativas da criação das câmaras de conciliação, partiu dos magistrados, que se teve como primeiro movimento a auto capacitação (magistrado), capacitação mútua (magistrado e gestor) e capacitação compartilhada (magistrado com outros magistrados), por meio de fóruns, discussões e compartilhamento de experiências, que serviram para o aprimoramento e na busca de soluções.

Os principais obstáculos enfrentados foram a falta de compromisso dos gestores em desenvolver projetos de longo prazo, a resistência inicial de juízes e procuradores, a desarticulação das redes de assistência locais, a baixa comunicação dentro dos próprios setores internos das Secretarias Municipais de Saúde, a ausência de diálogo entre as instituições jurídicas e políticas, a ausência de espaço físico adequado e a inexistência de canais de entrada para acolher as demandas administrativamente, baixa qualificação profissional dos gestores e profissionais de saúde, além do grande número de conflitos envolvendo a prestação dos serviços públicos de saúde.

O pressuposto para aplicação da mediação na área da saúde é de que as instituições jurídicas podem fazer muito mais pela efetivação do direito

à saúde do que a mera propositura e decisões de ações judiciais, proporcionando espaço para diversas estratégias extrajudiciais na efetivação do direito fundamental da saúde, proporcionando mais celeridade e economias.

Esse enfoque reforça a importância de estratégias extrajudiciais para promover a efetivação desse direito fundamental, proporcionando celeridade, economia e uma abordagem mais colaborativa na resolução de conflitos.

Contudo, pela própria natureza da demanda, ela possui características próprias em que é necessários o envolvimento e o comprometimento de diversos atores para que a mediação possa apresentar resultados satisfatórios.

Conclusão

A judicialização da saúde é uma característica global e a desconstituição da cultura da judicialização, aponta para a necessidade de se criar alternativas ao modelo adversarial do Judiciário.

A judicialização crescente, tanto no sistema público quanto no privado, ao longo da última década é um aspecto complexo que envolve diversos aspectos sociais, políticos e econômicos. Esse aumento na busca pelo Judiciário reflete uma série de transformações na sociedade contemporânea, evidenciando a confiança da população nas instituições judiciais como mecanismo para a resolução de conflitos e a garantia de direitos.

O direito à saúde, consagrado em diversas legislações nacionais e tratadas internacionalmente como um direito fundamental, e exige ações efetivas para garantir que as pessoas tenham acesso a tratamentos e serviços médicos necessários.

A mediação surge como uma ferramenta que pode contribuir significativamente para essa efetivação, promovendo o diálogo institucional, possibilitando que o diálogo se transforme numa ferramenta que possibilita o desenvolvimento de estratégias extrajudiciais para a efetivação desse direito.

A técnica da mediação fornece uma abordagem mais célere em comparação com o processo judicial tradicional. A celeridade na resolução de conflitos é particularmente importante na área da saúde, onde a demora pode ter impactos diretos na saúde e no bem-estar dos indivíduos.

Além do mais, a resolução de conflitos por meio da mediação pode representar uma economia substancial de recursos, e isso é especialmente relevante considerando os custos associados aos processos judiciais.

Destarte, dada a complexidade das questões da saúde, é certo que existem casos mais complexos e que, eventualmente serão tratados no âmbito do Poder Judiciário, mas as experiências pesquisadas demonstraram que, com diálogo e a cooperação estabelecidas entre o Poder judiciário e o Poder executivo, é possível evitar o trâmite judicial na maioria dos casos, auxiliando a população na efetivação do direito à saúde.

O uso da técnica da mediação nos conflitos no âmbito dos sistemas

públicos de saúde pode ser uma estratégia valiosa para a resolução de disputas e aprimoramento do atendimento à população. Em última análise, a mediação na área de saúde pode contribuir para uma prestação de serviços mais eficiente, justa e centrada no paciente, alinhando-se com os princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Essa abordagem extrajudicial promove uma cultura de resolução de disputas mais ágil, econômica e colaborativa, alinhada com a necessidade de efetivar o direito fundamental à saúde de maneira eficaz e justa.

Por fim, verificou-se que o acesso à justiça na concretização do direito fundamental à saúde, pode ocorrer também por outras vias que não apenas a judicial.

Nesse contexto, a técnica da mediação desponta como alternativa eficaz em meio à crescente demanda da judicialização da saúde.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

CONASS. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **A Mediação Sanitária Como Novo Paradigma Alternativo À Judicialização Das Políticas De Saúde No Brasil**. Disponível em https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/43049/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf?sequence=2. Acesso em 30/10/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdcac178d51740f4066.pdf>. Acesso em 01/09/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RJ cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/rj-cria-estrutura-propria-para-atender-casos-de-saude-que-chegam-a-justica/>. Acesso em 02/08/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 28 de nov. de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdca_c178d51740f4066.pdf. Acesso em 01/09/2023.

KANT. Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições, 2007.

NASCIMENTO, Dulce. **Mediação de Conflitos na Área da Saúde**: experiência portuguesa e brasileira. Brasília, Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2016 jul./set, 5(3):201-211. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/issue/view/17/29>. Acesso em 31/09/2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 25 de nov. de 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 26 de out. de 2023.

PORTUGAL. Lei n. 29/2013, de 19 de abril. **Princípios gerais aplicáveis à mediação - Mediação Civil e Comercial**, 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis. Acesso em 26 de nov. de 2023.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2016

MEDIAÇÃO FAMILIAR ENQUANTO ESTRATÉGIA PREVENTIVA DE CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL: (DES) JUDICIALIZAR A JUSTIÇA

Adriana Rodrigues

Assistente Social licenciada pela Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa e Mestranda em Estudos da Criança pelo Instituto de Educação da Universidade do Minho

Resumo:

A separação e o divórcio são uma realidade inquestionável na sociedade portuguesa e são vários os constrangimentos que a eles se associam, desde logo, pelo conflito exacerbado que pauta, não raras vezes, o término da conjugalidade. Se é certo que o nível de ajustamento dos filhos no pós-divórcio é tanto maior quanto maior for a capacidade dos progenitores de destrinçar a rutura conjugal da rutura parental, o que dizer de pais que durante um processo de separação, e sem justificação, intencional e deliberadamente desconsideram o outro progenitor à frente da criança. É isto a Alienação Parental, um fenómeno que embora não reconhecido juridicamente, por assumir cada vez mais um papel de protagonista junto das instâncias judiciais, nomeadamente em casos de divórcio e regulação das responsabilidades parentais, faz com que o próprio Direito não possa negar a sua existência. Sabemos que, nestas situações, os tribunais são as instâncias primordiais a ser acionadas, contudo, nem por isso a única alternativa. A Mediação Familiar tem vindo a conquistar espaço e estabelece que nem todos os litígios precisam de ser endereçados aos tribunais, uma vez que, ao longo do processo se tenta manter as relações familiares já estabelecidas, evitando tudo aquilo que possa “melindrar” o relacionamento entre pais e filhos. É certo que a rutura é certamente uma palavra que, nem estes pais nem estes filhos, gostariam que fizesse parte do seu léxico, contudo, e uma vez inevitável o seu aparecimento, manter aquilo que deve ser mantido SEMPRE não deveria ser a prioridade?

Palavras-chave: Alienação parental; Divórcio; Justiça; Mediação familiar; Regulação das responsabilidades Parentais.

Introdução

São várias as estatísticas que nos elucidam sobre o aumento dos fenómenos de dissolução familiar (divórcio ou separação)¹. É inegável afirmar que existe um antes e um depois daquela família, e daquelas crianças, se for o caso, sendo certo que, por muito que se unam esforços para tal, nada mais será igual.

Contudo, acreditamos que mesmo após uma situação de rutura, é possível exercer a parentalidade de forma partilhada, consciente e positiva.

Quando assim é, ou seja, quando pai e mãe colocam de lado as suas desavenças e unem-se naquilo que é a prossecução dos interesses daquela criança em específico, todas as consequências que são inerentes a um processo de divórcio se esvanecem e parecem não atingir uma escalada tão grande.

Porque a convivência da criança com ambos os progenitores e com a família alargada dos mesmos é um direito revestido de carácter constitucional, uma vez que os benefícios de tal convivência são grotescos, tecer esforços que para exista esta promoção, mesmo após o divórcio, deveria ser uma prioridade (uma vez que falamos de um direito que, obviamente, não termina com a dissolução do matrimónio nem com a dissolução familiar²).

De uma forma geral, é este o primeiro objetivo deste trabalho: tornar visível um fenómeno que vê a luz do dia quando este direito à convivência familiar se encontra colocado em causa (o que maioritariamente acontece em situações de rutura familiar e divórcio, portanto é neste âmbito que o iremos abordar): a Alienação Parental.

A verdade é que estamos a falar de situações muito particulares, em que existem já relações familiares pré-estabelecidas e onde várias são as emoções em jogo, emoções essas que muitas vezes se atropelam³.

É neste sentido que, centrando-nos na legislação portuguesa, abordamos uma estratégia de resolução alternativa de litígios altamente eficaz na resolução de conflitos de índole familiar e até na prevenção dos mesmos⁴: a Mediação Familiar.

Sendo estes os nossos objetivos principais, e porque acreditamos que existem várias mudanças e alterações que foram, paulatinamente, acontecendo na sociedade e que, em maior ou menos grau, têm implicações na forma como se é família nos dias de hoje, dividimos este artigo em quatro princi-

1 Segundo dados do INE (Instituto Nacional de Estatística), da PORDATA e da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça (DGPJ/MJ), a percentagem de divórcios por cada 100 casamentos tem vindo a aumentar consideravelmente. A este propósito, no ano de 2021, em 100 casamentos, 59,5% terminavam em divórcio, ao passo que em 1960 apenas 1,1% dos casamentos tinha fim.

2 Uma vez que também podemos falar de progenitores que podem não ser casados.

3 O que, aliás, faz com que o modo de tratamento que lhe será aplicado seja distinto do aplicado aos demais conflitos.

4 Porque falamos da Alienação Parental, colocamos uma ênfase especial na Mediação Familiar enquanto estratégia preventiva de fenómenos de Alienação Parental.

país tópicos: 1. Evolução do conceito de Família e de Criança; 2. A Lei do divórcio - Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro; 3. A Alienação Parental - uma manifestação de maltrato infantil; 4. A Mediação Familiar e a sua aplicabilidade à Síndrome de Alienação Parental: será esta uma forma de prevenção?

Evolução do conceito de família e de criança

Conforme já realçamos, a forma como se é família nos dias de hoje e a própria atenção que lhe é prestada pelo Direito (Direito da Família) é muito permeável às alterações sociais que temos vindo a assistir enquanto sociedade (mudanças sociais, demográficas, alterações dos papéis e funções sociais, etc.).

Começamos por realizar uma breve resenha histórica do conceito de família e verificamos que nem sempre a família significou um lugar de paz, de segurança e de harmonia entre os seus membros. Na família patriarcal romana, por exemplo, todas as funções⁵ que intrinsecamente eram sinónimo de poder e de responsabilidade eram atribuídas ao homem (chefe de família)⁶, enquanto que a mulher era vista como mais frágil e sensível, sendo como tal, atribuída uma função de mera passividade e que se resumia no fundo ao tratar da casa, do marido e dos filhos (Aguiar, s.d.).

Já na sociedade medieval, por exemplo, e apesar de desaparecer a figura do *paterfamilias*, a verdade é que continua bem presente a distinção que existe entre papéis de género e entre aquilo que é a conceção do que é ser homem e do que é ser mulher. Como tal, continua latente a figura do homem e pai como provedor do sustento dado à família, com um grau de poder e superioridade que ainda estava presente, como sendo sinónimo de rigor, austeridade e hostilidade. Para além disso, a mulher tinha o dever de proporcionar ao homem o conforto doméstico, afeto e segurança que o mesmo merecia, uma vez que o sexo masculino tinha o direito, e sobretudo o dever, de trabalhar, estudar e realizar o seu percurso fora de casa (Oliveira, 2013, p. 5 e 6).

A grande transformação acontece depois da Revolução Industrial e também da 2.ª Guerra Mundial e manifesta-se com a entrada da mulher no mercado de trabalho, o que permitiu que a mulher se desprendesse da dependência económica à qual se encontrava subjugada (Francisco, Ribeiro & Severino, 2014, p. 70).

Uma outra consequência destes acontecimentos, para além do divórcio que mais adiante iremos referir, é o facto de a família tradicional (constituída por pai, mãe, filhos, avós, etc.) ter dado lugar às chamadas famílias reconstituídas (padrastos e madrastas, filhos de padrasto ou madrasta) e monoparentais (constituídas por pai ou mãe e os seus filhos) (Francisco, Ribeiro &

5 Falamos de todas as funções económicas, religiosas ou morais.

6 *Paterfamilias* era o nome utilizado na Roma Antiga para se referir ao homem e à posição patriarcal que assumia.

Severino, 2014, p. 72), famílias em que existem duas mães ou dois pais (casamento entre pessoas do mesmo sexo), ou a situações como procriação medicamente assistida, adoção singular, etc.

Relativamente ao conceito de Criança, as Crianças não eram vistas como sujeitos autónomos e livres, o que aliás só veio a acontecer primeiro com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças e, em segundo lugar, com a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Ao longo do tempo foram emergindo algumas ciências da infância (como por exemplo a Sociologia da Infância, Psicologia Infantil, entre outras), o que fez com que toda a sociedade (e também o Estado) começasse a olhar para a infância como uma etapa da vida única e que é responsável por estabelecer todos os alicerces para aquilo que serão as relações futuras e a forma como as crianças se “constroem” individualmente (Hart, 1991, cit. por Fernandes & Vilarinho, s.d.).

Atualmente, as crianças são tidas como sujeitos ativos de direitos e seres autónomos (Sottomayor, 2014, p. 313 cit. por Fernandes & Vilarinho, s.d., p. 28), que merecem carinho e proteção na medida do seu superior interesse. Referimos, a título de exemplo, o instrumento legislativo que, na nossa opinião, se revela fulcral para esta mudança de mentalidades e que revela o comprometimento por partes dos Estados no que à matéria da infância diz respeito.

Começamos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990. A Convenção conta com 54 artigos que demonstram, dúvidas existissem, o grau de comprometimento dos Estados em olhar para a infância e para a criança em si com olhos de ver, tratando-a como merece (o que aliás se revela no facto de este ser o documento legislativo mais vezes ratificado) (Fernandes & Vilarinho, s.d., p. 28).

A importância deste documento reside também no facto de este ser um documento vinculativo, ou seja, todos os documentos posteriores⁷ têm de atender ao que é dito pela Convenção⁸ (enquanto que antes, com as Declarações, apenas eram facultadas algumas pistas e todos os assuntos relacionados com a infância eram tratados de forma muito superficial e simplista) (Fernandes & Vilarinho, s.d., p. 33). Nesta ótica, a criança é agora tida como sujeito ativo e titular de direitos, sendo assim “*agente constitutivo da sua própria socialização e projeto de vida*” (Sottomayor, 2014, p. 313 cit. por Fernandes & Vilarinho, s.d., p. 28). Este documento assenta sobretudo em cinco pilares fundamentais: superior interesse da criança; não discriminação; sobrevivência e desenvolvimento; opinião da criança/direito à sua voz⁹, (Fernandes &

7 Um bom exemplo é a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de setembro).

8 Aliás, o termo “*direitos das Crianças*” surge apenas com a Convenção.

9 Menção ao artigo 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

Vilarinho, s.d., p. 29), elencado no artigo 12º da CDC (Convenção sobre os Direitos da Criança) e participação e liberdade de expressão (artigo 13.º) nos mais variados temas que lhe digam respeito, não só no que se refere ao seio familiar, mas também naquilo que é relativo ao mundo jurídico (Fernandes & Vilarinho, s.d., p. 29 e 32).

A propósito do tema em questão, focamos a nossa atenção no n.º 1 do artigo 9.º, o qual estabelece que os Estados Partes devem garantir que a criança não é separada dos pais contra a sua vontade, “*salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança.*” (como seja em casos de maus-tratos ou negligência, ou caso os pais vivam separados e exista a necessidade de regular a residência da criança). Referimos também o artigo 18.º, n.º 1, que refere que:

os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primordialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.

E o artigo 19.º, n.º 1:

os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.

A Lei do divórcio - Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

O divórcio não foi de fácil implementação no ordenamento jurídico português¹⁰. A Lei do divórcio foi inicialmente aprovada em 3 de novembro de 1910 (admitia-se tanto o divórcio litigioso como o divórcio litigioso), contudo em 1940, através de uma assinatura entre Portugal e a Santa Sé, todos os tribunais do Estado foram proibidos de decretar a dissolução do matrimónio aos casamentos católicos (Oliveira, 2005, p. 8). Tudo isto só termina em 15 de fevereiro de 1975, altura em que é assinado um Protocolo Adicional à Concordata entre Portugal e a Santa Sé, quando se criaram condições para que existisse uma alteração do regime que vigorava anterior-

10 Estamos a falar de um país fortemente marcado pela ideologia católica, em que qualquer estratégia de “laicização” do Estado sofria muitas resistências.

mente (Coelho & Oliveira, 2016, p. 215), abrindo-se assim espaço para que o divórcio fosse também possível para os cônjuges que contraiam matrimónio de forma religiosa¹¹.

Atualmente, e sem prejuízo de outras alterações pontuais posteriores, a grande alteração legislativa em matéria de divórcio remonta à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

É neste documento legal que a designação de *responsabilidades parentais* vê o seu espaço conquistado, substituindo assim o conceito de *poder paternal*, altamente imbuído, de uma ideia de superioridade e de preponderância por parte do pai (Sottomayor, 2021, p. 22).

Quanto ao modo de exercício das responsabilidades parentais (RP) na constância do matrimónio, de referir que, conforme explanado no artigo 1901.º do Código Civil (CC), o exercício das RP deve ser exercido em conjunto, ou seja, por ambos os progenitores. É feita ainda a ressalva de que em questões de particular importância¹² pode não existir acordo entre ambos os pais (dada a premência das questões e, por vezes, posicionamentos distintos entre ambos os progenitores), podendo os pais, a todo o momento, recorrer ao tribunal, o qual tentará a conciliação. *“Se a conciliação referida no número anterior não for possível, o tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.”*¹³

Contudo, e tendo em consideração que os fenómenos de dissociação familiar (divórcio) aumentaram, tornando-se cada vez mais uma realidade, o artigo 1906.º do CC estabelece o modo de exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento. Sendo o legislador claro ao afirmar que, mesmo em situações de divórcio, os pais não deixam de ser pais e devem continuar a ser figuras presentes e de referência na vida das crianças, o n.º 1 deste artigo faz referência ao facto de que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância devem ser exercidas em comum por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo em casos de urgência, em que qualquer um dos progenitores deve agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo

11 É nesta fase que é estabelecido o princípio da igualdade entre cônjuges.

12 O legislador não é explícito relativamente ao que é considerado de “questões de particular importância”. Contudo, a doutrina aponta como questões de particular importância, todas aquelas questões que se revestem de carácter urgente e prioritário (que se consideram essenciais para o desenvolvimento normativo da criança): saúde, educação, viagens para o estrangeiro, participação do menor em programas de televisão, intervenções médicas, etc.

13 Artigo 1901.º (responsabilidades parentais na constância do matrimónio) n.º 3 do CC. Remete-se também para o artigo 1878.º n.º 2 (onde é feita referência à maturidade dos filhos e ao dever de ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes); também para o artigo 4.º n.º 1, alínea c) do RGPTC (Regime Geral do Processo Tutelar Cível) e artigo 5.º onde a audição e participação da criança é um dos princípios orientadores estabelecidos na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

que possível¹⁴. Também o n.º 3 do referido artigo estabelece que o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos de vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem o filho se encontra temporariamente.

Torna-se assim evidente a necessidade de mesmo após o divórcio/separação, pais e filhos continuarem a ser parte ativa e integrante da vida de cada um (menção ao direito à convivência familiar, previsto no artigo 36.º, n.º 5 e n.º 6 da Constituição da República Portuguesa).

A alienação parental - uma manifestação de maltrato infantil

A Alienação Parental, ou se quisermos a Síndrome de Alienação Parental (uma vez que é este o conceito que se refere às manifestações, sequelas e consequências da exposição a fenómenos de Alienação Parental), tal como refere Fonseca (2006 cit. por Pereira, 2014, p. 22) e (Trindade 2004, p. 140), por ser um fenómeno que viola o direito à convivência familiar (expresso constitucionalmente), coaduna-se com maltrato infantil, um atentado aos direitos das Crianças e ao seu superior interesse (preceito legal) e uma forma de violência paterno-filial (Molinari e Trindade, 2013 cit. por Feitor, 2013, p. 111), Ribeiro (2007, p. 31) e acórdão n.º 1020/12.8TBVRL.P1 do Tribunal da Relação do Porto de 09/07/2014¹⁵.

Começamos por definir este conceito e verificamos que em 1985 a Síndrome de Alienação Parental (designada por SAP) foi definida e teorizada por Richard Alan Gardner¹⁶ (1931-2003), numa altura em que o número de divórcios se tornou muito comum nos Estados Unidos (Restolho, 2019, p. 23).

Em traços muito gerais, a Síndrome de Alienação Parental é definida por Gardner como um transtorno ou perturbação apresentada por uma criança, decorrente de um processo de Alienação Parental, ou seja, uma situação em que um progenitor programa a criança a seu favor, manipulando-a e difamando o outro progenitor. Tal comportamento tem como objetivo central, por parte do progenitor alienador, o rompimento dos laços entre a criança e o outro progenitor, o que consequentemente levará ao afastamento dos mesmos (Costa & Lima, 2013, p. 151). Manifesta-se através de uma campanha difamatória, a maior parte das vezes sem fundamento, uma atitude de total descrédito, desconsideração e desrespeito, cometida por um

14 Remissão para o artigo 1906.º n.º 7 do CC: *“ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.”*

15 Datado de 09 de julho de 2014. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c7eabedb5ab87fdf80257d1d00326e02?OpenD](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c7eabedb5ab87fdf80257d1d00326e02?OpenDocument)

16 Richard Alan Gardner foi um reconhecido médico e professor voluntário de psiquiatria clínica da Universidade de Columbia.

progenitor em relação ao outro (ainda que não se esgote nesse formato)¹⁷, sendo que (e aqui é que reside o principal problema), é a criança, que não tem culpa nenhuma do término da relação entre os seus progenitores, mas que se vê envolvida no seio do conflito, quem mais sofre, através de uma autêntica “lavagem cerebral” e uma programação de comportamentos cruel e desmedida (muitas vezes com a implementação de falsas memórias) que visa afastar o outro progenitor, normalmente quem não tem a guarda da criança, totalmente da vida do menor¹⁸.

Relativamente às estratégias utilizadas pelo progenitor alienante (progenitor que aliena), podemos referir várias, contudo verificamos que Costa & Lima (2013, p. 154) fazem referência a algumas, tais como desvalorizar sentimentos de contentamento por parte da criança ou até mesmo hostilizar a sua expressão (manifestando descontentamento com isso ou retirando benefícios à criança), fazendo-a sentir constantemente que está numa luta entre o pai e a mãe e que terá de escolher um dos dois; tomar decisões importantes sobre a vida da criança, tais como as relativas à educação ou saúde, sem consultar o outro progenitor; ausentar-se do país com a criança sem informar a outra parte; interferir nas visitas da criança com o outro progenitor; arquitetar desculpas várias para o outro progenitor não privar com a criança (consultas falsas, atividades extracurriculares, etc.); entre outras, que paulatinamente (sendo que a tendência é aumentar a intensidade e severidade dos comportamentos) preveem a retirada do ex-cônjuge e de todas as suas “extensões” da vida da criança.

Falamos sobretudo de privação de direitos e, apesar da Alienação Parental não ser um fenómeno reconhecido juridicamente (não reúne consenso na comunidade jurídica), uma vez que não existe um crime de Alienação Parental, nem patologicamente (enquanto síndrome), uma vez que a SAP não é reconhecida nos atuais sistemas de classificação de saúde, nomeadamente o Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (DSM-V) da Associação Americana de Psiquiatria, ou a Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial de Saúde (Costa & Lima, 2013, p. 152), não podemos negar que muitas vezes, em contexto de divórcio¹⁹ dos progenitores e consequente regulação das responsabilidades parentais, existem pais que deliberadamente difamam o outro progenitor junto da criança, tendo como objetivo afastá-lo da sua vida e assumir uma posição de exclusividade e totalidade na vida dos menores. Como tal, os Juízos de Família e Menores, enquanto entidades judiciais que visam promover os direitos

17 Muitas vezes, a AP emerge por parte, não dos progenitores, mas da restante família (por exemplo, avós).

18 Sendo que, o que o progenitor alienante pretende é assumir uma posição de exclusividade na vida do menor.

19 Não obstante poder também acontecer em famílias que não passaram por um evento de separação, é maioritariamente nestes contextos que a SAP aparece. Daí centrarmos a nossa discussão no seu aparecimento no âmbito de fenómenos de dissociação familiar.

das Crianças e das Famílias, não podem fechar os olhos ao seu aparecimento e devem equacionar medidas capazes de lhes pôr fim (Sá & Silva, 2011, p. 17), desde logo porque os seus impactos para as Crianças são grotescos e significam, em última instância, a expressão do medo, temor e hostilidade decorrentes da exposição a tais comportamentos.

Assim sendo, o tribunal deve, de acordo com o n.º 5 do artigo 1906.º do CC, determinar “*a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente, o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro*”²⁰; “*() tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contactos com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.*” (n.º 8).

Como tal, e tendo em consideração o que nos é dito pelo artigo 41.º do RGPTC, o tribunal prevê, para estes casos, e porque se baseia no princípio de que a decisão que se coaduna com o superior interesse da criança será sempre aquela que prevê a manutenção de laços e as relações familiares, que existam sanções, tal como se verifica no n.º 1 do presente artigo:

se, relativamente à situação da criança, um dos pais ou a terceira pessoa a quem aquela haja sido confiada não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, () cumprimento coercivo e a condenação do remisso e multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos.

Também a estratégia de afastar o outro progenitor da vida da criança é punível por lei, conforme previsto no artigo 249.º do Código Penal (CP), o qual prevê punições relativamente ao crime de subtração de menores²¹.

A título de exemplo Fonseca (2007, cit. por Campos & Gonçalves 2016, p. 18) refere que como resultado da SAP, a criança pode começar a manifestar vários sintomas, como por exemplo *stress*, ansiedade, nervosismo, depressão, agressividade ou doenças psicossomáticas.

A mediação familiar e a sua aplicabilidade à Síndrome de Alienação Parental: será esta uma forma de prevenção?

Verificados todos os impactos da Alienação Parental é justo referir que devem ser equacionados mecanismos capazes de lhe pôr fim, contudo, também é certo que a particularidade deste fenómeno (existência de relações

20 O direito à convivência familiar pauta-se pela reciprocidade, ou seja, os progenitores têm direito à convivência com os seus filhos e também os filhos têm direito à convivência com os seus progenitores.

21 Artigo 249.º n.º 1, alínea c): “*quem, de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.*”

familiares) e a sua forma de tratamento não se coaduna com o modo de resolução tradicional dos outros litígios (entenda-se, em contexto de tribunal).

A Mediação Familiar, enquanto meio alternativo de resolução de litígios, tem vindo a ganhar espaço no ordenamento jurídico português²² e estabelece isso mesmo, ou seja, afirma que nem todos os conflitos precisam de ser endereçados ao tribunal, existindo outras formas que, de acordo com os seus objetivos, podem ser mais eficazes do que outras, nomeadamente na resolução de litígios de índole familiar.

A este propósito, Frade (2013, p. 108 e 109) refere que a grande mais valia desta Resolução Alternativa de Litígios (RAL) reside no facto de que, com uma menor formalidade processual, com a inclusão de um tipo de estratégia célere e que se baseia no acordo voluntário (artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril) entre as partes, em que é dada primazia às vontades de cada um, aos seus sentimentos e inquietações e onde se procura uma solução que será favorável a todos, todos os intervenientes saem a ganhar e o grau de cumprimento do acordo aumenta exponencialmente²³.

Como princípios²⁴, e para além do princípio da voluntariedade, acrescentamos o facto de a confidencialidade²⁵ guiar todo o processo de mediação (artigo n.º 5), a igualdade e imparcialidade no tratamento dos mediados (artigo n.º 6) e, no que se refere à prática do mediador familiar, o facto de a sua prática ser independente e livre de pressões externas (art. n.º 7) e de ter responsabilidade para com a mesma, procurando por exemplo formações que o auxiliem na sua prática diária (art. n.º 8). Estabelece-se ainda que, por regra, o acordo obtido em sede de Mediação Familiar tem forma executiva (art. n.º 9), não necessitando de homologação judicial (a não ser para verificação da legalidade do acordo).

Como tal, sendo estes os seus pressupostos, existindo espaço para restaurar o diálogo (sem imposições) e para discutir todos os assuntos (o que muitas vezes não acontece em contexto jurisdicional), a Mediação Familiar torna-se fulcral em casos de Alienação Parental, tal como nos mostra Farinha & Lavadinho (1997, p. 19) que referem que *“a mediação familiar pretende contribuir para enfrentar o confronto do julgamento, prevenir o incumprimento das senten-*

22 Exemplo disso é a sua referência através do artigo 1774.º do Código Civil, com a epígrafe *“Mediação Familiar”*, que estabelece que antes do início do processo de divórcio, o tribunal ou as conservatórias do registo civil têm a obrigatoriedade de informar os cônjuges sobre a existência dos serviços de Mediação Familiar, os seus pressupostos e objetivos. Referimos também o artigo 24.º do RGPTC, que prevê o recurso à Mediação Familiar, designadamente em processos de regulação das responsabilidades parentais.

23 Uma vez que se trata de um mecanismo de resolução de litígios autocompositivo, ou seja, são as partes que, através da restauração do diálogo, chegam a um acordo final que melhor lhes sirva.

24 Princípios elencados no capítulo II da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

25 A este respeito, acrescentamos que o mediador nunca pode ser arrolado como testemunha num eventual processo judicial que venha a decorrer e que diga respeito às matérias sobre as quais a mediação incide.

ças e fomentar a participação e responsabilidade de ambos os progenitores, relativamente aos vários aspetos da Regulação do Exercício do Poder Paternal ()”, garantindo assim que ambos os pais continuam a ter um papel ativo na vida das crianças/jovens.

Comungando do mesmo pressuposto, Júnior e Santos (2011, p. 16), afirmam que:

Como os atos alienadores ocorrem principalmente no contexto do divórcio e da conseqüente disputa pela guarda dos filhos, um casal que já tenha passado pela fase de mediação, tendo dialogado, discutido e feito concessões recíprocas, poderá lidar melhor com o fim do casamento, não incitando na criança o ódio injustificado ao outro genitor.

Conclusão

Se é certo que o direito de acesso à justiça é um direito de todos os cidadãos e condição *sine qua non* de um Estado de Direito, equacionar novas formas de resolução de litígios que atendam às particularidades de cada dissídio e necessidades dos intervenientes, também deveria ser.

É nesta lógica que nasce a Mediação Familiar. Porque a separação exige melhores pais, na medida em que se tende a confundir a parentalidade com a conjugalidade, e porque o melhor para um filho, por regra, deverá ser aquilo que lhe permita continuar a privar com os seus progenitores (e com a restante família alargada), é urgente colocar um ponto final em comportamentos alienantes que mais não são do que um verdadeiro atentado aos direitos das Crianças e ao seu superior interesse, que importa SEMPRE proteger.

Referências

CAMPOS, Alessandra Barboza de Souza; GONÇALVES, Charlisson Mendes (2016, dezembro 17). **Síndrome da Alienação Parental: Possíveis consequências para o desenvolvimento psicológico da criança**. Psicologia.pt (o Portal dos Psicólogos). [https://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo.php?sindrome-da-alienacao-parental-possiveis-consequencias-para-o-desenvolvimento-psicologico-da-crianca&codigo= A1044](https://www.psicologia.pt/artigos/ver_artigo.php?sindrome-da-alienacao-parental-possiveis-consequencias-para-o-desenvolvimento-psicologico-da-crianca&codigo=A1044)

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família, Vol. I: Introdução Direito Matrimonial**. 5ª Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. **Alienação Parental: síndrome ou não, eis a questão**. *Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente*, 4(1), 149-182, (2013).

FARINHA, António; LAVADINHO, Conceição. **Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais**. Coimbra: Edições Almedina, 1997.

FEITOR, Sandra Inês. **Alienação Parental numa perspetiva de Direito Compa-**

rado. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 15(35), 111-128, (2013).

FRADE, Catarina. **A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento.** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, 107-128, (2013).

FRANCISCO, Rita, RIBEIRO, Maria Teresa & SEVERINO, Rita Ubaldo. **A mediação familiar no âmbito do divórcio e das responsabilidades parentais.** In MATOS, Paulo Teodoro de (Ed.), PINTO, Helena Rebelo (Ed.); RIBEIRO, Maria Teresa (Ed.), *Mediação familiar: contributos de investigações realizadas em Portugal* (p. 70-87). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

JÚNIOR, Roberto Freire Melo; SANTOS, Renata Sarmiento. **Síndrome de Alienação Parental e Mediação Familiar - do conflito ao diálogo.** Revistas UNIFACS, 128, p. 1-24, (2011).

OLIVEIRA, Guilherme de. **O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo Projeto espanhol - um caso de “paralelismo espontâneo”?** *Lex Familiae*, 2(4), 7-20, (2005).

OLIVEIRA, Guilherme de. **Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “panjurisme” iluminista ao “fragmentarische karakter”).** *Lex Familiae*, 10(19), 5-21 (2013).

PEREIRA, Marina Vanessa Cardoso. **Contributos para a compreensão da Alienação Parental: Um estudo sobre a coparentalidade em mães e pais portugueses.** [Dissertação de Mestrado, Escola Superior de Educação de Viseu]. Repositório Científico do Instituto Politécnico de Viseu, 2014.

RESTOLHO, Andreia. **A Relevância Jurídica da Alienação Parental.** Braga: Nova Causa - Edições Jurídicas, 2019.

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto. **Amor de Pai - Divórcio, Falso Assédio e Poder Paternal.** 1ª Ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2007.

SÁ, Eduardo & SILVA, Fernando. **Alienação Parental.** Coimbra: Edições Almedina, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio.** 8ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2021.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Páginas da internet

AGUIAR, Lilian Maria Martins de (s.d.). **Casamento e formação familiar na Roma Antiga.** In Brasil Escola. <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/casamento-formacao-familiar-na-roma-antiga.htm>

PORDATA. (2023, setembro 27). **Número de divórcios por 100 casamentos.** <https://www.pordata.pt/portugal/numero+de+divorcios+por+100+casamentos-531>

Apresentação de PowerPoint

FERNANDES, Natália; VILARINHO, Emília (s.d). **Direitos da Criança**. [Apresentação de PowerPoint].

Legislação

Código Civil. (17ª Ed.). (2021/2022). Edição Académica. Porto: Porto Editora.

Constituição da República Portuguesa - VII Revisão Constitucional da Assembleia da República (2005). <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Convenção sobre os Direitos da Criança. https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf

CRUZ, Rossana Martingo. **Legislação de direito da família e das crianças**. 1ª Ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

Decreto-Lei n.º 48/95. (1995). Diário da República n.º 63, Série I-A de 1995-03-15. <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>

Lei n.º 147/99 da Assembleia da República. (1999). Diário da República n.º 204, Série I-A de 1999-09-01. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/147-1999-581619>

Lei n.º 61/2008 da Assembleia da República. (2008). Diário da República n.º 212, Série I de 2008-10-31. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/61-2008-439097>

Lei n.º 29/2013 da Assembleia da República. (2013). Diário da República n.º 77, Série I de 2013-04-19. <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/29-2013-260394>

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/07/2014: Processo n.º 1020/12.8TBVRL.P1; relator Alberto Ruço. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c7eabcd5ab87fdf80257d1d00326e02?OpenDocument>

ACESSO À JUSTIÇA PELO MÉTODO (MAIS) ADEQUADO E DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Daniel Secches Silva Leite

Doutorando em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito na Faculdade Milton Campos (graduação) e em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu, nesses atuando também como coordenador. Advogado. Atua como árbitro¹

Resumo:

O artigo revisita o conceito de acesso à justiça de uma perspectiva democrática e dialógica, entrelaçada com os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, bem como inclusiva dos métodos adequados de resolução de disputas (ADRs), defendendo a existência de um sistema que congrega tais métodos. Seriam eles fungíveis entre si, potencializando a ampliação das portas de solução de conflitos e permitindo que mais atores contribuam para sua solução, especialmente a Universidade. Para a verificação do método de resolução a ser utilizado no conflito, deveria ser empreendida uma anamnese do caso e utilizado o princípio da adequação, de sorte a se identificar a porta mais apropriada para o litígio considerado em suas nuances. A metodologia utilizada na pesquisa é jurídica-compreensiva, almejando-se interpretação sistemática de normas jurídicas e de doutrina, abrangendo direito constitucional, direito processual civil e ADRs. Finalmente, delinea-se algumas possibilidades de aplicação da hipótese, notadamente pelos professores e acadêmicos dos cursos jurídicos no país.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Sistema multiportas; Métodos adequados de solução de conflitos; Fungibilidade.

Considerações iniciais

Debate-se com cada vez mais profundidade e amplitude, no Brasil e no

¹ O autor também é pesquisador coordenador de grupo de pesquisa sobre o sistema multiportas e vinculado ao grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. Vitor Salino de Moura Eça, intitulado Processo e Decidibilidade Democrática, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autor de artigos para livros e revistas científicas. Co-fundador da Unniversa Soluções Multiportas de Conflitos.

mundo, a interpretação do acesso à justiça sob viés democrático e inclusivo de diversos métodos de solução de conflitos para além do Estado, o que usualmente se denomina de sistema (ou justiça) multiportas. Especialmente desde o Projeto Florença, com a identificação das ondas renovatórias, *in late-re* aos estudos do professor de Harvard Frank Sander, nos Estados Unidos, valoriza-se a escolha adequada do método para a solução do conflito em seus caracteres próprios, não se podendo conceber a jurisdição estatal como única e tampouco a primeira forma de dirimi-los.

No ordenamento jurídico brasileiro, desde a década de 1.990, paulatinamente, vem se consolidando um arcabouço normativo que reflete aquela interpretação mais moderna e abrangente de acesso à justiça, secundado por uma já substancial produção doutrinária, com predominância de quatro métodos (portas) principais: arbitragem; conciliação, mediação e negociação. A despeito disso, o sistema multiportas é aberto, admitindo uma plêiade de metodologias diversas, além de dúctil, permitindo o aproveitamento e adaptação de outras possibilidades de resolução de controvérsias, desde que de interesse das partes e balizadas pelo devido processo constitucional.

O presente artigo pretende justamente debater possibilidades oriundas do entrelaçamento orgânico entre os mais variados métodos de solução de conflitos e a jurisdição estatal (em sua técnica cognitiva, especialmente) a partir de uma revisitação do princípio do acesso à justiça, com solução qualitativamente adequada. O método utilizado é o jurídico-compreensivo, almejando-se interpretação sistemática de normas jurídicas e de doutrina, nacional e estrangeira, notadamente de direito constitucional, direito processual civil e métodos adequados de solução de conflitos.

Finalmente, delinear-se-ão algumas possibilidades de aplicação da hipótese, com interação entre alguns métodos adequados e o procedimento cognitivo na jurisdição estatal, a serem exploradas especialmente com coparticipação da Universidade.

Acesso à justiça e sistema multiportas

A concepção de acesso à justiça integrada a uma visão holística dos métodos adequados de solução de conflitos - conquanto sem a pretensão de tratá-los como panaceia de todos os males - é uma necessidade premente. Cappelletti e Garth (1988, p. 67) já alertavam que um dos obstáculos do acesso à justiça é o processual, dado que, em certas causas, o tradicional processo litigioso é inadequado, incentivando a busca de reais alternativas aos juízos e aos procedimentos usuais, notadamente os meios adequados de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution*, ou “ADR”).

A desvalorização do diálogo e a cultura do litígio, atreladas à ampla possibilidade de acesso ao Judiciário no Brasil, revelam-se problemas à estrita observância do devido processo constitucional - notadamente em re-

lação a um dos princípios dele derivados, qual seja, o de duração razoável do processo -, gerando um passivo de ações em curso na casa de dezenas de milhões.^{2 3} Daí porque, também aqui, com cada vez mais frequência se percebe a defesa e o maior estímulo à utilização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, em relação de complementariedade (e não de subsidiariedade) à Jurisdição.⁴

Para a devida integração do princípio do acesso à justiça e os métodos adequados de solução de conflitos, deve se fazer uso da proposta do então professor emérito de Harvard, Frank Sander, que em 1976 proferiu palestra na Suécia, *Pound Conference*, na qual destacava a incapacidade dos Tribunais de resolverem litígios familiares - a concepção de que o Judiciário poderia talvez não ser a melhor forma de resolução de alguns conflitos estava lançada.

A hipótese por detrás do conceito das múltiplas portas é a de se demonstrar que existem diversas possibilidades para que um conflito seja dirimido e que o Judiciário não é a única delas, tampouco deve ser a primeira. Significa dizer que, a partir de uma preocupação com o grande número de demandas submetidas ao Judiciário norte americano - como ocorre amiúde no Brasil -, o Professor Sander sugere a exploração de outros métodos de solução de conflitos, a partir do exame de cada um dos objetos litigiosos e daquele melhor, em potencial, para dirimi-los.

Tal modelo de justiça multiportas foi adotado pela nossa codificação processual civil em 2015 e a partir de então a discussão de alternativas ao Judiciário para a resolução de conflitos tem sido muito fomentada no Brasil. Destacam Hermes Zaneti Júnior e Trícia Navarro Xavier Cabral (2017. p.

2 Mais exatamente, 81,4 milhões de ações, vide mais recente relatório CNJ, de 2023, “Justiça em números”, sumário executivo disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>, acesso em 20.10.2023.

3 Vale trazer a lume: “Por impressionantes que possam ser os registros noutros países, é nos Estados Unidos que ADR se tomou o núcleo dos desenvolvimentos mais sensacionais. O atual diretor da American Bar Foundation, Professor Bryant Garth, agudamente observou que, diversamente de quanto ocorre em alguns países europeus, o acesso à Justiça não é visto ali como um “direito social”, mas antes como um “problema social”, do qual uma solução consiste em retirar dos tribunais boa quantidade de litígios. ADR adquiriu tamanha importância nos Estados Unidos que passou a ser objeto de cursos básicos em Faculdades de Direito.” (Cappelletti, 2014, p. 294)

4 O que gerou a evolução da denominação “meios **alternativos** de solução de conflitos” para “meios **adequados** de solução de conflitos” para parte expressiva da doutrina. Sobre o tema, destaca Dinamarco (2020, p. 37) que “a percepção da existência de uma tutela adequada a cada tipo de conflito levou parte da doutrina brasileira a ver de um modo diferente a arbitragem, a mediação e a conciliação, que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, teriam ascendido à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos (mais adequados que a jurisdição estatal). Propõem que a garantia constitucional de acesso à justiça (...) seja vista como compreensiva da justiça arbitral e também da conciliativa, todas elas incluídas no amplo quadro da política judiciária.”

5-6) que esse novo modelo “é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos”, baseada na existência de “muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade”, que é a busca pelo meio adequado para resolver os conflitos intersubjetivos. É importante destacar, nessa ordem de ideias, que nenhum método⁵, e aqui se inclui a jurisdição estatal, é *de per se* superior ou inferior aos outros, devendo ser indagado, a partir de certa taxionomia⁶, qual é o mais **adequado**⁷ para cada caso em concreto.⁸

-
- 5 Os mais tradicionais no Brasil são conciliação, mediação, arbitragem e negociação. Mas também existem outros pouco explorados, tais como facilitação (*facilitation*); *fact-finding*; *mini trial*; círculos de diálogo de paz; convenção de procedimento participativo francesa; *mediation-arbitration (med arb)*; *baseball arbitration*; sessão de mediação inicial requerida (especialmente na Itália); *summary jury trials*; *early neutral evaluation* e *neutral expert fact-findingsem*, sem se olvidar da possibilidade de uso, na maioria delas, de um sistema de resolução de conflitos *on-line* (ODR). (conforme Fiúza, 2001, p. 97-98; Assis, 2019, p. 406-413 e Franco, 2021, p. 455-461). O comitê de resolução de disputas (*dispute resolution board*), embora ainda não tão utilizado quanto os quatro principais métodos adotados no país, vem ganhando cada vez mais espaço, notadamente após sua positivação no artigo 151 da nova Lei de Licitações (nº 14.133/21). Na seara penal, e em relações afetas à comunidade, também ganha cada vez mais destaque a Justiça Restaurativa.
- 6 Os critérios sugeridos pelo Prof. Frank Sander envolvem: a) a natureza do conflito; b) o relacionamento entre as partes (a técnica deve variar a depender da relação entre os litigantes, especialmente se de continuidade, ou não); c) o valor da disputa; d) os custos da resolução da disputa e e) o tempo médio de duração do método.
- 7 A propósito da solução adequada de conflitos, Kazuo Watanabe de há muito defendia que “o preceito constitucional que assegura o acesso à justiça trazia implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário” (2003, p. 44).
- 8 De forma elucidativa, Carlos Alberto Carmona explica essa ideia: “Hoje soa claro que para uma questão de mudança de guarda de filho o meio mais adequado (sempre em linha de princípio, como é evidente) seria a mediação, que facilitaria o diálogo (normalmente difícil) entre pais separados, em prol dos interesses do filho; uma pendenga que envolva sócios oriundos de uma mesma família também pode ser mais bem dirimida com a intervenção de um mediador, que propicie o diálogo entre os sócios (na verdade, diálogo entre parentes!) para propiciar a sobrevivência do bem comum (a sociedade). Já uma disputa entre empresas possivelmente será mais bem solucionada se entrar em cena um conciliador, que funcione como verdadeira ‘usina de ideias’, apresentando parâmetros para diminuir perdas ou riscos por conta de alegados inadimplementos contratuais. De outra banda, já se sabe que levar ao Poder Judiciário uma controvérsia de caráter comercial, com seus naturais ingredientes de complexidade, pode não ser o melhor caminho para uma solução eficaz (e verdadeiramente pacificadora) da contenda: a arbitragem pode, então, ser uma alternativa adequada para tais causas do comércio, nacional ou internacional, graças à possibilidade de nomeação de julgador privado especializado, que resolverá com rapidez e sigilo questões técnicas e muitas vezes delicadas” (Carmona, 2011, p. 200)

Fungibilidade dos métodos adequados de solução de conflitos e desjudicialização no Brasil

A (re)leitura e aplicação prática do princípio constitucional do acesso à justiça proposta independe de qualquer providência do legislador infraconstitucional. Se o texto de uma regra infraconstitucional destoa da norma extraída de um princípio constitucional fundamental - no caso, do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, de menor relevo a circunstância de que aquela regra não esgota todas as possibilidades deste último.

Evidentemente, o princípio constitucional terá aplicabilidade ampla e imediata, ressaíndo como dever do Estado assegurá-lo. Se, como demonstrado acima, a concepção moderna do princípio do acesso à justiça é indissociável dos métodos adequados de solução de conflitos, há de se considerar a existência de um sistema orgânico que congrega de tais métodos atuando na cognição civil brasileira, de sorte que se aproveitem os mais diferentes métodos nos mais diferentes procedimentos de tal natureza.

Mesmo que o legislador infraconstitucional tenha sido tímido na tentativa de integrar mais métodos alternativos à jurisdição estatal, a interpretação ampliada do princípio do acesso à justiça garante que o leque de técnicas seja ofertado ao jurisdicionado, sempre tendo como limite os princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade das partes, e levando-se em conta as nuances do caso concreto.

Algumas possibilidades

Todos os métodos de solução de conflitos, incluindo a jurisdição estatal (mas não se esgotando nela), devem estar disponíveis às partes litigantes, como derivação de seu direito de acesso à justiça e autorregramento da vontade, idealmente examinados sob perspectiva taxionômica e científica em cotejo com o litígio individualmente examinado, com vistas a uma tutela adequada.

Se, por exemplo, ao longo do procedimento especial de uma ação possessória, na audiência de justificação constatar-se a partir da taxionomia que o método mais indicado para a solução do litígio é a mediação, não deve haver qualquer empeco à sua utilização, muito embora a codificação processual civil trabalhe preferencialmente com a conciliação em casos que tais.

No procedimento cognitivo civil comum é poder dever do juiz promover a autocomposição a qualquer tempo (inciso V do art. 139 CPC); sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos (§ 2º do art. 3º CPC), segundo a dicção do texto legal. Mas e se o caso concreto tiver a indicação de método heterocompositivo, notadamente a arbitragem, para ser dirimido? Deveria ser retringida a possibilidade de sua solução adequada somente em razão da limitação do texto normativo, em descompasso com a

principiologia constitucional?

Evidentemente, a resposta é negativa. A norma extraída daqueles dispositivos do Código de Processo Civil, portanto, sob a égide do princípio do acesso à justiça, é a de que é poder dever do juiz - e dever do Estado - garantir e promover a solução adequada do conflito mediante a utilização de qualquer dos métodos de solução de conflitos, desde que mais indicado ao caso e acordado entre as partes (não se admite compulsoriedade da opção, sob pena de ofensa, aí sim, ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a todo momento.

Tais concepções se aplicam também a qualquer procedimento da cognição civil, comum ou especial, não havendo sentido, lógico ou jurídico, em se limitar a adoção a um único método discriminado no texto legal, se frequentemente não será ele o mais indicado para solucionar adequadamente o conflito.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que todos os métodos adequados de solução de conflitos são intercambiáveis entre si, fungíveis, e o que irá definir a sua adoção, ou não, em determinado litígio, são as suas peculiaridades, como possibilidade de acordo; complexidade; tempo médio necessário para solução; relação entre as partes; custo; etc., e não o recorte legislativo gramatical do texto infraconstitucional. Assim, se o artigo 21 da Lei 9.099/95, que regula o procedimento cognitivo dos Juizados Especiais, disponibiliza ao jurisdicionado a “conciliação” como método alternativo a ser intentado, pela interpretação do princípio do acesso à justiça ora exposta também está disponibilizando arbitragem, mediação, negociação, facilitação (*facilitation*), *fact-finding*, *mini trial*, círculos de diálogo de paz, *mediation-arbitration* (*med arb*); comitê de resolução de disputas, etc.

O mesmo vale para a previsão de qualquer dos métodos em qualquer procedimento da cognição civil no Brasil. Quando a lei infraconstitucional menciona um, está assegurando todos. Negar-se tal possibilidade aos litigantes equivale a negar-lhes acesso à ordem jurídica justa, i.e., acesso à justiça em sua concepção mais ampla e democrática. Para tanto, o papel da Universidade é fundamental, pois as propostas aqui debatidas envolvem uma mudança da cultura do litígio no país e a necessidade de capacitação e desenvolvimento do maior número de discentes (e porque não o dizer, também de docentes), de diversos cursos (mas indispensavelmente do curso de direito), nos mais variados métodos adequados de solução de conflitos.

Considerações finais

O princípio do acesso à justiça, em seu viés mais moderno e democrático (já que deve contemplar a escolha do jurisdicionado também em relação ao método de resolução do litígio), para além de legitimar o uso da mediação e da conciliação no procedimento comum da cognição civil brasileira, *in late-*

re permite o uso de qualquer meio adequado para a solução da lide.

O sistema processual brasileiro adotou o modelo multiportas, explícito na codificação processual civil, mas também subsumido das previsões da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça que, somado à interpretação proposta de acesso à justiça, permite a conclusão de que há um microsistema envolvendo todos os métodos adequados de solução de conflitos tratados nos mais variados textos legislativos infraconstitucionais (ou mesmo pouco explorados) - a exemplo do artigo 3º e seus parágrafos, bem como o artigo 334, ambos da codificação processual civil, que cuidam da mediação e da conciliação; do artigo 24 da Lei 9.099/95, que trata da arbitragem; da inclusão do comitê de resolução de disputas na nova lei de licitações, artigo 151 da lei n. 14.133/21, etc.

A título ilustrativo, em qualquer dessas audiências (a de conciliação do procedimento dos Juizados Especiais; de mediação/conciliação do procedimento comum da Lei nº 13.105/15, Código de Processo Civil, entre muitas outras), se infrutífera a tentativa de composição, que pode se dar por qualquer das técnicas disponíveis para tanto - mediação, conciliação ou negociação, destacadamente - pode ser oferecida, por exemplo, a arbitragem como método a ser usado para dirimir o litígio, que ainda apresenta algumas vantagens, em certos casos, frente à jurisdição estatal.

Mesmo quando judicializada a lide, a solução do conflito por meios adequados à sua natureza e peculiaridade é um direito do jurisdicionado, sendo dever dos órgãos judiciários oferecê-los e garanti-los. Propõe-se, ademais, a coparticipação das Instituições de Ensino Superior do país na função de ofertar gratuitamente, e com qualidade, os mais variados métodos adequados de solução de conflitos, o que idealmente se dará com convênios celebrados junto ao Poder Judiciário.

A adoção de tal hipótese insere-se dentro das diretrizes recentes do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Justiça, além de incentivar a formação de uma nova geração de operadores de direito que possam superar o padrão tradicional de solução adversarial de conflitos. Trata-se de medida com potencial de contribuir sobremaneira para a desjudicialização de conflitos e para a mudança de perspectiva de seu tratamento, a partir de pesquisa e extensão desenvolvidas nas múltiplas instituições de ensino (notadamente o jurídico) superior no país.

Referências

ASSIS, Carolina Azevedo. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 297/2019, p. 399-417.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier e ÁVILA, Henrique. Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas: mediação, concilia-**

ção, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 843-853.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Edições Almedina, 2ª Reimpressão, 2.009.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. São Paulo: Ed. RT, **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 41/2014, p. 281 - 302.

CARMONA, Carlos Alberto, A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios, in **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**, RICHA, Morgana de Almeida e PELUSO, Antonio Cezar (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2011

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2ª edição. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

COUTO, Mônica Bonetti . Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 271/2017, p. 405 - 425.

DENTI, Vittorio. I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative. **Rivista di Diritto Processuale**, 1980.

FIÚZA, César Augusto de Castro. Formas alternativas de solução de conflitos. In **Temas atuais de direito procesual civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRANCO, Marcelo Veiga. Os principais métodos adequados de solução de conflitos utilizados nos Estados Unidos da América. In: **Revista de Processo**, vol. 314/2021, p. 429 - 461.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Informação Legislativa.** n. 97, ano 25. Brasília: Senado Federal, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo código de processo civil.** São Paulo: Grupo GEN, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. Seoul conference 2014 Constitution and proceedings - Effective Access to Justice: the right to Access to Justice and Public Responsibilities. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 250/2015, p. 17 - 31, Dez/2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** 3. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: editor JusPodivm, 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** Trad. Peter Naumann. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do Direito Positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo** - e-ISSN: 2595-4539, [S.l.], v. 5, n. 9, p. 7-37, nov. 2019. ISSN 2595-4539. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/269/222> . Acesso em: 23 maio 2021.

NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; SILVA,

NOGUEIRA, Gustavo Santana. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. São Paulo: **Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil**. vol. 1/2018.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. DIDIER JR., Fredie Souza (Coord.), Salvador: JusPodivm, 2007, p. 151-173.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 263/2017, p. 335 - 396.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; HORTA, André Frederico de Sena; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**, vol. 217/2013, p. 75-120, março de 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à Justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie [et al.], **Normas Fundamentais**, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17-36.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; SUAID, Ricardo Adelino. Acesso à justiça pelo sistema multiportas e convenções processuais no código de processo civil de 2015. São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 304/2020, p. 365-378, junho de 2020.

AS GARANTIAS PROCESSUAIS NOS PROCEDIMENTOS DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Daniele Barbosa Mansur

Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada

Resumo:

O Poder Judiciário brasileiro depara-se com uma sobrecarga de processos e com a conseqüente dificuldade de solucioná-los em tempo adequado. Diante disso, intensifica-se o fenômeno da desjudicialização, principalmente, por meio das serventias extrajudiciais, na busca por oferecer uma prestação mais célere às partes. Porém, apesar do relevante propósito, os procedimentos que são transferidos à condução dos cartórios não podem deixar de observar garantias processuais que seriam contempladas no curso do processo judicial e que possuem respaldo constitucional. Neste sentido, é objetivo deste artigo analisar se o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo, a gratuidade da justiça e o direito ao recurso são observados pelos procedimentos realizados nos cartórios, tanto em termos gerais, quanto em casos específicos, como na Usucapião Extrajudicial (Lei n.6.015/73) e no Projeto de Lei para a Desjudicialização da Execução Civil (Projeto de Lei n. 6.204/19). Para concretizar esse intuito, foi utilizado o método da revisão bibliográfica, reunindo um estudo de livros, artigos, legislação e jurisprudência. Por fim, concluiremos que algumas prerrogativas processuais são atendidas, como a do contraditório e a da ampla defesa, e outras podem ter sua observância aprimorada, como a duração razoável do processo, a gratuidade da justiça e o direito ao recurso.

Palavras-chave: Desjudicialização; Garantias processuais; Serventias extrajudiciais.

Introdução

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta um elevado número de processos e a conseqüente dificuldade de solucioná-los em tempo hábil. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, na fase de execução, por exemplo, são

8.966.129 processos, que levam até 4 anos e 8 meses para serem baixados (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Em decorrência disso, vê-se o fenômeno crescente da desjudicialização, principalmente, por meio das serventias extrajudiciais, buscando fornecer uma prestação mais célere para as partes. Entretanto, apesar do propósito legítimo, é preciso atentar se esses procedimentos obedecem às relevantes garantias processuais, que, em um processo conduzido por um juiz ou juíza seriam de observância obrigatória, pelo respaldo constitucional que possuem.

Nesse sentido, a partir do método da revisão bibliográfica, é objetivo deste trabalho fazer um diagnóstico da aplicação das importantes garantias do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo, do direito ao recurso e da gratuidade da justiça de forma geral em relação aos procedimentos das serventias extrajudiciais e, em alguns pontos específicos, na Usucapião Extrajudicial (Lei n. 6.015/73) e no Projeto de Lei para a Desjudicialização da Execução Civil (Projeto de Lei n. 6.204/19) por se assemelharem mais à lógica dos procedimentos judiciais, sendo mais propícios para a análise aqui proposta.

Com isso, será constatado se as referidas prerrogativas são ou não atendidas, além de apontar para necessidades de correção e aprimoramento para que os procedimentos das serventias extrajudiciais se adequem aos preceitos constitucionais, que também devem ampará-los.

As garantias processuais nos procedimentos das serventias extrajudiciais

Com o advento da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), prevendo, em seus dispositivos, garantias processuais, como a do contraditório e a da ampla defesa, percebe-se uma constitucionalização do processo civil, de modo que ele se adequa a premissas democráticas implementadas pelo referido texto constitucional (Bahia; Nunes; Pedron; 2021, p. 348).

Dessa forma, o processo deixa de se ater, exclusivamente, a resolver conflitos e passa a objetivar, também, a proteção e o exercício dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente (Bahia; Nunes; Pedron, 2021, p. 350). Para isso, torna-se primordial a observância das garantias processuais, de cunho constitucional, que, em última instância, visam a viabilizar o respeito das prerrogativas fundamentais dos indivíduos.

Nesses termos, a Constituição de 1988 (Brasil, 1988) elenca um rol de garantias processuais que devem ser considerados nos procedimentos tanto judiciais, como administrativos, como estabelece o art. 5º, inciso LV (Brasil, 1988). Especificamente, neste trabalho, trataremos do contraditório (art. 5º, LV), da ampla defesa (art.5º, LV), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), da gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIV) e do direito ao recur-

so, princípio contido implicitamente na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Como o processo civil é constitucionalizado, segundo informado, as referidas garantias também são refletidas no Código de Processo Civil (Brasil, 2015). O art. 1º do mencionado diploma (Brasil, 2015), reflete a sua constitucionalização. O art. 4º trata da duração razoável do processo (Brasil, 2015), enquanto os arts. 9º e 10º discorrem a respeito do contraditório e da ampla defesa (Brasil, 2015). O art. 98, por sua vez, aborda a gratuidade da justiça (Brasil, 2015) e o art. 996 dispõe sobre o direito ao recurso (Brasil, 2015).

Todas essas premissas devem ser seguidas pelo juiz ou juíza que conduzir o procedimento judicial e, como visto, por ordem constitucional, devem também ser observadas nos procedimentos administrativos, como aqueles que se desenvolvem nas serventias extrajudiciais, tema deste trabalho. Desta forma, a desjudicialização não pode representar um esvaziamento das garantias processuais que as partes teriam, caso optassem pelo Poder Judiciário, mas devem ser observadas também nos procedimentos realizados pelos cartórios. É o que enfatiza Flávia Hill (2021), ao dizer que, na desjudicialização, “[...] as suas normas definidoras sejam interpretadas e aplicadas à luz das garantias fundamentais do processo” (HILL, 2021, p. 404).

Dito isso, partiremos, agora, para o diagnóstico das referidas faculdades na tramitação de causas perante as serventias, buscando constatar acertos e possibilidades de melhorias numa tendência que tem se fortalecido ao longo dos anos.

O contraditório e a ampla defesa

O contraditório, no modelo constitucional de processo, é visto a partir de um quadrinômio, isto é, abarca a informação, a reação, o diálogo e a influência, de modo que não é mais visto na perspectiva bilateral de informação e reação (Dias, 2021). Por sua vez, a ampla defesa consiste na “[...] exauriência argumentativa com todos os meios jurídicos a ele inerentes em tempo adequado pelo procedimento” (Bahia; Nunes; Pedron, 2021, p. 462).

Feita a breve e necessária exposição do contraditório e da ampla defesa, parte-se agora para a observância dessas garantias nos procedimentos das serventias extrajudiciais, especificamente na Lei da Usucapião Extrajudicial (Lei n. 6.015/73) e no Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Projeto de Lei n. 6.204/19).

O primeiro diploma legal mencionado permite o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial, feito no registro de imóveis da comarca onde está o imóvel de interesse (Brasil, 1973). Durante o seu trâmite, há abertura para o exercício do contraditório e da ampla defesa. No artigo 216-A, § 2º, o titular que não assinou a planta do imóvel ou a matrícula dos

imóveis conflitantes será notificado, pessoalmente ou pelo correio, para que manifeste o seu consentimento no prazo de quinze dias, de modo que, não o fazendo de modo expresso, seu silêncio será interpretado como concordância (Brasil, 1973). O mesmo direito de manifestação é garantido aos entes federados, assim como a qualquer interessado (este último será cientificado por edital), conforme disciplina o § 4º do art. 216-A (Brasil, 1973).

Ademais, há ainda a possibilidade de impugnação do pedido de usucapião a ser direcionado ao oficial de registro, que, diante disso, demandará que o proponente do procedimento de usucapião emende a petição inicial para que ela se adeque ao procedimento comum, que, dessa forma, será julgado pelo (a) magistrado (a) (Brasil, 1973).

Assim, neste procedimento, vê-se que há a “[...] a oportunidade de defesa do titular da propriedade [...] e, além disso, não interpõe qualquer obstáculo ao seu acesso ao Judiciário, quando se verifique lesão ou ameaça de lesão ao seu direito (Chalhub, 2014, p. 266). Ou seja, requerente, titular e interessados são informados, possuem a possibilidade de reação, há diálogo, chance de influência e meios de impugnação, refletindo o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Analisadas as mencionadas garantias no procedimento de usucapião extrajudicial (Lei n. 6.015/73), parte-se, agora, para a avaliação a respeito da incidência do contraditório e da ampla defesa no procedimento previsto pelo Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Projeto de Lei nº 6.024/19).

Primeiramente, para isso, é importante conceituar a palavra “desjudicialização”. Esta

consiste no fenômeno segundo o qual litígios ou atos da vida civil que tradicionalmente dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução passam a poder ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores [...] (Hill, 2021, p. 383).

Nestes termos, o que busca o referido projeto de lei é regular a “[...] execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais [...]” (Thronicke, 2019), atribuindo ao tabelião de protesto o exercício das funções de agente de execução (Thronicke, 2019).

A mencionada iniciativa tem inspiração na desjudicialização portuguesa (Thronicke, 2019) e visa a enfrentar os problemas da morosidade do Poder Judiciário, assim como os excessivos gastos de um procedimento judicial, como ressalta na justificativa do projeto, a Senadora Soraya Thronicke (2019). Ademais, na mesma justificativa, a Senadora enfatiza que neste procedimento

[...] é conferido o pleno contraditório e a ampla defesa, seja por

suscitação de dúvidas ou impugnação aos atos praticados pelo agente de execução que lhe possa causar gravame, bem como através de embargos à execução, que serão opostos perante o juiz de direito competente, nos termos do Código de Processo Civil. (Thronicke, 2019, p. 19)

Dito isso, cabe-nos, agora, testificar a fala da Senadora a partir da análise do procedimento em si. Neste procedimento, estando de acordo o requerimento do credor, nos termos do art. 10 (Thronicke, 2019), será o devedor citado pelo agente de execução para que pague o título. Neste momento, o polo passivo poderá pagar o débito ou impugnar por meio de embargos à execução a serem apresentados no juízo competente, que será o responsável por julgá-los (Thronicke, 2019).

Também é possível, nos termos do artigo 19 (Thronicke, 2019), que a incorreção da penhora ou avaliação seja impugnada perante o agente de execução, no prazo de 15 dias. Na situação em que o agente de execução decidir consultar o juízo competente sobre questões relacionadas ao título, ao procedimento executivo ou demandando a aplicação de medidas de força ou coerção, as partes também terão espaço para se manifestar, neste caso, ao juízo ao qual as considerações foram levantadas pelo agente, no prazo de cinco dias (Thronicke, 2019).

Dessa forma, a partir dos dispositivos mencionados, percebe-se que, neste procedimento, há a aplicação das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, isto é, há possibilidade de reação, diálogo, influência e informação, além do oferecimento de meios de impugnação que permitem a plenitude da defesa no prazo devido.

Isto porque, as partes são cientificadas dos atos, podem reagir às medidas tomadas, como se vê por meio dos embargos à execução e da impugnação da penhora e da avaliação e têm chance de diálogo e influência a partir da possibilidade de propor suas razões, vistas, por exemplo, no caso da manifestação em relação aos requerimentos feitos pelo agente da execução ao juízo competente.

Desse modo, constatada a observância das referidas garantias processuais, parte-se, agora, no próximo tópico, para a aplicação ou não da duração razoável do processo nos procedimentos das serventias extrajudiciais.

A duração razoável do processo

A duração razoável do processo está prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988 (Brasil, 1988). Neste mesmo dispositivo, reforça-se o que já viemos dizendo, de que as garantias processuais são aplicáveis não só nos procedimentos judiciais, mas também nos procedimentos administrativos. Em outros termos, os atos nas serventias extrajudiciais também devem considerar a tramitação procedimental em um tempo razoável.

Entretanto, o que se observa naqueles que prezam pela desjudicialização via cartórios é um equívoco na consideração da duração razoável do processo. Isto porque a entendem apenas pela perspectiva da celeridade, que de fato é um de seus desdobramentos, mas que não pode ser pensado de forma isolada, como acontece.

É o que se vê em Santos (2013), que diz que a “[...] razoável duração do processo relaciona-se com o princípio da celeridade processual, implicitamente encontrado na Constituição Federal Brasileira e em diversos diplomas legislativos [...]” (Santos, 2013, p. 74). Acrescenta o autor que

[...] vê-se que o serviço extrajudicial, se devidamente explorado, pode auxiliar muito aquele que dele se utiliza e, secundariamente, pode contribuir para a diminuição da expressiva quantidade de processos nas varas judiciais. Isso contribuiria muito com o **princípio da eficiência**. A prestação jurisdicional **ficaria mais célere** e adstrita àquilo que depende mesmo do juiz decidir, que depende mesmo de sentença judicial. E as situações que podem ser resolvidas por meios alternativos, como é o caso do serviço extrajudicial, poderiam ser melhores exploradas, para promover decisões à questões formais e de fácil solução, respeitando da mesma forma o princípio da eficiência (Santos, 2013, p. 92, **grifos nossos**).

Entretanto, como nos alerta Dias (2021), a duração razoável do processo não se resume à celeridade, mas consiste em se obter uma prestação jurisdicional em tempo útil com a preservação de todas as garantias processuais (Dias, 2021). Tavares (Tavares, 2006, *apud* Dias, 2021) detalha esse entendimento ao dizer que

Logo, duração razoável indica tramitação ou a prática de atos delimitada por marcos temporais com começo e fim, mas esta trilha procedimental deve ser percorrida regularmente (que é a melhor definição técnica para o termo razoável, também ligada à racionalidade procedimental). Mas o que dizer de tramitação célere? Adjetivo latino ‘celer’, que, em sentido próprio, indica ‘pronto, rápido’, e em sentido figurado indica ‘vivo’ (Faria, 1967, p. 172). No plano da Teoria do Processo Constitucionalizado, a celeridade se liga ao cumprimento do princípio da legalidade e do respeito aos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, sem quaisquer compressões ou supressões do exercício destes direitos, pelos sujeitos do processo e com observância necessária pelo próprio Estado-juiz e pelos auxiliares do juízo. Duração razoável e celeridade da estrutura técnica destinada à movimentação dos atos processuais se vinculam, portanto, ao significado de tempo, mas também, à racionalidade prática da movimentação processual, isto é, conjugação do tempo e de espaço procedimental. E para se alcançar celeridade de tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos, a norma constitucional apontou para a existên-

cia de meios que garantirão esta celeridade. Com efeito, partindo-se da estrutura do próprio sistema processual brasileiro, os meios que operacionalizam a tramitação dos procedimentos judiciais e administrativos adequados ao Direito Democrático somente são aqueles que se traduzem pela observância dos procedimentos fundantes na processualidade democrática, isto é, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do acesso gratuito e incondicionado à jurisdição, do direito ao advogado e da fundamentação racional e legítima das decisões, e, no plano da técnica, pela obediência aos prazos e formas previstos nos Códigos de procedimento civil, penal, trabalhista e demais leis infraconstitucionais [...] (Tavares, 2006, *apud* Dias, 2021).

Em outros termos, a duração razoável do processo é “[...] o tempo suficiente para obedecer ao devido processo constitucional” (Marden, 2015, p. 177). E é para isso que os procedimentos das serventias extrajudiciais devem se atentar. Entendemos a realidade assoberbada do Judiciário e também vemos como isso motiva a desjudicialização por meio dos cartórios, mas isso não significa o atendimento às demandas das partes, prezando exclusivamente pela celeridade, em detrimento de suas garantias processuais, que são imposições constitucionais aplicáveis às serventias extrajudiciais.

Assim, é preciso atentar-se para a adoção da adequada noção de duração razoável do processo nos procedimentos realizados nos cartórios, de modo a combinar a celeridade, principal justificativa para a desjudicialização, com a observância das garantias processuais, defendida neste artigo. Dito isso, partamos para o próximo tópico em que trataremos sobre a consideração da gratuidade da justiça nos atos cartorários.

A gratuidade da justiça

A gratuidade da justiça está prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXIV (Brasil, 1988), que diz sobre a prestação, por parte do Estado, de assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que não tiverem recursos (Brasil, 1988). Repercute esse preceito, o artigo 98 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015), que determina a gratuidade da justiça como um direito daqueles que não têm possibilidade de arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (Brasil, 2015).

Especificamente no § 1º, inciso IX, do artigo 98 (Brasil, 2015), estabelece-se que a gratuidade também abarca os emolumentos cartorários despendidos para efetivar decisão judicial ou dar continuidade à processo judicial em que o benefício tenha sido concedido (Brasil, 2015). Diante disso, surge uma divergência no que diz respeito à aplicação deste benefício em atos não abarcados pela hipótese do parágrafo mencionado, de modo que

[...] a leitura pura e simples do novo texto legal induz a uma res-

tritiva interpretação de que a concessão da gratuidade dos emolumentos somente é possível quando o ato notarial ou registral tiver de ser praticado em decorrência de uma decisão judicial ou em razão da continuidade de um processo judicial, não havendo tal possibilidade se o ato for inerente a um procedimento que, apesar da evidente natureza forense (como é o caso da usucapião do artigo 216-A da LRP), tiver início no próprio âmbito administrativo, independentemente de qualquer relação prévia ou posterior com a via judiciária. (Panutto; Ramalho, 2018, p. 496)

Por isso, entende alguns autores, como mostram Panutto e Ramalho, pela interpretação restritiva do referido dispositivo, não aceitando a sua aplicação para os procedimentos oriundos da desjudicialização (Panutto; Ramalho, 2018, p. 499). Ademais, aqueles que defendem a perspectiva mais estrita alegam que a ampliação da gratuidade da justiça para além do definido no artigo 98, § 1º, IX (Brasil, 2015) acabaria prejudicando economicamente os cartórios, o que afrontaria os princípios constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa, visto que se trata de uma atividade privada (Panutto; Ramalho, 2018, p. 499).

Porém, entendemos que tais argumentos não se sustentam. Primeiramente, porque a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) não impõe esse limite na concessão da gratuidade da justiça, como mencionado no artigo 5º, inciso LXXIV (Brasil, 1988). Sendo o Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015) constitucionalizado, condiz mais com a norma constitucional mencionada a interpretação do artigo 98, § 1º, IX (Brasil, 2015) de maneira a permitir a aplicação ampla deste benefício também no âmbito dos cartórios.

De modo que essa perspectiva se adequa melhor ao pretendido pela ordem constitucional e à lógica de um Estado Democrático de Direito no que diz respeito a propiciar o integral acesso à justiça pelos indivíduos (Panutto; Ramalho, 2018, p. 496). Em relação ao argumento de viés econômico, também é perceptível a sua fragilidade. Conforme salienta Panutto e Ramalho (2018, p. 503),

[...] sendo a atividade cartorária um serviço de caráter público, assim como o é a prestação jurisdicional, não se pode cogitar, sob argumento algum, que ela deixe de se submeter às políticas públicas instituidoras de gratuidade e outros mecanismos de acesso. Afinal, repita-se: os cartórios extrajudiciais não se sujeitam a um regime totalmente privado, mas sim a um regime especial, com fortes elementos de direito público. (Panutto; Ramalho, 2018, p. 503)

Assim, pela importância dos assuntos e documentos tratados pelos cartórios e por não ser integralmente submetido ao regime privado, nota-se que no que diz respeito ao seu lado econômico, principalmente, em termos

de lucro, não deve haver uma prevalência deste em detrimento da observância das garantias processuais, especialmente da gratuidade da justiça. Aqueles que prestam serviço nas serventias extrajudiciais devem se atentar para a adequada combinação entre ganhos econômicos e preservação de preceitos de ordem constitucional que também se aplicam a seus atos.

Nesta temática, há amparo jurisprudencial e legal que reforçam a nossa interpretação. Jurisprudencialmente, entende o Superior Tribunal de Justiça que a gratuidade da justiça também se aplica às serventias extrajudiciais e que a natureza privada destas entidades não afasta o seu dever de observância à referida garantia (Brasil, 2008).

Legalmente, vemos que o Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019) também acolhe nossa interpretação na medida que assegura a aplicação da gratuidade da justiça tanto em caso originário de procedimento judicial quanto naquele que se inicia integralmente nas serventias extrajudiciais, como se vê em seu artigo 5º.

Art. 5º. O beneficiário de gratuidade da justiça, quando da apresentação do título, requererá ao agente de execução que o pagamento dos emolumentos seja realizado somente após o recebimento do crédito executado.

§ 1º Se for judicial o título executivo apresentado para execução no tabelionato de protesto, o exequente terá assegurado o benefício a que se refere o caput deste artigo desde que comprove ter obtido a gratuidade da justiça no curso do processo de conhecimento.

§ 2º Sendo extrajudicial o título executivo, ou não tendo obtido o benefício de gratuidade da justiça no processo judicial, o exequente deverá comprovar que preenche os requisitos legais [...] (Thronicke, 2019).

Dessa forma, percebe-se que as serventias extrajudiciais, em seus procedimentos, devem observar a gratuidade da justiça, independentemente de esta ter sido concedida ou não em procedimento judicial, prevalecendo, aqui, a hermenêutica que melhor atenda à demanda constitucional e ao Estado Democrático de Direito. Dito isso, partamos para a análise da última garantia processual abordada neste trabalho.

O direito ao recurso

O direito ao recurso é uma garantia constitucional implícita e consiste na “[...] ‘dupla cognição do mérito’ (reanálise, reexame) da mesma controvérsia, efetuada por dois órgãos jurisdicionais diferentes” (Bahia; Nunes; Pedron, 2021, p. 549).

O anseio neste artigo é observar se esta lógica do recurso também está presente nos procedimentos das serventias extrajudiciais. O que mais se assemelha à dinâmica recursal seria a dúvida registral que, nos termos do ar-

tigo 198, VI, da Lei n. 6.015/73 (Brasil, 1973), é suscitada quando o indivíduo não se conforma com a exigência do oficial ou não consiga cumprir a demanda cartorária, de modo que seu requerimento será dirigido para que o juízo competente a resolva.

Ou seja, se durante o procedimento na serventia extrajudicial, a pessoa não concorda com o ato executado, ela pode “recorrer”, por meio da dúvida registral, para que o magistrado ou a magistrada solucionem a questão. Esta prerrogativa está presente, por exemplo, na Usucapião Extrajudicial, como determina o artigo 216-A, § 7º e § 10 (Brasil, 1973) e, também, no Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019), que permite, ainda, a possibilidade de reconsideração por parte do agente de execução, abarcado em seu artigo 21 (Thronicke, 2019).

É possível, ainda, que a sentença que resolva a dúvida registral seja alvo de recurso de apelação, sendo dirigida ao respectivo tribunal, conforme dispõe o artigo 202 da Lei de Registros Públicos (Brasil, 1973). Nestes termos, percebe-se que há, no âmbito extrajudicial, uma dinâmica semelhante à lógica recursal judicial, porém, como será demonstrado a seguir, é ainda muito limitada e, por isso, ainda não iguala as garantias processuais do procedimento judicial às iniciativas de desjudicialização.

Primeiramente, começamos com o próprio Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019), que determina em seu artigo 21, § 2º, (Thronicke, 2019) a irrecorribilidade da decisão que decide sobre a dúvida. Tal preceito contraria a lógica do direito ao recurso, uma vez que não haverá a dupla cognição por dois órgãos jurisdicionais distintos (Bahia; Nunes; Pedron, 2021, p. 549), mas se resumirá apenas ao conhecimento do juiz ou da juíza de primeira instância.

Outro problema é a consideração da natureza administrativa dos procedimentos extrajudiciais como um empecilho à utilização de recursos dirigidos ao Judiciário, como é o caso do recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o que restringe, também, a possibilidade de revisão dos atos emanados pelo oficial do cartório. É o que observamos na ementa do julgado abaixo.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA REGISTRAL. NATUREZA ADMINISTRATIVA. IMPUGNAÇÃO POR TERCEIRO INTERESSADO. IRRELEVÂNCIA. CAUSA. AUSÊNCIA. NÃO CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL.

1. O procedimento de dúvida registral, previsto no art. 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos, tem, por força de expressa previsão legal (LRP, art. 204), natureza administrativa, não qualificando prestação jurisdicional.

2. Não cabe recurso especial contra decisão proferida em proce-

dimento administrativo, afigurando-se irrelevantes a existência de litigiosidade ou o fato de o julgamento emanar de órgão do Poder Judiciário, em função atípica.

3. Recurso especial não conhecido. (Brasil, 2016)

No entanto, o que se observa, em virtude, justamente, da intensificação da desjudicialização, é o surgimento de um movimento que passa a considerar, também, a possibilidade de utilização dos recursos adotados no Poder Judiciário para recorrer de atos iniciados nas serventias extrajudiciais. O mesmo Superior Tribunal de Justiça já vem discutindo sobre tal questão neste ano de 2023.

Foi o que aconteceu em uma de suas sessões, na qual a Segunda Turma da Corte arquivou, de forma unânime, um projeto de súmula que impedia a interposição de recurso especial contra as decisões referentes à dúvida registral (Segunda..., 2023). E o argumento para isso, encabeçado pelo Ministro Raul Araújo, seria de uma suposta contradição entre o aumento e o incentivo à desjudicialização com a restrição no uso da via recursal para controlar a legalidade dos atos praticados nas serventias extrajudiciais (Segunda..., 2023). É o que diz, em síntese, o Ministro.

Parece inoportuno avançar o autorizado acervo sumular desta Corte Superior no sentido de impedir, com base em concepções talvez já ultrapassadas, que, do procedimento de dúvida registral, possa ser interposto recurso especial, mesmo quando devidamente judicializado, ostentando clara litigiosidade [...]. (Segunda..., 2023).

Nesses termos, observa-se que há possibilidade revisional nos procedimentos extrajudiciais que se assemelha à lógica recursal que conhecemos. Porém, há espaço para que o direito ao recurso, neste cenário, possa ser aprimorado, primeiro, com a ampliação das possibilidades recursais, o que não há, por exemplo, no Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019), que diz ser a sentença que resolve a dúvida registral incorrível, contrariando o direito à dupla cognição por órgãos jurisdicionais distintos. E segundo, ainda se permite pouco a utilização de recursos adotados no âmbito do Judiciário, como o recurso especial, para os procedimentos extrajudiciais, o que confronta a garantia constitucional implícita do direito ao recurso e retrocede no controle de legalidade de uma desjudicialização cada vez mais intensa.

Conclusão

Como vimos ao longo deste trabalho, o Poder Judiciário enfrenta uma sobrecarga de processos e uma dificuldade para solucioná-los dentro de um tempo razoável. Diante disso, intensificam-se as iniciativas de desjudicialização, como a transferência de procedimentos judiciais para as serventias ex-

trajudiciais, com o intuito de oferecer às partes a resolução de seus conflitos de forma mais célere. Entretanto, essa transferência não pode representar uma perda de garantias processuais que seriam observadas nos processos judiciais. Conforme ilustra o texto constitucional (Brasil, 1988), as prerrogativas de cunho processual devem também ser aplicadas aos procedimentos administrativos, de modo que, em outras palavras, a desjudicialização que se dá nos cartórios também está condicionada à observância destas garantias.

Dito isso, foi intuito deste artigo realizar um diagnóstico no sentido de aferir o atendimento ou não de cinco garantias processuais com respaldo constitucional: o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo, a gratuidade da justiça e o direito ao recurso, nos procedimentos conduzidos pelas serventias extrajudiciais.

Em relação ao contraditório e a ampla defesa, a análise foi feita nos procedimentos da Usucapião Extrajudicial (Brasil, 1973) e no Projeto de Lei para a Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019), visto que essas duas vias oferecem um campo de estudo mais propício para analisar as duas mencionadas garantias. Nesse sentido, percebemos que elas são observadas nos referidos diplomas, uma vez que eles possibilitam a reação, o diálogo, a informação, a influência e fornecem meios e espaço para a impugnação, de modo que as partes são cientificadas dos atos realizados pelo oficial cartorário e podem reagir às medidas tomadas por ele, a partir do uso de embargos à execução e da impugnação à penhora, por exemplo. Ademais, também está presente o diálogo e a influência quando se observa que há espaço nos mencionados procedimentos para que os sujeitos possam propor suas razões concretizadas nas manifestações direcionadas às exigências feitas pelos tabeliões das serventias.

No que diz respeito à duração razoável do processo, o que vemos é a adoção de uma perspectiva equivocada de seu conceito. Como vimos, há uma ênfase na celeridade dos procedimentos, sendo este um dos principais motivadores da desjudicialização. Porém, clamar pela duração razoável do processo não se resume à atos realizados de forma célere, mas sim à articulação da celeridade com a possibilidade temporal adequada para o exercício das prerrogativas do processo constitucionalizado.

Em relação à gratuidade da justiça, garantida constitucionalmente e refletida no Código de Processo Civil em seu artigo 98 (Brasil, 2015), deve-se prezar por uma interpretação ampla que se adequa melhor à Constituição de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da brasileira. Por mais que o artigo 98, § 1º, IX (Brasil, 2015), disponha sobre o benefício aplicável aos emolumentos que se refiram à efetividade da decisão judicial ou para dar continuidade ao processo judicial em que a gratuidade tenha sido concedida, entender por sua interpretação restritiva repercute, também, numa restrição da gratuidade da justiça que não foi feita pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Ademais, deve-se lembrar que o Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015) enfatiza a sua constitucionalização, o que reforça o nosso posicionamento a respeito da observância ampla da gratuidade da justiça. Também não se sustenta a consideração de argumentos econômicos no sentido de que a concessão do referido benefício prejudicaria financeiramente os cartórios. Como dito, as serventias extrajudiciais não se limitam ao regime de direito privado somente, mas representam, ainda, o exercício de um relevante serviço público, de modo que se torna necessário muito além do aspecto do viés econômico a articulação com o respeito à garantia da assistência judicial gratuita.

Por sua vez, sobre o direito ao recurso, observamos uma lógica semelhante do procedimento da dúvida registral, de modo que o indivíduo, caso não satisfeito com a exigência do oficial ou na impossibilidade de cumprir a demanda solicitada pode propor a dúvida que será julgada pelo juízo competente por meio de sentença. No caso da Usucapião Extrajudicial (Lei 6.015/73), é possível, também, recorrer da mencionada sentença por meio da apelação. Porém, no caso do Projeto de Lei para a Desjudicialização da Execução Civil (Thronicke, 2019) não há essa possibilidade recursal, sendo a sentença irrecorrível e, representando, assim, uma limitação ao direito ao recurso, que pressupõe a revisão das decisões por dois órgãos jurisdicionais.

Além disso, ainda se pensa que a natureza administrativa dos procedimentos conduzidos pelas serventias extrajudiciais seria um entrave para o manejo de recursos no Poder Judiciário, como se posiciona o Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial, o que torna precário o controle de legalidade dos atos praticados pelo oficial cartorário.

Apesar disso, o que se vê é uma abertura para uma mudança de cenário na medida que a desjudicialização se intensifica, observando-se o amadurecimento da ideia de utilização dos recursos julgados pelo Judiciário a partir de atos advindos dos procedimentos das serventias extrajudiciais, atendendo, aos poucos, a uma necessidade de aprimorar a possibilidade recursal neste âmbito com o intuito de controlar constitucionalmente e legalmente as práticas cartorárias.

Nesse sentido, conclui-se que, em certa medida e no que diz respeito às garantias processuais aqui analisadas, há obediência aos seus preceitos, porém, para que melhor se adeque às prerrogativas de cunho processual respaldadas pela Constituição de 1988 (Brasil, 1988), ainda há espaço para correções e melhorias.

Referências

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://>

www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ leis/ l6015compilada.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: DF, Presidência da República [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ _ato2015-2018/ 2015/ lei/ l13105.htm. Acesso em: 6 jun. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Informativo nº 364.** Assistência judiciária. Registro imobiliário. Relatora: Ministra Eliana Calmon, 19 ago. 2008. Brasília: STJ, 2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/ jurisprudencia/ externo/ informativo/ ?acao= pesquisar&livre= %22RMS%22+-com+%2226493%22>. Acesso em: 31 maio 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.570.655/GO.** Recurso especial. Direito administrativo. Procedimento de dúvida registral. Natureza administrativa. Impugnação por terceiro interessado. Irrelevância. Causa. Ausência. Não cabimento de recurso especial. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 23 nov. 2016. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/ dl/ acordao-registro-resp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CHALHUB, Melhim Namem. **Usucapião administrativa.** Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p. 233-274, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ index.php/ rdc/ article/ view/ 10973/8683>. Acesso em: 5 jun. 2023.

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 24 maio de 2023.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 4 ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Del Rey, BVU, 2021. *Ebook*.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais:** pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 22, n.1, p. 379-408, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ index.php/ redp/ article/ view/ 56701>. Acesso em: 31 maio 2023.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo:** o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá. 2015.

PANUTTO, Peter; RAMALHO, Hugo Wingeter. **A gratuidade no procedimento da usucapião extrajudicial como forma de acesso à justiça.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), Bebedouro, v.6, n.2, p. 486-508, 2018. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/ revista/ index.php/ direitos-sociais- politicas-pub/ article/ view/ 351>. Acesso em: 31 maio 2023.

SANTOS, Maria Christina dos. **O serviço notarial como forma de desafogar o Poder Judiciário:** uma análise sob a perspectiva dos tabelionatos de protesto de

títulos. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/tede/mariachristina3dos4santospdf>. Acesso em: 30 maio 2023.

SEGUNDA seção prestigia desjudicialização ao arquivar projeto de súmula que impedia recurso em dúvida registral. STJ: Notícias, Brasília, 10 mar. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10032023-Segunda-Secao-prestigia-desjudicializacao-ao-arquivar-projeto-de-sumula-que-impedia-recurso-em-duvida-registral.aspx>. Acesso em: 16 jun. 2023.

THRONICKE, Soraya. **Projeto de Lei nº 6.204/19**. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e de 13.105 de 16 março de 2015- Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 31 maio 2023.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 7 VIII CIDHCoimbra 2023

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-091-7



9 786551 104091 7

