



Fernando da Silva Cardoso
Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo
Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha
(Orgs.)



& Interdisciplinaridade Direito Vol. 2

Reflexões teóricas e empíricas





A interdisciplinaridade materializa movimentos de caráter epistêmico e político que resistem a visões míopes do saber. É a partir da aproximação, tensionamento e confluência entre diferentes áreas e perspectivas teórico-metodológicas que a produção interdisciplinar do conhecimento é afirmada. Assim, o confluir de abordagens presentes nos capítulos que compõem esta obra reafirmam e impulsionam a presença (e a necessidade) de leituras interdisciplinares no campo do direito. São investigações que valorizam e ressaltam olhares externos ao próprio direito como forma de qualificar as reflexões e achados.



editora  fi.org



Interdisciplinaridade e Direito
Volume 2: Reflexões teóricas e empíricas

Interdisciplinaridade e Direito

Volume 2

Reflexões teóricas e empíricas

Organizadores:

Fernando da Silva Cardoso

Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo

Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CARDOSO, Fernando da Silva; D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes; CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da (Orgs.)

Interdisciplinaridade e direito, volume 2: reflexões teóricas e empíricas [recurso eletrônico] / Fernando da Silva Cardoso; Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo; Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

378 p.

ISBN - 978-65-81512-75-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Interdisciplinaridade; 2. Direito; 3. Brasil; 4. Pesquisa; 5. Sociedade; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação.....	11
Fernando da Silva Cardoso	
Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo	
Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha	

Parte I

Teoria do direito e transdisciplinaridade

1.....	18
Ocupação Marielle Franco: feminização da pobreza e protagonismo de mulheres na luta pela moradia	
Maria Luiza P. Gonçalves	
Luiza M. Barros Alves	
Clarissa Marques	
2.....	35
“A minha alucinação é suportar o dia a dia e meu delírio é a experiência com coisas reais”: experiência e vivência femininas como paradigmas metodológicos possíveis na construção de uma episteme feminista	
Maria Beatriz Dias de Medeiros	
Maria Rita Barbosa Piancó Pavão	
3.....	51
A defesa de direitos e as ações governamentais para a população LGBT no Brasil	
Lucivânio Cesário da Silva	
Ricardo Severino de Oliveira	
4.....	70
Um lamento ao redor do Velho Chico: por onde anda o direito à saúde?	
Gabriel da Silva	
Giselle Oliveira Santos	
Suely Emilia de Barros Santos	

5	85
Direito à terra e a proteção da memória ancestral quilombola	
Ana Raquel Delgado Jardim Jucá	
Ariclenes Barbosa de Araujo	
6	103
Apontamentos fotográficos: o panorama das violações dos direitos fundamentais da população em situação de rua na cidade de Arcoverde	
Laerte Lino Lopes	
7	126
“Quem vê só um lado do mundo só sabe uma parte da verdade”: Rafael Braga e os elementos criminológicos e retóricos de uma sentença anunciada	
Rodrigo Lima Freire Mariz	
8	147
O cenário de produção do conhecimento sobre educação em direitos humanos na ANDHEP (2012 - 2016)	
Roberta Rayza Silva de Mendonça	
Natália Oliveira Melo	
9	161
Democracia participativa: limites e amarras na Constituição Federal de 1988	
Patrick Campos Araújo	

Parte II

Estudos contemporâneos sobre a dogmática jurídica

10.....	182
A (in)compatibilidade do <i>pacta sunt servanda</i> nos contratos de trabalho com empregados hipersuficientes	
Nívea Bethânia Correia da Silva	
Ciro Alencar de Amorim	
Kilma Galindo do Nascimento	
11	201
Da distinção do bem jurídico da hipótese de <i>lege ferenda</i> do financiamento ilícito partidário e do crime de corrupção passiva	
Cauê Varjão de Lima	
Fernando Andrade Fernandes	
12.....	220
Inquirição premial: os limites da discricionariedade do Ministério Público nos procedimentos de delação premiada	
Danilo Henrique de Sousa Melo	

13.....	246
Acesso jurídico à autocomposição: um estudo a respeito das desigualdades de gênero e suas implicações nas demandas cíveis do CEJUSC de Arcoverde	
Maria Clara de Souza Soares	
Solon Ivo Cordeiro Neves de Almeida	
14.....	272
Estudo sobre a constituição de união poliafetiva por meio da análise do direito de família mínimo e os princípios que regem a relação familiar	
Paula Santiago Soares	
15.....	295
Infidelidade virtual: conjugando o verbo tindar, entre outros	
George Andre Lando	
Isabele Moraes D'Angelo	
16.....	310
O ensino religioso nas escolas públicas e o princípio da laicidade estatal: Uma análise da ADI n.º 4.439/DF e o seu impacto nas escolas públicas municipais	
Luana Laiane dos Santos	
Angelika Souza V. da Costa	
17.....	330
O trabalho em condições análogas a escravo do imigrante: análise da atuação do Estado brasileiro	
Valéria Feitoza da Silva	
18.....	346
Monitoramento, ambiente de trabalho e violação de direitos: as repercussões da má condução do monitoramento e as violações dos direitos a dignidade, intimidade e privacidade	
Kelly Mendes de Alcântara	
André Martins de Oliveira	
19.....	360
A necessidade da análise da lei de anistia e do Caso Gomes Lund para a implementação de uma justiça de transição no Brasil	
Gustavo Leite Neves da Luz	
Jorge Yuri Souza Aquino Leite Rodrigues Lins	
Maria Eduarda Henrique Mascarenhas	
Sobre as(os) autoras(es).....	374

Apresentação

Fernando da Silva Cardoso

Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo

Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha

A interdisciplinaridade materializa movimentos de caráter epistêmico e político que resistem a visões míopes do saber. É a partir da aproximação, tensionamento e confluência entre diferentes áreas e perspectivas teórico-metodológicas que a produção interdisciplinar do conhecimento é afirmada. Assim, o confluir de abordagens presentes nos capítulos que compõem esta obra reafirmam e impulsionam a presença (e a necessidade) de leituras interdisciplinares no campo do direito. São investigações que valorizam e ressaltam olhares externos ao próprio direito como forma de qualificar as reflexões e achados.

O capítulo intitulado *“Ocupação Marielle Franco: feminização da pobreza e protagonismo de mulheres na luta pela moradia”*, escrito por Maria Luiza P. Gonçalves, Luiza M. Barros Alves e Clarissa Marques, abre a primeira parte da obra. As autoras, a partir de um olhar crítico, investigam as relações entre gênero, pobreza, déficit habitacional e protagonismo feminino na militância por moradia digna na cidade do Recife. Para tanto, apresentam um estudo da Ocupação Marielle Franco, localizada no centro da cidade do Recife, procurando compreender o vínculo entre as referidas vulnerabilidades sociais e a liderança política feminina neste processo de luta.

Maria Beatriz Dias de Medeiros e Maria Rita Barbosa Piancó Pavão em *“A minha alucinação é suportar o dia a dia e meu delírio é a experiência com coisas reais’: experiência e vivência femininas como paradigmas metodológicos possíveis na construção de uma episteme feminista”* lançam

mão da metodologia do sensível, proposta por Maffesoli (1998), para compreender a experiência feminina enquanto um paradigma científico revolucionário. Assim, como forma de cogitar a construção de uma epistemologia feminista emancipadora, as autoras questionam a ciência moderna, de modo a demonstrar sua gênese sexista e excludente. Problematizam o contexto pós-moderno para então destacar a diferença e as visões não essencialistas do sujeito como princípios importantes ao referido quadro.

“*A defesa de direitos e as ações governamentais para a população LGBT no Brasil*” é um estudo questionador. Lucivânio Cesário da Silva e Ricardo Severino de Oliveira interrogam sobre quais as dificuldades para a implantação de leis e ações governamentais de promoção e proteção social para a população LGBT no Brasil. Analisam, transversalmente, os percalços deste processo de lutas e questionam os rumos da proteção social deste grupo no Brasil.

Contando a experiência sobre ações extensionistas voltadas ao cuidado, numa interface com o direito à saúde, Gabriel da Silva, Giselle Oliveira Santos e Suely Emília de Barros Santos problematizam como a população vulnerabilizada com o impacto da transposição do Rio São Francisco, em Sertânia, Pernambuco, convive com as repercussões deste empreendimento. O texto intitulado “*Um lamento ao redor do Velho Chico: por onde anda o direito à saúde?*” perfaz um importante panorama sobre a saúde da população deste município, expresso no sofrimento trazido pela violação de direitos, no adoecimento e na escassez de serviços de saúde.

O estudo “*Direito à terra e a proteção da memória ancestral quilombola*”, de Ana Raquel Delgado Jardim Jucá e Ariclones Barbosa de Araújo, problematiza o direito à terra e a proteção da memória ancestral quilombola como aspectos fundantes para a efetivação da preservação dessas comunidades. Para tanto, a investigação discute a demarcação de terras, tal como prevista no artigo 68 dos ADCT, sob o viés e a importância de situar a memória ancestral quilombola enquanto elemento interpretativo e jurídico estruturante deste processo.

Laerte Lino Lopes em *“Apontamentos fotográficos: o panorama das violações dos direitos fundamentais da população em situação de rua na cidade de Arcoverde”* aborda o panorama da concretização de direitos da população em situação de rua na cidade de Arcoverde, Pernambuco. Para tanto, retoma a imagem enquanto instrumento não apenas de caráter metodológico, mas também poético e vivificador do diálogo entre o pesquisador, o transmissor e o expectador.

O capítulo apresentado Rodrigo Lima Freire Mariz, *“Quem vê só um lado do mundo só sabe uma parte da verdade”*: *Rafael Braga e os elementos criminológicos e retóricos de uma sentença anunciada*”, situa como a retórica opera para efetivar a seletividade penal no caso Rafael Braga. O autor questiona sobre como o sistema penal atual, a partir de um forte uso de elementos retóricos, consoma a seletividade e a exclusão no caso em questão.

Em *“O cenário de produção do conhecimento sobre educação em direitos humanos na ANDHEP (2012 - 2016)”* Roberta Rayza Silva de Mendonça e Natália Oliveira Melo apresentam qual o panorama dos estudos sobre educação em direitos humanos no âmbito da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-graduação (ANDHEP), entre os anos de 2012 e 2016. As autoras procuram enfatizar como a EDH vem se desenvolvendo no campo científico em questão e o papel significativo desta área no processo de promoção dos direitos humanos.

A análise da democracia como forma de Governo, da democracia participativa e a insuficiente regulamentação dos institutos de participação direta na Constituição Federal de 1988 são o cerne do texto escrito por Patrick Campos Araújo, intitulado *“Democracia participativa: limites e amarras na Constituição Federal de 1988”*. O autor discute o exercício da democracia participativa, por meio do plebiscito e do referendo, problematizando o gatilho constitucional que submete à vontade soberana do povo ao consentimento e aprovação do Congresso Nacional.

Nívea Bethânia Correia da Silva, Ciro Alencar de Amorim e Kílma Galindo do Nascimento inauguram a segunda parte da obra. O capítulo

intitulado “*A (in)compatibilidade do pacta sunt servanda nos contratos de trabalho com empregados hipersuficientes*” aborda como o *pacta sunt servanda* está presente nas relações contratuais dos empregados hipersuficientes e as vulnerabilidades trazidas para o trabalhador. Para tanto, observando este cenário a partir da reforma trabalhista, ressaltam de que forma a nova legislação é responsável pela criação da classe de empregados considerados hipersuficientes e como esse novo fato pode afetar a proteção do empregado.

A prática de financiamento de partidos políticos como hipótese equiparada ao crime de corrupção é o assunto central do estudo “*Da distinção do bem jurídico da hipótese de lege ferenda do financiamento ilícito partidário e do crime de corrupção passiva*”, apresentado por Cauê Varjão de Lima e Fernando Andrade Fernandes. Os autores fazem atenção à hipótese de *lege ferenda* de tipificação do crime de financiamento de campanhas eleitorais no âmbito penal, cuja definição não é clara no ordenamento jurídico brasileiro. Destacam que este aspecto causa confusão quando se trata de delitos semelhantes, principalmente em relação ao crime de corrupção passiva.

O acordo de colaboração premiada e suas delimitações, sobretudo na esfera da justiça criminal negocial e as atuais atribuições normativas atinentes ao *parquet*, são o objeto de discussão de Danilo Henrique de Sousa Melo em “*Inquisição premial: os limites da discricionariedade do Ministério Público nos procedimentos de delação premiada*”. O autor busca analisar a discricionariedade do Ministério Público, em seu papel negociador, nos procedimentos da delação premiada. Destaca, também, a repercussão do referido debate no cenário político dos três poderes, na atualidade brasileira.

O capítulo intitulado “*Acesso jurídico à autocomposição: um estudo a respeito das desigualdades de gênero e suas implicações nas demandas cíveis do CEJUSC de Arcoverde*”, é uma investigação empírica feita na Comarca de Arcoverde, Pernambuco, a respeito da influência exercida pelo referido Centro Judicial para com o acesso jurídico da sociedade local,

tendo-se como foco as mulheres. Escrito por Maria Clara de Souza Soares e Solon Ivo Cordeiro Neves de Almeida, o estudo destaca, sob o viés de um direito fundamental, o acesso à justiça, os significados da atuação deste Centro e suas repercussões para as demandas das mulheres.

Paula Santiago Soares apresenta em *“Estudo sobre a constituição de união poliafetiva por meio da análise do Direito de Família mínimo e os princípios que regem a relação familiar”* a possibilidade de constituição de união estável por aqueles que compõem relações poliafetivas. A autora baseia-se na aplicação do Estado Mínimo no direito de família, por meio da autonomia privada, para propor a garantia e o respeito de tal condição familiar.

O capítulo intitulado *“Infidelidade virtual: conjugando o verbo tindar, entre outros”*, escrito por George André Lando e Isabele Moraes D’Angelo ressaltava a infidelidade virtual a partir do uso de aplicativos e suas repercussões para o direito. É uma pesquisa inquietadora sobre a infidelidade conjugal, antes cometida clandestinamente no mundo real, e as feições que ganha com o advento da internet, sobretudo quanto à abordagem jurídica de tais contendas.

“O ensino religioso nas escolas públicas e o princípio da laicidade estatal: uma análise da ADI n.º 4.439/DF e o seu impacto nas escolas públicas municipais”, apresentado por Luana Laiane dos Santos e Angélica Souza V. da Costa, aborda a repercussão que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal pode gerar no ambiente escolar da rede pública de ensino. As autoras interrogam sobre o ensino religioso nas escolas públicas em cotejo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439/DF. Discutem, sobretudo, se a posição da Suprema Corte sobre o ensino religioso de modo confessional viola o princípio da laicidade.

Valéria Feitoza da Silva em *“O trabalho em condições análogas à de escravo do imigrante: análise da atuação do Estado brasileiro”* debate a atuação do Estado brasileiro no combate ao trabalho em condições análogas à escravo e ao qual estão submetidas pessoas em condição de imigrantes. A autora põe em xeque a suposta desobrigação do Estado em

fornecer trabalho, acesso a uma profissão e outros direitos trabalhistas, considerando a gravidade da violação de direitos ocasionada pelo trabalho escravo contemporâneo a este grupo.

Buscando demonstrar as repercussões da má condução do monitoramento laboral, suas violações e a necessidade de um olhar direcionado a esta questão neste ambiente, Kelly Mendes de Alcântara e André Martins de Oliveira em *“Monitoramento, ambiente de trabalho e violação de direitos: as repercussões da má condução do monitoramento e as violações dos direitos a dignidade, intimidade e privacidade”* abordam quais as penalidades para quem, através de condição de superioridade hierárquica, comete tais violações de direitos. Destacam como essas situações desrespeitam não apenas a opinião, a cultura e a religião, mas também direitos ligados à intimidade e à privacidade.

Por fim, em *“A necessidade da análise da Lei de Anistia e do caso Gomes Lund para a implementação de uma Justiça de Transição no Brasil”* Gustavo Leite Neves da Luz, Jorge Yuri Souza Aquino Leite Rodrigues Lins e Maria Eduarda Henrique Mascarenhas demonstram a importância da memória em relação aos crimes cometidos durante a ditadura militar no Brasil. Criticam a leitura feita a partir da Lei nº 6.883 de 1979, Lei da Anistia, com base no caso “Gomes Lund e Outros”, que levou à condenação do Estado Brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos por responsabilidade dos crimes cometidos por agentes do Estado na Guerrilha do Araguaia.

Parte I

Teoria do direito e transdisciplinaridade

Ocupação Marielle Franco: feminização da pobreza e protagonismo de mulheres na luta pela moradia

Maria Luiza P. Gonçalves

Luiza M. Barros Alves

Clarissa Marques

Introdução

O presente trabalho tem como objeto a Ocupação Marielle Franco, iniciada em 19 de março de 2018 no Edifício Sulamérica, localizado no centro do Recife, no bairro de Santo Antônio. O imóvel desocupado há mais de vinte anos, acumula dívidas de impostos que somam aproximadamente R\$1,6 milhão. A escolha do edifício para ocupação não foi por acaso, posto que apesar de estar situado em um local privilegiado, comercial e caracterizado pela grande movimentação de pessoas durante o dia, o bairro desponta nas estatísticas como alvo de grande abandono, que de acordo com a Habitat para Humanidade, chega a quase metade dos imóveis construídos.

A questão norteadora desta pesquisa foi: como a desigualdade socioeconômica entre os gêneros influencia no processo de protagonismo feminino na luta pela moradia? Nesse sentido, a indagação buscou desvendar como a situação de pobreza, que atinge mais diretamente as mulheres, impulsiona esses sujeitos a atuarem na militância em busca da efetivação do direito básico à moradia, mais especificamente no caso da Ocupação

Marielle Franco, que figura como uma referência de resistência e representatividade.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral investigar a relação entre feminização da pobreza e déficit habitacional, tendo como objeto de análise a Ocupação Marielle Franco. Sabendo que as relações de gênero são pautadas na desigualdade e que ganham potência quando associadas a questão de raça, as mulheres buscam subverter essa lógica ocupando lugares de fala e resistência. Dessa forma, os objetivos específicos são compreender o vínculo entre a situação de vulnerabilidade social e o sexo feminino, e, com isso, observar como ocorreu o processo de protagonismo das mulheres na luta pela moradia.

Para que os objetivos fossem alcançados, esse estudo fez uso da pesquisa exploratória, onde habitualmente se desenvolve sobre levantamentos bibliográficos e documentais, além do estudo de caso (GIL, 2008). Os estudos exploratório e descritivo-explicativo também foram utilizados na medida em que procurou-se compreender melhor o funcionamento da Ocupação Marielle Franco e, dessa forma, contribuir para a formação de conhecimentos, assim como analisar o que levou a existência desse fenômeno. Assim, para Gil (2008, p. 47) “As pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias [...]”.

Dessa maneira, em uma cidade em que 60 mil pessoas são atingidas pelo déficit habitacional, este trabalho se justifica pela importância de discutir os processos de urbanização e periferização das classes pobres. Ainda, analisar os dados de pobreza e gênero é compreender com maior profundidade as ramificações do machismo e da exploração das mulheres. Por fim, em um momento onde as demandas femininas e outras questões que envolvem as minorias estão em crescente discussão, debater o protagonismo do sexo feminino na luta pela moradia é imprescindível e, assim, pesquisar sobre a Ocupação Marielle Franco é dar visibilidade ao feminismo presente nesse espaço.

A partir disso, foi possível conceber que dentro do sistema patriarcal, mulheres estão em situação de inferioridade em relação aos homens, e isso se aplica também ao que diz respeito à pobreza. Portanto, mulheres, em sua maioria negras, acabam por chefiar suas famílias e serem responsáveis economicamente pelo lar, em consequência disso, tornam-se lideranças na busca por direitos como moradia. A Ocupação Marielle Franco é uma resposta a conjuntura de opressão machista, pois é construída por mulheres e reforça uma organização baseada nas experiências desse gênero. Esse espaço, localizado na parte central da capital de Pernambuco, se tornou símbolo de resistência feminina não só contra o machismo, mas combatendo o racismo, classismo e outras violências sociais.

“Eu quero uma casa pra criar meus filhos”: um debate sobre gênero e pobreza

Nas últimas décadas houve uma evolução na ideia de pobreza, que ganhou novas dimensões a serem consideradas: desigualdade, exclusão social e vulnerabilidade. O primeiro aspecto figura como o principal causador da pobreza, na medida em que impossibilita a inserção dos sujeitos no sistema econômico, gerando desigualdade de renda, de acesso, de meios e de detenção de ativos. Esse processo desencadeia a exclusão social, que se configura como a perda de identidade do indivíduo, através da quebra de laços comunitários e sociais, levando-o a ser rejeitado socialmente. Ademais, a vulnerabilidade desponta como consequência direta dos processos anteriores, aproximando grupos de situações de risco (MELO, 2004).

Dessa forma, para além de uma compreensão individual, a pobreza deve ser entendida enquanto fenômeno multidimensional. Simplificar esse debate à quantificação dos recursos financeiros obtidos pelos indivíduos que compõem a estrutura social é altamente reducionista e ineficaz. Assim, a análise da pobreza não investiga apenas a situação econômica dos sujeitos, mas entende o cenário como resultado de um processo gradual

de exclusão social, cultural e política, refletindo as complexidades da contemporaneidade.

A incidência da pobreza, considerada em toda a sua plenitude, por sua vez, tem seu alvo delimitado por uma série de circunstâncias historicamente alinhadas e que necessitam ser analisadas conjuntamente. Nesse sentido, para entender as situações de opressão, é necessária a análise interseccional dos critérios de raça, gênero e classe, que materializam as relações de poder que se somam para estruturar experiências de exploração vivenciadas. Acerca da abordagem interseccional:

A interseccionalidade remete a uma teoria transdisciplinar que visa apreender a complexidade das identidades e das desigualdades sociais por intermédio de um enfoque integrado. Ela refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais (BILGE, 2009, p. 70 apud HIRATA, 1987, p.25)

Dessa maneira, no que tange à realidade social, e conforme destaca Heleieth Saffioti (1997), o poder permanece sendo “macho, rico e branco”, fruto de um sistema de dominação patriarcal-capitalista-racista. Ainda, conforme destaca a autora, esses três caracteres “entrelaçam-se de modo a formar um nó”, ressaltando a essência simbiótica da atuação desses elementos, que atuam paralelamente e sem hierarquização.

Assim, em uma análise sobre os aspectos da pobreza e os grupos mais atingidos socialmente, é possível conceber que ela tem um gênero definido: o feminino. Então, compreender as relações de gênero é descortinar, também, as relações de exploração de homens sobre mulheres. Com isso, a busca pelo entendimento do tema parte de uma perspectiva relacional, conectando o contexto do feminino ao caráter único de inferioridade patrimonial que permeia suas vivências na cidade.

A categoria de gênero se configura enquanto elemento chave para a análise da relação das mulheres com o contexto social que as cerca. Através dessa ferramenta conceitual podemos perceber os fundamentos da desigualdade que desencadeia processos de exclusão sofridos por esses sujeitos. De acordo com Mariano (2008, p. 13):

Gênero, como categoria analítica elaborada no interior dos estudos feministas, tem a função de colocar luz sobre as diferentes posições ocupadas por homens e mulheres nos diversos espaços sociais, dando destaque ao modo como as diferenças construídas socialmente resultam em critérios de distribuição de poder, portanto, em como se constroem as relações de subordinação.

O exposto ganha uma conformação mais precária quando se considera a parte da população negra. Dados levantados pelo IPEA, através do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, expõem que as mulheres negras são 55,6 milhões, bem como chefiam 41,1% das famílias e recebem, em média, 58,2% da renda das mulheres brancas, de acordo com dados de 2015. Se retira desse apontamento que, na esteira do sistema escravocrata, a parcela feminina negra da população encontra-se ainda mais vulnerável que a branca, ocupando o lugar mais baixo da pirâmide social.

É possível verificar, ainda, que as negras e pardas são mais diretamente atingidas pela violência letal. Conforme o relatório “Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais”, lançado pelo Instituto de pesquisa Data Senado, a cada 100 mil mulheres, a taxa de homicídios de brancas em 2015 era de 3,0, enquanto a de negras e pardas era de 5,2. No estado de Pernambuco essa divergência é ainda mais patente e, enquanto as brancas registraram 2,1 em feminicídios, as negras e pardas eram 6,2.

A partir dessa abordagem, resta evidente o processo de feminização da pobreza, perspectiva que sugere um movimento de pauperização feminina crescente ao longo dos últimos anos, e toma proporções mais graves quando incide o critério racial. Nesse sentido, consoante Costa et al. (2005, p. 8):

O termo feminização da pobreza foi utilizado pela primeira vez, em 1978, pela socióloga norte-americana Diana Pearce com o objetivo de retratar a tendência nos Estados Unidos da América (EUA), de aumento da proporção de mulheres entre os pobres e também do crescimento do número de indivíduos em famílias chefiadas por mulheres entre os pobres.

Em decorrência desses termos estruturais, a inserção das mulheres no mercado de trabalho sofre com diversos percalços. De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) trimestral, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no fim de 2017 o nível de inserção no mercado de trabalho dos homens foi estimado em 64,5% e o das mulheres, em 45,4%.

Uma vez superado o desemprego, ainda precisam lidar com a desigualdade salarial, que de acordo com IBGE chega a cerca de 30%. Da mesma maneira, sofrem com a dupla jornada de trabalho, consequência da má distribuição de tarefas domésticas e no cuidado com os filhos, assim como com elevadas jornadas de trabalho, pouca qualificação, baixa proteção social e trabalho informal. Assim, não obstante a sua integração na produção social dos bens, ainda estão relegadas, em grande parte, a empregos com alto grau de vulnerabilidade, caracterizados pela precariedade e instabilidade que propulsionam a pobreza feminina.

“Eu moro na favela, na beira da maré em meio a ratos e baratas”: déficit habitacional e direito à moradia

A moradia é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal e, nesses termos, configura elemento necessário para a concretização da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como imprescindível questão para o pleno exercício da cidadania. Ainda, é coletivo e está distante de ser um direito individual na medida que somos nós que exercemos suas transformações e mudanças. Também conhecido como “positivo” ou “prestacional”, é um direito social, da segunda dimensão e, portanto, cobra do Estado a sua efetivação.

Sua importância é ressaltada pelo Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), que regulamenta o capítulo de política urbana da Constituição, fazendo incidir sobre ele interesses em “prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental” (FIORILLO, 2005, p. 38). Assim, esta lei exige que os planos diretores das cidades reflitam as particularidades socio-territoriais inerentes a cada município através de um sistema participativo que deve ocorrer em espaços públicos de cada lugar (ROLNIK, 2015).

No entanto, diante da realidade brasileira, os processos de ocupação dos centros urbanos são marcados por um intenso conflito no qual as classes mais baixas não têm a concretização do direito habitacional. Historicamente, a urbanização foi e continua sendo fruto do sistema capitalista e teve um crescimento acelerado a partir da década de 60-70, quando houve um grande processo de êxodo rural. Assim, conforme Rolnik (1995, p. 12):

O espaço urbano deixou assim de se restringir a um conjunto denso e definido de edificações para significar, de maneira mais ampla, a predominância da cidade sobre o campo. Periferias, subúrbios, distritos industriais, estradas e vias expressas recobrem e absorvem zonas agrícolas num movimento incessante de urbanização. No limite, este movimento tende a devorar todo o espaço, transformando em urbana a sociedade como todo.

Como parte disso, a expansão do mercado imobiliário e a utilização da exploração da força de trabalho dos pobres contribuíram para o processo de favelização. Desse modo, surgiram grandes problemas urbanos, e classes mais baixas foram realocadas em periferias ou permaneceram em habitações precárias nos centros das cidades. Outrossim, o território está segregado por muros invisíveis e visíveis, e as relações entre cidade e poder são, portanto, uma forma de organização política. Como resultado, é possível conceber que todo espaço ocupado pelo ser humano é um produto socialmente construído e dinamizado de acordo com interesses (SANTOS, 2005).

Nesse contexto, surge o que se denomina déficit habitacional que se configura como a quantidade de casas que faltam para atender os que precisam de moradia. Além disso, o termo pode ser usado para definir os sujeitos que possuem moradia, mas vivem em condições de extrema precariedade. A habitação, assim, ganha um sentido mais amplo, que abrange os direitos sobre o espaço, a inserção urbana e o acesso a serviços que garantem qualidade de vida. Nesse sentido, para Marra e Gonçalves, 2011, p. 58-60:

O direito à moradia vai além de um “teto”, e conforme os arquétipos estabelecidos por documentos internacionais deve compreender à satisfação de condições existenciais básicas necessárias à concretização de outros direitos fundamentais, como acesso a emprego, educação, mobilidade urbana e saúde.

Em um estudo produzido pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, 1,6 bilhão de pessoas vivem em moradias inadequadas, dos quais 1 bilhão estão em favelas e assentamentos não regularizados. Na América Latina, o déficit habitacional chega a 51 milhões de moradias. Ainda, no que concerne ao Brasil, 33 milhões de pessoas vivem nessa situação.

Ademais, segundo a Fundação João Pinheiro, em uma pesquisa realizada em 2015 e publicada em 2018, o déficit habitacional brasileiro estimado corresponde a 6,355 milhões de domicílios, dos quais 5,572 milhões, ou 87,7%, estão localizados nas áreas urbanas. Ainda, fazendo um recorte sobre as regiões do país, o Norte e Nordeste ficam com 21,8% e 26,8%, respectivamente.

Concentrando ainda mais os dados e fazendo uma análise da capital de Pernambuco, Recife, ela possui cerca de 50% do déficit habitacional de todo o estado. Estimativas da ONG Habitat para a Humanidade apontam a falta de 62 mil moradias na Capital. Mais especificamente no bairro de Santo Antônio, no qual existe o maior número de prédios abandonados da região, as estatísticas são ainda mais impressionantes: a pesquisa verificou que 41% dos imóveis estão em situação de abandono.

Ainda, em uma investigação sobre os prédios com cinco ou mais pavimentos, verificou-se que dos 112 que foram alvo da pesquisa, 42 estão desocupados ou com menos da metade da área ocupada. Dessa maneira, os dados apontam que cerca de $\frac{1}{3}$ da área construída do bairro de Santo Antônio está em completo abandono. Além disso, segundo os pesquisadores, se levado em conta a área em m^2 desses imóveis, seria possível a construção de 2.106 unidades habitacionais com $40 m^2$, aos moldes do programa Minha Casa Minha Vida. Para mais, as dívidas de IPTU chegam a cerca de 20,6 milhões de reais, o que deixa clara a falta de função social dessas propriedades.

Acerca do Programa Minha Casa Minha Vida, é possível afirmar que trouxe a mulher em destaque como parte de sua política. Ao priorizar a titularidade de imóveis ao sexo feminino e a manutenção da propriedade no nome da mulher após a dissolução do casamento ou união estável, o governo busca por meio dessa ferramenta diminuir o desequilíbrio entre as questões de vulnerabilidade e gênero. Isso fica patente a partir da leitura da Lei 11.977 (BRASIL, 2009):

Art. 3º - Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:

IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar

Por outro lado, em relação a essa iniciativa do Governo Federal na busca por minimizar os impactos da falta de moradia, pontua-se que, além de não alcançar um quantitativo considerável na busca pela solução do problema, é marcado por diversas problemáticas na sua implementação. Levando em consideração que tratou a política habitacional segundo a lógica do mercado, prescindindo de intervenção estatal, a moradia passou a ser tratada “como um produto, um bem de consumo, ou um investimento financeiro” (CARDOSO; JAENISCH, 2014, p. 7).

Nesse sentido, “a formação de ocupações precárias e informais, onde não há direito à cidade, seja porque o local ocupado possui restrições

ambientais, seja porque o local é despido de quaisquer equipamentos ou serviços públicos” (MASTRODI; ZACCARA, 2016, p. 867). Assim até mesmo a função social da propriedade passou a ter uma conotação mercantil, e a forma de produção desse espaço urbano priorizou locais afastados dos centros.

“Esse espaço é nosso, porque o centro também é nosso, e porque a cidade é nossa”: a experiência da Ocupação Marielle Franco

Em 14 de março de 2018 foi assassinada a vereadora, socióloga e militante dos direitos humanos Marielle Franco. Em vida, se denominava “mulher, negra, mãe e cria da favela da maré”, e sua carreira política foi pautada pela incessante luta pela ocupação da política pela redução das desigualdades. Por levantar sua voz para denunciar violações das polícias nas favelas do Rio de Janeiro e defender a vida, emancipação e o direito à cidade das minorias, teve seu veículo atingido por 13 tiros. Entretanto, “quem mandou matar Marielle mal podia imaginar que ela era semente, e que milhões de Marielles em todo mundo se levantariam no dia seguinte.”.

Em 19 de março de 2018, duzentas famílias chefiadas por mulheres, ocuparam um prédio abandonado no centro da capital pernambucana e nomearam a ocupação como Marielle Franco. Em sua maioria negras, cansadas das violências exercidas pelo Estado e pela sociedade, essas mulheres se uniram sob a bandeira da luta por moradia digna e uma cidade mais justa para suas famílias, transformando um imóvel há mais de vinte anos sem função social em seus novos lares.

Em sua maioria advindas da Comunidade do Pocotó, uma ocupação no bairro de Boa Viagem, em cima do túnel Augusto Lucena, essas famílias sofreram um processo de despejo e demolição de suas casas. Assim, sem ter para onde ir, e com a crescente pressão por parte da prefeitura do Recife, mulheres chefes de família se viram na iminência de ficar sem teto. Dessa maneira, na calada da madrugada, pessoas sem perspectivas e com medo de virarem estáticas como moradores de rua, ao som de gritos de

guerra e encorajamento, invadiram um prédio no centro do Recife. Consoante com Silva (2017, p. 11):

A correlação entre a feminização da pobreza e o aumento do número de mulheres responsáveis pela família deve ser avaliada, com particular atenção, nos assentamentos irregulares, onde os níveis de pobreza se intensificam e têm como fator complicador a ausência do registro formal de propriedade, o que representa para moradoras e moradores dessas áreas, instabilidade contínua relativa à posse da terra.

Essa história é contada também no documentário dirigido por Rafael Crespo e Conrado Ferrato “Quem mora lá?”. O filme, que em sua noite de estreia no cinema mais afetivo do Recife, o São Luiz, teve a presença dos moradores da ocupação Marielle Franco, mostra o antes e o momento de tomada do prédio. Desse modo, essa obra explora o contexto de especulação imobiliária, o preconceito contra essas famílias e o descumprimento da função social da propriedade. Para além disso, ele retrata as subjetividades dos sujeitos que compõem o cenário apresentado, dando enfoque às suas trajetórias pessoais e o percurso que traçaram até o momento da Ocupação.

O Edifício Sulamérica, localizado na Praça da Independência, no bairro de Santo Antônio, região central do Recife, vem sendo comandado e organizado pelas mulheres presentes na ocupação, com coordenação do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto. O imóvel, que pertence à Empresa Nacional de Hotéis LTDA, está em desuso há mais de 20 anos e possui dívida ativa de débitos de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) que somam R\$1,6 milhão. A decisão de utilizar esse prédio, por sua vez, desloca o debate em torno da moradia para o centro da cidade, local de ampla visibilidade e interesse econômico.

Ao escolher habitar um edifício nessa localização, as mulheres se colocaram em uma situação de conflito, e iniciaram uma inversão no sentido da pobreza: o movimento centro-subúrbio tornou-se subúrbio-centro. Em um cenário em que as forças político-econômicas se coadunam para promover a retenção de imóveis sem função social há décadas, essa atitude

ganha um entorno significativo. Na fala de Rafaella Gomes, do comitê de organização da ocupação Marielle Franco, dispõe:

É como se o centro da cidade fosse um local imaculado onde só a elite pernambucana consegue circular. Aqui passam todos os dias pessoas que vem pra cá trabalhar, que pegam ônibus, passam duas horas no ônibus lotado, pra vir pra cá, suar pra caramba, dar dinheiro para grandes empresas e voltar para o subúrbio, sabe? É uma lógica extremamente escravocrata, inclusive... E quando a ocupação Marielle Franco se coloca no centro da cidade, é também pra denunciar isso [...].

A partir de um olhar feminino, as experiências na Ocupação Marielle Franco são construídas através de uma perspectiva feminista: de mulheres, com mulheres e para mulheres. Muitas vezes, a força que impulsionou essas mães a ocuparem esse imóvel é relatada com grande enfoque nos filhos e na necessidade em criá-los em um ambiente digno, saudável e com grande respeito aos princípios morais. Nesse sentido, em fala retirada do programa Diário de Pernambuco TV, com vídeo intitulado “Ocupação Marielle Franco: a rotina das mães na luta pela moradia”, expõe a mãe e moradora Paula Alessandra, 25 anos:

Ele aqui vê que ainda existe isso, que existe amor ao próximo, chega gente aqui faz as doação pra as criança, pra a gente, e vê que aqui tem que um ajudar o outro em questão de banheiro, em questão de cozinha, em questão de tudo. Ele vê que aqui a gente consegue viver tudo junto e tudo como uma família.

Por isso, é possível observar que os espaços construídos no interior do prédio apresentam peculiaridades que acompanham as necessidades dos sujeitos que lideraram e construíram esse movimento. Assim, havendo preponderância de mães e avós, foram criados ambientes como creches e bibliotecas infantis, na busca por um ambiente favorável para conciliação dos papéis familiares e o trabalho.

Existe uma grande movimentação para que os cuidados com as crianças sejam desempenhados de maneira colaborativa, atentando à necessidade da participação das mulheres nas atividades da ocupação, bem

como na busca por outros ofícios. Outra moradora chamada Eliane Maria dos Santos Silva, 43 anos, que também é coordenadora do 3º andar do prédio, diz: “Tem mães que vai pra a cozinha pela manhã, e não tem com quem deixar seus filhos, e vai ficar aqui num espaço seguro, com pessoas responsáveis pra cuidar dela, eu achei muito bom [...]”. Em outro trecho da coordenadora Paula Alessandra, acrescenta:

É bom a gente tá vendo se faz a creche aqui pra ajudar na cozinha melhor, livre. Eles vão passar o dia na creche, tem mingau na hora certa, tem fralda na hora certa, tem o almoço na hora certa, e eu não tava tendo como. Tinha dia de eu chorar e aqui, graças a Deus, eu não tô me apereando com isso.

Ainda, a convivência é regulada por uma série de regras que são expostas nos corredores e têm por finalidade enfatizar os valores defendidos na ocupação, tais quais “não usar drogas”, “não consumir bebidas alcoólicas”, “não fazer manifestação religiosa”, “não agir com preconceito” e “não praticar comércio”. A violação delas pode ocasionar, conforme já ocorrido, o banimento do integrante, que deverá se retirar do prédio.

Da mesma maneira, os locais de uso comunitário, como a cozinha e os ambientes preparados para acolher as crianças, têm seu funcionamento submetido a um regime de rodízio. Ou seja, os grupos de mulheres da ocupação estabelecem os dias e horários em que cada uma será responsável por fazer a comida, limpar os andares, cuidar das crianças, de maneira justa e democrática para todas.

Assim, através dos relatos das moradoras, o sentimento de comunidade e “família” é unânime. Em uma cooperação entre mães, essas mulheres relatam uma experiência de pertencimento e segurança que só a partir da percepção de identidades em comum foi possível obter. Com isso, a ligação de sororidade cresce e fortalece os discursos de luta e força para combater as opressões e vivências advindas da situação de morar na Ocupação. Em consonância, Silva (2017, p. 5) “É comum a perspectiva de que está na esfera da maternidade o seu local social primário e que todos os demais aspectos da vida privada ou profissional circulam em torno disso.”

Como resultado da liderança feminina, a Ocupação Marielle Franco se tornou referência na cidade do Recife como espaço que comporta eventos que discutem déficit habitacional, direito à cidade e questões do sexo feminino: violência doméstica, aborto, dentre outras. Além disso, o ambiente também é utilizado como centro cultural e há eventos onde são exibidos filmes com conteúdo que levantam debates políticos e discussões sobre direitos sociais.

Considerações finais

A partir da reflexão dos aspectos que envolvem o gênero feminino e as diversas maneiras pelas quais o patriarcado se manifesta, pode-se concluir que a maior vulnerabilidade do sexo feminino é mais uma forma de manutenção da dominação masculina. Com isso, em análise ao fator social da pobreza, é possível perceber que seus efeitos se conectam com o gênero devido a maior incidência de contingências tais como maiores índices de trabalho informal e desemprego, bem como a desigualdade salarial e a dupla jornada de trabalho. Ainda, essa questão ganha uma dimensão potencializada quando é analisada junto ao critério racial, através de um olhar interseccional, para concluir que mulheres negras se encontram em uma situação mais grave de vulnerabilidade.

É necessário que se repense os aspectos de construção das cidades numa perspectiva de direitos fundamentais. Territorialmente, esse espaço está segregado entre quem pode morar no centro e ter acesso a aspectos que fornecem qualidade de vida: elite branca e homens chefe de família; e quem mora nas periferias, onde a obtenção de condições básicas para dignidade humana são negadas: mulheres, em sua maioria negras e chefes de família.

Dessa maneira, a compreensão do fenômeno do déficit habitacional nos faz enxergar que as mulheres são os seus maiores alvos, figurando como vítimas de um sistema que reiteradamente subjuga suas necessidades e as priva de seus direitos. Por meio de um olhar sociológico, foi

possível traçar um retrato quase estável desses sujeitos: na maioria das vezes são chefes de família, responsáveis pelo sustento financeiro, bem como encarregadas pelo trato emocional e doméstico de suas casas. Para essas mulheres, a necessidade de lutar surge ainda na infância, perpassa suas juventudes quase sempre muito curtas, para culminar na luta pela sobrevivência e pela manutenção da vida familiar.

Dentro dessa perspectiva, a batalha saiu da vida privada e ganhou as ruas por intermédio de centenas de mulheres. O ato político de nomear a Ocupação como Marielle Franco é significativo e evidencia o recado que as lideranças quiseram expor: assim como a vereadora um dia lutou, a Ocupação também veio para lutar, existir e resistir. Veio, além disso, para não sucumbir às forças econômicas que vão tentar, a qualquer custo, afastá-las para a margem da cidade e da sociedade.

Através das experiências vivenciadas dentro do antigo Sulamérica, essas mulheres ressignificam o espaço, de maneira a adaptá-lo às suas necessidades. Se por um lado essas contingências, tão ignoradas em outras ocupações da cidade, não mereceram a devida importância, por outro não é possível mencionar a Ocupação Marielle sem notar sua estrutura funcional. Sendo assim, ambientes como creches e bibliotecas infantis são fundamentais para efetivar a emancipação feminina e contribuir para que elas tenham maior autonomia para gerir suas vidas.

Sabe-se que a efetivação da igualdade entre homens e mulheres ainda está longe de ser concretizada, no entanto, a Ocupação Marielle Franco é um marco de resistência frente ao sistema que oprime e subjuga o sexo feminino. A partir da construção por mulheres, para mulheres, é possível perceber que a emancipação desses sujeitos só irá ocorrer através do apoderamento de espaços de poder e da união efetiva entre elas. A postura das ocupantes apresenta uma nova forma de apropriação sobre o mundo, reorganizando os fatores sociais historicamente masculinos e colocando a mulher como protagonista de sua própria existência de forma a garantir sua emancipação.

Referências

- BILGE, Sirma. **Théorisations féministes de l'intersectionnalité**. Diogenes, 1 (225): 70-88, 2009 apud HIRATA, Helena. **Vida reprodutiva e produção**: família e empresa no Japão. In: BULPORT, Andrée Kartchevsky et al (org.). O sexo do trabalho. Tradução Sueli Tomazini Cassal. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BRASIL. **Programa Minha Casa, Minha Vida**. Lei 11.977 de julho de 2009.
- BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)**, 2015. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/mulheres-negras/>>. Acesso em: 01 ago. 2018.
- CARDOSO, Adauto Lúcio e JAENISCH, Samuel Thomas. Nova política, velhos desafios: problematizações sobre a implementação do programa Minha Casa Minha Vida na região metropolitana do Rio de Janeiro. e-metropolis: **Revista eletrônica de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 5, p. 6-19, 2014. Disponível em: http://emetropolis.net/system/edicoes/arquivo_pdfs/000/000/018/original/emetropolis_n18.pdf?1447896374. Acesso em: 02 ago. 2018.
- COSTA, Joana Simões; PINHEIRO, Luana; MEDEIROS, Marcelo; QUEIROZ, Cristina. **A face feminina da pobreza**: sobre-representação e feminização da pobreza no Brasil. Brasília, DF: IPEA, 2005.
- DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Ocupação Marielle Franco**: a rotina das mães na luta por moradia. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Tx4rDTIL68s>. Acesso em: 10 de set. 2018.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Demografia e Indicadores Sociais**: Déficit Habitacional no Brasil. Belo Horizonte, 2015.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARCO ZERO. **Um mês da Ocupação Marielle Franco**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wiE5UX5rJvY>. Acesso em: 10 de set. 2018.

MARIANO, Silvana Aparecida. **Feminismo, Estado e proteção social**: a cidadania das mulheres pobres. São Paulo: Campinas, 2008.

MELO, Hildete Pereira de. **Gênero e pobreza no Brasil. Brasília**: Comissão Econômica para América Latina e Caribe, 2004.

MULHERES, Onu. **Mulheres Negras Rumo a um Planeta 50-50 em 2030**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/mulheres-negras/> Acesso em: 03 de ago. 2018

NASCIMENTO, Jenyffer Silva do. **Terra Fértil**. São Paulo: Ed. da autora, 2014.

ONU-HABITAT. **Em dia mundial, ONU-Habitat defende políticas habitacionais e moradias acessíveis**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/em-dia-mundial-onu-habitat-defende-politicas-habitacionais-e-moradias-acessiveis/> Acesso em: 22 de set. 2018

ROLNIK, Raquel. **O que é a cidade?** 6ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares**: A colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5ª Edição. São Paulo: Edusp, 2005.

SAFFIOTI, Heleith. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Peiseu Abramo, 2004.

SENADO FEDERAL; OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA VIOLÊNCIA. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil**: indicadores nacionais e estaduais. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf> Acesso em: 23 de ago. 2018.

SILVA, Ana Flávia Costa da. **Desenvolvimento, crise e resistência**: quais os caminhos do planejamento urbano e regional? São Paulo, 2017.

ZACCARA, Suzana Maria Silveira; MASTRODI, Josué. O que é o objeto “moradia” do Programa Minha Casa, Minha Vida? **Revista de Direito da Cidade**, v.8, n. 3, 2016, p. 859-885, b. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22506/17877>. Acesso em: 02 de ago. 2018

**“A minha alucinação é suportar o dia a dia e
meu delírio é a experiência com coisas reais”:
experiência e vivência femininas como
paradigmas metodológicos possíveis na construção
de uma episteme feminista**

Maria Beatriz Dias de Medeiros

Maria Rita Barbosa Piancó Pavão

Introdução

As sociedades pós modernas são marcadas por manifestações revolucionárias que perpassam tanto no âmbito público quanto o privado, uma vez que o ser humano passa por um processo de (re)construção de subjetividades, de modo a ocorrer fragmentações identitárias que irão engendrar a formação dos denominados *novos* movimentos sociais (HALL, 2005). Ocorre assim um rompimento epistemológico com o pensamento racionalista moderno, visto que o indivíduo deixa de ser entendido como um ser uno e geral, para ser compreendido dentro de suas subjetividades e vicissitudes, ultrapassando visões mais essencialistas do sujeito (MAFFESOLI, 1998). Nesse sentido, as sociedades de modernidade tardia serão marcadas pela diferença, de modo que é caracterizada pelo surgimento de novos sujeitos políticos, como o feminismo, este que, por sua vez, irá passar de uma perspectiva de feminismo da igualdade para o da diferença, visto que as identidades passam a ser pautadas e construídas socialmente, e não mais por diferenças meramente biológicas entre os

sexos (FARAH, 2004). Nessa perspectiva, gênero passa a ser conceituado como uma categoria construída socialmente acerca do corpo feminino e as atribuições sociais impostas aos sexos (SCOTT, 1995). Com base nisto, a opressão feminina passa a ser compreendida de maneira mais ampla, localizada em vários eixos de opressão como raça e classe, sendo esta a principal diferença entre os feminismos da igualdade e da diferença, uma vez que o primeiro tende a reproduzir parâmetros e modelos da ciência tradicional, por meio de objetivismos e universalizações, o que irá acarretar numa visão essencialista do ser mulher e suas implicações sociais, de modo a não refletir acerca de outros marcadores de opressão.

Dessa forma, de acordo com Maffesoli (1998), esta fragmentação do sujeito irá evidenciar a falência de narrativas e conceituações sólidas, a partir da valorização do *Eu* e da consolidação de uma consciência coletiva condicionada pela forma social. A partir disto, o indivíduo supera uma visão conceitual de mundo para uma concepção de reencantamento deste, de maneira que o “dever ser” passa a ser ignorado em detrimento da apreciação do mundo tal qual ele é. O indivíduo não mais se curva a restrições racionais à natureza humana, apreciando a vida em sua organicidade, resignificando seus corpos e sua existência através de novos paradigmas epistemológicos não essencialistas, dando lugar assim a uma *racionalidade aberta* ou *raciovitalismo* (MAFFESOLI, 1998).

Nesta perspectiva, o sujeito pós moderno irá tecer críticas a como o conhecimento científico hegemônico se opera, pondo em questão a suposta neutralidade científica daquele que produz a ciência, o homem branco, este localizado e influenciado por uma ordem sexista e racista e portanto incapaz de refletir acerca destes marcadores de opressão (BANDEIRA APUD HARDING, 2008). Localizado neste arcabouço crítico, as epistemologias feministas operam no sentido de se opor à ciência hegemônica, oferecendo um novo paradigma de compreensão do mundo, pautado na experiência existencial e cotidiano feminino, estes que foram historicamente *naturalizados*, em uma ordem na qual a dimensão natural significava atraso e acientificismo (OLIVEIRA, 2012).

Portanto, a proposição de uma epistemologia feminista perpassa a crítica ao racionalismo científico, suas conceituações e generalizações, no sentido de engendrar uma feminização da vida e conseqüentemente da ciência, reconhecendo no feminino uma potencialidade científica, que perpassa a experiência histórica e política dos corpos sexuados (OLIVEIRA, 2012). As experiências femininas são construídas no cotidiano (PEREIRA, 2009), no âmbito privado e subjetivo e, por este motivo, é um conhecimento bastante marginalizado pelas epistemologias hegemônicas, visto que não são tidos como inteligíveis no âmbito público, no qual as mulheres são excluídas (EGGERT, 2002). Desta maneira, a dimensão imagética da existência toma um novo status, de modo que o conhecimento passa a ser apreendido através da visão e transmitido através da escrita (SCOTT, 1999).

A partir do discutido até então, a seguinte pesquisa se propõe a responder o seguinte questionamento: como a metodologia do sensível, proposta do Maffesoli (1998), pode contribuir na compreensão da experiência feminina como um paradigma científico revolucionário para a construção de uma epistemologia feminista emancipadora? Para a realização do estudo proposto, faz-se necessário traçar uma compreensão acerca do racionalismo moderno e suas restrições epistemológicas para, por conseguinte, compreender como se deu o rompimento entre as sociedades modernas e pós-modernas e suas implicações para a produção do conhecimento científico.

Desse modo, o objetivo geral do trabalho é refletir como a metodologia do sensível proposta do Maffesoli (1998) pode contribuir na compreensão da experiência feminina como um paradigma científico revolucionário para a construção de uma epistemologia feminista emancipadora. Para a consecução deste, serão adotados os seguintes objetivos específicos: 1) Compreender como operam as bases do racionalismo e como estas demonstram-se excludentes a partir do sensível; 2) Esquematizar a crítica feminista as epistemologias hegemônicas; 3) Conceituar

a experiência e suas potencialidades na construção de um conhecimento científico que saiba pensar a diferença.

Para a realização da pesquisa, utilizar-se-á do método dialético, uma vez que este demonstra-se o mais indicado no que tange à compreensão da vida e das relações humanas em sua organicidade e dinamismo. A abordagem será realizada de maneira qualitativa, através do aprofundamento teórico e conceitual em torno do tema. Será exploratória de procedimentos bibliográficos, com relação ao objetivo geral, utilizando-se de produções científicas já realizadas a respeito (MARCONI; LAKATOS, 2007).

Este estudo justifica-se academicamente no sentido de que oferece uma visão de mundo pós estruturalista pautada na experiência de um grupo historicamente oprimido, as mulheres, fazendo emergir a experiência destas à uma categoria científica e não mais à um plano natural e da insignificância, como tendem a fazer as ciências tradicionais. Politicamente e pessoalmente, este trabalho justifica-se na medida em que assume uma perspectiva política dos corpos e vivências das mulheres, que vivem e resistem diariamente em um mundo pensado *por* e *para* homens, de modo que a sua própria existência é um ato político, sinalizando a necessidade de dar espaço ao saber construído pelas mulheres em seus espaços domésticos e públicos.

Apreciar o mundo tal qual ele é, como convida a ser vivido: a crítica ao racionalismo científico e a metodologia do sensível de Maffesoli (1998)

Em “O Elogio da Razão Sensível” (1998), Maffesoli propõe a compreensão da realidade a partir da desconstrução dos limites impostos pelo racionalismo, este que se demonstra incapaz de compreender a vida humana enquanto *humus*, em sua organicidade e dinamicidade. Dessa forma, propõe-se uma epistemologia dionisíaca, para que se possa compreender a vida em seu aspecto imagético, e incorporar a experiência humana dentro das categorias de construção de conhecimento.

O racionalismo estabelece suas limitações desde o momento em que se consolida, na medida em que se propõe a categorizar e discriminar indivíduos em conceituações incapazes de alcançar as “*forças vivas da sociedade*” (MAFFESOLI, 1998). Portanto, por ser um conhecimento bastante dogmático e por negligenciar a dimensão imagética da existência, acaba por separar a vida da ciência, de modo que o sensível e a experiência humana, enquanto modo de apreensão de conhecimentos, são relegados ao plano do *acientificismo*, visto que são isentos de métodos semelhantes aos das ciências tradicionais positivas, que seguem metodologias bastante engessadas, semelhante as das ciências naturais e exatas (MAFFESOLI, 1998), refletindo em um enclausuramento disciplinar na qual a neutralidade do cientista social deve ser priorizada em detrimento de métodos mais flexíveis e humanos (CARDOSO; CARVALHO, 2018). Assim, devido a este enrijecimento metodológico, o pesquisador e o próprio objeto de pesquisa permanecem alheio à vida, que não se curva a estas abstrações, de modo a própria vida se torna suspeita, ao ameaçar pôr em prova a neutralidade científica do intelectual (MAFFESOLI, 1998).

Em detrimento a esta ordem generalizante, o indivíduo pós moderno põe em prova toda esta lógica racionalista, na medida em que ocorre o que Stuart Hall (2005) classifica como “desconcentração do sujeito”, ou seja, a crise identitária, que irá desestabilizar toda esta lógica cartesiana do sujeito, de modo que a fragmentação de identidades, que podem ou não ser conflitantes, toma lugar da concepção da existência de uma identidade unificada. Esta fragmentação irá engendrar na formação de novos movimentos sociais com pautas mais ligadas à construção das subjetividades de minorias sociais, como mulheres, negros, pessoas LGBT, portadores de deficiências, entre outros, refletindo na efervescência cultural revolucionária que se arrasta desde a metade do século XX.

Deste modo, as sociedades pós-modernas não mais se curvam a esta racionalidade funcional dogmática, que dicotomiza relações bastante complexas e diminui os fatos orgânicos a meros conceitos fechados e mortos, ao contrário da racionalidade aberta, que tende a englobar a realidade à

análise do mundo real, levando em conta assim aspectos com o imaginário social, a experiência, o imagético, que não tinham espaço dentro de uma lógica racionalista fechada (MAFFESOLI, 1998). Neste passo, identifica-se um retorno ao irracional, que irá conviver concomitantemente ao racionalismo, resultando em um sincretismo de práticas e costumes bastante característicos das sociedades pós-modernas.

Nesse sentido, não se trata de desprezar a razão enquanto meio científico de compreensão capaz de interpretar os fatos sociais como um todo, mas de aprimorá-la, relacionando-a à vida, à natureza e a organicidade das relações, de modo que torna-se possível o exercício de um cientificismo mais encarnado e mais sensível (MAFFESOLI, 1998). Localizado nesta nova perspectiva social, faz-se necessário o deslocamento metodológico para uma ciência mais encarnada, que procure valorizar os conhecimentos de atores sociais, tais como o senso comum (CARDOSO; CARVALHO, 2018), que sejam capazes de perceber esses processos de complexificação, sobre isto, aponta Maffesoli (1998, p. 49):

A prudência está fora de circulação, é o que sustento. É preciso saber desenvolver um pensamento audacioso que seja capaz de ultrapassar os limites do racionalismo moderno e, ao mesmo tempo, compreender os processos de interação, de mestiçagem, de interdependência que estão em ação nas sociedades complexas.

Assim, conforme discutido, estas restrições à natureza humana não mais condizem com a conjuntura social vigente, visto que as sociedades pós modernas tendem a revolucionar cada vez mais esta ordem estabelecida pelo pensamento estritamente cartesiano, engendrado uma quebra de paradigma, propulsionada pela efervescência sociocultural, evidenciada principalmente pelo surgimento de novos sujeitos políticos, que passam a ressignificar seus corpos e sua existência através de parâmetros científicos não hegemônicos, valorizando assim a diversidade humana em sua organicidade e dinamicidade. Deste modo, numa analogia com o barroco, o indivíduo pós moderno não mais se identifica com esta ordem dicotômica *claro - escuro*, visto que suas manifestações encontram-se mais próximas

de uma lei do esmaecimento, na qual a ambiguidade e união dos contrários encontra-se bastante presente, e o racional e irracional misturam-se e se confundem, de modo que o racionalismo acaba perdendo sua principal base, se perdendo em uma ordem que não mais cabe uma verdade absoluta. Sobre isto, aponta Maffesoli (1998, p. 77):

[...] não há mais uma verdade única, geral, aplicável em qualquer tempo e lugar, mas, ao contrário, uma multiplicidade de valores que se relativizam uns aos outros, se completam, se nuançam, se combatem, e valem menos por si mesmos que por todas as situações, fenômenos, experiências que supostamente exprimem. Uma perspectiva tal requer, é claro, um estado de espírito que seja menos dogmático do que receptivo.

As mulheres na ciência ou a ciência das mulheres? A feminização da ciência como um meio de resistência e construção de novos paradigmas

Para que se possa discorrer acerca da contribuição feminista para a ciência, faz-se necessário a compreensão do que é gênero, visto que este entendimento irá interferir diretamente nos estudos das opressões e histórias das mulheres. Contudo, de acordo com Farah (2004), este conceito pode se alterar de acordo com a vertente feminista na qual este se situa. A conceituação mais disseminada nos meios feministas pós estruturalistas, e a adotada por esta pesquisa, foi a de Joan Scott (1995), a partir da qual gênero pode ser conceituado como uma categoria social e historicamente construída, uma vez que se atribui características a corpos sexuados, construindo assim uma estrutura binária, na qual existem características tidas como femininas, e outras como masculinas, de modo que “o corpo é experiência histórica” (OLIVEIRA, 2012).

O feminismo da diferença assemelha-se ao conceito de gênero teorizado por Joan Scott, se contrapondo ao feminismo da igualdade, este pautado meramente nas diferenças biológicas dos sexos. A vertente pós estruturalista corrobora com o feminismo da diferença em sua análise acerca das diferenças de gênero, mas o critica na medida em que aponta

pela necessidade de romper com esta homogeneização da opressão feminina, que deve ser entendida sob a lente de outras variantes sociais como raça, classe e geração, havendo a possibilidade da existência de uma série de eixos de opressão (FARAH, 2004).

De acordo com o exposto, a opressão feminina está posta em uma lógica dicotômica epistemologicamente, na qual os sexos se organizam numa ordem binária na qual existem atributos classificados como femininos e outros masculinos (OLIVEIRA, 2012), estes mais relacionados à força e a coragem, à racionalidade e aqueles mais referentes ao cuidado, passividade e irracionalismo. Dessa forma, as mulheres eram retratadas como seres dotados de obscurantismo, enquanto, em contraposição, o masculino significava as luzes e a razão (BANDEIRA 2008). Neste segmento, as mulheres assumem uma dimensão natural da vida, imersas no irracional, representando portando a força da desordem, sendo por isto consideradas perigosas e, por conseguinte, seres merecedores de tutela masculina, onde o racional fazia sua vigência (OLIVEIRA, 2012). Por esta lógica da oposição, as mulheres não possuem lugar na construção das ciências tradicionais hegemônicas, uma vez que seus corpos e, consequentemente, epistemologias são considerados nocivos dentro de ordem racionalista na qual tudo o que exprime organicidade e vivência, e que, portanto, é incapaz de ser enclausurado em metodologias rígidas, deve ser suprimido.

Estes fundamentos de opressão serão abalados com revolução sexual-cultural das mulheres, a partir da sua entrada maciça no mercado de trabalho, esta que não ocorreu de livre e espontânea vontade, mas que desencadeou uma série de processos de luta por direitos das mulheres, além do surgimento das pílulas anticoncepcionais, que irão permitir que as mulheres pudessem realizar um planejamento familiar, estremecendo assim, respectivamente, a dicotomia público/privado e a natureza/cultura (OLIVEIRA, 2012).

Esta ruptura marca o surgimento de um novo paradigma epistemológico no qual as mulheres, adentrando no espaço público, passam a ressignificar seus corpos, no impulso de adentrar o espaço público em sua

integralidade. No entanto, ao penetrar no mundo dos homens, a luta pela igualdade torna-se uma armadilha para mulheres, que acabam por colocar em risco sua identidade psicossocial, uma vez que é impossível pensar a diferença a partir de conceitos alheios, masculinos e hegemônicos, de forma que a entrada das mulheres na ciência se deu a partir da ambiguidade (OLIVEIRA, 2012).

Dessa maneira, as mulheres passaram a tomar para si conceitos masculinos, sem que o inverso ocorresse, ocupando e performando dois mundos ao mesmo tempo bastante distintos e delimitados concomitantemente, o feminino e o masculino, na medida em que tentam compatibilizar duas visões de mundo, dois comportamentos, de modo que “o papel feminino mudou sem que o papel masculino fosse fundamentalmente tocado” (OLIVEIRA, 2012). Este movimento paradoxal irá mais tarde originar o questionamento acerca de uma epistemologia essencialmente feminista, pautada no saber e na vivência das mulheres, capaz de ultrapassar a concepção sexualmente dicotômica de sociedade, e abrindo espaço para a concepção de um “princípio de realidade” distinto, que feminize os espaços públicos em sua integralidade, no sentido de construir uma nova consciência não mais pautada no machismo e misoginia estruturais (OLIVEIRA, 2012).

De acordo com o discutido, para Bandeira (2008), a ciência tradicional possui como seus pilares a naturalização da figura feminina, a neutralidade científica e uma lógica totalizante centrada numa linguagem androcêntrica. Nesse sentido, a inserção do conceito de gênero introduzido por Joan Scott (1995), conforme já apresentado, terá fundamental importância para os debates acerca das bases históricas e sociais do patriarcado, possibilitando que as mulheres pudessem superar estas ambiguidades a partir do questionamento do racionalismo e da neutralidade científica imposta pelas ciências sociais tradicionais. Dessa forma, a partir da denúncia dos marcadores sociais nos quais os cientistas sociais encontram-se inseridos, tais como raça, classe, gênero e sexualidade, a crítica feminista desmantela uma das principais bases da ciência moderna, a neutralidade

do cientista, que encontra-se viciada por estes marcadores, produzindo portanto uma visão de mundo unilateral e androcêntrica (BANDEIRA, 2008), visto que a ciência moderna, ao ser pautada em um saber ocidental, tende a gerar um processo de silenciamento à qualquer grupo que se distancie do ideal macho, branco, ocidental e heteronormativo (HARDING, 1987).

Tendo em mente estas variantes sociais, a crítica feminista também buscou combater a prática universalista das ciências modernas, de modo a construir uma episteme que parte de um dado social dinâmico, visto que a universalidade tende a engessar paradigmas permanentes, engendrando inclusive sistemas de dominação (BANDEIRA, 2008). Nesse sentido, aponta Lourdes Bandeira (2008):

[...] o desafio da crítica feminista foi, precisamente, o de contrapor-se aos hegemônicos eixos epistemológicos e conceituais – categorias, conceitos e métodos – para não reproduzir como espelho distorcido as próprias categorias do sistema de dominação científica que tomou como objeto da crítica. Para isso foi necessário propor e assumir conceitos provisórios e perseguir abordagens teóricas não definitivas, escapar da ordem simbólica dominante e pensar temporalidades múltiplas, uma vez que o conhecimento científico implica também em um sistema de dominação.

Contudo, embora a crítica feminista seja de suma importância para a feminização da academia, faz-se necessário um olhar crítico para a própria epistemologia feminista, visto que, segundo Saffioti (1987), o feminismo não corresponde a um movimento homogêneo, havendo diferentes vertentes e formas de ver o mundo, de acordo com sua posição social, devendo-se, portanto, falar em na existência de *feminismos*, o que consequentemente irá gerar diferentes olhares epistemológicos.

Partindo dessa perspectiva, é possível apontar a existência de feminismos hegemônicos, estes formados por mulheres brancas, ocidentais e heterossexuais, que podem inclusive se apropriar de categorias e conceitos androcêntricos, reproduzindo assim um sistema de poder racista e

classista, de modo a silenciar mulheres que não se enquadrem no padrão ocidental de experiência emancipatória (FRANÇA; PADILLA, 2013).

Conforme Gebara (2008), a posição social na qual o sujeito ocupa será determinante na sua reprodução de conhecimento de mundo, e também irá condicionar aquilo que o indivíduo entende como conhecimento científico, de modo a negligenciar alguns e valorizar outros. Assim, quando se discute a experiência feminina enquanto um paradigma de apreensão de conhecimento, faz-se necessário realizar esta autocrítica no sentido de que a própria epistemologia feminista pode reproduzir padrões coloniais de conhecimento, valorizando determinadas experiências de algumas mulheres em detrimento de outras:

Hooks (2000), em suas análises sobre o feminismo ocidental hegemônico, denuncia a incapacidade (ou desinteresse) deste feminismo em incorporar as questões raciais e sua prática cotidiana de estereotipar as ‘mulheres do Terceiro Mundo’ como um todo homogêneo, em geral, pobres, ignorantes, vitimizadas e vulneráveis. Segundo ela, as mulheres que não correspondem às experiências vividas pelas mulheres brancas, heterossexuais ocidentais e de classe média são consideradas ‘outras mulheres não emancipadas’ (FRANÇA; PADILLA, 2013)

A realidade sentida: interseções entre experiência e o sensível

A crítica feminista pós-estruturalista à ciência moderna se pauta principalmente na universalização do sujeito, de forma a não compreender as especificidades das experiências e marcadores sociais e históricos incidentes (BANDEIRA, 2008). Os feminismos modernos, mais pautados nos princípios do liberalismo e na luta pela igualdade de direitos e deveres, também veio a ser objeto de crítica pelos feminismos pós estruturalistas visto que, localizados em uma ordem epistemológica objetiva e homogeneizadora, acabam por se demonstrar bastante excludentes, na medida em que desconsideram outros marcadores sociais incidentes sobre um mesmo sujeito, ignorando assim suas especificidades, numa tentativa de atribuir

unidade ao *ser mulher*, o que irá refletir na manutenção de hierarquias sociais históricas (MARIANO, 2005).

Dessa forma, os feminismos pós-estruturalistas serão revolucionários, no sentido de oferecer uma quebra epistemológica, admitindo as pluralidades dos sujeitos, através dos quais se sobrepõem diversas identidades, havendo assim o reconhecimento das especificidades dos sujeitos, de suas vivências e experiências enquanto atores sociais. Deste modo, a objetividade científica dá lugar as subjetividades, que nesta conjuntura epistemológica passam a ser mais valorizadas, em detrimento de concepções mais racionalistas do sujeito.

Assim, conforme discutido, com a ascensão dos movimentos identitaristas e o reecantamento de mundo causado pela valorização das subjetividades engendra um “retorno ao ateórico” (EGGERT, 2010), uma vez que a experiência assume não somente um novo patamar de importância na produção das epistemologias feministas, como também revela-se um importante mecanismo na luta política pela afirmação das existências e resistências das mulheres em um mundo pautado em valores patriarcais (FRANÇA; PADILLA APUD FURLIN, 2013).

Neste segmento, a experiência será bastante utilizada pelas teorias feministas para evidenciar o cotidiano feminino, este que é bastante negligenciado pela ciência moderna por não passar por metodologias rígidas e por partir de um referencial dispare do ideal ocidental de macho, branco e heterossexual. Assim, ao afirmar a existência feminina, o pensamento feminista perpassa as barreiras impostas pela racionalidade científica, questionando o fazer científico hegemônico (BANDEIRA apud HARDING, 2008). Nesse sentido, há que se apontar a construção de um saber do “tipo sul”, que tende a valorizar a realidade vivida e sentida, as subjetivações da existência, demonstrando-se um saber bem menos violentador e repressivo, um saber enraizado na própria natureza humana, substrato do conhecimento (MAFFESOLI, 1998).

Ivone Gebara (2008), ao discorrer sobre a experiência, teoriza acerca das epistemologias da vida ordinária, ou seja, aquelas que são construídas

no cotidiano informal, nos espaços domésticos e diálogos, e que são próprias de todo ser humano. Assim, esses conhecimentos são construídos através da dimensão imagética. De acordo com Joan Scott (1998), o conhecimento se constrói a partir da visão, a “apreensão direta e imediata de um mundo de objetos transparentes”, mas deve ser reproduzido através da escrita, para que se dê visibilidade desta experiência a grupos distintos.

Nesse sentido, escrever é político, uma vez que se torna um instrumento de suma importância para a luta e legitimação das epistemologias femininas, que saem do âmbito estritamente privado para ocupar o público, retirando a condição feminina de um anonimato histórico e político (RAGO apud ARTIÈRES, 2013). Contudo, a simples descrição dessa experiência não é suficiente para que se possa entender suas dimensões, é necessário historicizá-la, visto que, embora a reprodução da vivência feminina seja de suma importância para que se possa escancarar as opressões sociais existentes e seus mecanismos de manutenção, esta posta por si só não consegue demonstrar como funciona esta lógica opressora. (SCOTT, 1998).

Somente a partir da compreensão das conjunturas histórico-sociais nas quais o sujeito está inserido, é que se pode entender a construção discursiva na qual este posiciona-se (SCOTT, 1998), visto que gênero é uma categoria social e historicamente construída, uma vez que se atribui características a corpos sexuados, construindo assim uma estrutura binária, na qual existem características tidas como femininas, e outras como masculinas (SCOTT, 1995). Nesse sentido, a experiência atinge um novo patamar epistemológico na medida em que deixa de ser entendida enquanto a origem do conhecimento em si mesma, para se tornar objeto de estudo, sobre e a partir do qual se produz conhecimento (SCOTT, 1998).

Considerações finais

A afirmação da experiência feminina enquanto parâmetro epistemológico demonstra-se de suma importância para a resistência feminista,

visto que coloca em evidência conhecimentos que antes eram relegados ao ambiente doméstico, afirmando-os numa esfera pública e política. Esta nova forma de fazer ciência e compreender a existência vai colocar em questão as bases científico-epistemológicas hegemônicas, na medida em que oferece uma visão de mundo através de novas óticas, as das mulheres, sejam elas negras, latino-americanas, trabalhadoras, entre outras, inaugurando-se assim uma ordem científica na qual torna-se possível pensar a diferença, as identidades e os diferentes eixos de opressão existentes.

Neste seguimento, as subjetividades passam a ser valorizadas em detrimento de um saber mais objetivo, mais distante do pesquisador, este que passa a ser compreendido dentro de uma ordem social plural, na qual sua neutralidade científica passa a ser questionada e denunciada em face de sua posição social enquanto sujeito, sobre o qual incide os mais diversos marcadores de opressão, de modo que sua visão de mundo pode reproduzir as hierarquias sociais vigentes.

Nesse sentido, o feminismo pós estruturalista, ao impor-se nas ciências, possui a potencialidade de oferecer conhecimentos não hegemônicos, uma vez que se considera as formações histórico-discursivas nas quais o sujeito encontra-se inserido e a incidência destas em suas subjetividades, de modo a conceder primazia à vitaliciedade e dinamicidade humanas a uma ciência que anteriormente encontrava-se “morta” por métodos rígidos e incapazes de compreender a vida humana em suas mais diversas dimensões.

Referências

- BANDEIRA, L. A contribuição da crítica feminista à ciência. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 16, n. 1, jan/abr, p. 207-228, 2008.
- BELCHIOR, A. **Alucinação**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976.
- CARDOSO, Fernando da Silva; CARVALHO, Mário de Faria. Questões teórico-epistemológicas à pesquisa social contemporânea: o pesquisador, o ator social e outros aspectos. **Cadernos da Fucamp**, v. 1, n.30, p. 187-201, 2018.

- EGGERT, E. Narrativas: uma filósofa a partir da experiência das mulheres. *In*: TIBURI, M., MENEZES, M. e EGGERT, E. (orgs.). **As mulheres e a filósofa**. São Leopoldo, UNISINOS, 2002.
- EGGERT, E. Trabalho precário x profissionalização de tecelãs: um desafio para a formação educacional no campo do artesanato gaúcho. **Anais...** do VIII Congresso Ibero-americano de Ciência, Tecnologia e Gênero. Curitiba: UFTPR, 2010.
- FARAH, M. Gênero e Políticas Públicas. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 12, n. 1, jan-abr, p. 47-71, 2004.
- FRANÇA, T.; PADILLA, B. Epistemologias feministas e mobilidade científica: contribuições para o debate. **Revista Configurações**, v. 12, p. 47-60, 2013.
- HALL, S. **A identidade Cultural da Pós Modernidade**. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2005.
- HARDING, S. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 7-31, 1993.
- MAFFESOLI, M. **Elogio da razão sensível**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARIANO, S. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. **Revistas Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 13, n. 3, p. 483-505, 2005.
- OLIVEIRA, R. **Elogio da diferença: o feminismo emergente**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- PEREIRA, N. O papel é paciente, a história não é: cotidiano sagrado, educação e diversidade religiosa no Brasil. *In*: OLIVEIRA, L.; CECCHETTI, E.; CESARO, R. (Org.). **Cultura e Diversidade Religiosa na América Latina Pesquisas e Perspectivas Pedagógicas**. Blunemau: Edifurb, 2009
- RAGO, M. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

RAGO, M. **A Aventura de contar-se**: feminismos, escrita de si e invenções da subjetividade. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

SAFFIOTI, H. Feminismos e seus frutos no Brasil. *In*: SADER, E. (org.). **Movimentos sociais na transição democrática**. São Paulo: Cortez, 1987.

SCOTT, J. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez., p. 71-99, 1995.

SCOTT, J. A invisibilidade da experiência. **Revista Projeto História**. São Paulo: PUC/SP, n. 16, p. 297-325, fev., 1998.

A defesa de direitos e as ações governamentais para a população LGBT no Brasil

Lucivânio Cesário da Silva
Ricardo Severino de Oliveira

Introdução

Na busca em superar as opressões, sejam sexuais ou de gênero, as políticas públicas têm e desempenham um importante papel, contribuindo para a redução das disparidades sociais através da criação e implemento de medidas e cuidados específicos para a população de lésbicas, gays, travestis e transexuais (LGBT), assim, é a partir de uma organização advinda do movimento e sua emersão enquanto grupo de pressão frente as estruturas sociais, que seus anseios e a necessidade de ações governamentais têm sido vistos, ainda que por um minoria, como um problema político.

A necessidade de estabelecer políticas públicas se fundamenta a partir da percepção da falta de respeito, intolerância, impunidade e violência contra os LGBT's, logo, a classe reivindica efetividade nos seus direitos, conquistados com muitas lutas e garantias para ir e vir com a liberdade garantida pela Constituição da Republica de 1988. Diante o exposto, surgiu a seguinte indagação: Quais as dificuldades para garantir a implantação, de fato, das leis e ações governamentais de promoção e proteção social para a população LGBT no Brasil?

Em torno dessa questão, o presente artigo tem como objetivo geral analisar as dificuldades para garantir a implantação de fato das leis e ações

governamentais de promoção e proteção social para a população LGBT no Brasil.

Na elaboração deste artigo foi utilizada a pesquisa exploratória (GIL, 2017) que tem como finalidade aprofundar o conhecimento em relação a um assunto. E foi usada também a pesquisa bibliográfica (LAKATOS; MARCONI, 2017) através da análise da literatura já publicada, através de livros, periódicos, dicionários e outras publicações, além do estudo das ações governamentais voltados para a classe LGBT e dos Projetos de Lei relacionados ao tema em tramitação no Congresso Nacional.

O estudo desse tema se justifica pela grande importância, visto o estado de vulnerabilidade a qual a população LGBT passa, pelo pouco amparo legal, criação e efetivação de Políticas Públicas que assegure e garanta os direitos inerente a todo cidadão. Dessa forma, o presente artigo pode contribuir para o debate do tema que ainda precisa ser discutido e difundido em todos os setores da sociedade brasileira. Apresentar e debater os principais desafios para garantir a efetivação das políticas no Brasil é algo de grande relevância em razão dos inúmeros casos de discriminação e agressões relatados na mídia diariamente.

O artigo desenvolve-se em cinco tópicos.

O primeiro deles, faz uma abordagem sobre a relação dos direitos humanos com as políticas públicas, sabendo que os direitos humanos abarcam variados temas, dentre eles as ações governamentais. Neste mesmo tópico, busca-se evidenciar como se normatizou os direitos humanos no Brasil, para isso, faz-se uso de um momento específico para ser abordado o Pacto San José da Costa Rica, visto que teve, e ainda tem, grande influência no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo tópico afunila a temática políticas públicas, agora voltadas para a população LGBT no Brasil, evidenciando os ganhos e as percas desde as décadas de 60,70 até hodiernamente, mostrando uma tabela explícita sobre as ações governamentais já conquistadas durante a luta do movimento.

O terceiro e último tópico analisa quais são as dificuldades para se efetivarem na prática o direito as leis e as ações governamentais para a LGBT's no Brasil, fazendo um respaldo minucioso, sobre a legislação atual.

A relação dos direitos humanos com as políticas públicas

Ao abordar o assunto, Políticas Públicas, é interessante salientar que o mesmo abarca grandes temas integrantes que o compõem para se ter a dimensão que existe atualmente, socialmente falando, logo, os direitos humanos apresentam contornos diversos dos demais temas, justamente por toda sua trajetória de incansáveis lutas - sociais, individuais - pela vida e dignidade humana.

O caminho, nada linear dos direitos humanos, faz com que o rol de garantias, voltados aos indivíduos, tenham traços específicos, muitas vezes por abarcar uma gama de assuntos que por vezes vão além do que sejam considerados direitos, inclusive por serem conteúdos de outras áreas que também conversam com tais abordagens, sendo no todo de extrema relevância e considerados fundamentais por se tratar de assuntos da pessoa humana. Logo, ao relacionar tal abordagem é interessante pensar necessariamente em intersectorialidade e transversalidade, e principalmente que essas políticas, necessariamente, lidarão com desigualdades, com o foco em amenizar as disparidades e os desequilíbrios, no intuito de colocar em pratica a efetiva justiça social.

Sobre a definição do que sejam as Políticas Públicas, segundo Secchi (2013, p. 2):

Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Vejamos essa definição em detalhe: uma política é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém [...]. Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.

Esse entendimento ajuda na compreensão das medidas como ações que objetivam superar problemas coletivos. Entretanto, Brito e Maroja (2012) vão dizer que elas podem desempenhar tanto um papel conservador quanto transformador, e podem reforçar as desigualdades, quando os programas governamentais objetivam atender necessidades supostamente universais, ignorando demandas específicas de parcelas da população. Assim, é compreensível que há diferentes interpretações sobre a eficácia das políticas públicas e das ações em prol dos marginalizados e esquecidos pelo Estado.

A normatização dos direitos humanos no Brasil

A ideia de direitos humanos toma força nas revoluções democráticas europeias no período de crise da sociedade feudal e em conflito com os regimes monárquicos- absolutistas, voltando-se contra todas as velhas ordens no planeta, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, lançada em 10/12/1948, buscando mudar a convivência humana após o nazifascismo e a morte de mais de 50 milhões de pessoas em seis anos de conflito. Frente a esta realidade os tratados e convenções internacionais que a seguiram acabaram tecendo um arcabouço principiológico e jurídico mundial (ALMG, 2011)

O Brasil não poderia ficar de fora e também inicia sua jornada, inserindo-se nesse novo momento, logo, participa dos sistemas global, articulado na própria Organização das Nações unidas (ONU), e regional, promovido pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

É importante salientar que o Estado brasileiro aderiu, a partir de 1991, a uma série de convenções e pactos internacionais dessas duas organizações e aceitou, em 1998, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da OEA, em matéria contenciosa. Tais datas revelam uma tendência: a política nacional se voltou às garantias internacionais no processo de redemocratização do País. O povo brasileiro encontrou um eco

de suas lutas ancestrais: na resistência ao regime militar e, hoje, na exigência de conquistas sociais.

Assim, consolidou-se a ideia de aprofundar a democratização da sociedade civil e do Estado, incorporada às políticas, e outros documentos internacionais foram ratificados desde então. A Constituição Federal de 1988, no § 4º do art. 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, deixa claro essa aceitação da submissão do Estado brasileiro à jurisdição internacional em assuntos relacionados aos direitos humanos, inserindo-se no processo hoje denominado pela doutrina de internacionalização do direito constitucional (ALMG, 2011).

O Pacto de San José da Costa Rica e o ordenamento jurídico brasileiro

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de mesmo nome, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992 por intermédio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, conforme se depreende do texto que segue:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

A Convenção Internacional procurou consolidar, entre os países americanos, um regime de justiça social e liberdade pessoal, em função da observância aos direitos humanos essenciais. O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos civis e políticos.

Tal Pacto teve importante papel na Constituição de 1988 no Brasil, principalmente após sua promulgação, visto que a mesma atribui um valor

maior ao estudo dos Direitos Fundamentais, concretizando aplicação imediata aos mesmos com observância a uma tendência internacional, como pode-se perceber em seu artigo 5º, e consequentes parágrafos (p. 1, grifo próprio).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...].

No entanto, devido ao parágrafo segundo, muitos foram os debates em torno de tal máxima, justamente sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, acarretando em diferentes interpretações sobre a temática. Porém após novas medidas implementadas, foi possível a partir de então várias decisões serem tomadas baseando-se na convenção, a qual o Brasil se tornou signatário, tratando-a como uma norma supralegal.

Nesse sentido, verifica-se que a Convenção trouxe consigo direitos que devem ser resguardados com máxima prioridade, afastando as desigualdades sociais e políticas e assegurando as garantias mínimas de dignidade.

Dar-se a entender então que Política Pública pode ser encarada como um sistema de decisões públicas que objetiva modificar a realidade por meio da definição de estratégias de atuação e de alocação dos recursos necessários para se atingir os objetivos estabelecidos, logo se faz necessário e importante ser respaldado nos direitos humanos intrínsecos a cada cidadão.

Políticas públicas para os LGBT's no Brasil

A defesa dos interesses e o combate contra a discriminação dos LGBT's precisam ser compreendidos sob a correta ótica da aplicação dos direitos humanos a todos, logo, coloca-se em prática a aceitação dos princípios fundamentais os quais todas as ações governamentais e de direitos estão assentados, baseando-se, na igualdade de valores e na dignidade humana para todos os indivíduos. A população LGBT vem incansavelmente reivindicando-os, visto que já são previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, em seu art.5º.

Devido ao conjunto de fatores sociais, e de persistentes lutas, advindas de uma trajetória política encarada pelo Movimento LGBT, desde a década de 60, 70, em meio a ditadura, até os dias atuais, o Brasil vem observando de forma lenta, a elaboração e implementação de políticas públicas afirmativas voltadas para a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT).

Para se entender sobre o Movimento LGBT de forma sucinta, vejamos o que diz Simões e Facchini (2009, p. 13).

O desabrochar de um movimento homossexual no Brasil se deu no final da década de 1970, com o surgimento de grupos voltados explicitamente à militância política, formados por pessoas que se identificavam como homossexuais (usando diferentes termos para tanto) e buscavam promover e difundir novas formas de representação da homossexualidade, contrapostas às conotações de sem-vergonhice, pecado, doença e degeneração. Considerando tais características – de aglutinar pessoas dispostas a declarar sua homossexualidade em público e que se apresentavam como parte de uma minoria oprimida em busca de alianças políticas para reverter essa situação de preconceito e discriminação –, podemos dizer que o movimento político em defesa da homossexualidade no Brasil já completou trinta anos. O marco consagrado nessa historiografia particular é a formação do grupo Somos, em São Paulo, em 1978, na mesma época em que era lançado o *Lampião*, jornal em formato tabloide que se voltava para um enfoque acentuadamente social e político da homossexualidade, assim como de outros temas políticos afins e até então considerados “minoritários”, como o feminismo e o movimento negro.

Várias foram as mudanças enfrentadas pelo ativismo LGBT ao longo da história, motivadas tanto por fatores internos quanto externos; o fato é que tal grupo vem incansavelmente lutando por Políticas Públicas de qualidade que os resguardem contra diversas formas de preconceitos e discriminações, de tal forma têm desenvolvido fortes incidências em distintos setores da sociedade.

No entanto o processo de formulação e implantação de uma ação governamental envolve diversas fases dentre elas: Identificação de um problema e sua inclusão na agenda pública; Formulação de alternativas para o enfrentamento das adversidades e seleção daquela considerada mais conveniente; Planejamento e implementação; Monitoramento da implementação; Avaliação. Assim, a lentidão em garantir os direitos aos LGBTs é algo muito visível na sociedade brasileira, principalmente por entender que o Estado brasileiro, não dá o resguardo necessário que necessita tal classe.

Porém, o Movimento LGBT busca celeridade e respostas em meio a tantas mortes, tendo o Brasil como o País onde mais morrem pessoas que fogem do padrão sexual tido como normal, por ano.

De acordo com Pereira (2016, p. 4):

É possível vislumbrar a politização das identidades sexuais e de gênero em diferentes campos da sociedade, incluindo a mídia, significativo setor produtor de visibilidade. É importante também reconhecer que a definição de Movimento LGBT também é algo aberto, inconcluso e em disputa, seja no ativismo, seja na academia.

De certo, ao longo da politização LGBT, o movimento atua enfaticamente na busca por direitos e conquistas com marcos legais, como a do matrimônio igualitário, leis antidiscriminação (com caráter punitivo), e de identidade de gênero (aquelas que permitem a mudança de nome civil de pessoas travestis e transexuais).

Sobre a atuação do Movimento LGBT, Simões e Facchini (2009, p. 18) dizem:

As reivindicações do movimento LGBT tem ganhado maior visibilidade atualmente, a ponto de suscitar projetos de lei em todos os níveis do Legislativo, assim como a formação de Frentes Parlamentares em âmbito nacional e estadual. Suas estratégias se diversificaram de modo a incorporar a demanda por direitos através do Judiciário, o esforço pelo controle social da formulação e implementação de políticas públicas, a produção de conhecimento em âmbito acadêmico, a formação de igrejas para homossexuais, setoriais em partidos políticos e, não menos importante, a construção de alternativas de política lúdica, como as próprias paradas e a organização de saraus, festivais, e mostras de arte, assim como a apropriação de manifestações já bem mais antigas na chamada “comunidade”, como concursos de Miss Gay ou Miss Trans.

No entanto nem todos concordam com a busca por marcos legais e Políticas Públicas através desses movimentos que há muitos anos acontecem, como por exemplo o que diz Coling (2013, p. 7): “para ele, os preconceitos nascem na cultura e por isso seria mais interessante atuar estrategicamente por meio de políticas e produtos culturais, uma vez que as leis modificam timidamente práticas preconceituosas”. O que se vê, são paradigmas divergentes em torno do objetivo requerido pelo movimento, para uns, a exemplo do autor citado, o grupo tenta forçar todas as pessoas não-heterossexuais e não-cisgêneras a se enquadrar em uma das identidades da sigla LGBT, para outros, a classe busca tão somente legitimar e fortalecer princípios e práticas que estão na base da opressão sexista.

Histórico do movimento LGBT no Brasil e as políticas públicas conquistadas

Segundo alguns renomados autores voltados para a causa LGBT, a exemplo de Regina Facchini (2005), em sua obra “Sopa de letrinhas”, o movimento se divide em três importantes ‘ondas’, a primeira iniciando em 1978 a 1983, a segunda compreende os anos de 1984 a 1992 e a terceira engloba o período de 1992 até hodiernamente.

Quadro 1: O Movimento LGBT dividido em três ondas.

Período	Características
Primeira Onda (1978-1983)	Este período é caracterizado pelo surgimento do Movimento LGBT (chamado de Movimento Homossexual Brasileiro - MHB) através do grupo Somos e do Jornal Lampião da Esquina. A luta pela politização da homossexualidade ocorre em paralelo à luta contra a ditadura. É formado o primeiro grupo de lésbicas a partir de uma cisão do Somos/SP. Surge também o Grupo Gay da Bahia (GGB), primeiro grupo a se formalizar como uma ONG (Organização Não-Governamental) e a trazer demandas do Nordeste brasileiro. O GGB assumirá importante protagonismo na campanha pela despatologização da homossexualidade.
Segunda Onda (1984-1992)	A segunda onda do Movimento LGBT (1984-1992) pode ser explicada pelo surgimento da epidemia de HIV/AIDS, fazendo com que o número de grupos diminuísse. Além disso, a queda da ditadura, do chamado inimigo comum, dilui o caráter comunitário movimentalista vigente nos anos de chumbo. Faz parte desse período a campanha nacional do GGB pela retirada da homossexualidade do Instituto Nacional de Assistência Médica (INAMPS), ou seja, a luta pela despatologização.
Terceira Onda (1992-2005)	A terceira onda do Movimento LGBT (1992-2005) é marcada pelo aumento no número de ONGs e grupos com variados formatos do Movimento LGBT (setoriais partidários, grupos informais, grupos religiosos, núcleos universitários, etc.) em todo o país. É nesse período que se formam as grandes redes nacionais que congregam dezenas de organizações locais e de base, como: a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), Associação Brasileira de Lésbicas (ABL), Liga Brasileira de Lésbicas (LBL), Rede Afro LGBT, entre outras, além do aumento da visibilidade na sociedade e na mídia através das Paradas do Orgulho LGBT, outra característica marcante deste período.

Fonte: (PEREIRA, 2016, p. 7)

Contudo, logo após as três ondas citadas pelo autor, surge novos períodos importantes, onde o ressurgimento de grupos não institucionalizados focados em ações de cunho lúdico- culturais ganham força em todo o Brasil. Nas palavras de Texeira (2013, p. 9):

Ganham-se força novas formas de ativismo e perspectivas teóricas pós-modernas com destaque para a Teoria Queer e Pós-Coloniais. Aumentam-se ainda mais os espaços de participação social, mas a capacidade deliberativa dilui-se em face da correlação de forças desfavorável na arena política.

Ao passar dos anos e de alianças serem formadas devido a atuação do Movimento LGBT, logo, novas formas de relacionamento entre Estado e sociedade começam a se estabelecer. Como resultado as Políticas Públicas

para a população começam a serem ampliadas pelo menos nas últimas décadas do século XX e nas duas primeiras do século XXI no Brasil.

Observa-se agora a trajetória das Políticas Públicas implementadas ao longo dos anos:

Quadro 2: Trajetória das Políticas Públicas para os LGBTs em âmbito Nacional.

Políticas públicas para os LGBTs	Natureza e objetivos a serem alcançados	Ano
Criação do Programa Nacional de Aids no Ministério da Saúde	O Programa se configurou como estratégico parceiro do Movimento LGBT no Estado, ainda mais numa época de pouco diálogo entre as duas instâncias. Essa estrutura tem por objetivo diminuir a transmissão de HIV e Doenças Sexualmente Transmissíveis e melhorar a qualidade de vida das pessoas vivendo com essas doenças.	1988
Programa Nacional de Direitos Humanos I	Breve menção dos homossexuais como detentores de direitos humanos.	1996
Criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos	Tendo sido criada na estrutura do Ministério da Justiça, foi fortalecida em 1999 passando a ser chamada de Secretaria de Estado de Direitos Humanos e o titular da época conquistou status de Ministro. No Governo Lula, em 2003, se torna Secretaria Especial de Direitos Humanos com mais recursos e estrutura.	1997
Programa Nacional de Direitos Humanos II	Contendo 10 metas específicas para GLTTB (sigla à época), o Programa avançou no reconhecimento da diversidade sexual no campo da cidadania.	2002
Programa Brasil Sem Homofobia	Gestado no período Lula, fruto da parceria entre Governo Federal e lideranças LGBT. Prevê um conjunto de ações que visam combater a homofobia.	2004
I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais Travestis e Transexuais (GLBT à época)	Convocada por Decreto Presidencial, representou um marco na elaboração e construção de políticas públicas em conjunto com a população LGBT fortalecendo a participação social dessa população. É a partir deste evento que a sigla GLBT passa a ser LGBT, conferindo maior visibilidade a pauta lésbica	2008
Programa Nacional de Direitos Humanos III	O PNDH-3 avança na agenda da população LGBT. Tendo sido construído com mais participação popular que os Programas anteriores.	2009
I Plano Nacional de Promoção da Cidadania e DH de LGBT e Transexuais	Fruto da I Conferência Nacional GLBT, o Plano contém 51 diretrizes e 180 ações, demonstrando assim diversas demandas históricas da população LGBT.	2009

Criação da Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de LGBT na estrutura da SDH	Composto por 30 membros/as, representantes do governo e da sociedade civil, o Conselho tem por finalidade primordial formular e propor diretrizes para a ação governamental.	2009
Instituição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT e Transexuais	Composto por 30 membros/as, representantes do governo e da sociedade civil, o Conselho tem por finalidade primordial formular e propor diretrizes para a ação governamental.	2010
Instituição do Dia Nacional de Combate à Homofobia	Por meio de Decreto, o presidente Lula instituiu o dia 17 de maio como o Dia Nacional de Combate à Homofobia. Essa é uma data internacionalmente celebrada em virtude da retirada da homossexualidade do Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde.	2010
Disque 100 - Direitos Humanos	O Disque 100 funciona como um canal de denúncia em que segmentos vulneráveis vítimas de violência podem denunciar através de ligação telefônica. Em fevereiro de 2011, passa a atender a população LGBT.	2011
Lançamento da Política Nacional de Saúde Integral da População LGBT	Construído por ativistas e membros do Ministério da Saúde, a Política Nacional de Saúde Integral LGBT foi aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde e prevê um conjunto de ações em distintas áreas da saúde como: produção de conhecimentos, participação social, transversalidade, promoção, atenção e cuidado.	2011
II Conferência Nacional de LGBT e Transexuais	Convocada pela presidenta Dilma Rousseff, teve como objetivo central avaliar a execução do I Plano Nacional LGBT.	2011
Lançamento dos Anais da II Conferência Nacional de LGBT e Transexuais	Documento composto por artigos de ativistas, gestores/as, parlamentares, ministros do STF e outras pessoas ligadas à temática LGBT. Ainda contou com a publicação das diretrizes e moções aprovadas na II Conferência Nacional.	2012
Criação do Comitê Técnico de Cultura LGBT	A Portaria n° 19 de 17 de maio de 2012, publicada no DOU, cria o Comitê Técnico de Cultura LGBT que tem por objetivo formular políticas de valorização da Cultura LGBT para o Ministério da Cultura. O Comitê conta com membros da sociedade civil organizada.	2012
Lançamento do Relatório de Violência Homofóbica no Brasil - 2011 e 2012	Fruto da pressão do Grupo Gay da Bahia (GGB), que já contabilizava a violência homofóbica, o Governo Federal lança, no ano de 2012, o balanço da violência contra LGBT em 2011.	2012 2013

Lançamento do Sistema Nacional LGBT	Demandado pelo Conselho Nacional LGBT, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República lança o Sistema Nacional de Enfrentamento à Violência LGBT que tem por objetivo a criação de Conselhos e Coordenadorias estaduais e municipais, a fim de construir e fortalecer uma rede de políticas públicas LGBT no país inteiro.	2013
Instalação do Comitê Nacional de Políticas Públicas LGBT	No âmbito do Sistema Nacional LGBT e em articulação com o Fórum Nacional de Gestores/as LGBT, a Secretaria de Direitos Humanos instalou esse Comitê visando aproximar gestores/ as da política LGBT em todo o país e articular um pacto federativo das políticas LGBT atribuindo responsabilidades e funções ao Governo Federal, governos estaduais e municipais.	2014
Lançamento do Pacto Nacional de Enfrentamento às Violações de Direitos Humanos na Internet - Humaniza Redes	Considerando os altos índices de violências e violações de direitos humanos na internet, o Governo Federal lança o Humaniza Redes como um canal de denúncias online que encaminha as ocorrências para setores responsáveis pela apuração e punição dos atos.	2015
III Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais Travestis e Transexuais	Diferentemente das outras vezes, a III Conferência Nacional LGBT aconteceu em abril de 2016 conjuntamente com as Conferências da Criança e do Adolescente, da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência, bem como da XII Conferência Nacional de Direitos Humanos	2016

Fonte: (PEREIRA, 2016, p. 11-13).

É necessário considerar que algumas ações como, por exemplo, a garantia do nome social de pessoas trans no ENEM ou a portaria do processo transexualizador do Ministério da Saúde, não foram incluídas na tabela, assim como, é importante ressaltar que a trajetória das políticas acima listadas não foi isenta de contradições, tensões e erros de análises (PEREIRA, 2016)

Contudo, percebe-se que várias são as políticas públicas vigentes, porém é perceptível que ainda não houve uma diminuição dos assassinatos, das agressões, discriminações, de forma intensiva na vida dos LGBTs. É preciso um conjunto de ações realizadas por diversos setores, como a educação, saúde, ongs, empresas e sociedade para que juntos transformem a realidade vivida por essa classe.

As dificuldades para efetividade social das políticas e ações governamentais para a população LGBT no Brasil

Antes de se pensar em ações governamentais é interessante e indispensável, independentemente do segmento social, a consolidação de iniciativas essenciais, como esclarece Mello e Maroja (2010), é necessário que exista um marco jurídico que ampare a formulação da política pública, evidenciando a necessidade de proteção dos direitos de um grupo populacional específico ou de atenção prioritária a uma área da vida social, como educação, saúde e previdência social, bem como, um plano estratégico que traga princípios, diretrizes, objetivos, metas, eixos, capazes de orientar a formulação, implementação, o monitoramento e a avaliação das medidas. Salienta também sobre a importância da dotação orçamentária que assegure a realização das ações propostas no plano.

As desigualdades sociais, principalmente quando se fala dos direitos LGBTs encontram barreiras de serem, senão solucionadas, mas ao menos amenizadas, por diversos fatores, desde uma sociedade extremamente machista, racista, homofóbica até mesmo uma conjuntura política que não viabiliza, ou torna possível a liberdade de LGBTs irem e virem sem o medo de sofrerem violentas agressões, visto que há diversas barreiras no Congresso Nacional que impedem direitos e garantias, como por exemplo a aprovação do Projeto de Lei nº 122/2006, lei esta, que por anos está arquivada, devido e em especial a bancada religiosa que se utiliza de crenças pessoais para se enaltecem e não responderem aos anseios de minorias.

Segundo Souza (2015, p. 2):

A humanidade dessas pessoas é questionada ou mesmo negada, a partir de crenças e tradições heteronormativas, naturalizantes e religiosas, incompatíveis com os princípios de respeito à dignidade, de garantia da autonomia e de proteção da liberdade, que a princípio caracterizam as sociedades democráticas e os Estados laicos.

Logo, compreende-se que os desafios para que as Políticas Públicas sejam criadas, incentivadas e efetivadas perpassa por um lento diálogo entre todos aqueles que estão no poder.

Ainda de acordo com Souza (2015, p. 2):

O grande desafio é transformar as incipientes políticas públicas, gestadas ao longo dos últimos anos, especialmente a partir de 2004, em efetivas políticas de Estado, que não estejam à mercê da boa vontade de governantes e das incertezas decorrentes da inexistência de marco legal de combate à homofobia e de promoção da cidadania LGBT.

É necessário a correta efetivação das Políticas Públicas para que os LGBTs sintam-se seguros e consigam exercer seus direitos como quaisquer outros cidadãos sem precisar se sentir inferior, e inesperadamente enxergar um retrocesso na luta pela tolerância e coibição da prática homofóbica, de tal forma percebe-se que injustiças são feitas, principalmente quanto a falta de uma legislação que lhes assegure direitos específicos, que conversem com a manifestação da sua sexualidade.

Contudo, é necessário colocar em prática valores inerentes aos princípios constitucionais, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde afirma que, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que todas as pessoas têm capacidade para gozar os mesmos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

De tal forma, como afirma Dias (2011, p. 23):

A construção de mecanismos jurídicos e de práticas políticas de garantias dos direitos civis representa um expressivo avanço na luta pela igualdade e pela diminuição do preconceito, com importantes impactos não apenas nas esferas jurídicas, mas, sobretudo, no plano simbólico. Tais ações incrementam as práticas de resistência e ruptura com a cultura homofóbica determinada pela lógica heteronormativa.

É preciso, a discussão sobre a efetividade das Políticas Públicas que assegurem proteção aos LGBTs, e não, somente a criação de novos direitos, mas a efetiva aplicação dos mesmos prepostos a todos os indivíduos indistintamente.

Considerações finais

As Políticas Públicas LGBT são entendidas sob um viés, percebido como complexo, onde sobre o assunto, vários aspectos estão em debate, principalmente no campo político, visto que conversa com divergentes segmentos, sejam religiosos, sociais, financeiros. Porém é necessário saber que os direitos humanos, são a base para as conquistas políticas sociais, assim, entende-se que não são dados de forma fácil, mas se trata de bens humanitários conquistados com muita luta.

Um grande problema relacionado a efetividade da ações governamentais se apresenta na vasta quantidade de projetos de lei, no Congresso Nacional, que quase nunca vai a votação, visto que há atuação de parlamentares e de grupos da sociedade civil que persistem em negar as demandas buscadas pela população LGBT, a exemplo do PLC, nº 122/2006, PLS, nº 31/2010, PLS, nº 457/2011 e o PLS, nº 236/2012.

Assim, a presente pesquisa mostra como conclusão que as principais dificuldades para garantir a implantação de fato das leis e ações governamentais de promoção e proteção social para a população LGBT no Brasil encontram-se: na descontinuidade das ações governamentais, na ausência de uma Política Pública específica para atender as questões principais da população, bem como algumas conquistas viabilizadas como portaria, resolução ou orientação de órgãos e não com a força de lei, assim como, poucos recursos destinados às ações voltadas ao segmento e a disseminação da cultura homofóbica.

O desenvolver da pesquisa limita-se a análises das Políticas Públicas já implementadas, porém com pouca eficácia na vida dos LGBT's, visto que muito ainda precisa ser feito para garantia dos direitos dos mesmos. Tal

artigo é recomendado para todos aqueles envolvidos com a Ciência, desde graduandos até mesmo renomados Doutores, bem como para todos que se interessam pela causa LGBT.

Percebe-se a necessidade de um intenso apoio jurídico que legitime a criação e a formulação de políticas públicas voltadas à garantia da cidadania plena da população LGBT de forma efetiva, e assim garanta os direitos para que os mesmos consigam exercer sua dignidade enquanto indivíduo.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2010. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113486>. Acesso em: 08 ago. 2018.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. **Políticas Públicas ao seu alcance**. p. 14, 2011. Disponível em: https://politicaspublicas.almg.gov.br/temas/lgbt/entenda/informacoes_gerais.html?tagNivel1=11465&tagAtual=11465. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoFederal.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.Htm>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 31, de 2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 457, de 2011. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=94234&tp=1>. Acesso em 08 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – Segunda Parte – Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 08 ago. 2018.

BRITO, Walderes; MAROJA, Daniel. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades, **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 39, p. 403-429, 2012. Disponível em: <http://www.direitoshumanoshoje/periodicos/revistatim.br> Acesso em: 09 ago. 2018.

COLLING, Leandro. **A igualdade não faz o meu gênero** – Em defesa das políticas das diferenças para o respeito à diversidade sexual e de gênero no Brasil. Contemporânea, São Carlos, v. 3, n. 2, p. 405-427, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Legislação brasileira e homofobia: Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

FACCHINI, Regina. Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

GIL, Antônio. Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas**. 8 ed. São Paulo, Atlas, 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8 ed.: São Paulo: Atlas, 2017.

MELLO, Luiz; MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para população LGBT no Brasil: um mapeamento crítico preliminar. **Revista Fazendo Gênero**, nº 9, p. 14-16, 2010. Disponível em: <http://revistafazendogenero/artigos/br>. Acesso em: 09 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Representação da UNESCO no Brasil, Brasília- DF, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana De Direitos Humanos** (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. **Revista RIDH**, Bauru- SP, v. IV, p. 115- 137, jan./jun., 2016. Disponível em: <http://www.revistabrasilridh/artigosrelacionados>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 1 ed., São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris**: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

SOUZA, Camila Cristina de Castro. **Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil**: do estado de coisas ao problema político. Artigo apresentado à Universidade do Maranhão (UFMA), para obtenção de Bacharel em Direito, Maranhão, 2015, p. 2-8. Disponível em: <http://www.Periodicoserevistas/artigo/tcc2015>. Acesso em: 09 ago. 2018.

TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. **Para além do voto**: uma narrativa sobre a democracia participativa no Brasil (1975-2010). 2013. 160 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas. Campinas. 2013.

Um lamento ao redor do Velho Chico: por onde anda o direito à saúde?

Gabriel da Silva

Giselle Oliveira Santos

Suely Emilia de Barros Santos

Introdução: A nascente de um problema

O projeto da transposição do Rio São Francisco é uma obra do governo federal, que vem sendo pensada desde 1985. A iniciativa se deu com o intuito de transpor a água para o semi-árido da região nordeste, que sofre com a seca. Essa proposta está sob responsabilidade do Ministério da Integração Nacional, e tem previsão de ter uma extensão de 700 quilômetros, passando pelos estados de Pernambuco, Paraíba, Ceará e Rio Grande do Norte. Teve início em 2007, com intenção de ser finalizada em 2012, porém, encontrando-se em atraso, foi adiado para 2016, mas, a obra ainda se encontra inacabada (BRASIL, 2018).

Diante do contexto em que se encontra a região Nordeste, com a seca, e os benefícios propostos no projeto, a obra do Rio São Francisco foi vista como algo positivo, pois além de levar a água para a população e regiões que mais precisam, trariam outras vantagens, como por exemplo, a criação de empregos nas obras, aumento da renda e do comércio das regiões atendidas, abastecimento rural com água de boa qualidade, redução de problemas trazidos pela seca, como a escassez de alimentos, baixa produtividade no campo e desemprego rural, redução de doenças e óbitos

gerados pelo consumo de água contaminada ou pela falta de água, entre outros benefícios (BRASIL, 2018).

Entretanto, os atrasos e o próprio funcionamento das obras vêm revelando outras realidades, possíveis de serem vistas em algumas notícias e reportagens. Esse outro lado da transposição está se tornando interesse de estudo de áreas que buscam investigar os impactos na vida cotidiana de uma população residente aos arredores de grandes obras, a exemplo da transposição do Rio São Francisco. Uma instituição que vem desenvolvendo estudos nestas áreas, por exemplo, é a FIOCRUZ-PE fazendo projetos de pesquisa, como a do pesquisador André Monteiro Costa, intitulada: “Estudo ecossistêmico sobre os processos de vulnerabilização de territórios e populações e do acesso à água decorrentes do processo de implantação do projeto de transposição do Rio São Francisco”.

O mesmo autor da pesquisa citada acima desenvolveu o documentário “*Invisíveis*”, produzido em 2017, em que narra situações de vulnerabilização de diversos grupos sociais afetados pela implantação do projeto da transposição do Rio São Francisco. Nas cenas foi revelado, através da narrativa dos moradores das áreas afetadas pelas obras, que há um sofrimento vivido pelo povo que tiveram suas vidas mudadas radicalmente após a chegada das obras, trazendo perdas materiais e imateriais/simbólicas. É possível perceber, também, uma ausência de um olhar da saúde pública, para com eles, o que vem causando agravos à saúde provocando adoecimentos com a presença de hipertensão, depressão e ansiedade, dentre outros. A partir dessa realidade, surge então o questionamento: de que forma as obras do Rio São Francisco podem refletir no direito à saúde dos moradores que vivem as ressonâncias da transposição?

Diante desse cenário, professoras da UPE *Campus* Garanhuns dos cursos de Psicologia¹, Medicina² e Direito³, foram provocadas a desenvolver uma ação extensionista que visasse promover um espaço de escuta e

¹ Profa. Dra. Suely Emilia de Barros Santos – UPE – *Campus* Garanhuns

² Profa. Doutoranda Wanessa da Silva Gomes – UPE – *Campus* Garanhuns

³ Profa. Dra. Clarissa Marques – UPE – *Campus* Arcoverde

acolhimento às pessoas que se encontram em sofrimento, a fim de possibilitar uma ação de cuidado que reconheça o direito à saúde em direção a um modo possível de um viver digno. Surge então o projeto de extensão: “Direito à saúde: ressonâncias da transposição do Rio São Francisco”, articulado a pesquisa coordenada por André Monteiro Costa, já citada mais acima e aprovada no comitê de ética e pesquisa da FIOCRUZ-PE. Objetivase nessa extensão, criar espaços de cuidado e de conversação em interface com o direito à saúde para a população vulnerabilizada com o impacto causado pela transposição do Rio São Francisco.

A partir das histórias contadas no documentário, percebe-se que existem sofrimentos decorrentes da mudança radical no cotidiano dos modos de vida da população afetada pelas obras do canal principal e, também, da construção do ramal, causando adoecimento e, em alguns casos, a morte das pessoas diretamente envolvidas. De acordo com Oliveira *et al.* (2017, p.23), “As violações de direitos humanos são condições que, explícita ou implicitamente, levam a resultados adversos para a saúde das pessoas e populações vulneráveis em todo o mundo”, ou seja, a saúde enquanto direito social e humano revela-se desafiada frente às mudanças que violam tais direitos. A partir disso, nos deparamos com o sofrimento de uma população que sente em diferentes aspectos da saúde e do cotidiano as ressonâncias do impacto advindo da presença dos grandes empreendimentos no modo de viver em seu próprio território.

Compreendemos também que as ações extensionistas permitem ao estudante da graduação uma interseção entre o tripé ensino-pesquisa-extensão, com uma ação direta no território em que se encontra inserido, se colocando à disposição para acompanhar a população em vista a uma melhoria da qualidade de vida. Diante disso, este artigo contará da experiência dos extensionistas que entraram em contato com comunidades afetadas pela transposição do Rio São Francisco, na cidade de Sertânia-PE, abordando fenômenos que ressoam na vida e no cotidiano daqueles que foram afetados pela transposição, sobretudo em relação ao direito à saúde.

Metodologia: Juntando pernas e percorrendo o Francisco

Para a realização deste texto optamos por lançar mão de um viés qualitativo cartográfico. Podemos dizer que, tomando uma direção qualitativa, se

[...] trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (MINAYO, 1994, p. 21-22).

Nessa direção, este trabalho lança um olhar sobre os diversos aspectos que perpassam a vida cotidiana dos afetados pela transposição fazendo uma leitura compreensiva a partir dos diferentes modos com que os fenômenos se desvelaram, sem reduzi-la a uma interpretação pronta à partir das situações postas.

A fim de conhecer o território onde nos pusemos em andança, transitando nas comunidades atingidas pelas obras do canal, bem como as que ainda serão atingidas pelas obras do ramal da transposição do Rio São Francisco na cidade de Sertânia/PE, utilizamo-nos da cartografia clínica enquanto método, uma vez que:

[...] a cartografia clínica parte da escuta psicológica visando tanto à investigação, quanto à intervenção: busca compreender o cenário social, criar modos de atuação possíveis e pesquisar a própria intervenção em ação (BRAGA; MOSQUEIRA; MORATO, 2012, p. 560).

Assim, os extensionistas puderam visualizar as particularidades do território nas comunidades de Sertânia/PE, em caminhada juntamente com a população moradora da região, de modo que vivenciar experiências em contato direto com o outro permite uma compreensão de sentido aos modos de conviver, as relações com os espaços de moradia, trabalho e convivência, possibilitando uma aproximação à realidade dessas pessoas, visto que:

[...] a 'cartografia se faz ao mesmo tempo que o território' (ROLNIK, 1989, p. 6). Diferente do mapa, que contorna territórios já estabelecidos, a cartografia atravessa o tempo, nasce dos movimentos geográficos da terra, acompanha e se faz nas transformações da paisagem, criando história. Desta forma, o cartógrafo não pretende estabelecer verdade, 'tem a pele marcada por todos os encontros que faz em seu nomadismo' (p.10), vive buscando alimentos para compor cartografias, descobrir afetos e criar linguagem e sentido em redes de expressões mescladas, que percorrem seu corpo no encontro com os corpos que pretende entender. (AUN, 2005, p. 33, aspas da autora).

Nesse sentido, numa perspectiva fenomenológica existencial ao modo de Heidegger, este trabalho trata-se de um relato de experiência a partir de uma narrativa, pautada nas ideias de Walter Benjamin (1994, p. 205), sendo entendida segundo o autor enquanto uma “[...] forma artesanal de comunicação”, em que “[...] o narrador retira da experiência o que ele conta: sua própria experiência ou a relatada pelos outros” (p. 201). Desse modo, o narrador comunica através da escrita de suas narrativas, a contação de uma experiência possibilitada pelas andanças no território, evidenciando o modo como ele foi afetado, e como compreende as situações vivenciadas e que lhe atravessam.

Nessa vertente, as narrativas escritas nos diários de bordo dos extensionistas, autores desse trabalho, foram interpretadas hermeneuticamente. Os diários de bordo estão sendo compreendidos como “[...] narrativas em forma de escrita, feitas por protagonista, de próprio punho, disposto a compartilhar uma experiência” (BISELLI; BARRETO, 2013, p. 246), e que revelam os impactos advindos do andamento das obras no viver cotidiano dos moradores dessas comunidades. Desse modo, “um Diário é como um tecer de muitas estórias interligadas. Estórias essas também tecidas por entre outras narrativas” (AUN, 2005, p. 18), proporcionando o desvelamento das experiências no viver cotidiano expressas nas conversações com os moradores afetados pelas obras da transposição, bem como as vivências dos extensionistas no território, uma vez que

[...] recorrer aos diários de viagens para re-construir a experiência vivida dessa prática abriria brechas para se mostrarem, em entrelaçares espelhados, também os lugares por onde protagonista/viajantes, deste e de outros tempos, passaram e as aventuras que viveram (AUN, 2005, p. 18).

Diante disso, a partir dos fenômenos revelados nesses diários de bordo, faremos nesse trabalho, uma conversação com diferentes autores que nos ajudarão a refletir acerca do viver cotidiano dessas pessoas.

Importa assinalar que o projeto de extensão universitária intitulado “Direito à saúde: ressonâncias da transposição do Rio São Francisco”, conta com participantes de diferentes áreas, tais como Psicologia, Serviço Social, Medicina, Enfermagem, Direito, Saúde Mental e Saúde Coletiva, bem como professores/pesquisadores, mestrandos, residentes e estudantes da graduação, em articulação com o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sertânia (STR), o qual possibilitou a entrada dos professores orientadores e extensionistas, nos territórios assumindo o lugar de interlocutor com os líderes das comunidades afetadas pela transposição do Rio São Francisco.

Aqui destacamos a importância e a necessidade de um cuidado para adentrar nos espaços coletivamente habitados, compreendido por Santos (2016, p. 133), “[...] não como espaço geográfico, mas como um espaço acontecimental no qual há o jogo da experiência do viver-com, bem como o desafio de conviver no dia a dia”. Nessa vertente, transitar por espaços de pertencimento comunitário, solicita dos extensionistas uma atenção cuidadosa, não apenas voltada para os fenômenos vividos pela população, mas para o seu próprio modo de se inserirem nos cenários ainda desconhecidos, que solicitam uma ação extensionista compartilhada com aqueles que lhes representam.

Desenvolvimento: Um leito banhado à perda de direitos

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal (1988), no artigo 166, enquanto dever do Estado mediante políticas sociais que visam

a promoção, a proteção e a recuperação da saúde na população. Assim, de acordo com Dias (1995, p. 31):

[...] a saúde, em nível constitucional e da legislação ordinária, é um bem jurídico tutelado, extensivo a todas as pessoas que estejam sujeitas à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa ou toda a coletividade possa ser ferida nesse bem, sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção.

Essa citação aponta a saúde como um direito de toda população brasileira. Entretanto há de se indagar como anda esse acesso a saúde, essa proteção do Estado? A organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como o bem-estar físico, mental e social. Esse conceito de saúde vem sendo questionado por muitos estudiosos que entendem essa descrição como insuficiente para compreendermos essa dimensão humana. Santana e Leite (2018, p. 116) afirmam que Sergre (1997): “[...] aponta para insuficiência dessa definição de saúde, vendo-a como ultrapassada ao dividir o homem em dimensões física, mental e social [...]” O autor informa que bem-estar se articula com crenças socioculturais, não com categorias teóricas universais.

Dessa forma, a saúde para além de uma concepção voltada para olhar o humano de forma fragmentada, ou até mesmo como o acesso a medicamentos ou a exames, pertence a dimensão existencial, precisando ser vista como um fenômeno da experiência humana, como sinaliza Gadamer (2011).

Portanto, o conceito de saúde concebido pela OMS, precisa ser repensado quando se planeja promover ações que visem a garantia de saúde em contextos sociais dirigidas à um coletivo, como é o caso deste trabalho, visto que cada realidade social apresentará seus próprios fenômenos que darão tom e singularidade no tecer da experiência de cada pessoa na relação com o contexto e com os outros.

Frente às mudanças advindas das obras da Transposição do Rio São Francisco, identificadas nas falas dos moradores residentes no entorno da construção do canal principal, pudemos identificar uma série de danos

individuais e coletivos, de âmbito material e imaterial/simbólico, que têm mudado radicalmente o cotidiano dessa população. Dada a necessidade de desapropriação, que provocou a saída dos moradores de um local onde construíram suas vidas, o que surge em seus depoimentos é o sentimento de desamparo, uma vez que a saída de seus lares diz também da impossibilidade de relacionarem-se produtivamente com a terra

[...] pelas novas condições de vida impostas pelo modo social [...] que contribuem não somente para um desarraigamento do homem dos vínculos tradicionais, mas, sobretudo, da comunidade orgânica da aldeia, da família, entre outros modos de existir no cotidiano (BARRETO, LEITE; SILVA, 2018, p. 20).

Pensar nessas novas condições impostas, nos levam a outro impacto revelado em nossas andanças pelo território, que foi a dificuldade de acesso à água. Por mais que o propósito da transposição fosse levar água para as regiões que mais precisassem, garantindo empregos, melhoria da renda, e qualidade de vida, a experiência com os moradores mostrou outra realidade:

Adiante, os moradores também expuseram o problema da falta d'água e da falta do acesso à água encanada, visto que foi um longo processo para conseguirem ter água nas casas (Diário de Bordo de um dos autores).

A água ainda é uma necessidade mesmo nas comunidades onde os canais do São Francisco já passam, inclusive na Vila Produtiva Rural, construída e entregue pelo Ministério da Integração Nacional, sem o sistema de encanação que possibilita o acesso à água nas torneiras das casas, onde estão assentadas famílias que precisaram desapropriar-se de suas terras.

Essa falta de água traz ressonâncias como a impossibilidade de os moradores realizarem atividades do trabalho agrícola, bem como praticar o plantio, a criação de animais e, até mesmo, na falta de água para consumo próprio. Nossa atenção se volta para a falta. Uma falta de serviços fundamentais para uma qualidade de vida, bem como uma ausência de cuidado:

Outra questão que surgiu durante as reuniões foi a forma que as pessoas se sentiam diante da obra da transposição. Em algum momento foi posto que os animais que viviam nas terras haviam recebido mais cuidado que as pessoas, pois haviam carros da obra que eram responsáveis pela proteção dos animais da região, e este cuidado as pessoas não receberam, tudo isso junto a questão de indenizações mal pagas e acordos mal feitos fez com que as pessoas se sentissem impotentes e desvalorizadas... (Diário de Bordo de um dos autores).

Diante desse cenário, compreendemos que uma das ressonâncias da transposição se revelou nesse sentimento de falta de proteção, de cuidado, de valorização, de desamparo frente ao inusitado no qual “[...] os fatos e acontecimentos irrompem nas nossas vidas, desalojando as certezas cristalizadas” (ADVÍNCULA, 1999, p. 19).

Nessa quebra de certezas, vimos um distanciamento dos moradores, bem como a dificuldade de reconhecerem-se pertencente àquele espaço que passa a ser experienciado como um outro desconhecido:

Assim, é perceptível que não há essa noção de um coletivo que pode sim, fazer por si só, uma ação em prol de um espaço que é deles e, a partir disso, várias outras questões se desvelam por trás dessa falta de percepção, bem como a falta de pertencimento deles a esse terreno, conseqüentemente a falta de implicação, o não reconhecimento próprio enquanto moradores e responsáveis pelas ações que podem ser realizadas ou que precisam ser realizadas no território, visto que eles sabem, melhor que ninguém, da própria vivência e das suas necessidades (Diário de Bordo de um dos autores).

Podemos perceber então que uma noção de território para além do espaço geográfico é evocado para pensarmos a dimensão do sofrimento dessas pessoas. As mudanças provocaram não só uma transformação no espaço físico, mas no sentido dado ao viver e conviver no mundo com outros, apontando assim um “[...] desenraizar do solo próprio, [...] onde nosso mundo familiar e mais próximo se desfaz” (ARAÚJO; RIBEIRO, 2005, p. 2).

Compreendemos que esses impactos vêm causando danos diretos à saúde desse povo, uma vez que a saúde está “[...] para além do mundo das

enfermidades objetivadas, dirigindo o olhar para o sujeito e coletivos, seus ambientes e contextos, dimensões integradas [...]” (PELIZZOLI, 2011, p. 17). Sendo assim, a saúde não diz apenas de um funcionamento orgânico do corpo, mas está entrelaçada com a experiência que as pessoas vão fazendo no seu cotidiano junto a outros, apontando assim uma dimensão existencial na saúde.

Tomando como preceito esse olhar para a saúde, compreendemos a partir de Oliveira *et al* (2017, p. 21-22, parênteses dos autores) que o direito à saúde deve visar a garantia de:

[...] critérios socioculturais que contribuam para a saúde de todas as pessoas, incluindo a acessibilidade a serviços de saúde, condições de trabalho, habitação, transportes de boa qualidade, alimentos nutritivos e o direito ao lazer. Assim sendo, a conquista do direito à saúde está intimamente ligada à de outros direitos humanos, incluindo a não discriminação, acesso à informação e participação nas decisões, entre outros. Inclui também o direito de controlar a saúde e o corpo (como, por exemplo, nos direitos sexuais e reprodutivos), o acesso a uma saúde diferenciada (indígenas e quilombolas) e estar livre de interferências (tratamento médico não consensual e experimental).

Todavia, as narrativas construídas a partir das andanças ao redor da transposição, revelam um outro contexto. É possível perceber que alguns direitos humanos básicos foram negados a esta população, deixando-os à margem de um viver digno e sem acesso à elementos essenciais para a vida, tais como: à água encanada, à segurança, à saúde, ao lazer, à cultura e à informação. No âmbito da saúde, essa negação de direitos fica mais evidente na narrativa do diário de bordo:

Os moradores disseram que há uma extrema dificuldade em conseguir atendimento nos postos de saúde das proximidades, pois eles dizem que não fazem a cobertura dos moradores [...] então um posto encaminha eles para outro e no final das contas eles não conseguem atendimento, precisando se deslocar para o centro da cidade [...] O único posto que atende, estando menos distante, é o Posto da Cerâmica, onde eles precisam fazer um cadastro, mas que ainda assim é difícil, pois o posto não tem médicos, então ainda faltam diversos serviços (Diário de Bordo de um dos autores).

O depoimento revela a dificuldade que se tem para ter acesso a serviços de saúde devido a distância de localização das Unidades de Saúde da Família (USF), a ausência de médicos e de outros serviços/profissões. Sem dúvida essa é uma realidade que encontramos em vários municípios, mas isso não diminui a importância de assinalar a escassez do acompanhamento a uma população que se encontra em sofrimento, bem como as dificuldades que encontram por uma precariedade na acessibilidade aos serviços que se mostra frágil pela ausência de profissionais. Sendo assim, os moradores vivem hoje não só as ressonâncias de experiências que causaram agravos à saúde, mas também a negação do direito ao acesso à serviços que promovam o cuidado com a saúde, o que configura uma violação dos direitos humanos:

A omissão das políticas de Saúde Pública em relação às populações mais pobres caracteriza também uma violação dos direitos humanos, na medida em que todos deveriam ter igual acesso à saúde. As violações ou a falta de atenção aos direitos humanos podem ter sérias consequências para a saúde. A discriminação visível ou implícita na prestação de serviços de saúde viola os direitos humanos fundamentais. (OLIVEIRA et al, 2017, p. 21).

Sem dúvida, acompanhar a dificuldade de acesso a serviços de saúde, participando de espaços de discussões que possibilitaram aos moradores o acesso a informações sobre seus direitos, nos mobiliza a lançar um olhar cuidadoso para o cotidiano dessa população já atravessado pelo sofrimento vivido diante do desalojamento existencial que “[...] pode retirar a presença da cotidianidade mediana e da certeza tranquila de sentir-se em casa, rompendo a familiaridade cotidiana, apresentando-se como esvaziamento radical de sentido” (BARRETO, 2018, p. 23).

Vimos nesse caminhar o quanto a população afetada pela transposição do Rio São Francisco, no município de Sertânia/PE, encontra-se estrangeira em sua própria terra, o que acarreta na quebra de um sentimento de pertencimento a terra que vive cotidianamente. Esse desalojamento provoca uma angústia com o próprio modo de viver. Nesse

sentido, “A angústia é, pois, um modo preocupado de existir; nela reside um sentimento de estranheza, cabível à metáfora: ‘sentir-se fora de casa’.” (SANTOS, 2005, p.83, aspas da autora). Acompanhar essa dor de encontrar-se “fora de casa” em sua própria terra, nos mostra a importância desse projeto de extensão que se propõe a acompanhar esse povo a se apropriarem dos seus modos de ser cuidado.

Heidegger (2002), chama-nos a atenção de que há dois modos de cuidado: um cuidado por ocupação, superprotetor, que desresponsabiliza o outro de sua tarefa de poder-ser, e um cuidado por pré-ocupação que acompanha o outro, que fica ao seu lado no movimento de restituir ao cuidar-se de si. Nessa direção, Pompeia e Sapienza (2011, p.108-109, grifo dos autores) afirmam:

A humanitas do homem consiste nisso: tecer, fazer história, reunindo tudo aquilo que, sem história, se mostraria apenas como fatos fragmentados. Essa tarefa de fazer história pertence ao homem porque corresponde à sua essência, que é o cuidado – de si, dos outros homens, do mundo - cuidado que junta futuro, passado e presente, que faz história.

Pensamos que aqui reside um desafio do nosso trabalho neste projeto de extensão: acompanhar o outro, tecendo histórias compartilhadas em direção ao responsabilizar-se por si, pelos outros, pelo mundo, ou seja, tecer com-outros a tarefa de existir.

Considerações em andamento: Uma foz que desemboca num problema social

É possível, a partir da experiência com a população afetada pela transposição do Rio São Francisco em Sertânia/PE compreender a saúde diferente do modelo biomédico, ampliando para uma visão integral e existencial da saúde. Esse outro modo de ver a saúde, nos possibilitou voltar o nosso olhar para a experiência daqueles que vivem hoje as ressonâncias da transposição do Rio São Francisco, nos levando apreender que os fenômenos que circundam o cotidiano daquele povo ampliam-se para além de

um sofrimento físico, orgânico, biológico, mas anunciam um sofrimento existencial por deparar-se com o desalojamento pela quebra de pertencimento àquele espaço coletivamente habitado que lhe era tão familiar.

Nessa direção, compreendemos que as obras da transposição do Rio São Francisco provocaram afetações diretas na saúde de uma população que hoje convive diariamente com a violação de direitos, e aqui, em especial a violação de direito à saúde, colocando-a em uma situação de um modo de viver fragilizado, pela dificuldade e/ou perda de manterem-se produtivamente na terra em que habitava, bem como pelo desalojamento provocado pela perda de sentir-se pertencente a essa espaço que outrora habitava, dadas as mudanças radicais que causaram impactos no modo de viver e conviver no território.

Esse encontrar-se “sem chão, sem casa, sem lugar”, encaminham a população que vive ao redor da transposição, experienciarem o sentimento de desamparo ao se depararem com a violação de direitos, o que nos provoca a lançar um olhar de cuidado, ressaltando a importância de uma ação coparticipativa, chamando-os a se apropriarem do seu modo de ser cuidado, do seu modo de responsabilizarem pelo espaço que habitam.

As ações extensionistas nos levaram a ouvir o lamento daqueles que vivem a beira do Velho Chico, por se sentirem esquecidos pelo poder público. Ouvindo esse clamor, este projeto de extensão ganhou uma outra nomeação, passando a ser chamado “transVERgente”. Esse nome surge indicando uma demanda revelada nas experiências acontecidas nas andanças da cartografia clínica. **Transpor** as injustiças sofridas pelo povo, e **Ver** além, a **Gente** que demanda um cuidado.

Referências

- ARAÚJO, R. F. S.; RIBEIRO, G. M. F. O fenômeno do falatório no pensamento de Martin Heidegger. Existência e Arte. **Rev. Eletrônica do Grupo PET - Cien. Humanas, Estética e Artes**. Ano I, n. I. 2005.

- AUN, H. A. **Trágico Aveso do Mundo**: narrativas de uma prática psicológica numa instituição para adolescentes infratores. Dissertação de Mestrado – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo: São Paulo. 2005.
- BARRETO, C. L. B. T. Angústia e Desamparo: o sofrimento humano na era da técnica moderna. *In*: BARRETO, C. L. B. T.; LEITE, D. F. C. C. S.; SILVA, E. F. G. **Clínica psicológica e sofrimento humano**: uma perspectiva fenomenológica existencial. Curitiba: CRV, 2018. p. 19 – 33.
- BENJAMIM, W. O narrador. Considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. *In*: BENJAMIM, W. **Magia e técnica, arte e política**: Ensaios sobre literatura e história da cultura. São Paulo: Brasiliense, 1994. p 197-221.
- BRAGA, T. B. M.; Mosqueira, S. M.; Morato, H. T. P. Cartografia clínica em plantão psicológico: investigação interventiva num projeto de atenção psicológica em distrito policial. **Temas psicol.**, Ribeirão Preto, v. 20, n. 2, p. 555-570, dez. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2012000200020&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 4 out. 2018.
- BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Projeto de Integração do Rio São Francisco**. Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/projeto-sao-francisco/inicio>>. Acesso em: 05 out. 2018.
- BISELLI, A. C. T.; Barreto C. L. B. T. O Psicodiagnóstico Interventivo/Colaborativo e Formação do Psicólogo: Relato de uma Experiência. *In*: BARRETO, C. L. B. T., MORATO, H. T. P.; CALDAS, M. T. **Prática psicológica na perspectiva fenomenológica existencial**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 231-258.
- COSTA, A. M. (2017). Os invisíveis. **Beiras d'água**. Disponível em: <<http://beirasda-gua.org.br/item/invisiveis/>>. Acesso em: 28 set. de 2018.
- DIAS, H. P. **A responsabilidade pela saúde**: aspectos jurídicos [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995. p. 9-69. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 03 out. 2018.
- GADAMER, H. **O caráter oculto da saúde**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. 12.ed. Parte I. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

MINAYO, M. C. de S. (Org.). **Pesquisa social: teoria método e criatividade**. 17^a ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. p. 7-80.

OLIVEIRA, M. H. B. de; *et al.* Direitos Humanos e Saúde: construindo caminhos, viabilizando rumos. In: OLIVEIRA, M. H. B. de *et al.* **Direitos Humanos e Saúde: construindo caminhos, viabilizando rumos**. Rio de Janeiro: Cebes, 2017. p. 21-34.

PELLIZOLI, M. **Saúde em novo paradigma: alternativas ao modelo de doença**. Recife: Ed. Universitária da UFPE. 2011.

POMPEIA, J. A.; SAPIENZA, B. T. **Os dois nascimentos do homem: escritos sobre terapia e educação na era da técnica**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2011.

SANTANA, A. M. LEITE. D. F. C. C. S. Ressonâncias da fenomenologia existencial no contexto da saúde. In: BARRETO, C. L. LEITE, D. F. C. C. S. SILVA, E. F. G. **Clínica Psicológica e Sofrimento Humano: Uma perspectiva fenomenológica existencial**. Curitiba: Ed. CRV, 2018. p. 113-131.

SANTOS, S. E. de B. **A experiência de ser ex-esposa: uma oficina sociopsicodramática como intervenção para problematizar a ação clínica**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco: Recife, 2005.

SANTOS, S. E. de B. **“Olha!... Arru(A)ção!?!...” A Ação Clínica no Viver Cotidiano: Conversação com a Fenomenologia Existencial**. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2016.

SERGRE, M.; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. **Revista de saúde pública/Journal of Public Health**. 31 (5), 538-542, 1997.

Direito à terra e a proteção da memória ancestral quilombola

Ana Raquel Delgado Jardim Jucá

Aricles Barbosa de Araujo

Introdução

É evidente que a falta de demarcação de terras no Brasil prejudica a continuidade de existência de muitas comunidades, inclusive as comunidades quilombolas, principalmente no que diz respeito à manutenção de sua identidade, pois a preservação de sua cultura e memória ancestral baseia-se e liga-se com o direito à terra. Seio do surgimento histórico das comunidades que, por tê-la como parte de suas próprias identidades, veem na burocracia e na morosidade da demarcação uma busca penosa que torna-os cada vez mais distante de suas origens, correndo o risco de perderem-se na história.

A memória ancestral quilombola e o direito à terra liga-se de tal modo que através de uma estrutura social organizada e desenvolvida, essas comunidades têm tentado fortalecer sua cultura e sua existência a fim de preservar em seus integrantes a memória Quilombola, buscando aparato jurídico, leis positivadas e normatizações que lhes garantam o direito à terra, conseqüentemente à existência, tal como aconteceu com o artigo 68 da ADCT da Constituição Democrática de 1988; pois, há que se observar que sem a efetivação de tal direito não há comunidade da memória Quilombola.

Contudo, desde a colonização, o Brasil foi um país construído sob um clima de pluralidade de culturas, raças, religiões e etnias, o que resultou em um peculiar perfil sociocultural. E é justamente por esta característica tão heterogênea que, em sua essência, traz para si o paradoxo da supremacia de uns sobre os outros, resultando em uma balança desarmonizada quanto a essa diversidade.

Por isso, nesse domínio moderno, não é estranho deparar-se com situações em que comunidades Quilombolas perdem, gradativamente, além do espaço territorial, também o direito de preservar sua cultura fomentado por inúmeros processos sociais. Um dos fatores que mais contribuem para esse retardo social vivido por eles é a negligência quanto à demarcação das terras que, em razão disso, torna-os alheios aos direitos fundamentais e sociais garantidos na Constituição.

Nesse diapasão, o direito à terra torna-se o núcleo no qual o sistema normativo brasileiro deve se assentar o direito à memória Quilombola, que por sua vez, sustenta de igual modo demais direitos garantidos na Carta Maior, tais como: habitação, saúde, educação, trabalho e etc. em razão dessa preterição muitas comunidades vivem sob extrema pobreza e marginalização social, sofrendo discriminação por outras comunidades reconhecidas com terras demarcadas, obrigando-os a deixar suas terras e seus espaços para aventurarem-se à outras condições de vida na cidade, desfragmentando-as e acelerando o processo de esquecimento da memória, cultura e identidade quilombola.

Observadas tais pontuações, apresenta-se no presente trabalho a seguinte questão como problema de pesquisa: como o direito à terra, através da devida demarcação, pode preservar a memória da ancestralidade quilombola?

Como objetivo geral, tentar-se-á traçar um caminho em que os direitos fundamentais e sociais da Constituição Federal de 1988 possam assegurar ao indivíduo e sua comunidade o mínimo existencial possível dando-lhes efetividade do direito à terra através da demarcação como

forma jurídica-política de preservação desse vínculo entre territorialidade do indivíduo e preservação de sua memória quilombola.

Os objetivos específicos encontram-se divididos em: 1) traçar a percepção de memória quilombola, desde o conceito, surgimento dos quilombos, a proteção dessas comunidades partindo para a identificação delas com a terra como forma primordial de manter a sua história viva e, de igual modo, manter o espírito de luta e de unidade da comunidade em referência ao espaço geográfico que vivem como parte de sua própria construção histórica; 2) detalhar o procedimento de demarcação de terra e as previsões legais em nosso ordenamento para efetiva-la; 3) realizar breve análise a respeito da ADI 3239 fundamentado no princípio da igualdade, no seu aspecto socioambiental, como direito constitucional para além da norma e, analisando-o sob o enfoque da comunidade quilombola do Município de Floresta/PE, filhos do Pajeú.

O texto desenvolver-se-á a partir da concepção do que seja o direito à terra como um dever do Estado e, levando em conta principalmente o que está contido no ADCT, artigo 68, a fim de preservar com isso a memória quilombola que, até os dias atuais, encontra-se em perigo por não haver a devida demarcação pelo poder público. Para tanto, o artigo aplicou o estudo e os conceitos apresentados à pesquisa realizada na comunidade quilombola do Município de Floresta/PE, Filhos do Pajeú, com o fito de apresentar todo caminho requerido legalmente e, inclusive no processo dentro das próprias comunidades, para chegar até o reconhecimento de comunidade quilombola para então poder, posteriormente efetuar-se por parte do poder público a demarcação daquele território como terra quilombola.

O presente documento será elaborado com base no método descritivo, fundado em pesquisa bibliográfica de livros, estudos, artigos jurídicos, legislação nacional, legislação específica e sítios (internet) sobre a temática e é descritivo por fazer observação do tema. É analítico, pois tem como escopo analisar os fenômenos já existentes e, apresenta o resultado qualitativo atingido.

Tendo em vista a importância que traz a discussão sobre o direito à terra, especificadamente em relação às demarcações em terras quilombolas, torna-se oportuno um estudo que busque dimensionar a ligação entre a identidade como comunidade quilombola e o espaço territorial, também chamado neste trabalho de territorialidade, como pontos chave de garantia da perpetuação do direito, inclusive, à existência cultural e social dos quilombos.

A memória ancestral como fator existencial quilombola

Ter memória é algo que faz parte de modo quase que intrínseco à conservação e manutenção do consciente coletivo a respeito de conhecimentos passados de um povo que foram adquiridos através de experiências ouvidas ou vividas, e é por isso que é “uma das razões para o reconhecimento do vínculo quilombola com a terra como um valor ancestral e cultural” (DANTAS, 2017, p. 221), pois eles levam em si o vínculo comunitário da identidade quilombola atrelado à sua terra, seja no sentido geográfico ou até sociológico.

Como é nas culturas africanas, cultura de onde advém os quilombos, a ancestralidade é um dos elementos de resistência dessas comunidades afro-brasileiras e, para a formação dos quilombos, faz-se importante realizar uma anamnese, a fim de remontar à sua origem, de como viviam e como seguem vivendo, para compreendermos os elementos de cultura africana, as crenças, religiosidades que estão presentes nos quilombos.

Na comunidade afro-brasileira, a presença dos quilombos é de suma importância, pois nessa história está imbuída também uma intensa história de resistência, ainda que hodiernamente o seio social seja desfavorável à existência de tal cultura, tolhendo direitos e mascarando, no convívio social, a consecução de direitos que lhes são devidos.

É por essa razão que a história e a continuidade da existência dos quilombos liga-se de maneira especial com o território, pois a sua história não se situa somente em dados abstratos ou somente em momentos

vividoss guardados na memória e descritos, mas, no ambiente em que vivem, pois cada espaço traz consigo marcas dessa história de luta por reconhecimento e existência.

A relação entre a população quilombola, o território e o meio ambiente é de natureza específica, porque tais comunidades encontram-se em determinados territórios por uma questão histórica e social, por descenderem de populações refugiadas ou marginalizadas social e economicamente pela escravidão, em territórios, no período pós-abolição, não despertam o interesse do capital (DANTAS, 2017, p. 222).

Por todo conhecimento histórico, a memória ancestral é transferida através dos anos pelas comunidades quilombolas através de seus ritos, suas histórias que são compartilhadas entre eles e memórias que, para eles, têm o mesmo valor histórico de documentos escritos. Mas essas memórias não são vistas com a tamanha importância devida, o que torna mais tocante neste assunto o fato de que estamos sob um estado democrático de direito, por essa razão Gonçalves (2003 apud SILVA, NASCIMENTO, 2012) acentua o seguinte:

A construção de uma identidade coletiva é possível não só devido às condições sociais de ida semelhantes, mas também por serem percebidas como interessantes e, por isso, é uma construção e não uma inevitabilidade histórica ou natural. E, mas, na afirmação dessa identidade coletiva há uma luta intensa por afirmar os modos de percepção legítima da (di)visão social, da (di)visão do espaço, da (di)visão do tempo da divisão da natureza.

Nesse sentido, pensar em memória ancestral também traz-nos a uma ideia de que tal memória compreende também a existência da própria comunidade, ou, caso não seja mantida, em sua extinção, seja através da supressão paulatina de sua cultura, ou, ainda, por influência do avanço social, que, com tal avanço, marginalizam a vida quilombola, estes que “além de terem passado pelo processo de exploração com a escravidão, permanecem excluídos, pois não integram os atos de falas dominantes” (DANTAS, 2017, p. 218).

No Brasil o surgimento dos quilombos remonta ao período de escravidão, que perdurou entre os séculos XVII e XVIII, período este em que o país esteve envolvido no processo colonizador, e que também fez parte da estrutura organizacional da sociedade.

Com a chegada dos escravos, houve grande miscigenação de etnias, agregando os indígenas com os africanos, sofrendo, ambos, com a imposição da sociedade detentora do poder à época. Com isso, os negros passaram a traçar planos de fuga e, foi a partir de então que, estabelecendo-se em lugares seguros, começavam a viver em comunidade.

Quando se formaram essas comunidades, foram apelidados de Quilombo, que significa fortaleza, porque via-se neles o espírito de resistência e autonomia, e a partir de então, os próprios negros começaram a se auto intitular Quilombolas. Tal conceito, para Marques (2009 apud ARRUTI 2006, p. 83) é de que “são sítios historicamente ocupados por negros que tenham resíduos arqueológicos de sua presença, inclusive as áreas ocupadas ainda hoje por seus descendentes, com conteúdos etnográficos e culturais”.

É importante observar que nesse processo de formação das comunidades quilombolas urge a possibilidade de que a sua existência seja considerada um patrimônio. Para que isso seja possível, deve-se primeiramente compreender que o patrimônio compreende um conjunto de bens naturais ou culturais, com isso, a existência dos quilombos se enquadra nessa conceituação e devem promover o devido tombamento para que sejam protegidos e preservados.

Essa herança que é passada por gerações quilombolas tem por objeto o âmbito natural ou cultural, também na forma material ou imaterial que compreenderia, no primeiro caso, o seu território, e no segundo, as crenças, costumes e suas experiências vividas. E nesse diapasão, é importante a elevação da própria existência dos quilombos como patrimônio, qualificado pela existência de práticas culturais de uma comunidade através dos objetos essenciais que formam a sua identidade e identificação da territorialidade.

Tal é a importância desse assunto que, em trabalho já realizado pela SECULT – Secretaria do Estado da Cultura, em Alagoas, Maceió, se redigiu artigo discutindo “*Patrimônio Cultural: o que é?*”, que em seu texto, a respeito da definição de patrimônio cultural, no diz que:

Patrimônio cultural de uma sociedade é também fruto de uma escolha, que, no caso das políticas públicas, tem a participação do Estado por meio de leis, instituições e políticas específicas. Essa escolha é feita a partir daquilo que as pessoas consideram ser mais importante, mais representativo da sua identidade, da sua história, da sua cultura, ou seja, são os valores, os significados atribuídos pelas pessoas a objetos, lugares ou práticas culturais que os tornam patrimônio de uma coletividade (ou patrimônio coletivo) (SECULT, 2018).

Esse ideal de patrimônio também já foi adotado em nosso ordenamento, mais especificadamente em nossa Carta Magna de 1988 em seu artigo 216 em que especifica em seus incisos o que compreende, para o Estado, o patrimônio cultural brasileiro.

O reconhecimento dos quilombos como patrimônio cultural foi essencial para que, de igual modo seja garantida também aquilo que lhes dá subsídio da sua existência, que é a territorialidade que é, também, uma característica humana de estar ligado, de certo modo, a aspectos sociais de onde viveu e vive, que no caso dos quilombos têm muito a dizer de seus dias de luta e resistência histórica que também se relaciona ao seu aspecto cultural.

Seguindo essa linha é que autores entendem que essa busca de territorialidade “leva à exigência – por parte dos poderes constituídos, que têm o poder de ‘reconhecer’ tais direitos – das ‘provas’ acerca de sua ancestralidade indígena ou quilombola” (ARRUTI, 2006, p. 218), provas estas que não dizem respeito, somente, a um agrupamento de pessoas em territórios, mas que haja uma soma de fatores ligados à origem cultural e social da comunidade analisando assim o seu direito à territorialidade que liga-se a auto identidade com valores culturais fortes a fim de permanecer forte a sobrevivência da história cultural de cada etnia (FERREIRA, 2018).

No Brasil, a territorialidade começou a ser inserida com lei sancionada por D. Pedro II no ano de 1850 determinando parâmetros e normas

a respeito da posse, manutenção, uso e comercialização de terras quando do período de seu segundo reinado, apesar de que nesse período tenha sido, também ,imprimido em nossa história os resquícios de escravidão que ainda permanecem em nossa sociedade.

Após o movimento abolicionista no Brasil, os negros que foram alforriados não encontraram seu espaço na sociedade, pois legalmente estavam livres, mas no aspecto social ainda estavam presos à toda discriminação, por isso que com toda luta a fim de alcançar não só o reconhecimento pessoal, mas também comunitário para que fossem-lhe reconhecidos direito à territorialidade e, por conseguinte, a própria existência. Nesse contexto, foi-se juntando apoio de organizações internacionais por parte dos defensores dos Direitos Humanos que trouxeram ao mundo a importância de que as nações possa incluir na sociedade direitos básicos, que no caso do Brasil foi criado o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – que fica responsável por administrar e ajudar as comunidades quilombolas a ter seu devido reconhecimento a partir do processo de demarcação de terras.

O processo de demarcação de terras

Em nosso ordenamento, o procedimento para demarcação de terras está previsto no artigo 68 do ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, também presente na Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, trazendo em seu escopo os pontos principais para que haja a efetiva demarcação das terras quilombolas preservando e garantindo-lhes o direito à terra, que é, como dissemos, um fatos essencial à sua existência.

Dentro do ADCT a previsão da demarcação deu-se em razão do processo de democratização pelo qual passou o nosso país, foi por isso que trouxe expressamente o direito de que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos

respectivos” como um mandamento para o Estado em emitir os respectivos títulos (CASTRO, 2013).

Como pode-se ver, dentro do próprio *caput* do artigo já traz requisitos necessários para que o Estado possa promover a devida demarcação e, por conseguinte, a posse definitiva como reconhecimento de território remanescente de quilombo. Noutra giro, os artigos 215 e 216 evidenciam que há por parte do Estado a importância do cultivo e do patrimônio cultural, portanto, entendemos que tal direito também pode abarcar a cultura quilombola entendendo-os como patrimônio nacional (CASTRO, 2013).

O processo democrático não parou simplesmente na Carta Magna, ela também viu escoar para as leis infraconstitucionais, como foi o caso do Decreto Federal nº 4.887 de 20 de novembro 2003 que trouxe o estabelecimento da forma necessária para “regulamentar o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos” (BRASIL, 2003). Com isso foi possível dar-se mais garantia e seguridade jurídica aos quilombos para garantir-lhes os direitos necessários.

Com o decreto nº 4.887 acima mencionado, criou-se uma autarquia federal com a finalidade de que pudesse acompanhar o procedimento de titulação dos territórios quilombolas, pois se por um lado a constituição garantia-lhes o direito ao reconhecimento de suas terras, era necessários, também, saber se as terras são reconhecidamente remanescentes de quilombos, por isso o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária ficaria responsável para acompanhar a titulação podem realizar todo procedimento de regulamentação das terras.

Juntamente com o Incra a FCP – Fundação Cultural Palmares ficou incumbida de emitir a devida certidão de autoafirmação, assim como foi determinada pela portaria de nº 98 de 26 de novembro de 2007. Ao enviar a declaração expressa de que determinada comunidade se auto intitula como remanescentes de quilombo, a Fundação emite a referida certidão de que aquela comunidade é remanescente de quilombo.

Vale ressaltar que a FCP foi a primeira instituição criada pelo poder público voltada especificadamente à promoção e preservação da cultura afro-brasileira como um todo, e até então, tem emitido cerca de 2.476 certificados para diversas comunidades remanescentes de quilombos.

Interessante observar que o artigo 231 da Constituição Federal reconhece aos indígenas o direito sobre as terras que ocupam, assegurando, inclusive, a posse do território e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, que tem como competência para demarcação a União Federal. Contudo, tal direito não foi expressamente previsto para os quilombos, pois no artigo 68 do ADCT só reconhece o direito para aqueles que já estão em posse das terras.

Essa antagonismo entre quilombos e índios proporcionou uma relevante burocracia para a consecução do reconhecimento das terras quilombolas, mas a evolução histórica garantista da Constituição Federal no artigo 68 do ADCT, embora tenha garantido nos artigos 215 e 216 o direito à terra, ainda não foi suficientemente capaz de garantir todos os direitos aos quilombos, haja vista que também são parte do processo civilizatório e colonizador do Brasil e que mereciam garantias positivas e menos burocráticas para chegar à consecução de seus direitos.

Nesse processo de reconhecimento, faz-se mister observar o que diz o artigo 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho – abriu a possibilidade de que os quilombos possam obter a auto afirmação, pois mesmo sendo destinada aos povos tribais e indígenas, poder-se-ia aplicar aos quilombos, pois quer “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (OLIVEIRA JUNIOR, 2014).

ADI nº 3239 e a questão da autotitulação

Após a convenção 169 da OIT, a questão da autotitulação surgiu direcionada aos povos indígenas e tribais e, com isso, deve-se estender esse

pensamento também aos povos quilombolas, no sentido de não permitir que fique ao alvedrio do Estado o estabelecimento dessa titulação, o que ensejaria uma negativa de seu direito à existência e direitos mais básicos.

Nesse íterim de tentativa normativa de busca à identidade quilombola o Decreto Federal nº 4.887/3, estabelecendo os critérios de efetivação da identidade quilombola em seu parágrafo 1º do artigo 2º, assentando que é de competência da Fundação Cultural Palmares para estabelecer os critérios referentes à declaração própria de remanescentes de quilombo.

Contudo, “por seu caráter inovador e polêmico, o Decreto 4.887/03 passou a contrariar políticos e empresários contrários aos direitos quilombolas, o que fez difícil a trajetória de sua aplicação” (RAINHA; LOPES, 2010), o que posteriormente ensejou a ADI nº 3239 impetrada pela ANAJURE – Associação Nacional dos Juristas Evangélicos – em que, sinteticamente, explicitaram como razões de inconstitucionalidade:

I) no que diz respeito a autotitulação por intermédio de autodefinição dos próprios agentes, houve uso indevido do instrumento formal ultrapassando, o Decreto 4.887/03, os limites constitucionais ao dispensar a produção de lei *stricto sensu*, que seria instrumento correto para tal providência; II) o artigo 68 do ADCT não abre hipótese para a desapropriação de terras alheias, para serem transferidas aos remanescentes de quilombos, mas apenas emissão do título de propriedade, quando estes já estiverem na posse; III) a remanescência – como quilombo – é imprescindível para ser emitido os títulos; IV) não é idôneo sujeitar a demarcação das terras segundo indicativo dos interessados, pois não seria necessária a apresentação de prova técnica e histórica, para o reconhecimento da propriedade.

O relator da ADI foi o ex Ministro Cezar Peluso, que votou a favor da ADI, salientando que, sendo o artigo 68 do ADCT um dispositivo constitucional, deveria ser complementado por lei em sentido formal, seguindo o argumento dos impetrantes.

Por outro lado, a Ministra Rosa Weber, após pedir vista do processo, entendeu que a tese da Presidência da República no Decreto teria invadido a esfera reservada do Poder Legislativo em regular a matéria da demarcação, garantindo que o artigo 68 do ADCT dá um direito fundamental a um

grupo minoritário, por isso, a eficácia de tal artigo seria pleno e imediato podendo se concretizar de pronto, independentemente do poder legislativo, assim, votando contra a pretensão da ADI.

O Ministro Dias Toffoli, de igual modo, votou contra a pretensão da ADI ressaltando em seu voto que a autodefinição é um elemento importante dentro de um grupo étnico. Porém, ressaltou que para demarcação, a Constituição traria um limite temporal, asseverando que teria direito à titulação das terras caso tivessem ocupadas pelas comunidades na data da promulgação da Constituição Federal, no dia 5 de outubro de 1988, o que evitaria conflito entre ruralistas, quilombos e os atuais ocupantes das terras.

O Ministro Edson Fachin desconsiderou todas as alegações da ADI, seja no sentido formal quanto material, admitindo a legitimidade e validade do critério estabelecido para autotitulação, bem como o processo de desapropriação, pois asseguraria o direito às terras ocupadas pelos quilombos.

A validade do decreto promulgado também foi assentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso que, entendeu que o decreto traz uma concretização de um direito fundamental, considerando legítima a autotitulação, asseverando que este não é o único critério de reconhecimento, pois ainda há outros critérios que podem ser antropológicos, e.g, o que afastaria a possibilidade de fraudes.

Sobre o marco temporal, o Ministro entendeu que as comunidades que foram expurgadas de suas terras podem, a partir do mando constitucional, reestabelecer-se e requerer o direito ao reconhecimento e demarcação.

O entendimento, seguindo o da Ministra Rosa Weber, foi seguido pelos Ministros Lewandowski e, o Ministro Gilmar Mendes, asseverando estar em estrita conformidade com o entendimento do Ministro Dias Toffoli em relação ao lapso temporal.

Portanto, o Ministro Luis Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Marco Aurélio, também votaram em desfavor da ADI por observar que o disposto

no decreto é, somente, a garantia de uma norma do ADCT que tem caráter protetivo.

Essa votação foi significativamente relevante às comunidades, pois, trazendo à baila de discussão perante o Supremo Tribunal Federal, tais direitos foram constitucionalmente garantidos e reafirmados pela instituição que, segundo a Constituição, tem competência para definir o entendimento constitucional.

Dirimido tal assunto na ordem do Supremo Tribunal Federal, há de se destacar também a trajetória dos remanescentes dos quilombos da cidade de Floresta – PE, a comunidade Quilombola Filhos do Pajeú, até então identificados como Negros do Pajeú. Luta por identificação e por sua demarcação de terras que teve início ainda em novembro de 2011, quando organizados, começaram a participar de reuniões e encontros em comunidades quilombolas junto com diversos órgãos do Governo do Estado de Pernambuco (NETO, 2010).

A definição de autotitulação como um dos elementos da identificação como comunidade quilombola, torna-se importante para os quilombos do município de Floresta porque, ainda em 2010 foram realizadas diversas reuniões a respeito, quando eles se estabeleceram na Fazenda Boqueirão e, em uma assembleia, fundaram a associação e estatuto elegendo eleição da diretoria e conselho fiscal da comunidade.

Mesmo havendo todos os elementos possíveis para o reconhecimento, a comunidade sentiu dificuldade também em relação a outras comunidades como foi o caso de uma outra que já estava cadastrada em cartório, o que foi preciso mudar o nome da comunidade para filhos do Pajeú, o que antes seria Negros do Pajeú.

O processo e a efetiva autoafirmação da Associação Quilombola Filhos do Pajeú, como passou a ser denominada, representando as comunidades do Boqueirão, Cachoeira, Cabeça de Vaca e Bezerra, bem como as demais localidades às margens do Rio Pajeú. Na oportunidade, também foi estabelecida a sede da Associação na Fazenda Boqueirão.

A luta por reconhecimento da Comunidade continuou efetivando-se a autoafirmação, expedida pela Prefeitura Municipal, em novembro de 2010, dando-lhes o documento que os assegura como remanescentes de quilombo. Contudo, a burocracia ainda é um empecilho para a Comunidade, pois o INCRA tem inviabilizado o processo de reconhecimento, assim como a posse definitiva das terras por influência dos fazendeiros que fazem imensa pressão política sob a autarquia.

Porém, mesmo com tudo isso, a comunidade continua lutando por seu efetivo reconhecimento, “os mais velhos se emocionam, os adultos participam, os jovens começam a despertar, as crianças querendo encontrar seu espaço [...] É o surgimento de um novo tempo” (NETO, 2010) para todos aqueles que desejam ver, ainda, a comunidade reconhecida conforme os ditames constitucionais.

Tal luta não irá para, pois a marca do povo quilombola é a luta. A luta pela existência, pelo mantimento de sua cultura e de sua raiz existencial é marca efetiva na vida desse povo, por isso, não há razão alguma para imaginar que todos os empecilhos de ordem social, material e legal, possam apagar a esperança desse povo, mas, o reconhecimento e a oportunidade de, por intermédio da lei e do direito constitucional de igualdade é que a luta permanecerá, e não acabará nesta comunidade, a luta partirá dessa para tantas outras, pois a conquista é de todos.

Referências

- ALBINATI, Mariana Luscher. Espaços sem território, espaços sem cultura: um exemplo crítico. **Anais... VI ENECULT**. (Encontros de estudos multidisciplinares em cultura). Bahia - AS. Facom- UFBA, mai. 2010. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/wordpress/24758.pdf>>. Acesso em: 09 de abril 2018.
- ARRUTI, José Maurício A. **O quilombo conceitual**: para uma sociologia do “artigo 68”. Rio de Janeiro: Koinonia, 2003. Texto para discussão - Projeto Egbé - territórios negros. p. 11.
- ARRUTI, José Maurício A. **Mocambo**: antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru, SP: Edusc, 2006, p. 83 e 218.

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. **“Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo.** Texto-base da apresentação no “Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política” – SELA, organizado pela Yale Law School. Rio de Janeiro, 11-14 de junho de 2014. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, 2016. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/.../15886. Acesso em: 30 de abril de 2018.

BELMONTE, Jonas Jesus; CHRISTOFFOLI, Angelo Ricardo. Análise da ADIN 3239-9: O controle de constitucionalidade sobre terras quilombolas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.12, n.2, 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

BLOG CEDEFES. **Direitos ameaçados: orçamento do INCRA inviabiliza titulação de terras quilombolas.** Disponível em: <http://www.cedefes.org.br/direitos-ameaçados-orcamento-do-incra-inviabiliza-titulacao-de-terras-quilombolas/> Acesso em: 15 de abril de 2018.

BLOG CONCEITO.DE. **Conceito de territorialidade.** Disponível em: <https://conceito.de/territorialidade/> Acesso em: 15 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (05 de outubro de 1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 13 novembro de 2017.

BRASIL. Ministério da Cultura. Fundação Cultural Palmares. **PORTARIA Nº 98, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2007.** Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/legis21.pdf>. Acesso em: 10 abril 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Coordenação Geral de Regularização de Territórios Quilombolas. **Regularização de território quilombola perguntas & respostas.** Publicado em 13/04/2017. Disponível em:

BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm Acesso em: 09 de abril 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial Adin 3.239**. Brasília, 20 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>>. Acesso em 12 setembro 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369187>>. Acesso em: 27 de abril de 2018.

CASTRO, Marcela Baudel de. **A natureza jurídica da propriedade Quilombola**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44136&seo=1>>. Acesso em: 13 abril 2018.

BRASIL. **A natureza jurídica da propriedade Quilombola**. Publicado em: julho de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-natureza-juridica-da-propriedade-quilombola,44136.html>>. Acesso em: 07 de abril 2018.

COELHO, Daniela. **400 anos de história em 15 minutos**: um pequeno resumo da história do Brasil para os estudantes de direito. Disponível em: <<https://danicoelho1987.jus-brasil.com.br/artigos/566667681/400-anos-de-historia-em-15-minutos?ref=feed>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

DANTAS, M. L. R. A Preservação da Memória Ancestral: Uma Análise da Tutela Jurídica às Comunidades Remanescentes de Quilombos. **Revista Brasileira de Iniciação Científica, Itapetinga**. V. 4, n. 8, 2017. UPE. Disponível em: <<file:///C:/Users/ariclendes.araujo/Downloads/1052-3862-1-PB%20territorialidade.pdf>>. Acesso em: 20/05/2018.

DUTRA, Martha Assis. **A autoatribuição para a identificação dos remanescentes de quilombos e o Decreto 4.887/03**. Publicado em: abril de 2018. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12655>. Acesso em: 10 abril de 2018.

FERREIRA, Emanuel de Melo. O reconhecimento do direito à terra dos quilombolas a partir do multiculturalismo dos direitos humanos. **MPF Documentos e Publicações**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/o-reconhecimento-do-direito-a-terra-dos-quilombolas-a-partir-do-multiculturalismo-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

GAMA, Alcides Moreira da. **O direito de propriedade das terras ocupadas pelas comunidades descendentes de quilombos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 825, 6 out. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7396/o-direito-de-propriedade-das-terras-ocupadas-pelas-comunidades-descendentes-de-quilombos>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Geografando nos varadouros do mundo**. Brasília: IBAMA, 2003, p. 379.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

INCRA. **Etapas de Regularização quilombola**. 2015. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/estrutura-fundiaria/quilombolas>>. Acesso em: 08 abril de 2018.

INCRA. **Regularização de território quilombola: Perguntas e respostas**. 2017. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/sites/default/files/incra-perguntasrespostas-a4.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

MARQUES, Carlos Eduardo. De quilombos a quilombolas: notas sobre um processo histórico-etnográfico. **Revista de antropologia**, São Paulo, USP, 2009, v. 52, n. 1. Disponível em: < <http://www.journals.usp.br/ra/article/download/27338/29110>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 19^a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NETO, Libânio. **Quilombolas – Filhos do Pajeú**. 1. ed. Floresta- PE: Instituto Cultural Raízes. 2010.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho**. - Brasília: OIT, 2011 1 v. Disponível em: < http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf> Acesso em: 06 de abril de 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Antonio de Pádua. Da aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT às comunidades quilombolas no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4073, 26 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29291>>. Acesso em: 12 abril 2018.

PYL, Bianca. **Direitos ameaçados: orçamento do INCRA inviabiliza titulação de terras quilombolas.** Publicado em: 01 de junho de 2017. Disponível em: <<http://comissaoproindio.blogspot.com.br/2017/06/direitos-ameaçados-orcamento-do-incra.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

QUILOMBOS. **As principais referências legais em vigor sobre a regularização de territórios quilombolas.** 2009. Disponível em: <https://quilombos.wordpress.com/>. Acesso em 12 de abril de 2018.

RAINHA, Roberto; LOPES, Danilo Serejo. **A titulação dos territórios quilombolas: uma breve leitura dos oito anos de governo Lula.** Publicado em: março de 2010. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/735-a-titulacao-dos-territorios-quilombolas-uma-breve-leitura-dos-oito-anos-de-governo-lula>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

SANTANA, Dr. Uziel; VENTURA, Dr. Augusto. **NOTA PÚBLICA sobre o julgamento da ADI 3239 pelo STF, que trata sobre a demarcação de terras quilombolas.** Brasília. Publicado em: 18 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.anajure.org.br/15704-2/>>. Acesso em: 10 de abril 2018.

SANTOS, Milton. **Território e sociedade: Entrevista com Milton Santos.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 96.

SECULT. **Patrimônio Cultural: o que é?** Disponível em: <<http://www.cultura.al.gov.br/politicas-e-aco/es/patrimonio-cultural/principal/textos/patrimonio-cultural-o-que-e>>. Acesso em 11 de abril de 2018.

SILVA, Simone Rezende da. A trajetória do negro no Brasil e a Territorialização quilombola no ambiente florestado atlântico. **Olhares Sociais.** v. 1, n. 1, p. 1-21, jan. 2012.

SILVA, Simone Rezende da; NASCIMENTO, Lisangela Kati. Negros e territórios quilombolas no Brasil. **Cadernos Cedem.**v.3, n.1, p 1-15. São Paulo, 2012. ISSN: 2236-0247.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Comunidades quilombolas – direito à terra** (artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias). Brasília: Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura: Editorial Abaré, 2002. p. 78-79.

**Apontamentos fotográficos:
o panorama das violações dos direitos fundamentais da
população em situação de rua na cidade de Arcoverde**

Laerte Lino Lopes

Introdução

O presente artigo científico visa analisar de forma não exaustiva e através da junção das linguagens textual e visual o panorama da consolidação das políticas públicas referentes à materialização dos direitos fundamentais de segunda dimensão e dos direitos sociais, que objetivam uma ação estatal/governamental no atendimento das condições basilares para uma existência digna, por isso são denominados direitos sociais, econômicos e culturais, como bem arrolados no artigo 6º da Carta Magna de 1988, que trazem consigo a missão de reduzir as desigualdades sociais de acordo com as peculiaridades de cada indivíduo e que irradiam diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Toma-se por base a experiência de vida de seis moradores de rua que tiveram explorados além dos seus ambientes, dos seus modos de vida, da forma como coabitam entre si, as suas perspectivas quanto aos direitos fundamentais e sociais. O que se pretende responder com esta pesquisa é: quais os apontamentos construídos através da fotografia sobre o panorama de efetivação dos direitos fundamentais e sociais para as pessoas em situação de rua na cidade de Arcoverde, Pernambuco?

O objetivo principal deste trabalho é aliar duas fontes de informação, quais sejam o texto e a fotografia para, partindo da premissa de que, de fato, existem políticas públicas que visam atender as pessoas em situação de rua, mas que em algumas ocasiões tornam-se insuficientes para garantir-lhes o mínimo existencial, qual seja o conjunto básico de direitos para que se possa ter uma vida digna, sendo assim responder de acordo com os apontamentos fotográficos e textuais quais os pontos importantes para sua concretização e quais os que carecem de algum ajuste de acordo com o panorama observado, satisfazendo assim à pergunta da pesquisa.

Para atingir o objetivo principal, têm-se como objetivos específicos: propor uma visão panorâmica e não exaustiva da realidade dos indivíduos pesquisados, comparando-a com o que prescreve Constituição Federal de 1988; representar por meio de apontamentos fotográficos as pessoas, os símbolos, as cenas e os locais observados durante a pesquisa; e, analisar o documento fotográfico de forma que, quando necessário, as imagens possam falar por si sós, pois do contrário seriam apenas simples estampas do texto escrito, perdendo sua característica de transmissibilidade de informações e como coadunam entre si.

Para a concretização desta pesquisa, foi realizado um estudo qualitativo de natureza descritiva e exploratória por meio do acompanhamento e da observação em campo de seis pessoas em situação de rua durante um período de vinte e seis dias de pesquisa na cidade de Arcoverde – PE, tendo como importante fonte de coleta de dados a fotografia, que aliada à linguagem textual, constituem evidências empíricas fundamentais para uma interpretação diferenciada daquilo que se vê.

O lugar social e a descrição dos sujeitos e do campo de pesquisa

A carência de estudos sociodemográficos dificultam e, em alguns casos, impossibilitam um controle sobre o perfil da população de rua na cidade de Arcoverde – Pernambuco, não sendo possível vinculá-los aos achados desta pesquisa, bem como, inviabilizando uma real construção de

meios para que se concretizem políticas públicas capaz de amenizar tal realidade.

Arcoverde, situado na Região Nordeste, é um município brasileiro do estado de Pernambuco, que integra a Mesorregião do Sertão Pernambucano, pertencendo à Microrregião do Sertão do Moxotó. Está situado ao oeste de Recife, sua capital, que dista 256 km. Possui uma relevante área de 350,899 km². Em números, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística estimou a sua população em 72.672 habitantes no ano de 2014, fator que lhe deu a 22^a colocação no ranking dos mais populosos de Pernambuco, o que lhe dá ares de grandes centros urbanos. O reflexo de sua taxa de 90% de urbanização (fotografia 1) é perceptível nas suas características urbanas consistentes. Possui um IDH incomum se comparado à média dos outros municípios sertanejos.

Diariamente, um grande fluxo de pessoas visita a cidade em busca do movimentado comércio local, de atendimento médico nas mais variáveis áreas de saúde, na educação, já que Arcoverde dispõe de escolas públicas e privadas bem-conceituadas, de grandes centros de ensino superior e de ensino superior privado a distância, bem como, de vários centros de ensino técnico privado e uma escola técnica pública estadual (ETE). No lazer, a cidade oferece um diversificado calendário de festividades como o tradicional carnaval e o as festividades de São João, como também o Cinema Rio Branco, o mais antigo em funcionamento do Brasil.

Na área de segurança pública, Arcoverde é sede do 3^o batalhão da Polícia Militar de Pernambuco (Batalhão Martin Soares Moreno), do posto avançado do Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco, do Instituto de Criminalística recém-inaugurado e possui uma delegacia de Polícia Civil regional. Na saúde pública, possui um Hospital Regional, duas Policlínicas municipais, vinte Unidades de Saúde e uma Unidade Pernambucana de Atendimento Especializado (UPAE). No setor de saúde privado, possui um hospital de alta complexidade e dezenas de clínicas médicas em inúmeras especialidades.

Fotografia 01 – Vista noturna da cidade de Arcoverde – Pernambuco



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Os moradores de rua se concentram com mais ênfase no centro da cidade, local onde se situam os trabalhos ocasionais, a circulação de dinheiro para uma eventual caridade e uma maior possibilidade de conseguirem comida, haja vista a grande quantidade de restaurantes, hotéis e supermercados existentes. Lá, também há a possibilidade de algum trabalho informal, como guardar carros, ajudar no carregamento de produtos oriundos das feiras livre e dos supermercados, coleta de materiais recicláveis nos lixos das lojas, assim como, nessa região, os pontos da mendicância são mais rentáveis.

Em suma, o centro da cidade é o lugar no qual se concentram e se entrecruzam os fluxos do comércio e movimento de pessoas de outras localidades, fazendo com que a movimentação de dinheiro seja maior nessa área. Outro ponto de concentração dos moradores de rua é o Bairro do São Cristóvão, um subcentro diversificado de característica comercial.

População de rua: marcas do passado

A errância que caracteriza a situação de rua possui um arcabouço histórico repleto de segregações, discriminações e preconceitos oriundos de tempos passados, das senzalas, dos quilombos e de um processo de

invasão não muito distante. Processo que marginalizou e separou um povo que, com suas próprias mãos, alicerçou o Brasil e hoje vive abandonado e esquecido pelo poder público e pelo Estado que ajudaram a construir (fotografia 2). Como reflexo direto da exclusão social nos dias atuais, representado por um povo mutilado, resultado de um trágico processo de exploração:

Os problemas sociais e econômicos, que geraram a exclusão social que compreende todas as Américas, têm suas raízes no modelo colonial europeu, que escravizou índios e negros, gerando o preconceito e a marginalização, situação que perdura até hoje e apresenta-se como uma marca comum das sociedades latino-americanas. Embora haja problemas de exclusão social, inclusive de pessoas em condição de rua nos Estados Unidos e Canadá, lá denominados 'homeless', ou seja, 'sem-casa', é na América Latina que o problema se agrava, tendo em vista as condições geopolíticas, econômicas e sociais da região, marcada historicamente pela exploração colonial e pelo coronelismo, presente na figura dos latifundiários e, posteriormente, dos industriais, que ditaram os rumos da política em todos os países latino-americanos e foram responsáveis pela instalação de regimes de exceção, totalitários, violentos e corruptos (WANDERLEY JÚNIOR; SILVA, 2014, p. 76).

Diante de tais afirmações, pode-se concluir que, indubitavelmente, o processo de invasão (colonização) do território brasileiro foi um fracasso, bem como, o processo que formalmente deu fim à escravidão, mas que materialmente a mantém até os dias de hoje. Não restam dúvidas, portanto, que a exclusão das pessoas e, principalmente do negro, deu-se a partir da falência da sua inclusão na sociedade, no mercado de trabalho e na oportunidade de desfrutar das mesmas oportunidades que as demais parcelas da sociedade, restando-lhe com isso a obrigação de sobreviver em meio às desigualdades e sem nenhuma expectativa de ascensão social.

Concluindo sobre a exclusão social, Sawaia (1999, p. 9), aponta que:

[...] a exclusão é um processo complexo e multifacetado, uma configuração de dimensões materiais, políticas, relacionais e subjetivas. É um processo sutil e dialético, pois só existe em relação à inclusão como parte constitutiva dela. Não

é uma coisa ou um estado, é um processo que envolve o homem por inteiro e suas relações com os outros.

Outros conceitos podem ser dados ao tema, a exclusão social seria uma espécie de desfiliação, que por sua vez, é o processo de rompimento com a rede de integração primária, esta “seria formada pelo sistema de regras que ligam diretamente os membros de um grupo a partir de seu pertencimento familiar, da vizinhança, do trabalho e que tecem redes de interdependência sem a mediação de instituições específicas” (CASTEL, 1998, p.48). Outro ponto importante é a forma como pode ocorrer a desfiliação.

A desfiliação, tal como a entendo, é, num primeiro sentido, uma ruptura desse tipo em relação às redes de integração primária; um primeiro desatrelamento com respeito às regulações dadas a partir do encaixe na família, na linhagem, no sistema de interdependência fundadas sobre o pertencimento comunitário. Há risco de desfiliação quando o conjunto das relações de proximidade que um indivíduo mantém a partir de sua inscrição territorial, que é também sua inscrição familiar e social, é insuficiente para reproduzir sua existência e para assegurar sua proteção (CASTEL, 2010, pág. 50-51).

Fotografia 02 – Brasil, reflexo de uma colonização marginal e desigual.



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Tais processos são visíveis às margens da sociedade brasileira, que relega o seu passado, mas com ele convive diariamente jogado pelas ruas

e praças, abandonado pelas calçadas, debaixo de pontes, imerso em desigualdades e abandonado pelo sistema (fotografia 3).

Para Siqueira (2009, p. 05):

[...] a pobreza perpassou toda a sociedade colonial entre a riqueza e a opulência de outras classes sociais, sem distinção entre a economia açucareira, mineradora e outros segmentos econômicos estabelecidos na colônia, marcando o quadro das desigualdades sociais.

Homens, mulheres, crianças, idosos, famílias, sozinhos, de diferentes regiões do país, do mundo, a população em situação de rua é um fenômeno global, estigmatizados e com raízes fincadas num passado excludente, o morador de rua é sujeito de direitos e deveres como qualquer outra pessoa, mas permanecem “invisíveis” aos olhos da sociedade.

Panorama dos direitos fundamentais e sociais

A materialização dos direitos e garantias fundamentais e sociais torna-se um ponto controverso na vida da pessoa em situação de rua. É notório que em vários setores da sociedade esses direitos não se concretizam por situações diversas, mesmo assim, há meios para que se faça um questionamento a respeito dessa inércia, diferente é para o morador de rua, sem voz e sem meios para que se faça ouvir, vê-se impedido de desfrutar do mínimo de direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” e 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Direitos fundamentais: alguns apontamentos históricos

A amplitude do termo direitos fundamentais não permitem que sejam analisados sem que não sejam observados os conceitos filosóficos, históricos e sociais pelos quais passaram durante sua evolução, como também não permitem uma análise mais profunda em um curto espaço de tempo, portanto uma abordagem mais ampla será feita em momento posterior, o objetivo principal deste capítulo é elencar os conceitos dos direitos fundamentais e aplicá-los, no que couberem, ao objeto proposto pelo artigo.

Como ponto de partida, faz-se necessário observar a sua ligação direta com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, inseparáveis do ser humano e que trazem uma historicidade filosófica e social intrínseca das evoluções das sociedades. Para Bonavides (2000, p. 516), “a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789”. Consoante a declaração francesa, um dos seus pilares foi a efetivação das liberdades sobretudo individuais, ladeando as liberdades políticas e civis e efetivando com maior amplitude as liberdades de locomoção, livre pensamento, manifestação, reunião e o livre exercício de atividade profissional, introduzindo uma parcela maior da sociedade no rol de detentores de tais direitos. Para Delgado (2007, p. 12):

Desse modo, o conceito de direitos fundamentais somente adquiriu relevância e consistência – e seu prestígio cultural recente – com o advento da inovadora incorporação, em sua matriz, dos vastos seguimentos socioeconômicos destituídos de riqueza que, pela primeira vez na História, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade. Esse fato decisivo e inédito somente iria ocorrer a partir da segunda metade do século XIX, na experiência principalmente europeia. Não por coincidência, ele se confunde com o advento do Direito do Trabalho.

No tocante as declarações inglesas e americana, Maliska (2001, p.39) aponta que “a fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada, no âmbito dos direitos fundamentais, pelas cartas e

declarações inglesas”. Ao passo estas possuíam um caráter mais setorial e menos inclusivo, a declaração francesa foi editada de forma mais abrangente, abraçando e assumindo a universalidade do caráter humano, como pontua Bonavides (2000, p. 516):

[...] se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.

A Constituição Federal de 1988: dimensões sobre cidadania e direitos

Em 1988 nascia a tão sonhada e democrática Constituição Federal, fruto de muitas lutas e reflexo de um povo que necessitava viver à luz de um estado democrático de direito e regida pelo respeito aos direitos e garantias individuais de cada cidadão.

Historicamente, os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas aos poucos, de acordo com a realidade e as necessidades de cada época, por este motivo, são divididos, basicamente, em três dimensões, que academicamente servem como norte para situar os diferentes momentos históricos de onde esses grupos de direitos emergiram e foram inseridos no ordenamento jurídico, mas que não significa que tal divisão represente somente o reconhecimento de um ou de outro em determinado momento histórico. No ordenamento jurídico brasileiro estão consolidados os direitos de primeira, segunda e terceira geração, não se excluindo, mas complementando-se, segundo alguns doutrinadores, há também os de quarta e quinta gerações. Para Bonavides (1993, p.517), “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que trazem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo”. Desta forma, cada dimensão está ligada a realidade histórica que a efetivou, que teve sua origem bem apresentada por Marmelstein (2008, p.42):

O jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, baseando-se na

bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Quando uma nação adota os direitos humanos em sua constituição, positivando-os, reveste-os de caráter fundamental, pois sua estruturação como um sistema de garantias e direitos foi devidamente abarcada pelo constituinte originário. Para Robert Alexy (1999, p.55) “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”. Exemplarmente, Bonavides (2004, p. 560) aludindo ao pensamento de Konrad Hesse, diz que o objetivo dos direitos fundamentais é “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

Os direitos de primeira dimensão têm como titular o próprio indivíduo, nesse rol estão inseridos o direito à vida, à liberdade, à liberdade de expressão, à propriedade, à participação política, dentre outros. Fazem alusão às liberdades negativas clássicas, inauguraram o constitucionalismo clássico no Ocidente e são fruto das revoluções liberais francesas e norte-americanas. Nelas, a burguesia postulava um limite na ação estatal que garantisse as liberdades individuais das pessoas, limitando o absolutismo do Estado, a este se opondo e dele exigindo, literalmente, um não fazer, uma abstenção.

Sobre este ponto, Sarmiento (2006, p. 12-13) diz:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo,

dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. [...] no âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Os direitos de segunda dimensão aludem às liberdades positivas, reais ou concretas, são denominados direitos positivos, e englobam os direitos à saúde, à educação, à previdência social, à educação, ao trabalho, dentre outros. Diferem dos de primeira dimensão, pois aqui exige-se do Estado uma prestação, uma efetivação de políticas públicas, um fazer, enquanto, naqueles, exigia-se do Estado uma abstenção. Trazem o princípio da igualdade entre o ser humano. Seu marco se deu durante a Revolução Industrial, a partir do século XIX, onde o proletariado reivindicava a defesa de direitos sociais basilares, tais quais alimentação, saúde, educação, dentre outros. Outro evento importante foi a Primeira Grande Guerra no início do século XX, momento em que foram fixados os direitos sociais. É, também nesse período que surge um novo ramo do Direito, O Direito do Trabalho. Não obstante, corrobora com tais apontamentos o que Sarmento (2006, p. 19) afirma nas suas palavras ao destacar as evoluções dos direitos e da forma como se ampliaram:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo,

humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

Os direitos de terceira dimensão, oriundos das revoluções tecno científica (terceira revolução industrial), revolução dos meios de comunicação e de transportes: Neles estão inseridos o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à comunicação, á paz, dentre outros. Trazem o reconhecimento dos princípios da solidariedade ou fraternidade, não objetivam os direitos de um indivíduo ou grupo isoladamente, mas os direitos de toda a coletividade, por isso sua titularidade é coletiva ou difusa, demonstrando, sobretudo, um cuidado maior para com as gerações humana, presentes e futuras. Sarlet (2007, p. 58) sublinha que:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais são classificados mais precisamente no seu Título II, dos direitos e garantias fundamentais, que é subdividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

A fotografia como ferramenta metodológica

A fotografia é, sem dúvidas, um dos maiores inventos já criados pelo homem, é um meio de comunicação que não só registra ideias ou momentos, mas que os relaciona com fatos e pensamentos, formando, através da imagem, um poderoso meio para a análise, compreensão e intervenção social. Andrade (2002, p.31-32) afirma que “[...] a fotografia mudou o comportamento do mundo! Assim como a antropologia, a fotografia tem um observador participante que escava detalhes e fareja com seu olhar o alvo e o objeto de suas lentes e de sua interpretação”.

Na pesquisa e em diversas outras áreas, a importância da fotografia não seria diferente, trazendo à tona apontamentos que, muitas vezes, causam um choque visual no destinatário direto, teria a fotografia, então, a missão de incomodar, de fazer com que se analise determinado ponto de forma mais objetiva, prendendo a atenção do seu receptor e destacando termos que somente a linguagem textual não seria capaz. Kossoy (2001, p. 5) destaca a importância da fotografia para a elaboração do conhecimento nas mais diversas áreas:

[...] as imagens que contenham um reconhecido valor documentário são importantes para os estudos específicos nas áreas da arquitetura, antropologia, etnologia, arqueologia, história social e demais ramos do saber, pois representam um meio de conhecimento da cena passada e, portanto, uma possibilidade de resgate da memória visual do homem e do seu entorno sociocultural. Trata-se da fotografia enquanto instrumento de pesquisa, prestando-se à descoberta, análise e interpretação da vida histórica.

Historicamente, foi utilizado o uso da fotografia na antropologia visual, que rendeu importantes frutos, como o excelente trabalho intitulado *Balinese Character* (1942), realizado pelos antropólogos Margaret Mead e Gregory Bateson, em Bali e Nova Guiné entre 1936 e 1938, que se fundamentava no levantamento e coleta de informações culturais e antropológicas dos grupos em estudo. Segundo Achutti (1997, p.25), eles “não foram os primeiros a levar a câmera para campo, mas talvez tenham sido os primeiros a utilizar os recursos visuais como principal ferramenta no trabalho de levantamento de dados etnográficos”.

A rua e seus sujeitos enquanto espaços pujantes para pesquisas

A rua é, sem dúvidas, um local de miséria para quem nela habita, mas é um ambiente riquíssimo em informações a respeito dos seus personagens, dos seus cenários, dos vários atores com seus diversos estilos de vida, profissões, disputas. Com isso, a pesquisa ganha um conteúdo material, riquíssimo capaz de analisar e dar a conhecer esse contexto social através de retratos,

que falam tanto quanto as palavras e, quando atreladas ao texto, conseguem transmitir uma informação mais completa. “A fotografia é um processo de abstração, embora seja em si um processo vital para a análise. Assim, quando fotografamos, devemos nos considerar empenhados num trabalho de sutilezas” (COLLIER JUNIOR; JOHN, 1973, p. 4-45). Todo o processo de observação é demorado, cauteloso e deve ser bem planejado, a fotografia não existe apenas para congelar um momento na imagem, mas para transmitir uma mensagem através dela. Também nas palavras de Kossoy (2001, p.32):

As fontes fotográficas são uma possibilidade de investigação e descoberta que prometem frutos na medida em que se tenta sistematizar suas informações, estabelecer metodologias adequadas de pesquisa e análise para a decifração de seus conteúdos e, por consequência, da realidade que os originou.

Os levantamentos que alimentaram esta pesquisa foram feitos nas ruas da cidade de Arcoverde – PE, onde fixam-se as realidades sociais, regionais e culturais das pessoas em situação de rua naquela localidade. Os atores e os cenários distinguem-se bastante. Homens, mulheres, crianças, jovens, idosos, em grupos ou sozinhos, espalham-se pelas calçadas em busca de existência, de sobrevivência, de dignidade.

De todo o cenário observado durante as pesquisas, percebe-se que as maiores dificuldades são suportadas pelas crianças, geralmente acompanhadas das mães e pelos idosos, que na maioria das vezes vivem sozinhos. Os fatores que os levaram à situação de rua são os mais diversos. Dos casos identificados durante a pesquisa de campo, as mães com os seus filhos pequenos deixaram os seus lares, dentre outros fatores, por conta da separação, violência doméstica ou mudança de residência em busca de uma vida melhor.

Com isso, passam a viver nas ruas, dormindo ao relento, às margens de canais e esgotos, infestados de ratazanas, pernilongos e focos de doenças (fotografia 4), com os filhos convivendo em meio a animais de rua, expostos ao frio, sujeitos à violência e ao descaso. Sem acesso às políticas públicas básicas como educação, saúde e, sequer, alimentação.

Fotografia 03 – O perigo da exposição das crianças nas ruas.



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Fotografia 04 – Reflexos da rua



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Quanto aos idosos (fotografia 5), percebe-se que suas maiores dificuldades são exatamente pela sobrevivência, sem o mesmo vigor de quando eram jovens, lutam, mas com menos intensidade, muitos estão

acometidos por doenças e sem acompanhamento médico ou as mínimas condições de tratamento, sem nesse quesito um dos pontos mais amplos da violação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Das pessoas observadas, alguns apresentam quadros de problemas mentais perceptíveis durante as entrevistas, identificados através da falta de conexão no que falavam ou na forma como se comportavam. Muitos deles já possuem idade suficiente para aposentadoria, mas sequer possuem documentação ou meios para que consigam tal benefício, outros não sabem o próprio nome, idade ou de onde vieram, destes o sofrimento das ruas lhes apagou a identidade, as raízes, as histórias e, pacientemente, aguardam para que também lhes sejam apagadas as vidas.

Um ponto de destaque durante o estudo de campo, foi o fato de junto às pessoas em situação definitiva de rua, existirem pessoas em situação transitória, na rua. Essa transitoriedade muitas vezes reflete a desestrutura familiar, alguma perda na família, o alcoolismo dos pais, o desemprego ou as drogas. Por isso, as pessoas passam a viver na rua de forma temporária, até que os motivos que as levaram a isso sejam resolvidos. Outro ponto importante dentro desse contexto observado durante a pesquisa é o fato de que, em sua grande maioria, são os jovens (fotografia 6) que ocupam esse espaço devido a algum conflito no lar, vícios ou perdas.

Fotografia 05 - A juventude ameaçada



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

No caso desses jovens, além das vulnerabilidades da própria rua, outro problema seríssimo é o fato de se ausentarem do convívio escolar, abandonando os estudos e condicionando-se à educação que lhes será dada pelas ruas, nesse contexto, muitas vezes, são recrutados pelo tráfico de drogas, marginalizando-se e, conseqüentemente, esquecendo de uma vez por todas do lar. Cenário preocupante, haja vista em vista a falta de pontos de apoio para que, mesmo fora de casa, essas pessoas consigam uma profissionalização e o acesso ao trabalho e a uma vida mais digna, com tais direitos violados, tentar a rua é a única alternativa.

Dessa forma, expostos à marginalização não justificável, mas muitas vezes necessária diante da completa falta de recursos, diante de uma sociedade que lhes virou as costas e das ingerências do Estado, passam a delinquir, aumentando a criminalidade e a insegurança da rua. Nessas condições, o único direito que passa a funcionar na maioria das vezes é o direito penal.

Fotografia o6 - A juventude ameaçada



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Outro ponto muito bem pontuado durante a pesquisa foi o grande número de pessoas negras em situação de rua. Reflexo do que já foi falado anteriormente é, além de preocupante, vergonhoso ver que mesmo no

século XXI, a cultura da segregação permanece latente em meio a uma sociedade que se diz civilizada. Essa visão separatista é constantemente observada por eles próprios, que jogados nas calçadas, tornam-se invisíveis ou são apontados como marginais; são repelidos das portas ou dos pontos comerciais ao tentarem receber um pouco de comida, contentando-se muitas vezes com o que é recolhido no lixo desses estabelecimentos (fotografia 7), às vezes esse é o seu único meio de alimentação. Por sorte, vez ou outra são percebidos por pessoas que, compadecidas, fornecem-lhes algum alimento (fotografia 8) e água, ou são alvos de entidades filantrópicas que realizam trabalhos sociais em busca de amenizar um pouco do peso que lhes é a vida. Dentro do contexto da extrema miséria, para muitos, a única riqueza que possuem é uma muda de roupas, um par de chinelos (fotografia 9) ou pedaços de papelão onde depositam seus corpos cansados durante alguns instantes de “descanso” ao relento, aqui, além das violações a direitos essenciais a qualquer ser vivo, como o da alimentação, água, moradia, tem-se uma abrupta ofensa à dignidade da pessoa humana.

Fotografia 07 – Viver da caridade é não saber até quando se irá viver



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Fotografia 08 – Riquezas da rua

Fonte: dados produzidos pelo o autor.

As marcas olfativas e higiênicas com que se apresentam talvez sejam o maior entrave para uma aproximação com as demais pessoas ou para uma aceitação nos ambientes comerciais por onde circulam, criando uma dinâmica a partir do isolamento e da subtração de relações. Sem água se-quer para beber, tomar banho é, praticamente, um luxo, com isso a sujeira e a aparência abjeta e envelhecida (fotografia 10) que decorre do contato constante com o chão, depósitos de lixo e animais de rua, aliados à falta de estrutura que lhes permita a prática de higiene regular, criam essa barreira de interações e fazem evidentes os traços e a corporalidade dos habitantes de rua.

Fotografia 09 – Estereótipos



Fonte: dados produzidos pelo o autor.

Talvez, esse ponto responda parcialmente à pergunta deste trabalho. Mesmo que as políticas públicas existam, torna-se difícil e, até mesmo, vergonhoso para eles, apresentarem-se de forma tão miserável nos repar-timentos públicos, que lhes devem receber da mesma forma como recebem qualquer outra pessoa da sociedade, mas não o fazem ou, quando fazem, tornam aquele acesso constrangedor. Talvez, o receio da negativa de acesso pela sua aparência, por suas vestes ou pela forma como se apre-sentam seja o maior entrave para que possam desfrutar do direito à saúde, à busca pela aposentadoria, ao registro de algum tipo de violação dos seus direitos nas unidades de segurança pública, dentre outros.

Considerações finais

Embora não se tenha informações oficiais sobre quantas pessoas re-sidem atualmente nas ruas da cidade de Arcoverde, não se pode negar que existem alguns focos de assistência social para o morador em situação de

rua, mas uma coisa que fica bastante perceptível é que muitas das políticas públicas ofertadas são de difícil acesso, principalmente quando se trata do idoso morador de rua ou daquele que sofre de algum problema mental.

Os apontamentos fotográficos revelam a total escassez de recursos, o abandono por parte da família, da sociedade e dos órgãos governamentais, além de uma extrema situação de miséria. Durante os vinte e seis dias de pesquisa e acompanhamento, não houve nenhum relato de algum setor do poder público que veio até essas pessoas, sabe-se que existem alguns pontos que podem servir de suporte para a população de rua, mas que o acesso nem sempre é garantido ou eficiente, logo esse seria um dos nortes que necessitam de maior atenção, para que a eficácia do serviço público no atendimento às necessidades dos moradores de rua e na efetivação dos seus direitos e garantias fundamentais e sociais possa surtir efeito. Inicialmente, é necessário trazer esse atendimento para as ruas, diminuindo a distância entre a ajuda e quem necessita da ajuda. Tão importante quanto oferecer uma política pública direcionada a essa população, é garantir o acesso, e acesso igualitário para que elas se concretizem. Portanto, a busca de dentro para fora apresenta-se como a solução para a real efetivação dos direitos fundamentais e sociais desta parcela da sociedade, o poder público deve encontrar essas pessoas e não apenas aguardar que elas lhe encontrem.

Da mesma forma, tão importante quanto assisti-las, é reinseri-las dentro do contexto social e no mercado de trabalho, fornecendo meios para que possam viver com dignidade, e não apenas existir. Nesse contexto, a sociedade também ocupa um lugar fundamental, pois através dela é possível fazer um mapeamento do local onde essas pessoas habitam, pois como foi observado, mesmo nas ruas, não há um lugar fixo para habitação, seus pontos de parada são flutuantes, o que dificulta a localização e o mapeamento.

Por fim, destaca-se mais uma vez a importante missão da fotografia na coleta e representação dos dados, fonte importantíssima na pesquisa, toma papel de destaque ao ponto que passa a ilustrar não só imagens, mas

sentimentos, reações, problemas e soluções, proporcionando uma maior interação com o mundo observado e com o objeto de pesquisa, respeitando os limites do assunto fotografado e denunciando, mas de forma a preservar a exposição das suas vulnerabilidades. Mais importante do que pesquisar, registrar e divulgar é ajudar, o mundo está cheio de telespectadores, mas carente de altruístas.

Referências

- ACHUTTI, Luiz Eduardo Robinson. **Fotoetnografia: um Estudo de Antropologia Visual sobre o cotidiano, lixo e trabalho**, Porto Alegre: Palmarinca, 1997.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**, n. 217, jul-set., 1999. Renovar e Fundação Getúlio Vargas.
- ANDRADE, Rosane de. **Fotografia e Antropologia: olhares fora-dentro**, São Paulo: Estação. Liberdade, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- COLLIER JUNIOR, John. **Antropologia Visual: a Fotografia como Método de Pesquisa**. Tradução de Iara Ferraz e Solange Martins Couceiro. São Paulo: EPU/Edusp, 1973.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, nº 2, 2007.

- KOSSOY, Boris. **Fotografia & História**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.
- MALISKA, M. A. **O direito à Educação e à Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SAWAIA, B. Introdução: exclusão ou inclusão perversa? *In*: SAWAIA, B. (org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SIQUEIRA, Maria da Penha S. Pobreza no Brasil Colonial: representação social e expressões da desigualdade na sociedade brasileira. **Revista Histórica**, São Paulo, n.º. 34, Janeiro, 2009.
- WANDERLEY JÚNIOR, Bruno; SILVA, Carla Ribeiro Volpini. As pessoas em situação de rua e o sistema interamericano de direitos humanos: importante instrumento em prol da dignidade humana. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014.

**“Quem vê só um lado do mundo
só sabe uma parte da verdade”:
Rafael Braga e os elementos criminológicos e
retóricos de uma sentença anunciada**

Rodrigo Lima Freire Mariz

Introdução

Rafael Braga é brasileiro, preto, pobre, ex-catador de material reciclável e morador da periferia. Á luz das teorias acerca da seletividade penal, notadamente com escopo nos ensinamentos de Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni, o que se tem é que ele ostenta o perfil exato da clientela habitual do sistema prisional, que seleciona os indivíduos com base em critérios socioeconômicos, uma vez que o direito é, historicamente, criado e instrumentalizado por uma parcela da população em detrimento de outra, dentro da ideia de infraestrutura e superestrutura em Marx.

Dessa feita, o brasileiro Rafael Braga desponta como sendo mais um selecionado nesse sistema, e o que causa inquietação é exatamente a sentença que legitima esse processo seletivo de criminalização.

Para Aristóteles, a retórica tem por fim persuadir o ouvinte, devendo ser usada somente com boa-fé (ADEODATO, 2010), uma vez que usá-la de má-fé a transforma em uma arma, capaz de enganar o ouvinte. Contudo, nota-se na sentença que condena Rafael Braga, um mau uso de elementos

retóricos atuando com vistas a dar um ar de legitimidade à condenação que ratifica a seletividade penal.

A abordagem utilizada foi a qualitativa, realizando-se uma pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo, baseada na leitura de artigos, livros e revistas acerca do tema, através do método dedutivo, partindo das teorias mais amplas para posterior visualização no caso concreto.

A metodologia utilizada foi a bibliográfico-explicativa, visando identificar os fatores que contribuem para a ocorrência do fenômeno ou variáveis que afetam o processo em estudo, qual seja, a seletividade penal legitimada através da retórica, notadamente na sentença do caso Rafael Braga, objetivando o porquê desse acontecimento.

Segundo dados do INFOPEN (2017), em junho de 2016, cerca de 64% da população carcerária no Brasil era composta por negros; no Rio de Janeiro, onde Rafael Braga foi preso, a quantidade de negros encarcerados era igual a 72% e, ainda no Rio, a quantidade de presos com o ensino fundamental incompleto chegava a 65% do total.

Nesse sentido, apresenta-se como de elevada relevância social a presente pesquisa, pois se destina identificar os porquês desse cenário socioeconomicamente seletivo do sistema prisional, fazendo uma abordagem pormenorizada no que tange ao uso da retórica na decisão jurídica como elemento capaz de executar tal seletividade, bem como legitimá-la.

O artigo é estruturado em três tópicos, sendo fundamentado nas ideias de Alessandro Baratta, Eugenio Zaffaroni e Aristóteles, utilizando-se, nesse último, alguns estudiosos de sua obra.

No primeiro capítulo procura-se elucidar a trajetória de Rafael Braga no sistema prisional. Rafael, ao ser único condenado nas manifestações de 2013, mostrou a cara do sistema penal seletivo, contudo, sua trajetória frente ao sistema não parou por aí, sendo cercada de polêmicas envolvendo sempre o estigma que lhe é inerente, fruto de um judiciário seletivo em sua essência.

Já no segundo tópico o foco é direcionado a esmiuçar a ideia de seletividade penal e poder punitivo. É necessário entender o porquê de o

sistema penal ser seletivo, como isso se estrutura e como é instrumentalizado pelas vias de poder do topo da pirâmide social, para que se possa, assim, enxergar como Rafael Braga foi mais uma vítima da seletividade.

Por fim, no terceiro ponto, traremos apontamentos sobre a retórica da argumentação e como ela atuou na sentença, a fim de legitimar o processo de seletividade do sistema penal como um todo, uma vez que é na eleição pormenorizada da clientela habitual quando da prolação da sentença que se nota as articulações retóricas agindo a fim de conferir legitimidade ou falsa ilusão de justiça, a uma sentença pré-pronta, injusta e seletiva.

“Me ver pobre, preso ou morto já é cultural”¹

O brasileiro Rafael Braga ganhou os holofotes no país ao ser o único preso condenado nas manifestações de 2013 (SANSÃO, 2018). O principal motivo pelo qual o caso tomou proporções nacionais foi a acusação feita contra ele que, aliada a sua situação socioeconômica, escancararam o retrato seletivo do Sistema Penal: Rafael, negro, catador de material reciclável e analfabeto, foi preso por portar uma garrafa de desinfetante Pinho Sol, sob a acusação de portar material explosivo.

O jovem negro, pobre, morador de favela e analfabeto foi preso como se pretendesse usar como “coquetel molotov” — que ele sequer sabia o que era — um frasco plástico de desinfetante Pinho Sol e outro de água sanitária da marca Barra, na manifestação que ele não sabia por que estava acontecendo. Para ele, “não são só 20 centavos” e outras frases cunhadas em cartazes e palavras de ordem contra os governos do estado e do país naquele junho não faziam o menor sentido. Ele não sabia sequer quem era o governador do Rio ou o prefeito da cidade na qual ele sempre ocupou apenas a margem. (SANSÃO, *online*, 2018)

O caso acabou se transformando em um símbolo da luta do movimento negro contra o racismo institucionalizado e a seletividade do

¹ Trecho da música “Nego Drama”, Racionais, 2002, que traz o retrato social do negro de periferia no Brasil.

Judiciário brasileiro em relação à população pobre, negra e da periferia, historicamente marginalizados (RAFAEL, 2017).

Sua trajetória frente à Justiça sempre foi rodeada de polêmicas. Após a condenação por “portar material explosivo”, como supracitado, Rafael conseguiu, em 2014, o benefício do trabalho externo, passando para o regime semiaberto, exercendo a função de auxiliar de serviços gerais num escritório de advocacia no Rio de Janeiro. Contudo, após uma foto sua ao lado de uma pichação com dizeres que criticavam a figura do Estado, foi punido indo para uma cela isolada de qualquer contato humano, por tempo determinado pelos agentes, conhecida como “solitária”.

Pouco tempo depois, após um problema de saúde com sua mãe, se apresentou atrasado ao estabelecimento prisional, sendo advertido e ameaçado de voltar para solitária, caso isso se repetisse. Segundo seu advogado, a ameaça de punição o deixou desesperado, fazendo com que fugisse por meia hora, de acordo com o site Spotnik (*online*, 2017).

Após esse episódio, Rafael regrediu de regime e, mais tarde, ele conseguiu mais uma vez a progressão. Porém, uma nova condenação sobreveio em 2016, condenação essa a qual iremos nos debruçar e que, mais uma vez, estava rodeada de polêmicas. Nas palavras de Maria Martín (*online*, 2016), do site *El país*:

Na manhã da quarta-feira, - 12 de janeiro de 2016 - ele saiu da casa da sua mãe, no morro da Vila Cruzeiro, na zona norte do Rio, para comprar pão com três reais no bolso da bermuda e uma tornozeleira eletrônica à vista. No caminho foi abordado por policiais da Unidade da Polícia Pacificadora (UPP) que afirmam ter encontrado com Rafael uma sacola de mercado com 0,6 gramas maconha, nove gramas de cocaína e um morteiro, um tipo de foguete usado entre os narcotraficantes para alertar da presença de policiais.

De acordo com os policiais, Rafael fora encontrado em uma localidade conhecida por ser usada por traficantes, junto com outros agentes não identificados. Na ocasião, teriam os demais se evadido, permanecendo apenas Rafael no recinto, sendo apreendido com uma sacola com fogos de artifício e drogas.

Entretanto, ao ser interrogado, Rafael afirmou que os agentes o conduziram ao um beco, deram-lhe vários socos e apontaram um fuzil, tudo para que ele desse informações acerca de armas, drogas e traficantes da região, muito devido ao fato de sua tornozela estar à mostra, o que já atuaria como uma “etiqueta” de criminoso. Essa tese foi confirmada por uma amiga da família de Rafael que afirmou ter visto a cena. “Após sua negativa – em dar informações –, os agentes apresentaram uma bolsa contendo material entorpecente e ameaçaram que iriam lhe atribuir a posse das drogas, caso não prestasse as informações solicitadas por eles.” (BRASIL, 2016, p.03).

Dessa feita, Rafael Braga foi condenado pelas modalidades dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, referentes, respectivamente, aos crimes conhecidos como “tráfico de drogas” e “associação para o tráfico” (BRASIL, 2016). A defesa alegava ausência de autoria e abuso de autoridade dos policiais que teriam “plantado” a prova material do crime, enquanto para o Ministério Público os “fatos” falavam por si só, sendo Rafael culpado incontestavelmente (BRASIL, 2016).

Nessa esteira, o julgador, como veremos adiante, desconsidera sumariamente a fala da defesa enquanto enaltece, sobremaneira, os argumentos trazidos pelo órgão ministerial acusador. Deve-se levar em consideração que, na escassez de provas materiais, temos um contra a palavra do outro, devendo o brocardo *in dubio pro reo* ser sempre utilizado quando necessário, ou seja, sempre que não houver comprovação cabal de materialidade e autoria do fato. Enquanto a narrativa da testemunha de defesa foi abominada, a dos agentes policiais foi admitida mesmo com alguns contrapontos entre os depoimentos.

Nesse contexto de “conveniência de argumentos”, em que provas são selecionadas propositalmente para que se chegue à condenação pré-moldada, nos salta a presença de elementos que levam à análise crítica da criminologia, apresentando indícios de seletividade do sistema penal, através dos processos de criminalização primária e secundária.

Segundo Baratta (1999), o processo de seletividade penal perpassa por duas fases essenciais: a criminalização primária e secundária.

A criminalização primária é relacionada com o direito material e diz respeito ao processo de eleição dos bens jurídicos a serem tutelados, bem como a previsão das condutas penalmente reprováveis. Essa eleição leva em consideração os interesses das elites, num processo denominado como *hierarquia de interesses*.

Assim, quando se tem condutas relacionadas a ações típicas das classes marginalizadas e economicamente inferiores, como o tráfico de drogas, o grau de intensidade da ação penal se eleva; ao passo que, quando falamos em condutas típicas das elites, como crimes econômicos ou ecológicos, essa intensidade é exponencialmente menor, sendo, no mais das vezes, subestimadas, independentemente do grau ofensivo da conduta. O que se tem no presente caso é uma conduta que, em uma análise sóbria, não causa qualquer dano à relevante bem jurídico, contudo, ainda assim é alvo da severidade da norma penal, exatamente devido a seu ímpeto seletivo.

O segundo processo de criminalização com vistas a efetivar a seletividade, agora com inserido dentro do contexto do direito processual, é chamado de criminalização secundária, que seleciona os indivíduos “desviantes” dentre a gama de infratores das normas postas. As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas, nos níveis mais baixos da escala social (TRINDADE, 2002), de modo que o estigma de criminoso recai sobre aqueles historicamente marginalizados, notadamente negros e pobres, encaixe perfeito ao caso Rafael Braga. Uma boa ilustração acerca dessa seletividade penal é encontrada na matéria do site Brasil de Fato (2017) sobre o caso:

A manutenção da prisão de Rafael Braga contrasta com a rápida liberação de Breno Borges, filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul (TRE-MS), desembargadora Tânia Freitas. Breno, jovem de classe média alta, filho de família influente, foi preso com 130 kg de maconha, além de armas de grosso calibre e dezenas de munições. Ele também é acusado de tramar o resgate de um traficante preso no interior do estado. A revogação de sua prisão se deu apenas poucos dias após a detenção, com base em um

laudo médico que o autorizava a trocar a cadeia por um tratamento psiquiátrico em uma clínica particular especializada. (RAFAEL, *online*, 2017)

O poder punitivo e a seletividade penal

Nesse ínterim, é necessário compreender como essa desigualdade é legitimada pelo sistema penal, como funciona a genealogia da seletividade, através do uso do Poder Punitivo do Estado e das instituições de poder que, por serem brancas, heterossexuais e de elite, têm por prática comum usar do poder que têm contra os indivíduos que se encontram em posições sociais diametralmente opostas. Esse *modus operandi* passa, essencialmente, pela ideia do “inimigo”, que surge dentro da ideia do Poder Punitivo dentro do sistema penal.

Todo grupo humano sempre conheceu duas formas de poder que têm por finalidade a resolução de conflitos através da coerção dos indivíduos transgressores: o poder repressivo e o reparador (ZAFARFARONI, 2013).

O primeiro tipo de poder trata de anular o conflito antes mesmo que ele aconteça. Imagine, por exemplo, alguém correndo com uma faca em mãos jurando um terceiro de morte. Nesse caso, o poder repressivo iria agir de modo a parar o indivíduo antes que ele eventualmente matasse seu desafeto, utilizando-se, inclusive do uso da força.

O segundo tipo de poder com vistas a resolução de conflitos é o reparador que, como o próprio nome sugere, atua a fim de reparar o dano causado, impondo ao transgressor que restitua o *status quo* anterior ao conflito, para que assim ele possa ser efetivamente sanado.

Contudo, em algum momento da história humana, inaugura-se o Poder Punitivo, utilizado em ampla escala até hoje, capaz de impor a sanção autoritariamente, de maneira vertical, em que o Estado investiga, processa e condena o agente, excluindo a vítima do processo e sem dar importância para a reparação do dano em si.

O Poder Punitivo surge na medida em que as sociedades vão ganhando forma de exércitos, com classes, castas, hierarquia, etc. (ZAFFARONI, 2013). Isso porque tal poder reforça a autoridade e concede

poder de controle àquele que o usa, gerando verticalização do meio em que se é aplicado. Dessa forma, se um pai quer recuperar a autoridade e controle sobre o filho desobediente, ele o pune; se um professor em sala de aula quer recuperar a autoridade dentro da sala de aula, ele elege um ou alguns para punir, a fim de que os demais se sintam coagidos e se subordinem às ordens do mesmo. Assim, não é difícil perceber que punir, seja quem for, seja como for, é uma ótima forma de manutenção e ampliação de poder.

Nessa esteira, é exatamente devido a essa ideia de manutenção e maximização de poder e controle que começam a surgir os chamados “inimigos”, ou seja, aqueles que serão “sacrificados” em nome da legitimação de uma soberania devastadora. Seja no medievo, com a figura dos hereges e bruxas, seja na guerra aos “terroristas” no governo Bush, (ZAFFARONI, 2013) ou ainda com os “comunistas”, no Regime Militar, ou judeus na Alemanha Nazista, o fato é que sempre há um grupo de indivíduos a serem perseguidos e penalizados a fim de que a verticalização e autoridade dos que mantêm o monopólio do poder punitivo se fortaleça.

Nessa esteira, a violência funciona como um dos elementos estruturantes de todo o aparato de controle social, uma vez que o sistema penal assume o dever de diminuí-la, sendo capaz de legitimar, inclusive, a limitação da liberdade de outrem em nome da dita “paz social”, tudo devido ao medo social que cria (RIBEIRO, 2012).

Em outras palavras, o fato de que para o sucesso do sistema punitivista em torno do “inimigo” é necessário a difusão, através principalmente da mídia, do “inimigo” como sendo perigoso, cria um cenário de medo social perfeito para a atuação do Poder Punitivo frente à manutenção da verticalização e do autoritarismo. Tal medo provoca na sociedade um desejo de punição exacerbado, fazendo-a pregar por mais de repressão em uma falsa ilusão de que isso trará segurança. “A lei passa a ser a ‘tábua de salvação’ da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará” (PASTANA, apud SANTINI, 2014, p.18). Assim, fica o Estado

legitimado a agir de forma cada vez mais repressiva com base no medo em que ele mesmo criou, em um verdadeiro ciclo vicioso.

Assim sendo, o Estado age de modo a operar o sistema punitivo, legitimado pelo contrato social com vistas a manter a paz social, e pelo medo que ele mesmo cria em torno do “inimigo”, materializando e instrumentalizando a lógica punitivista através da produção da conduta a ser reprovada (crime) e eleição do inimigo.

A produção do crime passa pela ideia marxista de Superestrutura, que perpetua, não só as relações econômicas, mas também os ideais de dominação, notadamente por intermédio do Poder Punitivo, que atingem, inevitavelmente, a constituição da figura do crime (MARX, 2008). Para Marx, a sociedade capitalista se divide em dois grandes grupos: a Infraestrutura e a Superestrutura.

Assim, na Infraestrutura concentram-se as relações econômicas e a luta de classes, onde é possível perceber a eterna exploração do proletariado em prol do capital; ao passo que, na Superestrutura, situada acima, como a própria terminologia sugere – mas diretamente relacionada e condicionada pela existência da infraestrutura – estaria todo o aparato responsável por perpetuar tais relações, dividindo-se novamente, com duas instâncias principais, a jurídico-política e a ideológica.

É aqui que a ideia de seletividade penal se materializaria. Na seção ideológica superestrutural, teríamos toda a produção de valores, ideais e cultura, próprias e adequadas ao capitalismo, agindo como verdadeiros eufemismos à dominação e segregação de classes (LOPES, 2008).

Tal produção impactaria diretamente na esfera jurídico-política, na qual teríamos predominantemente a figura do Estado e do Direito, responsáveis por regulamentar e perpetuar as relações de poder presentes na infraestrutura através, no Direito Penal, da seleção e separação dos indivíduos ditos “indesejáveis” à manutenção do sistema. Essa produção capitalista acarreta uma distinção de duas classes: os que possuem o poder econômico e por isso determinam como se dará o processo de

criminalização, e aqueles que não possuem tal poder, sendo então submetidos às regras provenientes da outra classe. (LOPES, 2008)

Portanto, a seletividade superestrutural elege, historicamente, sucessivos inimigos, capazes de reforçar as relações de poder e dominação, saltando aos olhos duas premissas basilares do Sistema Prisional: a presença perene do inimigo, e o “corporativismo” superestrutural.

A primeira delas consiste na eterna presença do inimigo, ainda que com “rostos” diferentes, uma vez que sua punição é usada como elemento apaziguador/alienante das massas, de modo a gerar confiança e sensação de dependência da força do Estado, reforçando e legitimando o uso da violência pela máquina estatal, independentemente de qualquer juízo de valor sobre justiça ou algo parecido.

A segunda premissa consiste em um sistema deveras lógico de proteção superestrutural, uma vez que, se o crime é criado pela superestrutura, por óbvio, o inimigo será sempre alguém diametralmente distante desse lócus.

Dessa forma, é deveras simples entender o porquê que o negro, quando preso com quantidades ínfimas de drogas, é considerado traficante – caso Rafael Braga –, mas quando o branco de elite, ao ser flagrado com plantações e munições de guerra, se quer chega a sentir o sistema penal na pele – caso Breno Borges, filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, flagrado com aproximadamente 130 kg de maconha, mas tendo sido diagnosticado com “*Síndrome de Borderline*”, uma doença que consiste no desvio de comportamento, jamais sendo taxado como “bandido”. (RAFAEL, 2017).

A retórica da argumentação e uma sentença anunciada

Tal processo de instrumentalização do Poder Punitivo que funciona para manter as pessoas onde estão, em seus respectivos recortes socioeconômicos, a fim de reforçar as relações de poder, tem como principal arma

o discurso, como forma de persuasão e de legitimação dessa desigualdade e seletividade, como veremos a seguir.

Sobre a Retórica, tem-se que desde a Grécia Antiga ela tinha uma posição deveras relevante, principalmente no que tange ao debate político. A retórica parecia ser capaz descobrir os meios de persuasão relativos a um dado assunto, capaz de convencer, através de argumentos sustentáveis e concretamente apresentados (KIST, 2011).

Aristóteles, ainda como um prodígio na Academia Platônica, domina a retórica e a analisa, em um plano teórico, traduzindo a prática na teoria, de método à metodologia. O filósofo buscou descobrir os meios de persuasão possíveis e capazes de dar ao argumento um aspecto de verossimilhança e, mais além, entender o porquê de ele ser verossímil. Em outras palavras, em sua análise, tentava-se vislumbrar o porquê de determinado argumento ser persuasivo e assim entender e sistematizar a retórica como sendo a arte de descobrir, caso a caso, o que é capaz de persuadir. (KIST, 2011)

Acreditava-se, desde então, que a retórica seria apenas um meio de influir no correto discernimento do ouvinte, contudo Aristóteles afirma que, em verdade, é o mau uso da retórica que a torna má, e não ela em si; o filósofo “[...] insiste para que a retórica não possa ser usada sem uma boa ética” (ADEODATO, 2010, p. 54).²

Assim sendo, *ethos*, *pathos* e *logos* norteiam a retórica em Aristóteles, sendo trabalhados como formas de persuadir na comunicação, compondo a auto apresentação dos oradores. (ADEODATO, 2010)

O *ethos* se refere à imagem que o locutor faz e transpassa de si mesmo ao auditório, é a credibilidade que o mesmo tem frente seus ouvintes que depositam confiança no mesmo devido seu caráter e honra, é a capacidade que deve ter o orador em deixar a impressão na plateia de que ele é digno de fé, ou de que alguém que corrobora e atesta seu discurso é insuspeito. Por sua vez, o *pathos* está intimamente ligado à ideia de emoção dos espectadores e impõe o dever ao orador de, a depender da

² O presente trabalho limita-se à abordagem acerca das categorias analítico-retóricas de Aristóteles.

problemática debatida, provocar emoções no seu auditório a fim de guiá-los à conclusão pretendida. Já o *logos*, significando “conhecimento”, representa composição racional do discurso, de modo a conferi-lo um sentido que desemboque na tese defendida pelo orador. (DAYOUB, 2004 *apud* ALMEIDA JUNIOR, 2009).

Tais fundamentos dariam ao discurso aptidão de ser persuasivo. Aristóteles afirma que a retórica não é uma arte de persuasão, mas consiste em descobrir o que pode ser útil para persuadir. Repise-se, só se pode empregá-la, segundo o filósofo, se acompanhada da ética, pois o bom ou mau uso dessa ferramenta seria fruto da ética do orador, não podendo este usá-la de modo enganoso, de modo a manipular o auditório, mas tão somente para persuadi-lo.

Entretanto, no caso em tela, como veremos a seguir, não houve qualquer observância à ética, de modo que um simples os elementos retóricos foram capazes de decidir a favor da perpetuação do sistema penal seletivo.

Uma vez compreendido como funciona a lógica punitivista e a retórica aristotélica como meio de persuasão, é deveras fácil de identificar elementos retóricos na fundamentação da decisão do magistrado capazes de atuar, não só no “convencimento” do juiz, mas também para que se possa conferir um aspecto de legitimidade à decisão já pré-pronta, aos moldes do olhar seletivo do “inimigo”, necessário à manutenção do poder, no punitivismo.

Assim, salta aos olhos como o elemento *ethos*, notadamente o “*ethos* de terceiro”³, foi decisivo para lograr êxito ao processo de criminalização seletiva de Rafael, conferindo aparência de legitimidade à sua condenação.

Como já dito, o *ethos* aparece como elemento ligado ao orador, referindo-se ao respeito e influência que este tem para com os ouvintes, ou que alguém que capaz de confirmar sua tese tem. (ADEODATO, 2015). Assim, quanto mais digno de receber a confiança de seu auditório ele for, maior será seu *ethos*.

³ *Ethos* de outra pessoa, diretamente fora do debate, mas capaz de atestar a tese defendida.

Dessa feita, o que se tem ao longo da fundamentação da sentença é, basicamente, a utilização amiúde do elemento *ethos*, notadamente, quando se refere à narrativa apresentada pelos policiais. Isso acontece tanto pela presunção de legitimidade que cerca seus atos, como pela retidão que se espera destes. Assim, o que se constrói é uma decisão fundada apenas nos relatos policiais, desprezando, inclusive, a testemunha da defesa, em prol daquelas arroladas pelo Ministério Público. A fundamentação da sentença pelo magistrado é cercada de uma valoração estigmatizante, tanto o é que o argumento de maior valor utilizado traz consigo uma alta carga de pré-conceitos.

O desenvolvimento do argumento *logoiide* mais relevante chama a atenção. Utiliza o juiz de um erisma⁴ e um etimema⁵ na mesma cadeia argumentativa. Primeiramente tem-se:

Premissa Maior: Descrição do local onde se deu a apreensão de Rafael Braga, qual seja, “região conhecida com ‘sem-terra’, no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, no Bairro da Penha, nesta cidade (Rio de Janeiro), dominada pela facção criminosa ‘Comando Vermelho’, conhecida organização criminosa voltada a narcotraficância”. (BRASIL, 2016, p.03). **Premissa Menor:** O réu foi apreendido na localidade.

Conclusão: “Levando-se em conta [...] o local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância.” (BRASIL, 2016, p.03).

O erisma é bem elaborado, mas comporta uma falha crucial: nem todas as pessoas que moram/frequentam a comunidade são traficantes, logo, parte de uma premissa menor falsa. Tomar para si uma afirmação desse porte é se aproximar demasiadamente com dogmas da Criminologia Positivista⁶, tão ultrapassada no hodierno, exatamente por criminalizar o

⁴ O erisma acontece quanto “o orador aproveita a ignorância ou o despreparo do ouvinte para convencê-lo de afirmações contraditórias, indignas de crédito ou simplesmente falsas”. (ADEODATO, 2015, p. 60)

⁵ Dentro da lógica silogística, etimema é o argumento que contém pelo menos uma premissa não formulada, sendo referida como premissa implícita, utilizada para interferir na conclusão.

⁶ Corrente criminológica com “teorias baseadas sobre as características biológicas e psicológicas que diferenciariam os sujeitos ‘criminosos’ dos indivíduos ‘normais’”. (BARATTA, 1999, p. 29).

indivíduo antes do fato realmente acontecer. Assim, o fato do réu ser apreendido nessa localidade, em tese, não deveria ser relevante para a discussão, a não ser pelo estigma que cerca tal situação, explorado muito bem pelo magistrado.

Ademais, tem-se também um etimema, da seguinte forma:

Premissa Maior: Agora a premissa maior encontra-se implícita, fundada no estigma que cerca os usuários de drogas. Tal premissa poderia ser preenchida, a título de exemplo, por algo próximo a: “todo traficante tem consigo drogas”.

Premissa Menor: O juiz, na premissa menor, afirma que o réu fora preso com embalagens de entorpecentes.

Conclusão: “Por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida [...], resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância” (BRASIL, 2016, p. 03).

Contudo, tem-se nesse etimema o erro semelhante ao erisma citado anteriormente, uma vez que nem todas as pessoas que carregam consigo drogas são traficantes, podendo se tratar de um simples usuário, situação em que restaria afastada sua prisão, uma vez que nossa legislação não pune o uso de drogas com pena privativa de liberdade.

Assim, para conferir veracidade à sua tese pré-moldada – em que Rafael Braga seria não um usuário, mas um traficante de drogas, logo, mais um “inimigo” – o magistrado se utiliza da Lei 11.343/06, conhecida como lei de drogas, a qual aduz que a diferenciação entre o que será considerado tráfico ou uso será feita com base nos seguintes critérios: quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006), e afirma que todos esses critérios foram utilizados em sua conclusão.

Entretanto, nota-se a fragilidade do referido instrumento normativo, uma vez que não há qualquer objetividade nos elementos utilizados para definir o que é tráfico e o que é uso, sendo permeados por substancial subjetividade, produzindo, assim, um demasiado espaço para interpretação, quase sempre balizadas em estereótipos. O que se tem é que, “na prática,

ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes” (BARROSO, 2015, p. 1).

Finalmente, a fim de blindar sua tese e desqualificar o *ethos* da defesa, o juiz afirma que, em que pese o réu ter negado a autoria do fato, isso é deveras irrelevante, visto que isso é prática comum na seara criminal, o que implica dizer que atitude do réu é igual à de outros tantos réus considerados culpados na prática criminal, não sendo sua declaração, por si só, suficiente para inocentá-lo, em uma clara separação conveniente dos argumentos que são e que não são relevantes para sua tese pré-existente.

Seguindo-se na leitura e análise da decisão, no que tange às testemunhas arroladas pelo Ministério Público, nota-se a exploração do *ethos* destes, como já dito. Isso fica claro quando afirma o juiz que se trata de “agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência.” (BRASIL, 2016, p. 06). Para reforçar esse *ethos*, completa que não há qualquer contradição de valor nos depoimentos, argumento que eleva consideravelmente a confiabilidade das narrativas.

O juiz, ao decorrer da fundamentação, caminha para o que já se espera como relato vencedor: réu culpado, pois os policiais assim afirmam. O magistrado prossegue a decisão exaltando o depoimento dos agentes da polícia, afirmando que não há, aparentemente, nenhuma razão para que os mesmos faltassem com a verdade, além da suposta coerência mostrada, que exaltaria ainda mais sua credibilidade. O magistrado utiliza-se também do *ethos* do tribunal ao citar uma súmula que afirma que a decisão condenatória pode ser perfeitamente baseada apenas no testemunho dos policiais. Ou seja, suas palavras são tão relevantes que podem decidir um caso, como decidirão o caso em estudo.

Em sentido diametralmente oposto ao que fez com o testemunho dos policiais, o juiz procede a fim de anular o *ethos* da testemunha trazida pela defesa. Afirma, num primeiro momento, que por ela ter laços com o réu e sua família, seu testemunho resta inutilizável.

Ademais, usa de uma técnica logóide para sedimentar a desconstrução da narrativa da testemunha de defesa. Primeiramente ele usa a premissa de que o réu foi submetido ao exame de integridade física e, como nada foi constatado, presume-se que não houve qualquer tipo de uso de violência, ao contrário do que afirma o depoimento. Contudo, uma informação foi ocultada: quanto tempo transcorreu entre o fato e o exame? Por vezes as provas corporais se esvaem com o tempo, algo que o magistrado não esclareceu.

Na sequência da decisão, o que se nota é uma análise que, como esperado, efetiva a perigosa confusão entre legitimidade e legalidade. O tipo penal incriminador referente ao tráfico de drogas é claro⁷ ao aduzir em um dos seus núcleos a conduta “trazer consigo”, o que apontaria para uma clara subsunção do fato à norma, sendo, portanto, uma conclusão legalmente correta, mas deveras ilegítima, na medida em que não é, em uma análise média, justa, uma vez que se tem uma decisão guiada pela conveniência do magistrado.

Ocorre que o juiz atua num jogo de conveniência de argumentos, selecionando e conferindo veracidade apenas àqueles capazes de ratificar sua forma de pensar. Em outras palavras, não há análise sóbria de todos os argumentos, mas tão somente uma supervalorização daqueles que são convenientes, não há real investigação e busca da verdade factual para posterior decisão, o que se tem é o inverso, uma vez que o juiz “já decidiu”, faltando-lhe apenas os argumentos que viabilizem sua sentença (NOBRE, 2009). Dessa forma, em que pese aparente legalidade, não se pode falar, sob pena de ratificar uma ditadura do judiciário, em legitimidade da decisão.

Ademais, o magistrado é sucinto ao afirmar que “não há nada nos autos que fragilize os depoimentos das testemunhas do Ministério Público e a negativa de autoria ou a tese alternativa, que coloca dúvida acerca da

⁷ Art. 33 da Lei nº 11.343/06. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006)

autoria delitiva, iria de encontro à prova produzida, sobretudo os depoimentos prestados pelos Agentes do Estado” (BRASIL, 2016, p. 07). A utilização do elemento *logos* é realmente interessante posto que sua análise aparenta ser sóbria, guiando o receptor da mensagem ao concretizar que, se a prova da acusação é consistente e a da defesa falha – na sua leitura –, esta perdeu merecidamente. Contudo, tem-se tão somente mais um suporte do *ethos* das testemunhas acusatórias e mais uma seleção conveniente de argumentos a fim de dar aparência de validade à decisão seletiva e estigmatizante, já pronta, do magistrado.

Quanto à acusação sobre o crime de associação para o tráfico⁸, também o magistrado abusa da utilização do *ethos* dos policiais. Novamente, o que é levado em consideração, com uma presunção quase que absoluta de veracidade, é a narrativa apresentada por esses. Ainda, o juiz remente repetidas vezes ao laudo pericial que atesta a materialidade do fato, o que seria capaz, em tese, de atestar a tese trazida pelos policiais. Porém, esquece o magistrado que a tese da defesa versa sobre a ausência de autoria, e não de materialidade, como demonstra o trecho da sentença:

Os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares responsáveis pela prisão do acusado merecem credibilidade, porquanto seguros e coerentes, guardam afinidade com a realidade fática trazida no contexto probatório. Ademais, não há qualquer motivo nos autos capaz de macular a isenção dos mesmos como testemunhas. [...] No caso presente a posse do material entorpecente (maconha e cocaína) embalado em saco plástico (vide laudo de exame de entorpecente de fls. 99/100), fracionado, inclusive, contendo inscrições "CV", que sabidamente destinava-se à venda, evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa "COMANDO VERMELHO" que controla a venda de drogas no local dos fatos. (BRASIL, 2017, p. 752).

Nota-se, portanto, mais uma oportunidade em que o magistrado seleciona argumentos e provas, montando sua própria narrativa ao seu bel

⁸ Art.35 da Lei nº 11.343/06: Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e §1º, e 34 da Lei nº 11.343/06.

prazer, desviando o olhar da tese da defesa e guiando o público em geral a enxergar a sua como sendo a verdadeira.

Considerações finais

Ante o exposto, fica fácil notar que o sistema penal é seletivo em sua raiz, em um sentido quase crônico, uma vez que é criado e instrumentalizado por estruturas de poder pertencentes a determinados agrupamentos sociais em detrimento de outros grupos em situações opostas.

Historicamente, a marginalização das minorias não é novidade no escopo social pátrio, de tal maneira que o sistema sempre acaba por selecionar aqueles que são, por excelência, minorias, causando uma marginalização ainda maior e alimentando esse ciclo vicioso, uma vez que, como exposto, o direito é feito “de cima pra baixo”.

No primeiro tópico do presente estudo, foi possível identificar o retrato da seletividade penal através da análise da trajetória de Rafael Braga no sistema prisional, sendo sempre rodeado de situações que escancaram o peso do estigma que lhe é inerente sempre de forma decisiva.

Em seguida, pôde-se concluir que se apresenta como essencial, para a manutenção do poder do Estado, a criação da figura do “inimigo”, representado pela figura do preto e pobre. Além disso, repreender o “inimigo” acaba por dar mais poder ao Estado, dentro da lógica punitivista, além de gerar um medo social capaz de legitimar ações cada vez mais incisivas frente a essa população, em um verdadeiro processo de retroalimentação.

Prova disso é saber que, qualquer pessoa média, ao pensar em uma espécie de perfil criminoso, o fará com caracteres típicos da população negra e pobre de periferia, tão enraizado está a lógica seletiva do nosso sistema.

Ademais, foi possível identificar, no caso Rafael Braga, em sua condenação por tráfico, que os elementos responsáveis por legitimar tal processo seletivo de marginalização são retóricos. O magistrado se apresenta com detentor de um conceito prévio acerca da figura do Rafael, capaz de, inclusive, afetar sua esperada parcialidade, evidenciando uma verdadeira “sentença

pré-pronta” e, através da linguagem, fundamenta, com ares de legitimidade, essa seleção pormenorizada dos agentes a serem criminalizados.

A sentença do caso supramencionado se destaca por ignorar fundamentos processuais penais em prol da confirmação de uma tese pré-definida do magistrado, regada dos elementos discriminatórios enraizados em nossa sociedade pela política punitivista/seletiva, que acaba por considerar Rafael culpado desde o início, utilizando elementos retóricos para dar à efetivação à crônica seletividade do sistema.

Rafael foi mais um, das centenas de negros, pobres e de periferia a serem criminalizados pela sua cor e não pela sua conduta e perceber como isso ganha tons de legitimidade e se reproduz constitui passo essencial rumo à superação dessa característica racista do sistema.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo. Saraiva, 2009, p.47-80.
- ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica a retórica de Aristóteles. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 110, p. 35-74, 2015.
- AGUIAR, Tatiana. Uma visão retórica do Direito. **Juris Rationis**, v. 6, n. 1, p. 67-76, 2012.
- ALMEIDA JUNIOR, Licínio Nascimento. **Conjecturas para uma Retórica do Design [Gráfico]**. Rio de Janeiro: PUCRIO, 2009. Tese (Doutorado em Design) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13975/13975_1.PDF>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.159-205.
- BRASIL. **Processo: 0008566-71.2016.8.19.0001**. 39º Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360E>>. Acesso em: 13 dez. 2017

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de ago. de 2006. Lei de Drogas, Brasília, DF, 23 de ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Direito Penal. **HC 131.310**. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Juris286.pdf>> Acesso em 16 set. 2018 v. 19, 2012.

EMICIDA. **Noiz**. O glorioso retorno de quem nunca esteve aqui. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ZsrHlbPtpZg>> Acesso em 16 set. 2018.

KIST, Ataídes. A RETÓRICA ARISTOTÉLICA, PERSUASÃO DA DEFESA. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 11, n. 20, p. 169-178.

LOPES, Luciano Santos. A contribuição de Alessandro Baratta para a criminologia crítica. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 11, 2008.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução e Introdução de Florestan Fernandes. 2º ed. São Paulo, Expressão Popular, 2008.

MARÍA, Martín. **No caso Rafael Braga, depoimento da polícia basta**. *El País*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/14/politica/1452803872_078619.html> Acesso em: 13 de dez. 2017

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Novos Estudos**. São Paulo, n. 69, p. 145-155, jul. 2003.

RACIONAIS. **Nego Drama** Nada como um Dia após o Outro Dia. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3pTzAo-FnMQ>> Acesso em 17 set. de 2018.

RAFAEL, Pedro. **Caso Rafael Braga escancara seletividade e racismo do Judiciário no Brasil**. Brasil de Fato. Brasília – DF. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2017/08/04/caso-rafael-braga-escancara-seletividade-e-racismo-do-judiciario-no-brasil/>> Acesso em 13 dez. 2017

RIBEIRO, Homero Bezerra. **Os pontos sensíveis presentes no processo de apuração do ato infracional e de aplicação das medidas socioeducativas: proteção ou controle dos adolescentes indesejados?** Dissertação (Mestrado em Direito) – UFC. Fortaleza, 2012, p. 20-59.

SANSÃO, Luiza. **Rafael Braga: 5 anos de injustiça.** Justificando: mentes inquietas pensam Direito. Disponível em <<http://www.justificando.com/2018/06/27/rafael-braga-5-anos-de-injustica/>> Acesso em 29 set. 2018.

SANTINI, Thiago Campos. **A expansão do direito penal do inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1> Acesso em 17 set. 2018.

SANTOS, Thandara (org.); ROSA, Marlene Inês da. (col.) et al. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** IFOPEN Atualizado - Junho de 2016. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

TERCEIRO, Ivanildo. **O nome dele é Rafael Braga. E você precisa conhecer sua história.** Spotniks. Disponível em: <<https://spotniks.com/o-nome-dele-e-rafael-braga-e-voce-precisa-conhecer-sua-historia/>>. Acesso em: 13 dez. 2017

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização.... Uma (dis)função da pena de prisão.** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

O cenário de produção do conhecimento sobre educação em direitos humanos na ANDHEP (2012 - 2016)

Roberta Rayza Silva de Mendonça

Natália Oliveira Melo

Introdução

As temáticas que abordam os direitos humanos como campo norteador são frequentemente marginalizadas e exaustivamente problematizadas na sociedade ocidental contemporânea. Seja no plano local ou internacional esses direitos seguem sendo violados e fazendo com que inúmeros sujeitos tenham cerceados a sua dignidade humana.

Para combater essas violações tem-se as manifestações de grupos organizados que se colocam na defesa dos direitos humanos e buscam despertar a sensibilidade de uma consciência ética, política e social das pessoas.

Assim, o tema da Educação em Direitos Humanos (EDH), que será abordado ao longo desta pesquisa, se faz relevante na medida em que esta se coloca enquanto um processo que orienta a formação de sujeitos de direitos, através da afirmação de uma consciência cidadã por meio do fortalecimento de práticas sociais em favor da defesa e promoção dos Direitos Humanos.

Partindo dessa ideia, a pergunta de pesquisa se faz a partir da seguinte indagação: Qual o panorama dos estudos sobre educação em direitos humanos no âmbito da ANDHEP entre os anos de 2012 e 2016?

Nesse caminho, é preciso que se observem quais são os estudos desenvolvidos neste campo do saber tendo os anais dos encontros da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), realizados nos anos de 2012, 2014 e 2016 como guia para essa explanação.

Os anais da ANDHEP serão os escolhidos, uma vez que é um encontro considerável dentro do cenário acadêmico-científico, em especial no que toca as discussões sobre direitos humanos. Neste estudo, em especial, serão utilizados os trabalhos que se relacionem, diretamente, com os estudos sobre a educação em direitos humanos, que correspondem aos grupos de trabalho nominados pela ANDHEP de “*Ensino e Educação em Direitos Humanos*” (2012), “*Ensino e Educação em Direitos Humanos*” (2014) e “*Educação e Direitos Humanos*” (2016).

Assim, a justificativa desse trabalho se coloca em perceber como a produção em relação ao campo da educação em direitos humanos está se desenhando e quais os caminhos percorridos para a proteção e afirmação dos direitos humanos dentro de uma sociedade ocidental, nos mais diversos espaços possíveis.

Conforme Candau e Sacavino (2013, p. 61) observam:

[...] a educação em Direitos Humanos se assenta num tripé: conhecer e defender seus direitos; respeitar a igualdade de direitos dos outros; e estar tão comprometido quanto possível com a defesa da educação em Direitos Humanos dos outros. Supõe a comunicação de saberes e valores e desenvolve uma compreensão das dimensões jurídica e política, assim como moral e preventivo-pedagógica, dos Direitos Humanos. A educação em Direitos Humanos deve transmitir as histórias de sucesso do poder deles, e sua palavra-chave é empoderamento.

As autoras conseguem colocar de maneira explícita a importância dos estudos sobre a EDH, e sua consequente defesa e promoção dos direitos humanos para a formação de cidadãos capazes de serem conhecedores de seus direitos e deveres.

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo é: Conhecer qual o panorama dos estudos sobre educação em direitos humanos no âmbito da ANDHEP entre os anos de 2012 e 2016. Em se tratando dos objetivos específicos, serão eles: i) apontar o que se entende por educação em direitos humanos e ii) descrever as principais contribuições dos trabalhos apresentados na ANDHEP para o fomento da EDH.

A partir disso, a metodologia utilizada neste artigo parte de uma abordagem qualitativa (GIL, 2009), pois não se coloca em levantar números, mas pensar em como estas pesquisas corroboram ou não para uma sociedade mais justa; tem ainda à proposta de ser bibliográfica-exploratória (GIL, 2009), uma vez as informações utilizadas foram extraídas de livros, artigos e dissertações, para que pudesse apresentar uma discussão relevante em relação a nossa proposta (GIL, 2009). Trata-se de uma pesquisa que aponta o cenário de produção de conhecimento da educação em direitos humanos tendo como base de dados os anais da ANDHEP (2012 - 2016).

Como fundamentação teórica, o artigo se utilizou, especialmente, dos estudos de Zenaíde e Tosi (2012), Candau e Sacavino (2013), Cardoso (2015), Monteiro e Tavares (2011), Lage (2016), sendo estes considerados referências nas pesquisas referentes a temática abordada.

A Educação em Direitos Humanos é o caminho para que seja possível buscar uma sociedade pautada pela democracia, bem como pela defesa dos direitos humanos, e só uma educação voltada para este fim pode apresentar mudanças significativas para esta mesma sociedade. Com a análise desse cenário de produção acredita-se ser possível perceber como o campo da educação em direitos humanos se relaciona com as diversas problematizações da sociedade ocidental contemporânea, e ao mesmo tempo o quão urgente se faz colocar em pauta essa discussão.

Questões introdutórias

Buscando perceber como caminha a produção científica sobre educação em direitos humanos no país, tendo os anais dos encontros da

ANDHEP (2012 – 2016) como referência, é preciso discutir sobre a EDH e suas principais contribuições para o fortalecimento de uma sociedade mais democrática, e posteriormente apresentar os estudos decorrentes desses encontros.

Educação em Direitos Humanos: caminhos para uma sociedade ocidental mais justa

Como mencionado anteriormente, pensar em educação em/para direitos humanos, é pensar na construção e formação de sujeitos emancipados, capazes e conhecedores de seus direitos e deveres, assim como em indivíduos que buscam pela defesa dos direitos humanos, tema tão marginalizado nos dias atuais.

Faz-se necessário recordar que a educação em direitos humanos ainda é um tema recente no Brasil, e que surgiu durante o processo de redemocratização marcado pelos anos de 1980, com uma proposta “ousada” de construir uma cultura de participação cidadã, por meio da qual a sociedade brasileira se reconhecesse enquanto sujeito de direitos (VIOLA, 2010).

Corroborando com essa ideia, Monteiro e Tavares (2011, p. 17) pontuam que:

Historicamente a educação em direitos humanos no Brasil, tanto na teoria quanto na prática, é muito recente, considerando que os períodos democráticos foram breves e frágeis. É a partir de 1985, com a última transição política, com a participação dos movimentos sociais na luta pela redemocratização do país quando começa a tomar forma este tipo de educação.

No momento em que se fazia vigente a ditadura militar no Brasil (1964 – 1985), estava presente a ideia de que se é possível existir um modelo de educação que espalha terror e medo, era necessário produzir uma educação, através do ato pedagógico, que fosse capaz de alcançar a liberdade e consciência de igualdade, o que quer dizer que, através da EDH, seria possível projetar um futuro que tornasse viável a luta política dentro

da sociedade ocidental, educando assim para o não retorno de governos autoritários.

Foi no interior dos movimentos sociais, a partir da sociedade civil, que se começou a discutir sobre a ideia de educar em direitos humanos, uma vez que a partir do ato educativo e transformador, seria possível transformar o esquecimento em uma cultura feita de memória, o que não daria espaço para que barbáries como as que aconteceram no período ditatorial voltassem a acontecer, nascia assim a ideia de educar os jovens para apoderar-se de seu passado, bem como a ideia de memória e verdade (VIOLA, 2010).

Aqui, fica explícita a noção de que era preciso educar os sujeitos para que eles tivessem plena consciência do real sentido das ditaduras, e que lutassem contra elas. Era necessário informar/educar esses sujeitos, dar base para suas ideologias de liberdade e igualdade, para assim, garantir a democracia, mostrando assim a importância da EDH nesse processo de redemocratização.

Durante esse período ditatorial, no Brasil, foi possível observar o crescimento de movimentos sociais, que ganharam força através de sua luta contra esse governo, e sob a influência de que os direitos humanos devem ser os princípios fundamentais de uma sociedade livre, harmônica e justa, e uma vez que isso não ocorre continuaremos em um cenário onde: “haverá brasileiros nascendo muito ricos, ao lado de outros que já nascerão herdeiros, unicamente, da miséria de seus pais” (DALLARI, 2007, p. 42).

Sader (2007), explica que educar é ter a compreensão de mundo, e de si mesmo, e que se essa educação não for conduzida de maneira racional e correta, poderá culminar em uma educação “alienada”, dando lugar a mitos e ilusões que podem acabar fazendo com que as pessoas não se percebam no mundo, nem se apropriem de seus direitos.

A educação é a única maneira capaz de fazer com que os seres humanos se tornem, de fato, humanos e humanizados, podendo ser considerada não apenas um direito humano, mas ainda característica que compõe o sujeito.

Como no Brasil a educação, muitas vezes, é marcada como um sistema de exclusão, e não de inclusão, isso faz com que seja fomentada a desigualdade social em nosso país, o que vem de longa data, para deixar mais claro, desde a época da colonização (DIAS, 2007).

Foi a Constituição de 1934 que trouxe a educação como um direito para nosso país, no entanto, mesmo garantindo esse direito em nossa Constituição, só aqueles que eram privilegiados tinham acesso à educação, o que excluía grande parte da população, o que não garantia, neste caso, a educação como sendo para todos, a educação só ganha efetividade com a Constituição Federal de 1988.

Ao tratar sobre os muitos desdobramentos que ocorreram para que fosse possível à construção de uma educação em direitos humanos, Cardoso pondera que:

Consideramos esse cenário de proposição da EDH enquanto elemento essencial à possibilidade de promoção de relações harmoniosas entre comunidades. **Nos contextos de defesa e afirmação dos direitos humanos**, reiterados pela exposição de conteúdos e processos de aprendizagem, educar nesses direitos surge como sendo um processo capaz de fomentar o respeito mútuo, a convivência e a paz entre as pessoas (2015, p. 100, grifo nosso).

A educação em direitos humanos se coloca ainda como fator para que seja possível construir uma sociedade onde os sujeitos que a compõem possam conviver e se respeitarem, pensando que suas diferenças não mais são pontos para marginalizar seus pares.

Assim, os estudos sobre EDH se tornam essenciais na busca por uma sociedade que ao contrário de negar direitos e segregar sujeitos passa a educá-los na medida em que passem a se considerar enquanto iguais, fortalecendo assim uma cultura de direitos humanos.

Pensando que a educação em/para os direitos humanos está para além de uma educação formal Candau menciona que:

São muitas as referências à importância do direito à educação, mas poucas as reflexões que têm se dedicado a aprofundar o conteúdo deste direito numa

perspectiva ampla, sem reduzi-lo à escolarização, abordagem que constitui a tendência quase exclusiva dos trabalhos que vêm sendo realizados (2012, p. 720).

Assim, esta pesquisa pensa a EDH vai além da educação formal, pensando que ela tem um papel que deve ultrapassar paredes de uma escola, ou universidade, perpassando assim pelos cinco eixos do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, quais sejam: educação básica; educação superior; educação não-formal; educação de profissionais da justiça e segurança pública; e educação e mídia.

O próximo item busca fazer uma explanação sobre algumas das pesquisas que têm sido apresentadas nos encontros da ANDHEP (2012- 2016), para então perceber suas contribuições para a EDH.

A educação em direitos humanos a partir da ANDHEP

Os encontros da ANDHEP representam uma grande contribuição para tais discussões, e, pensando nisso, essa pesquisa se propôs, a partir de seus anais dos anos de 2012, 2014 e 2016, explorar os grupos de trabalhos ligados a EDH para conhecer seu cenário de produção do conhecimento.

Nos anais do 7º Encontro da ANDHEP, tem-se um total de 11 (onze) trabalhos que se dedicam aos estudos sobre EDH, assim, eles permeiam temáticas outras que também percebem a EDH como elemento central.

Dentre as pesquisas apresentadas nesse Encontro, destacam-se aqui, alguns trabalhos. O estudo de Zenaíde e Tosi (2012), que tem por título "*Os direitos humanos na educação superior no Brasil: história, tendências e desafios*", apresenta, a partir de uma análise exploratória, como se deu a implantação da temática dos direitos humanos dentro do ensino superior no Brasil.

Os autores, Zenaíde e Tosi (2012), fazem um apontamento inicial do período entre a ditadura militar no país e o seu processo de redemocratização para em seguida problematizar o estabelecimento das discussões sobre direitos humanos nas universidades.

Observam ainda a Conferência Mundial de Viena, em 1993, a criação da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos, em 1996, o Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1996, e o I Congresso Brasileiro de Educação em Direitos Humanos e Cidadania, na Faculdade de Direito da USP, ocorrido em 1997, que são marcadores importantes para o avanço das discussões sobre a EDH (ZENAÍDE; TOSI, 2012).

Apontam ainda, que a ideia da extensão universitária é primordial para que haja uma troca das universidades com os demais sujeitos da sociedade, que, infelizmente, não tem acesso à educação de nível superior, fazendo com que haja o fortalecimento de que o compromisso com a sociedade é imprescindível e que o conhecimento que circula nas universidades também deve ser compartilhado.

Por fim, Zenaíde e Tosi (2012, p. 26) concluem que houve uma expansão sobre os estudos de direitos humanos nas universidades do país, fazendo com que o número de cursos, dissertações, grupos de pesquisa e extensão aumentassem, não esquecendo assim que o desafio é “consolidar uma rede nacional de cursos de pós-graduação em direitos humanos, entendida como área independente e interdisciplinar”.

O artigo de Costa e Nunes (2012), que tem por título: “*Construindo direitos humanos: universidade e sociedade civil - uma articulação possível*”, e também caminha na compreensão dos debates sobre direitos humanos e educação em direitos humanos nas universidades, coloque que a conquista de direitos faz com que sejam explorados estudos sobre questões de gênero, indígena, orientação sexual e outros.

Os autores se remetem ainda ao fato de que deve haver uma articulação entre as universidades e os movimentos sociais, pensando que nesses espaços “encontramos [...] um denominador comum que é a dimensão política da educação, expressa nos compromissos sociais assumidos no seu fazer educativo” (COSTA; NUNES, 2012, p. 02).

Pensando que a educação que ocorre dentro dos movimentos sociais é considerada uma educação não-formal, e não por isso um espaço menos formador do que a educação formal das universidades, essa educação

ocorre de maneira a potencializar os sujeitos para que possam lutar por seus direitos, afinal, como bem coloca Paulo Freire em seus escritos, educar é um ato político.

Reconhecem que as discussões sobre direitos humanos embora recente nas universidades, não é o mesmo cenário que se dá no campo dos movimentos sociais, que sempre lutaram para conquistar seus direitos, mesmo quando um regime totalitário lhes era imposto. Nesse caminho, a troca de experiências entre universidade e movimentos sociais é rica, pois favorece “novas formas de fazer política [...] ampliando as possibilidades de interlocução com os poderes públicos [...] como condição à construção de uma cultura de Direitos Humanos” (COSTA; NUNES, 2012, p. 05).

Assim, ao longo do texto de Costa e Nunes (2012) percebe-se que a troca de conhecimentos entre universidade e movimentos sociais fortalece a função social e política de uma instituição de ensino superior, além de formar profissionais comprometidos com a EDH.

O 8º Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação, traz em seu GT 04 “Ensino e Educação em Direitos Humanos” mais alguns estudos, aqui, temos o trabalho “*Educar para ressocializar: a inserção da educação a distância no sistema prisional brasileiro*”, que tem por autoras Alessandra de Almeida Braga e Daniela Juliano Silva.

Em seu texto, destacam a importância da possibilidade da pessoa presa estudar a partir da modalidade de educação de ensino a distância, entendendo que esta é necessária para a reinserção deste no convívio social (BRAGA; SILVA, 2014).

Discorrendo sobre o direito à educação, educação à distância, e esta enquanto remição da pena – direito do preso de diminuir o tempo de sentença penal – percebem que essa metodologia de educação, quando pensada dentro do contexto do cárcere, foi funcionar enquanto “instrumento experimental que deve ser estudado e analisado, uma vez que garante possibilidades de promoção dos direitos humanos” (BRAGA; SILVA, 2014, p. 847).

Ferreira (2014) também apresentou estudo que percorre o mesmo caminho, o direito à educação no sistema prisional. Assim, o autor apontou que a escolarização básica é importante para garantir ao preso, logo que seja solto, a possibilidade de conseguir um emprego, e assim pode reestabelecer sua vida fora do cárcere.

Nesse caminho, faz desvelar ainda a importância de que se tenha uma “educação nos presídios seja regulamentada como uma modalidade de ensino, com metodologias e currículo específicos” (FERREIRA, 2014, p. 912).

A observação do autor sobre modalidade de ensino, metodologias e currículo que atentem para as condições dos alunos e dos presídios é relevante, uma vez que é de conhecimento de toda a população as superlotações e condições insalubres desses espaços, o que não pode resultar em mais uma violação de direitos humanos que seria o não acesso à educação.

Partindo dessas duas pesquisas, percebe-se assim que a educação em direitos humanos pode e deve perpassar por todos os contextos e realidades, esteja ela no âmbito da educação formal ou não, e dentro ou fora do sistema prisional.

O 9º encontro da ANDHEP, realizado no ano de 2016, na cidade de Vitória – ES, contou também com um GT dedicado à educação em direitos humanos. Assim, tem-se o trabalho de Lage (2016), “*Cartografia dos grupos de pesquisa sobre direitos humanos no Brasil: uma análise sobre os temas dos GPs por região/estado e instituições*”, onde a autora realizou um mapeamento sobre grupos de pesquisa que se dedicam aos estudos da EDH no Brasil.

Discorrendo sobre o cenário de produção científica sobre direitos humanos, Lage (2016, p. 37) pontua que “se tornou visível à preocupação científica por compreender os fenômenos jurídicos e sociais sobre a questão dos direitos humanos (DH) no Brasil, suas violações e ordenamento jurídico e concepções filosóficas”.

Assim, observa-se que as muitas problemáticas que envolvem as questões sobre promoção e defesa dos direitos humanos, ainda eram pouco exploradas, em se tratando do âmbito acadêmico/científico.

Fazendo um detalhamento por cada região do país, e apontando a produção sobre este campo do saber, Lage (2016) identificou que tanto a região sudeste como a nordeste se aproximavam em relação aos seus grupos de pesquisa, e que são as universidades públicas que mais corroboram com fomentação dessas discussões.

Pensando ainda sobre grupos de estudos, mas agora no âmbito das escolas e não das universidades, Klein (2016) apresenta: “*Grupo de estudos e diálogos sobre educação em direitos humanos e diversidades na escola*”, o grupo ao qual a autora se refere é composto por gestores e professores da educação básica pública.

Klein (2016) observa que o principal objetivo do grupo era debater sobre a EDH em diversas situações, desde que inseridas no ambiente escolar, para que assim pudessem levar as contribuições que dali resultassem para suas escolas.

A autora compreende que as conversas que se iniciavam dentro do grupo eram consideráveis, uma vez que “a EDH se desenvolve em contextos reais, a partir de experiências, necessidades e problemas dos sujeitos (estudantes, comunidade escolar, comunidade na qual a escola se localiza) e das relações destes entre si, com a sua escola” (KLEIN, 2016, p. 106).

Nota-se assim, como os artigos que foram apresentados, no decorrer dos últimos três encontros da ANDHEP (2012, 2014 e 2016) fazem desvelar as contribuições sobre a EDH dentro dos espaços de aprendizagem, seja formal ou não, além de favorecer a troca de experiência entre profissionais da educação e pesquisadores.

Considerações finais

Retomando o problema de pesquisa que deu origem a esta pesquisa, sendo ele: Qual o panorama dos estudos sobre educação em direitos

humanos no âmbito da ANDHEP entre os anos de 2012 a 2016? Foi possível concluir que este é o mais vasto possível.

Ao fazer um mapeamento das pesquisas encontradas nos anais da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação referente aos anos de 2012, 2014 e 2016 foi possível encontrar trabalhos de diversas temáticas.

Os trabalhos apresentados no encontro da ANDHEP, referentes ao ano de 2012 acabam pontuando como a educação em direitos humanos é um tema que perpassa todos os campos da sociedade, construindo um diálogo da EDH com a religião, leis federais e com a própria educação formal.

No que toca aos anais do encontro de 2014 foi possível perceber que os trabalhos, embora ainda continuassem trazendo a EDH como tema transversal, destacam-se as pesquisas as temáticas sobre educação para o nunca mais e os conflitos escolares.

Com relação ao encontro de 2016 as temáticas mais abordadas trataram sobre como a EDH se faz presente nas discussões na educação formal, seja ela no ensino básico ou superior.

A partir dos trabalhos que foram apresentados na ANDHEP durante seus últimos encontros, percebeu-se que a EDH está enraizada em toda e qualquer discussão, e seu panorama é o mais diversificado. Corroborando com essa afirmação as inúmeras temáticas que foram apresentadas: direito indígena, educação dentro dos sistemas prisionais, educação superior, diversidade, gênero, raça e tantas outras.

Resultado este que não poderia ser diferente, uma vez que a EDH se propõe justamente a fortalecer e promover direitos humanos, direitos estes garantidos a todas e todos os cidadãos, que infelizmente, por falta de informação, educação ou demais variáveis, acabam desconhecendo seus deveres e direitos.

Assim, para que seja possível consolidar e viabilizar a afirmação dos direitos humanos na sociedade ocidental, é possível, e talvez um caminho indiscutível, que se faça através da EDH, assim, os sujeitos serão educados dentro de uma cultura de respeito às diferenças.

Referências

- BRAGA, Alessandra de Almeida; SILVA, Daniela Juliano. Educar para ressocializar: a inserção da educação a distância no sistema prisional brasileiro. **Anais...** 8º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. USP, São Paulo, 2014.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, sept., 2012.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão; SACAIVINO, Susana Beatriz. Educação em direitos humanos e formação de educadores. *Educação*, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 59-66, jan./abr. 2013.
- CARDOSO, Fernando da Silva. **Mediação de conflitos escolares:** contribuições da educação em direitos humanos no enfrentamento à violência. 318 f. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos), Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- COSTA, Célia; NUNES, Itamar. Direitos humanos, universidade e movimentos sociais: uma articulação possível. **Anais...** 7º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. UFPR, Curitiba-PR, 2012.
- DALLARI, Dalmo. O Brasil rumo à sociedade justa. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; et al. **Educação em Direitos Humanos:** Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 29-50.
- DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; et al. **Educação em Direitos Humanos:** Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 441-456.
- FERREIRA, José Heleno. Educação prisional: o direito à escolarização e à justiça. In: **8º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade.** USP, São Paulo, ISSN 2317-0255, 2014.
- GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KLEIN, Ana Maria. Grupo de estudos e diálogos sobre educação em direitos humanos e diversidades na escola. **Anais...** 9º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. Universidade Federal do Espírito Santo e Faculdade de Direito de *Vitória, Vitória* - ES, 2016.

LAGE, Allene. Cartografia dos grupos de pesquisa sobre direitos humanos no Brasil: uma análise sobre os temas dos GPs por região/estado e instituições. **Anais...** 9º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. Universidade Federal do Espírito Santo e Faculdade de Direito de *Vitória, Vitória* - ES, 2016.

MONTEIRO, Aida Maria Silva; TAVARES, Celma. A cidadania ativa e sua relação com a educação em direitos humanos. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v.27, n.1, p. 13-24, jan./abr. 2011.

SADER, Emir. Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; et al. **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007, p. 75-84.

VIOLA, Solon. Políticas de Educação em Direitos Humanos. In: SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. **Políticas e Fundamentos da Educação em Direitos Humanos**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 13-40.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TOSI, Giuseppe. Os direitos humanos na educação superior no Brasil: história, tendências e desafios. **Anais...** 7º Encontro Anual da ANDHEP - Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. UFPR, Curitiba-PR, 2012.

Democracia participativa: limites e amarras na Constituição Federal de 1988

Patrick Campos Araújo

Introdução

O presente artigo tem como objeto de estudo a identificação e análise da aplicabilidade do plebiscito segundo o processo constitucional brasileiro. Busca-se verificar a eficiência de sua regulamentação e suas respectivas implicações legais e como objetivo caracterizar os limites da aplicabilidade do plebiscito no processo constitucional brasileiro levando em conta os desafios postos pela democracia participativa consagrada na Constituição Federal de 1988.

Mesmo previstos na Constituição Federal de 1988, os institutos de democracia participativa não têm feito parte do cotidiano democrático brasileiro. Desde a promulgação daquela foram realizados apenas dois plebiscitos e um referendo no país. A tradição conservadora e autoritária brasileira de pouco espaço para a participação responde em parte por este número, mas é nas amarras legais que se encontram os grandes problemas.

Estas amarras estão tanto na Constituição Federal como na Lei 9.709/98, que submetem todos os processos de participação direta à apreciação e aprovação do Congresso Nacional, de maneira que o povo, detentor originário do poder de decisão, apenas pode lançar mão de qualquer um dos três institutos de democracia participativa, quando autorizado pelos seus representantes.

Assim, o representado, detentor máximo do poder soberano, precisa da concordância do representante, mero delegatário, para fazer uso de sua própria autoridade. Esta é uma amarra central que limita a aplicabilidade dos institutos de democracia participativa no processo constitucional brasileiro.

Pelo atual processo constitucional, o plebiscito só pode ocorrer por meio de convocação do Congresso Nacional, sendo esta convocação uma competência exclusiva dos parlamentares, conforme previsão do Inciso XV, do artigo 49 da Constituição Federal.

Caso um do povo deseje realizar determinada consulta popular, não poderá realizá-la, mesmo que tenha o apoio de seus pares em documento “[...] subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles [...]”, que são as regras para apresentação de Projeto de Lei de Iniciativa Popular estabelecidos no artigo 13 da Lei 9.709/98, que regulamenta os dispositivos.

Este é o gatilho que inverte a lógica fundamental da realização do plebiscito. De forma que nos termos do atual processo constitucional, o plebiscito e o referendo “são consultas formuladas ao povo” e não consultas formuladas “pelo” povo.

O Povo, sujeito coletivo detentor do poder soberano, pode exercer esse poder por meio de representantes eleitos ou diretamente, sendo esta última forma a hipótese de exercício da democracia participativa. Ou seja, é o povo participando diretamente, sem representantes ou intermediários no exercício da competência que lhe é própria.

A Constituição brasileira, ao tratar dos institutos de democracia participativa, subverteu-os. Muito pela tradição conservadora e pelo período histórico em que foi promulgada, ratificando uma transição conservadora de um regime ditatorial para uma nova democracia, a Constituição supervalorizou a democracia direta por meio do voto em representantes em detrimento da participação direta por meio de consultas populares.

Foram criadas amarras legais, de maneira que a aplicabilidade dos institutos de democracia participativa ficou condicionada não à vontade do soberano *stricto sensu*, mas de seus representantes.

A Teoria Constitucional da Democracia Participativa e os processos constitucionalistas mais recentes dos países andinos na América Latina apontam possibilidades e formas de superação destas amarras e que permitem o exercício da democracia participativa. O estudo dos institutos de democracia participativa, com destaque para o plebiscito, possui relevância no momento em que o Brasil atravessa uma crise que coloca em xeque o sistema político.

Em tempos onde a democracia representativa é duramente questionada, principalmente pela influência do poder econômico, estudar formas de aperfeiçoamento do sistema democrático é algo decisivo.

A metodologia de trabalho aqui utilizada consiste na revisão bibliográfica de trabalhos sobre democracia e democracia participativa, os conceitos que estruturam esse trabalho são participação direta, soberania popular e democracia participativa e as principais referências teóricas são Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Norberto Bobbio, Rousseau, Robert A. Dahl.

As principais conclusões consistem na necessidade de regulamentação do plebiscito e do referendo, de maneira que seu exercício não esteja condicionado ao julgamento de mérito e aprovação por parte do Congresso Nacional, mas sim da avaliação da constitucionalidade da consulta popular a ser realizada pelo poder judiciário.

Democracia direta e democracia representativa

A exigência, tão frequente nos últimos anos, de aprofundamento ou radicalização da democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. (BOBBIO, 1989).

Mas a democracia direta, do ponto de vista conceitual tratado aqui, não é a mesma originada e exercida na antiguidade. Mesmo que a experiência grega possa ter sido “[...] a mais bela lição moral de civismo que a civilização clássica legou aos povos ocidentais [...]” (BONAVIDES, 2012, p. 292), o modelo de democracia direta da Ágora revela-se inviável para o tempo presente.

Os estados tornaram-se cada vez maiores e sempre mais populosos, e neles nenhum cidadão está em condições de conhecer todos os demais, os costumes não se tornaram mais simples, tanto que os problemas se multiplicaram, as discussões são cada dia mais espinhosas e as desigualdades de fortunas tornaram-se cada vez maiores e continuam a ser insultantes. (BOBBIO, 1989, p. 42). Essa posição é referendada por Bonavides ao afirmar que:

Não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a mesa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar (BONAVIDES, 2012, p. 293).

Assim, o exercício da democracia direta precisa conviver com o exercício da democracia representativa, sendo necessário definir as atribuições desses institutos de maneira que a democracia seja alcançada em seu sentido mais amplo, que é o da participação e cumprimento das vontades da maioria do povo.

A clássica teoria da divisão dos poderes prevê a atribuição de competências específicas aos órgãos que desempenham as funções do Estado. Nesse sentido, parte daquilo que competia à Ágora é transferida para as instituições estatais. Dentre estas, o Parlamento com suas competências, pode ser compreendido como a representação mais direta do soberano, sendo este “[...] a pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras.” (ROUSSEAU, 2002, p. 26).

Todavia, “[...] um estado representativo é um estado no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, importando pouco se os órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da república e etc... [...]”. (BOBBIO, 1989, p.44). É preciso que se faça esta observação, pois é comum a confusão de democracia representativa com estado parlamentar.

A expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade (BOBBIO, 1989, p. 44).

Nesse sentido é possível afirmar que os traços característicos da moderna democracia ocidental, é uma mescla de democracia direta, de feição distinta da antiga democracia, com a de caráter representativo que levam em conta a soberania popular, o sufrágio universal e a observância constitucional da distinção dos poderes.

Mas essa democracia, na grande maioria das vezes e dos lugares, tem como início e fim o voto em representantes ou em representações. Ela se expressa na concessão de poderes a terceiros para o exercício das funções públicas. Por isso, é uma forma de democracia direta com limitações.

Mesmo tendo observado a impossibilidade material de tomadas de decisões diretas por todos, sendo preciso à escolha de representantes, o fundamento da democracia direta perde muito de sua própria razão de ser a partir do momento que os representantes adquirem mais poderes que os próprios representados.

É essa a situação vivida, por exemplo, no Brasil. A constituição de 1988 prevê no parágrafo único de seu artigo 1º que “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”, sendo que as formas de exercício direto do poder pelo povo estão condicionadas a vontade dos representantes eleitos.

Em outras palavras, todo o poder que emana do povo é imediatamente retirado do conjunto do povo e transferido a seus representantes.

Nesse sentido, não há que se falar em democracia direta, mas apenas em democracia representativa que pode a critério dos representantes e não do povo, admitir o exercício direto.

Por estas razões é preciso que se construam outros caminhos que permitam o real exercício do poder soberano do povo por ele mesmo. Levando sempre em conta as condições materiais que limitam a reunião de todos para deliberação.

A própria Constituição Federal de 1988 muniu o povo com instrumentos que possuem esta capacidade, sendo que necessitam de regulamentação. Trata-se do Plebiscito e do Refendo, formas de exercício do poder diretamente pelo povo, capazes de assegurar o que é o fundamento básico da democracia: a Participação.

A Teoria Constitucional da Democracia Participativa

A participação ocupa lugar decisivo na formação do conceito de democracia. E esta por sua vez, centralidade na ideia de unidade constitucional. Considerando que o Estado Democrático de Direito se assenta em sólidos pilares, não é possível deixar de reconhecer que um destes é a garantia constitucional da participação.

A unidade da Constituição, qual a concebemos, vista pelo prisma formal, é uma hierarquia de normas que estabelece a rigidez e, a partir daí, a superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária, garantindo, desse modo, a segurança jurídica e, ao mesmo passo, a estabilidade do ordenamento; vista, porém pelo prisma material, por sem dúvida o mais importante, a mesma unidade da Constituição é, maiormente uma hierarquia de normas visualizadas pelos seus conteúdos e valores (BONAVIDES, 2001, p. 27-28).

O exercício da democracia direta encontra-se formalmente estabelecido na constituição, guardando equilíbrio com o texto da Carta Magna e todos os seus pressupostos e garantias de participação. Todavia, há uma disparidade quanto à materialidade.

Essa disparidade encontra-se justamente na construção dos dispositivos de participação, notadamente o plebiscito e o referendo. Em outras palavras, o texto constitucional assegura que o povo exercerá o poder diretamente, define quais instrumentos devem ser utilizados, mas os disciplina de forma contrária aos seus fundamentos.

Rousseau não aceita a disparidade que define de maneira puramente formal a democracia. Segundo Coutinho:

para ele, a igualdade não se limita ao direito formal de participar do tal “mercado político”; a igualdade tem uma base material, sem a qual o cidadão não poderá participar igualmente da construção do que ele chama de “vontade geral”, motor da soberania popular (2008, p. 12).

Por essa razão, a Teoria Constitucional da Democracia Participativa, para Bonavides é:

Uma teoria cuja materialidade tem os seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados grandemente por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância (2001, p. 25).

Este modelo busca dar consequência ao poder popular, que sempre é “[...] objeto das alienações e descumprimento de sua vontade por outra vontade [...]”, a vontade daqueles que ocupam as casas representativas.

Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, [...] tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade (BONAVIDES, 2001, p. 44).

De maneira que a democracia participativa, diante das limitações e do desgaste da democracia representativa, nas palavras de Auad:

surge como uma alternativa a implementação de mecanismos de participação popular de forma complementar à representação. Não se propõe uma substituição radical do sistema representativo tradicional pela democracia direta, mas sim uma complementação desse sistema, haja vista que ainda é um modelo político indispensável para a sustentação da governabilidade. (2013, p. 11).

A teoria constitucional da democracia participativa, portanto, busca fortalecer a ideia do povo ativo, a de “[...] determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo [...]” (MULLER, 2010, p.47). Assim, do ponto de vista teórico, a democracia participativa visa transcender a noção de povo nos sistemas representativos, fortalecendo pela unidade constitucional “numa fórmula mais clara, positiva e consistente, ao povo real, o povo que tem a investidura da soberania sem disfarce” (BONAVIDES, 2001, p.27).

O Brasil e a origem dos institutos de democracia participativa na Constituição de 1988

No Brasil, a República é proclamada em 1889, após 389 anos de colonialismo e monarquia. Essa República possuiu caráter representativo estabelecido na Constituição de 1891 em seu art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa presidencialista (art. 6º, I, c) e representou a ruptura com a antiga forma de Estado e de Governo.

Conforme a Carta de 1891, a base deste regime representativo é o sufrágio, “Art. 28 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto” e “Art. 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto”.

Ao longo do século XX, o direito de voto foi ampliado, de maneira que, na Constituição Federal de 1988, apenas os estrangeiros e aqueles que prestam serviço militar obrigatório estão proibidos de participar das

eleições, conforme o art. 14 § 2º CF: “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”.

Esta mesma Constituição amplia o caráter democrático da República Federativa do Brasil, de forma que logo no parágrafo único de seu art. 1º estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Mas o exercício dos poderes Executivos e Legislativos exclusivamente por meio de representantes eleitos é a prática desde o início da República, não se tratando de inovação. Neste sentido, são elucidativas as palavras de Dasso Júnior, ao afirmar:

A evolução do Direito trouxe consigo a evolução das Constituições. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 contemplou a possibilidade de integração dos cidadãos no processo de discussão política, o que outrora não era permitido pelos governos autoritários (2004, p. 14).

O elemento trazido pela CF/88 é a mescla de institutos de democracia participativa e representativa, permitindo o exercício de poderes pelo povo de forma direta, para além do voto em representantes. Os mecanismos pelos quais este poder se materializa, nos termos da CF/88, em seu Art. 14, Incisos I, II e III do Capítulo IV, é o Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular.

Nos três institutos é o povo diretamente quem toma as decisões. A regulamentação destes institutos foi dada pela Lei 9.709/98, que afirma:

Art. 1º A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

[...]

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Devendo ser considerado, ainda, que a primeira menção feita por uma Carta Magna ao instituto do plebiscito data de 1937, quando o parágrafo único de seu artigo 5º que trata da incorporação de Estados diz que: “A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República ao plebiscito das populações interessadas”. E posteriormente ao tratar das atribuições do Conselho de Economia Nacional, ao atribuir por iniciativa do Presidente da República a possibilidade de convocação de plebiscito para “[...] regular-se em lei, poderes de legislação sobre algumas ou todas as matérias da sua competência”.

Contexto brasileiro e regulamentação da participação

A história do Brasil é marcada por um longo período de colonialismo, por golpes e por ditaduras. Foram quase quatro séculos de exploração e ainda seguimos tendo dependência de potências econômicas, políticas e militares estrangeiras. Mesmo assim, vivemos o maior período de democracia ininterrupta no Brasil em toda a sua história, como lembra Nassif:

No dia 15 de março de 1985, tomava posse José Sarney, o primeiro presidente civil após 21 anos de governos militares. No ano seguinte seria iniciado um processo constituinte que, se não sanou as injustiças seculares do país deram ao Brasil instrumentos para resgate da cidadania dos brasileiros. De lá para cá, o país ganhou uma nova Constituição, foi sete vezes às urnas para eleger presidentes da República e construiu o mais longo período de estabilidade democrática de sua história (2015, p. 23).

Por esta razão, é preciso reconhecer que as ferramentas e os instrumentos para o exercício da democracia, para além do voto, são pouco conhecidos pelo povo. Afinal, por séculos, as grandes decisões da vida política e social do país foram tomadas longe dos olhos e ouvidos da população, como ratifica Bonavides ao tratar dos partidos políticos no Brasil e afirmar que:

A vida constitucional do Brasil se fez sempre no Império e na República à base de personalidades, de líderes políticos e caudilhos, homens que dirigiram correntes de opinião ou interesses, valendo-se apenas do partido como símbolo de aspirações políticas, nunca como organizações de combate e ação, que jamais chagaram a ser (2012, p. 406).

Durante todo o século XX, foram pequenos os intervalos onde a democracia pôde ser exercida. E mesmo quando exercitada, esse direito foi extremamente limitado. Resumia-se ao voto da minoria para a escolha de representantes, que por óbvio, sempre foram oriundos das classes dominantes.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma nova fase da história da democracia brasileira foi iniciada. A Carta Magna não apenas consagrou o fim do Estado de exceção iniciado em 1964, mas também, novos direitos e garantias para o povo.

Dentre estes, a ampliação dos direitos de participação e decisão na vida política do país. Se antes apenas o voto em representantes expressava a possibilidade de participação popular, agora o povo adquiriu o direito ao Plebiscito, ao Referendo e a Ação de iniciativa Popular.

Com o plebiscito, foi gerada a possibilidade de consulta prévia à população sobre determinada questão de interesse coletivo. O plebiscito deve versar, conforme a Lei 9.709/98, sobre matérias de acentuada relevância constitucional, administrativa ou legislativa, podendo, inclusive, ser utilizado para aprovar ou não atos normativos.

Já o referendo é um mecanismo de consulta popular para a confirmação ou rejeição de determinada lei, projeto de lei ou emenda

constitucional; consiste em submeter ao crivo dos eleitores determinada espécie normativa, fator que enseja a participação popular direta na construção de seu ordenamento jurídico, e por isso amplia espaços democráticos paralelamente ao sistema político representativo.

A iniciativa popular se auto define pelo exercício da soberania popular, ao permitir a elaboração de projetos de lei, submetendo-o à apreciação do Poder Legislativo, desde que cumprido os pressupostos legais.

Uma vez previstas e instituídas pela CF/88 e regulamentadas pela Lei 9.709/98, os instrumentos estão devidamente adequados ao ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, sua aplicabilidade segue tendo nítidos limites, ao passo que pouco se pode fazer diretamente, ou seja, sem a intervenção do Congresso Nacional e das câmaras legislativas estaduais e municipais, ou nas esferas da administração pública, pois a previsão legal exige a convocação ou autorização por parte destes, para que se possam praticar os atos estabelecidos na legislação.

Há, portanto, uma incongruência sobre estas três formas de participação direta do povo para o exercício de seu poder soberano. Para que o povo, detentor originário do poder de decisão, possa lançar mão de qualquer um dos três institutos da participação direta, é preciso à autorização dos representantes. O representado, detentor máximo do poder, precisa da concordância do representante, mero delegatário, para fazer uso de sua própria autoridade.

Esta previsão está no Art. 49 da CF/88 que estabelece o que “[...] é da competência exclusiva do Congresso Nacional [...]”, estando no seu inciso XV “[...] autorizar referendo e convocar plebiscito”. Nestas circunstâncias, a democracia participativa encontra um nítido limite para sua efetividade. Sobre a questão, Comparato afirma que:

O plebiscito e o referendo são manifestações da soberania popular, mas o povo só tem direito de se manifestar em plebiscitos e referendos mediante autorização e convocação do Congresso Nacional. É o que está no artigo 49, inciso 15 da Constituição. Então veja, nossa inventividade jurídica é extraordinária.

Nós criamos uma figura de mandato única no mundo, em que o mandante só pode se manifestar se o mandatário lhe der autorização (2010, p. 43).

A própria regulamentação dos dispositivos levou cerca de uma década para acontecer, como mostra Auad, ao afirmar que:

o Brasil permaneceu, por volta de dez anos, omissos em relação à regulação infraconstitucional; como consequência, a possibilidade de democracia semi-direta, apesar de prevista constitucionalmente, era um direito de difícil viabilização prática, o que pode ser constatado pela observação de nossos fatos históricos, que não contemplaram, nesses dez anos, nenhum exemplo substancial relacionado à utilização da consulta popular, com exceção do plebiscito de 1993, para a escolha da forma e do sistema de governo a vigorar no país (2013, p.13).

Ao serem regulamentados pela já mencionada Lei 9.709/98, os institutos foram mais uma vez submetidos ao crivo do Congresso Nacional, permanecendo como figuras de mandato próprias dos representantes eleitos, em detrimento dos representados. Por estas razões, restam nítidas as limitações jurídicas, fruto de controvérsia no processo constitucional dos institutos do Plebiscito e do Referendo.

A restrição para a efetividade destas figuras de mandato, onde seu detentor não pode exercê-las sem autorização, visa garantir o controle do exercício legislativo nos limites do Congresso Nacional e das câmaras legislativas, bem como do exercício da administração pública nos limites do poder executivo. É uma técnica legislativa que cria a ilusão de uma democracia participativa real, por meio de institutos jurídicos de democracia indireta.

O plebiscito na Constituição cidadã: uma breve análise comparativa

Observadas atentamente, as regras estabelecidas pela Lei 9.709/98, que regulamenta os incisos I, II e III do artigo 14 da CF/88, não garantem a eficácia dos institutos, pois poucos acrescentam às já previstas

disposições constitucionais sobre o tema. A regulamentação foi imida, conforme afirma Auad:

Deveras tímida em relação à ampliação do exercício da soberania popular e não regulou importantes assuntos relacionados à viabilidade da aplicação da democracia semidireta no país. Praticamente é uma cópia das disposições constitucionais sobre o assunto sem maiores esclarecimentos (2013, p. 14).

A busca por soluções encontra alternativas no caminho percorrido pelo novo constitucionalismo latino americano. Segundo Alessandro Michael Cunha Amorim esta solução faz parte de um processo de “refundação do Estado” desde as suas bases, que se justifica ao afirmar que:

Bolívia, Venezuela e Equador apostaram na formulação de uma nova constituição. Como uma espécie de resposta crítica à suposta crise da representação política, houve, na refundação desses países, uma notável preocupação em assegurar mecanismos constitucionais ampliados de participação cidadã e inclusão política em diversos campos, entre eles: na representação política, na revogação de mandatos, na revogação/ratificação de leis, na política externa, em mecanismos populares de controle e prestação de contas, na iniciativa de lei, em mecanismos de gestão, na autonomia indígena, entre muitos outros (COELHO; MENDONÇA CUNHA FILHO; PÉREZ FLORES, 2010, p. 33).

Estes três casos tem sido constantemente assinalados como os processos mais radicais de “transição política na história recente da América Latina”, que em maior ou menor medida, questiona o chamado “modelo clássico de democracia representativa” por meio da adoção de novas Constituições (COELHO; MENDONÇA CUNHA FILHO; PÉREZ FLORES, 2010).

Observemos o exemplo equatoriano, mais recente destes países a realizar sua Assembleia Nacional Constituinte, em outubro de 2008. Pelos artigos 103, 104, 135 e 444, os cidadãos podem propor projetos de lei, modificações constitucionais e convocar uma Assembleia Constituinte, tanto os residentes no próprio país quanto os domiciliados no exterior.

O processo constitucional estabelecido para estes casos foi extremamente simplificado no Equador, sendo destes países onde se exige, por exemplo, o menor número relativo de assinaturas:

[...] 0,25% para proponer una ley, 5% para un plebiscito nacional, 10% para un plebiscito local, 1% para modificaciones constitucionales y 8% si las modificaciones propuestas suponen alteraciones en la estructura fundamental de la carta. Por último, el 12% de los electores inscritos pueden convocar a una consulta popular sobre el llamado a una Asamblea Constituyente (COELHO; MENDONÇA CUNHA FILHO; PÉREZ FLORES, 2010, p. 35).

A constituição também prevê mecanismos que garantem aos cidadãos que suas iniciativas ante o parlamento e outros órgãos sejam discutidas de maneira efetiva e sem demoras. Para um projeto de lei o prazo máximo é de cento e oitenta dias e de um ano para uma Reforma Constitucional.

Como forma de assegurar o cumprimento dos prazos, a Constituição estabelece que se a iniciativa não for considerada pelos parlamentares, entrará em vigor automaticamente, sendo necessária a realização de um referendo caso trate de Reforma Constitucional.

É significativa a diferença com o respectivo processo constitucional brasileiro que, pelo art. 3º da Lei Nº 9.709/98, estabelece que “[...] o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional”.

Tal procedimento versa sobre os dispostos no § 3º do art. 18 da Constituição Federal, que trata da incorporação, divisão e desmembramento de Estados. Mas é o único procedimento detalhado na lei infraconstitucional acerca dos processos plebiscitários, que por sua vez está em conformidade com o previsto no inciso XV do art. 49 CF, que estabelece como “[...] competência exclusiva do Congresso Nacional [...] autorizar referendo e convocar plebiscito”.

O art. 6º da Lei Nº 9.709/98, que trataria das “demais questões”, remete a convocação do plebiscito e do referendo ao que esteja em “[...]”

conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica” nos casos “de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Nenhuma outra referência é feita ao procedimento adotado nas consultas públicas nacionais acerca de temas que não sejam “A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros [...]”. Ou seja, a Lei 9.709/98 regulamentou especificamente um único item do dispositivo constitucional de participação direta, deixando em aberto todo o rol de atribuições que estão previstos nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Há uma nítida distinção conceitual e de concepção entre as duas experiências. Enquanto o processo constitucional equatoriano estabelece que o as consultas populares partem do povo, no brasileiro estas consultas são feitas pelos parlamentares ao povo.

Além disso, enquanto pela constituição equatoriana se assegura, por meio do estabelecimento de prazos, a realização ou implementação daquilo que é objeto de discussão, no Brasil nada é colocado acerca do período para a realização do Plebiscito ou do Referendo ou do tempo para apreciação por meio das casas representativas. Pelo artigo 104 da Constituição equatoriana, a convocação da consulta popular é realizada pelo Órgão eleitoral, passando por prévia análise de constitucionalidade da Corte Constitucional.

Esta possibilidade está dada por razão da Reforma do Estado promovida pela Constituição de Montecristi, que reformulou as bases da divisão dos poderes e das funções do Estado equatoriano. Foi rompida a tradicional fórmula de tripartição dos poderes, sendo criadas duas novas funções, respectivamente a Função de Transparência e Controle Social e a Função Eleitoral, desvinculada da Função Judicial.

Pelo atual processo constitucional brasileiro, a convocação é competência exclusiva do Congresso Nacional, cabendo apenas à utilização dos remédios constitucionais como meio para conduzir o debate de mérito da consulta à apreciação do Poder Judiciário.

A possibilidade, portanto, de um povo apresentar aos seus pares determinada demanda por meio de Plebiscito ou Referendo, em que pese constar formalmente no texto constitucional, não é materialmente possível, a menos que este obtenha autorização do Congresso Nacional.

Considerações finais

A carência de regulamentação contribuiu de forma decisiva para a inaplicabilidade do Plebiscito no Brasil. Basta observar a ínfima quantidade de consultas populares realizadas no país desde a promulgação da Constituição de 1988 ou da sanção da Lei 9.709/98.

Apenas três consultas públicas foram realizadas, sendo dois plebiscitos e um referendo. O primeiro plebiscito realizado após a promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreu em 1993 e demandava à população escolher entre monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo. O segundo plebiscito trata da possibilidade de desmembramento do Estado do Pará e da criação de mais dois estados nessa região – Carajás e Tapajós.

O único referendo realizado desde então foi em 2005, quando o povo brasileiro foi consultado sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. A alteração no art. 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) tornava proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º do estatuto. Os brasileiros rejeitaram a alteração na lei. (TSE).

Todavia a pequena quantidade de plebiscitos e referendos não significa desinteresse por parte da população. Prova disso foram a realização dos chamados “plebiscitos populares”, como por exemplo, o da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas) em 2002, onde foram coletados 10.234.143 mil votos e destes 98,32% dos eleitores/as se declararam contra a entrada do Brasil na ALCA. Ou os Plebiscitos Populares a respeito de temas fundamentais, como em 2000, sobre a dívida Externa, em 2007, sobre a Privatização da Companhia Vale do Rio Doce e o mais recente em

2014 pela Constituinte exclusiva e soberana do sistema político (Cartilha do Plebiscito Popular, 2ª edição).

Nesse sentido, o processo constitucional equatoriano tem muito a ensinar, pois permite que as matérias sejam discutidas após passarem apenas pelos filtros técnicos do parlamento e do judiciário de maneira que o respeito à soberania popular seja garantido. Em tempos onde a democracia representativa é duramente questionada, principalmente pela influência do poder econômico, estudar formas de aperfeiçoamento do sistema democrático é algo decisivo.

A experiência equatoriana lança luz sobre o processo constitucional brasileiro quanto à eficácia e aplicabilidade de seus institutos de participação direta. Assim como outros países da região que viveram anos de grande instabilidade política e períodos de ditaduras militares, Equador e Brasil voltam a enfrentar novos tempos de conturbação.

Neste momento, lançar mãos de instrumentos que fortaleçam a participação popular nas decisões e garantir o respeito a estas decisões é algo central tanto na luta política quanto no mundo jurídico, este, sempre passível de consequências danosas como ocorreu em todos os cenários de instabilidade anteriores.

Se no Brasil a possibilidade de uma reforma do Estado ainda não está dada, a regulamentação de institutos tão preciosos como o Plebiscito e o Referendo deve ser feita, como forma de pavimentação deste caminho, sob pena de retrocessos na própria democracia representativa, tão questionada em tempos atuais.

Dessa maneira, a Teoria Constitucional da Democracia Participativa é imprescindível. Mesmo sendo uma teoria que “[...] demanda o concurso de elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, os quais confluem todos para inserir num círculo pragmático-racionalista o princípio da unidade material da Constituição [...]”, trata-se de um esforço necessário (BONAVIDES, 2001, p. 42).

Para que se possa transcender as limitações do atual modelo e construir, sob novas e sólidas bases, a democracia necessária, será preciso,

primeiramente, impedir que algumas das atuais bases se desestruturem. A democracia participativa é um dos elementos centrais que podem sustentar esta construção e é justamente aquela que não pode cair.

Referências

AUAD, Denise. **Mecanismos De Participação Popular No Brasil: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular**. Disponível em: <http://gestaocompartilhada.pbh.gov.br/sites/gestaocompartilhada.pbh.gov.br/files/biblioteca/arquivos/mecanismos_de_participacao_popular_no_brasil.pdf> Acesso em: 13 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

COELHO, André Luiz; FILHO, Mendonça Cunha; Clayton y Pérez Flores, Fidel 2010 “**Participación ampliada y reforma del Estado: mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela**” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año XI, N° 27, abril.

COMPARATO, Fábio Konder. **Constituição do Brasil é mera aparência democrática**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2013/10/05/entrevista-fabio-konder-comparato/>> Acesso em: 27 abr. 2018.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Publicada en el Registro Oficial n°. 449 em 20 de outubro de 2008.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. **O princípio constitucional da participação cidadã**. Disponível em <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28048/2549/com_identificacao/Sepesq%20-%20Pesquisa%20-%20Aragon%20Dasso.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NASSIF, Maria Inês. **O Brasil completa 30 ininterruptos anos de democracia. E pede mais democracia.** Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FPolitica%2FO-Brasil-completa-15-ininterruptos-anos-de-democracia-E-pede-mais-democracia-%2F4%2F33010>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Hunterbooks, 2014

Parte II

Estudos contemporâneos sobre a dogmática jurídica

A (in)compatibilidade do *pacta sunt servanda* nos contratos de trabalho com empregados hipersuficientes

Nívea Bethânia Correia da Silva

Ciro Alencar de Amorim

Kilma Galindo do Nascimento

Introdução

Este trabalho tem como foco discutir a aplicabilidade do *pacta sunt servanda* nas relações contratuais com empregados hipersuficientes, a partir do enfoque ao princípio da proteção do empregado e à vulnerabilidade que todo trabalhador se submete. Inicialmente pretende-se apresentar uma breve explanação sobre a legislação trabalhista que passou a diferenciar os trabalhadores com maior ou menor autonomia para contratar e se submeter as condições estipuladas para o vínculo empregatício. Em seguida o princípio do *pacta sunt servanda* passa a ser analisado diante da necessidade de liberdade e da autonomia para contratar, elementos aparentemente incompatíveis na relação de emprego, marcada pela vulnerabilidade de qualquer empregado que necessidade da aplicação do princípio da proteção para se equiparar ao contratante empregador.

A figura do empregado hipersuficiente, como é apresentado na literatura, representa aqueles que possuem o perfil apresentado no parágrafo único do Art. 444 da CLT, quais sejam: empregados que possuem titulação acadêmica superior e que ganham salário mensal igual ou maior a duas vezes o valor dos benefícios da Previdência Social.

Neste diapasão, verifica-se a liberdade contratual das partes na relação de emprego, que agora passa a ser regida por contratos firmados livremente entre empregado hipersuficiente e empregador, sem a intervenção do Estado, naquilo que estiver previsto no artigo 611-A, da CLT, ou seja, as partes poderão contratar condições laborais livremente, sem qualquer prejuízo de alegação de nulidade ou vício de consentimento, com base no princípio da proteção ao trabalhador, tendo em vista que o empregado hipersuficiente ou autossuficiente possui a mesma autonomia para contratar que os sujeitos coletivos.

Ao final, busca-se discorrer sobre a (in)compatibilidade da aplicação da *pacta sunt servanda* nos contratos de trabalho com empregados hipersuficientes e de que modo tal liberdade contratual interfere no princípio da proteção do trabalhador, a partir da análise de elementos que geram a necessidade de aplicação do princípio da proteção em todos os contratos de trabalho, inclusive com os hipersuficientes, onde, nestes casos, se presume que sempre haverá a autonomia e liberdade para contratar, elementos essenciais do *pacta sunt servanda*, diante da alta remuneração e nível de escolaridade superior.

Neste contexto destaca-se o princípio da proteção do trabalhador, princípio necessário para o equilíbrio das relações de emprego, garantindo a preservação de direitos e garantias a todo e qualquer trabalhador.

Diante do exposto, surge o seguinte problema de pesquisa: até que ponto o *pacta sunt servanda* se mostra (in)compatível nas relações contratuais dos empregados hipersuficientes, sob o viés do princípio da proteção e da vulnerabilidade do trabalhador?

O objetivo geral é discutir como o *pacta sunt servanda* se mostra incompatível nas relações contratuais dos empregados hipersuficientes, diante da vulnerabilidade do trabalhador. Os objetivos específicos são: descrever as mudanças da reforma trabalhista relacionadas a forma de contratação com empregados hipersuficientes; analisar as condições para aplicação do *pacta sunt servanda* e a aplicabilidade nos contratos de trabalho; e discorrer sobre a possibilidade do empregado hipersuficiente

contratar diretamente com o empregador, sem afetar o princípio da proteção, diante da vulnerabilidade inerente aos trabalhadores.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, que provém do estudo envolvido com base no levantamento de materiais publicados em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas e etc. Quanto ao método de pesquisa, será conduzida através do estudo dedutivo, no qual parte-se de um conhecimento existente, descrevendo as informações necessárias para o entendimento do trabalho e partindo para as respostas que complementam os objetivos propostos (GIL, 2010), então diante da discussão que será feita, serão utilizadas premissas para demonstrar a vulnerabilidade do empregado hipersuficiente.

O interesse pelo tema a ser discutido surge após a promulgação da alteração legislativa, Lei 13.467/2017, que modifica a Consolidação das Leis do Trabalho criando a figura do empregado hipersuficiente, que afasta a proteção exacerbada do Estado nas relações contratuais, deixando este empregado com plena autonomia para discutir cláusulas contratuais de trabalho e assumir as consequências desta tratativa, assim como os sujeitos coletivos nas relações laborais.

Assim, na presente pesquisa objetivamos a análise dos princípios basilares que regem o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o Direito do Trabalho buscando demonstrar a incompatibilidade e a insegurança jurídica ao empregado considerado hipersuficiente nos contratos empregatícios, visando demonstrar o retrocesso que a inovação legislativa trouxe.

A motivação pelo desenvolvimento deste estudo se deu ainda, diante do contexto acadêmico, em virtude do quadro inovador, carente ainda no mundo científico, de discussões sobre a ótica das consequências negativas atraídas para o empregado que se enquadra nas características do hipersuficiente.

A justificativa social que circula este trabalho, se deu ainda em virtude do ato legislativo realizado recentemente que leva determinada classe de empregados a uma verdadeira situação de vulnerabilidade diante de sua

igualdade de condições para discutir cláusulas contratuais, submetendo-se ao *pacta sunt servanda*.

Conceitos e histórico das leis trabalhistas

Desde o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, várias conquistas referentes a igualdade de condições de trabalho foram reguladas, gerando direitos e obrigações que proporcionam a possibilidade de contratação entre sujeitos desiguais assumirem obrigações recíprocas, por estar o empregado vulnerável protegido por normas amparadas pelo Princípio da Proteção do Trabalhador. Em 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei da “Modernização/Reforma Trabalhista”, sob nº 13.467, trazendo diversas mudanças significativas na legislação trabalhista que colocaram em questionamento os princípios basilares do direito do trabalho (BRITTEZ, 2017).

Dentre as mudanças na CLT, relacionadas as modalidades de contratação, a partir da Lei nº 13.467/2017 pode-se citar a regulamentação de contrato de trabalho à distância através de meios informatizados, com o teletrabalho, previsto no art. 75-B, gerando a possibilidade de flexibilização de normas relacionadas a subordinação e jornada de trabalho. (BRASIL, 2017).

Outra alteração significativa se deu com a possibilidade de contratação na modalidade intermitente, em que o trabalhador possui períodos de atividade e de inatividade, ensejando a flexibilização quanto a jornada de trabalho e direitos trabalhistas (DELGADO, 2017).

Vale destacar que mesmo com a regulamentação do teletrabalho e jornada intermitente, os empregados não deixam de estar vulneráveis os interesses do empregador, pois estas modalidades de contratações suprimem alguns direitos trabalhistas concedidos aos demais empregados submetidos a outros tipos de contratações, como garantia de salário mínimo, estabilidade, recolhimentos previdenciários, verbas rescisórias, etc. (CASSAR, 2017).

Ademais, a lei da reforma trabalhista possibilitou a alteração de normas contratuais por meio da Convenção ou Acordo Coletivo, mesmo que venham a reduzir direitos, desde que estejam previstas no artigo 611-A, da CLT, sendo tais condições estipuladas na norma coletiva, superiores as previsões legais, ou seja, o negociado se sobrepõe ao legislado, podendo entrar em confronto com o princípio da alteração contratual lesiva nos contratos individuais de trabalho (DELGADO, 2017).

Essas mudanças proporcionaram maior flexibilidade aos contratos de trabalho, respeitando os direitos constitucionais, mas garantindo a possibilidade de alterações contratuais de forma livre entre as partes, conforme Art. 444, da CLT descrito abaixo.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes (BRASIL, 1943, p. 36).

O artigo descrito acima destaca que as partes são livres para contratar qualquer norma que não contravenha as normas constitucionais, as normas coletivas e as decisões das autoridades competentes, fato que resulta no princípio do *pacta sunt servanda*.

O *pacta sunt servanda* é um conceito clássico que consiste na liberdade das partes contratarem cláusulas contratuais e as respeitarem, ou seja, é a força obrigatória dos contratos. Conceito que rege todos os contratos, inclusive os contratos de trabalho, na tentativa de efetivar os benefícios desejados para ambas as partes (ENZ, 2017).

Portanto, a aplicabilidade do princípio *pacta sunt servanda* nos contratos refere-se à vinculação das partes às condições estipuladas livremente pelas mesmas, ou seja, a validade dos contratos está adstrita a vontade bilateral. Dessa forma, as cláusulas dos contratos podem conter deveres, obrigações, benefícios e proibições, sempre resultando no interesse de ambas as partes envolvidas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005).

O princípio do *pacta sunt servanda* está descrito no Código Civil ao prescrever que as partes são livres para contratar tudo que não viole a função social do contrato, destacando-se a previsão do artigo 422 do Código Civil, ao prescrever que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

Neste sentido, Giaretton (2012) destaca que o *pacta sunt servanda* consiste na obrigatoriedade de ambas as partes cumprirem o que foi acordado, tendo em vista que as cláusulas contratuais externalizam a vontade das mesmas:

O *pacta sunt servanda* encontra-se presente no ordenamento, logo, a vontade das partes revestida da força obrigatória é o imperativo da relação contratual. A função social do contrato não extinguiu esses preceitos clássicos, apenas atenuou seus reflexos em vista dos interesses da coletividade (GIARETTON, 2012, p. 17).

Da mesma forma, Rizzardo (2006) destaca que o *pacta sunt servanda* se dedica em validar os termos fixados pelas partes para que tais cláusulas sejam cumpridas, por retratar o acordo de vontade.

O *pacta sunt servanda* é um princípio que garante força as condições contratuais estipuladas voluntariamente pelas partes, conforme abaixo descrito:

O princípio da força obrigatória do contrato, também denominado *pacta sunt servanda*, consiste no pressuposto de que o avençado, pelas partes, deverá ter seu estrito cumprimento, como forma de preservação da vontade das mesmas, que presumidamente, é livre e consciente no momento da celebração do contrato (ROTTA; FERMENTÃO, 2008, p. 196).

Medeiros (2016) descreve que na Teoria Contratualista clássica não se admite que o Estado intervenha nas relações contratuais entre os particulares, em respeito ao *pacta sunt servanda*, uma vez que os contratantes estipularam tais condições livremente, expressando a autonomia da vontade.

Rotta e Fermentão (2008) complementam que contratos são solos férteis para criação de todo tipo de previsão normativa entre os sujeitos, desde que respeitem normas de ordem pública e a função social do contrato.

Ainda destacam os autores acima que no âmbito trabalhista, os sujeitos devem respeitar as normas de ordem pública. Ademais, o empregador deve respeitar as normas protetivas trabalhistas, contidas na CLT e demais normas trabalhistas, a fim de formalizar um contrato equilibrado com o empregado que é o sujeito vulnerável e hipossuficiente.

Porém, com a reforma trabalhista, surgiu uma nova classe de empregados, são os denominados empregados hipersuficientes ou autossuficientes, descrito no parágrafo único, do Art. 444, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017).

A criação deste parágrafo único ocorreu a partir do projeto de lei 6.787/2016, onde o deputado Daniel Vilela destacou o surgimento dos chamados empregados hipersuficientes, que são empregados com ensino superior e remuneração apreciável, longe de serem tratados como vulneráveis, carentes de proteção, com desvantagem perante o empregador, ou incapazes de negociar e regular seus direitos laborais (BRASIL, 2016).

Outro motivo que justificou a criação da classe de empregado hipersuficiente foi a consideração de que a pessoa com as características descritas no parágrafo único do art. 444 da CLT possui capacidade diferenciada para identificar suas condições de trabalho, podendo contratar e alterar as condições contratuais livremente e diretamente com o empregador, por dispor de aptidão intelectual, habilitação profissional e não ser hipossuficiente financeiramente. Neste sentido, o empregado

hipersuficiente pode negociar sobre vários direitos trabalhistas, desde que estejam descritos no art. 611-A da CLT, como sistema de compensação de jornada, redução do intervalo intrajornada, forma de remuneração, troca de feriado, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambiente insalubre, etc. (FELICIANO; TREVISIO; FONTES, 2017).

Vale destacar que as condições previstas no artigo 611-A da CLT são passíveis de estipulação ou alteração contratual desde que sejam formalizadas por sujeitos coletivos, como os sindicatos e pelos sujeitos individuais da relação de trabalho, desde que o empregado seja hipersuficiente. Dessa forma, o denominado hipersuficiente está livre para negociar diretamente com o empregador, sem intervenção do Estado, do Sindicato ou de qualquer interpretação impeditiva de contratar, com base no Princípio da Proteção. Ressaltando que aqueles que não estão inclusos nestes requisitos são considerados hipossuficientes e não estão em pé de igualdade com o empregador, não sendo possível contratar sem a existência de norma coletiva (PEREIRA; ORSI, 2018).

As condições de trabalho que o empregado hipersuficiente pode negociar com o empregador estão descritas no art. 611-A, da CLT, abaixo citadas para melhor entendimento:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - Banco de horas anual;
- III - Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas;
- IV - Adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - Regulamento empresarial;
- VII - Representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

- IX - Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - Modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - Troca do dia de feriado;
- XII - Enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - Prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - Prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - Participação nos lucros ou resultados da empresa (BRASIL, 2017, p. 47-48).

Verifica-se que artigo acima citado possui condições estipuladas taxativamente, sendo estas as condições que podem ser objeto de livre negociação e se sobrepor a previsão legal, mesmo que seja para reduzir direitos (PEREIRA; ORSI, 2018).

Por outro lado, ao interpretar a norma acima entende-se que o legislador considerou os empregados que possuem nível superior de ensino e recebem mais do que o dobro do teto, do benefício do Regime Geral de Previdência Social não necessitam contratar cláusulas com o empregador através da representação dos sindicatos que são sujeitos autônomos e equiparados ao empregador.

Tais empregados hipersuficientes também possuem poder para fixar cláusula compromissória, vinculando os sujeitos a resolução de conflitos somente através da Arbitragem, conforme previsão no artigo 507-A, da CLT descrito abaixo:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 2017, p. 233).

Vale registrar que diferentemente do Art. 444, parágrafo único, da CLT o empregado hipersuficiente não necessita de titulação em nível

superior, bastado somente receber salário superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (FELICIANO; TREVISIO; FONTES, 2017).

Dessa forma, a partir da entrada em vigor da Lei 13.467/2017, as cláusulas firmadas entre empregados e empregadores que possuem as características definidas no artigo 444, da CLT, possuem força vinculante e devem ser respeitadas, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* (GADOTTI, 2018).

Vale registrar que existem várias críticas sobre a possibilidade de alteração e contratação direta entre empregador e empregado autossuficiente, nos termos do parágrafo único, do artigo 444, da CLT. Dentre as críticas a figura do hipersuficiente existe o Projeto de Lei da Câmara, nº. 38 de 2017, de autoria do Senador Paulo Paim, propondo alteração da redação atribuída ao parágrafo único do artigo 444 e ao artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sob a justificativa de que os artigos da CLT criam a falsa promessa de que o empregado hipersuficiente não possui vulnerabilidades para definir seu contrato diretamente com o empregador, fato inverídico, pois independente do montante de remuneração, o empregado depende da aceitação do empregador para ser remunerado e independentemente do conhecimento técnico e intelectual, sempre será subordinado juridicamente ao empregador. Isso gera o estado de vulnerabilidade do empregado, e conseqüentemente, a quebra de princípios fundamentais do trabalho (BRASIL, 2017).

Dentre os princípios fundamentais do direito do trabalho, pode-se citar o Princípio da proteção ao empregado que se desdobra no princípio do *in dubio pro* operário, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica. Também pode-se citar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, o princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da intangibilidade salarial e o princípio da primazia da realidade, todos existentes por causa da vulnerabilidade e hipossuficiência de qualquer empregado, pois a relação empregatícia é eminentemente

desequilibrada, por causa do poder diretivo do empregador (SCHMIDT, 2015).

O princípio de proteção ao empregado, previsto constitucionalmente e conquistado historicamente tem como objetivo equilibrar a relação entre o empregado (hipossuficiente juridicamente) e o empregador. Com base nesse princípio o Estado deve criar normas que possam deixar o empregado em equilíbrio ao empregador. Da mesma forma, o intérprete deve sempre buscar a norma que mais se adeque a equilibrar o empregado, tendo em vista que este sempre será vulnerável e hipossuficiente (CASSAR, 2017).

Diante do exposto, verifica-se que a figura do hipersuficiente, prevista no parágrafo único, do art. 444 e artigo 507-A, da CLT é objeto de entendimentos antagônicos, diante da liberdade e autonomia que o empregado possui para contratar diretamente com o empregador, motivo pelo qual já existem propostas de lei visando a revogação destas disposições legais (GADOTTI, 2018).

O empregado hipersuficiente e o princípio da proteção do trabalhador

A partir de todo estudo realizado, observa-se que a partir da Lei nº 13.467/2017, o legislador buscou garantir liberdade e autonomia para alguns sujeitos contratarem e alterarem normas trabalhistas diante do seu poder econômico e intelectual. Tais sujeitos se referem aos sindicatos e aos altos empregados, denominados de *hipersuficientes* ou *autossuficientes*.

A condição de empregado hipersuficiente está definida no parágrafo único, do artigo 444, da CLT, sendo aquele que é portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, podendo contratar livremente com o empregador as condições estipuladas no artigo 611-A, da CLT.

Conforme analisado, a possibilidade do empregado hipersuficiente contratar ou alterar as condições pactuadas diretamente com o empregador está em consonância com o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que as partes podem livremente contratar, ficando obrigadas a cumprirem o estipulado, diante da força inerente os contratos (ENZ, 2017).

Acontece que conforme destacado nesta pesquisa, especificamente por Feliciano, Treviso e Fontes (2017), os contratos de trabalho possuem sujeitos que sempre estarão em desigualdade, ou seja, o empregador possui o poder diretivo capaz de determinar ordens desserviço, fiscalizar e punir o trabalhador, independentemente da sua condição econômica ou técnica, ficando o empregado subordinado juridicamente ao empregador, fato caracterizador da hipossuficiência jurídica de todo empregado.

Conforme elucidado, os hipersuficientes não necessitam da intervenção estatal ou dos sujeitos coletivos que os representam (sindicatos) para negociarem com seus empregadores, tendo em vista que os mesmos possuem autonomia, podendo se equiparar ao empregador para contratar, dispensando-se qualquer interpretação que impeça a liberdade contratual, mesmo que seja uma interpretação com base no princípio da proteção do trabalhador.

Verifica-se que, conforme destacado por Cassar (2017), o princípio da proteção visa garantir a efetividade dos direitos trabalhistas, tendo em vista que a relação de emprego é eminentemente desigual entre empregado e empregador. No caso do hipersuficiente não há a aplicação do princípio da proteção, ficando o empregado exposto as condições apresentadas pelo empregador, diante da vulnerabilidade que todo empregado possui, por necessidade de manutenção do vínculo empregatício e necessidade de cumprimento das normas inerentes ao poder diretivo do empregador.

Ademais, conforme destacado pela literatura abordada, as mudanças na legislação trabalhista, denominada reforma trabalhista, ocorreram sob a alegação de que a Consolidação das Leis do Trabalho, publicada em 1943 necessitava se adequar aos interesses atuais, possibilitando a flexibilização

das normas trabalhistas, garantindo maior liberdade entre os sujeitos da relação empregatícia.

Ademais, conforme justificativas do Projeto da lei da modernização trabalhista, tal norma foi criada sob a alegação de que nos últimos trinta anos ocorreu grande avanço tecnológico e profissional, gerando maior necessidade de flexibilização das normas trabalhistas para desenvolvimento da economia e conseqüentemente para a garantia do emprego.

Dessa forma, dentre as principais alterações advindas da reforma trabalhista, está a possibilidade de contratação e alteração de normas que se sobrepõem a lei, mesmo que venham reduzir direitos, nos termos do artigo 611-A, da CLT, através da negociação entre sujeitos equiparados contratualmente, como o sindicato e como o empregado hipersuficiente que na visão do legislador, este último sujeito, trata-se de empregado que possui autonomia e liberdade para negociar as condições de trabalho, não estando em condição de vulnerabilidade com o empregador.

A partir da análise do princípio do *pacta sunt servanda* pode-se concluir que só há possibilidade de contratação quando os sujeitos possuem plena autonomia e liberdade para estipularem as cláusulas contratuais, não podendo existir a vulnerabilidade.

No caso dos contratos de trabalho, todos os doutrinadores estudados enquadram o empregado como sujeito vulnerável e hipossuficiente juridicamente, tendo em vista que conforme destacado por Cassar (2017) esta condição não se restringe a condição econômica ou técnica, conforme descrito pelo legislador no parágrafo único, do artigo 444, da CLT, mas a subordinação jurídica do empregado em relação ao poder diretivo do empregador.

Neste sentido, os contratos de trabalho sempre necessitam ser regidos pelo princípio da proteção, para que o empregador possa preservar e garantir direitos trabalhistas aos empregados que jamais serão equiparados sem a proteção legal.

Diante destes fatos, verifica-se que só há contrato de trabalho equilibrado entre o empregador e o empregado subordinado se houver a preservação do princípio da proteção.

Consequentemente, o princípio da proteção não é aplicado quando os sujeitos ficam livres para fixar as condições de trabalho que podem se sobrepor as conquistas legislativas, mesmo que venham reduzir direitos.

Neste caso, o poder do empregado hipersuficiente foi equiparado ao sindicato, sujeito coletivo que tem autonomia para negociar condições que visem o interesse da categoria, tendo em vista que o empregado hipersuficiente pode negociar livremente as mesmas condições autorizadas para uma Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, previstas no artigo 611-A, da CLT.

Ademais, verifica-se que o empregado hipersuficiente possui as mesmas características que qualquer outro empregado hipossuficiente, conforme previsão contida no artigo 3º, da CLT onde “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943, p. 87).

Diante da definição legal de empregado, qualquer empregado possui o elemento da vulnerabilidade, mesmo que possua remuneração superior a duas vezes o limite do benefício previdenciário e possua nível superior.

Devido a subordinação jurídica e vulnerabilidade do trabalhador, a autonomia e liberdade de contratação, diante do *pacta sunt servanda* podem ser afetadas em várias situações, tais como o poder do *jus variandi* do empregador, a imposição de normas necessárias para manutenção da atividade empresarial e consequentemente para manutenção dos vínculos empregatícios, dentre outras.

Sendo assim, mesmo diante da recente alteração legislativa existem críticas e propostas de lei justificando a necessidade de alteração da norma que possibilita a livre contratação do empregado hipersuficiente, tendo em vista que se trata de empregado vulnerável as ordens do empregador como qualquer outro empregado.

Com isso, a vulnerabilidade gerada da necessidade do empregado em seguir cláusulas contratuais adaptadas para beneficiar o empregador gera a quebra do paradigma da autonomia contratual, impedindo que haja a liberdade de contratação pelo princípio do *pacta sunt servanda*.

Dessa forma, quando ocorre desigualdade contratual, quando apenas uma das partes se beneficia totalmente do acordado, devido ao empregador ter controle sobre o que considera mais benéfico para si do que para o trabalhador considerado hipersuficiente, ocorre a quebra nos princípios de proteção ao empregado a incompatibilidade da aplicação do *pacta sunt servanda*.

Diante de todo o exposto, não há compatibilidade do princípio do *pacta sunt servanda* nos contratos de trabalho com empregados denominados hipersuficientes, tendo em vista que este princípio deve existir quanto há plena autonomia da vontade entre as partes e todo trabalhador é vulnerável em relação ao empregador, detentor do poder diretivo.

A compatibilidade do *pacta sunt servanda* nos contratos de trabalho somente existe quando o empregado contrata normas já previamente delimitadas no ordenamento jurídico, por estarem amparadas pelo princípio da proteção ao trabalhador, ensejando neste caso, o equilíbrio contratual, pois o sujeito vulnerável (empregado) já possui garantias e direitos que não podem sofrer alterações por liberalidade do empregador, diferentemente do que prevê o parágrafo único, do artigo 444 e Art. 507-A, da CLT, pois nestes casos o empregado não possui qualquer restrição para contratar diretamente com o empregador as condições previstas no artigo 611-A, da CLT.

Neste sentido, os altos empregados, também denominados hipersuficiente ou autossuficientes são empregados com as mesmas características dos empregados hipossuficientes, destacando-se a característica da subordinação jurídica que gera a vulnerabilidade contratual para todo trabalhador.

Ademais, a condição econômica, técnica ou intelectual não tem o poder de equiparar o empregado ao empregador ou de lhe conceder

autonomia e liberdade para definir as condições de trabalho. Mesmo o empregado hipersuficiente necessita estar amparado pelo princípio da proteção ao trabalhador que impede que normas que visem extinguir ou reduzir direitos sejam aplicadas.

Neste sentido, a partir de todo estudo realizado e explanado, não há como se falar em possibilidade de aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* entre empregador e empregado hipersuficiente, pela inexistência de autonomia plena do empregado vulnerável que sempre necessitará do princípio da proteção para colocá-lo em equilíbrio com o empregador.

Considerações finais

Infere-se que a *pacta sunt servanda* pode estar presente em relações contratuais de empregados hipersuficientes, em situações onde a empresa tem maior flexibilidade de negociação nas questões contratuais descritas no art. 611-A da CLT. No que diz respeito a vulnerabilidade, ela possui chance de ocorrer quando o empregador utiliza esta lei para criar um contrato sem os benefícios e características desejadas pelo empregado, mas que devido a necessidade de se conseguir um emprego, torna-se obrigado a aceitar.

Por ser um tema recente na literatura, iniciado a partir da reforma trabalhista de 2017, novos estudos são necessários para criar maior fundamentação teórica sobre os contextos e características que causam a vulnerabilidade empregatícia e a (in)compatibilidade da aplicação da *pacta sunt servanda* no âmbito contratual e de proteção do trabalho em empregados denominados hipersuficientes.

Por isso, para futuras pesquisas, sugere-se identificar as causas que geram as situações de vulnerabilidade e (in)compatibilidade da aplicação da *pacta sunt servanda* na figura de empregado hipersuficiente, onde serão entrevistados pessoas com esse perfil e os dados serão analisados sobre a questão financeira (crise econômica), pessoal e profissional (área de atuação, desvalorização do mercado), atribuindo valor na comunidade científica e na área de Direito quanto a este tema escasso de pesquisas.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 6.787, de 2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. **Emenda aditiva**. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536182&filename=EMC+485/2017+PL678716+%03D%03E+PL+6787/2016>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei da Câmara nº. 38 de 2017. **Emenda supressiva**. 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5360394&disposition=inline>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado nº. 348 de 2017. **Revoga o parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7200162&disposition=inline>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRITZ, S. Algumas considerações acerca da lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. **Migalhas**, online, a. 2017, n. 1. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264260,71043-Algumas+consideraco+es+acerca+da+lei+1346717+Reforma+trabalhista>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CASSAR, V. B. **Direito do trabalho**: de acordo com a Reforma Trabalhista lei 13.467/2017. 14 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

ENZ, M. C. M. **Pacta sunt servanda x função social do contrato**. 2017. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana. 2017. Disponível em: <<http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497468371112.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

FELICIANO, Guilherme G. TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. **Reforma trabalhista**: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

GADOTTI, M. L. M. O hipersuficiente na nova legislação trabalhista. **Migalhas**, online, a. 2018, n. 1. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272793,71043-O+hipersuficiente+na+nova+legislacao+trabalhista>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIARETTON, R. L. **A liberdade de contratar e a relativização do pacta sunt servanda**. 2012. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia. 2012. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/A%20liberdade%20de%20contratar%20e%20a%20relativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20pacta%20sunt%20servanda.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010

MEDEIROS, M. F. Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade. **Anais eletrônicos...** CONGRESSO DO COMPEDI, 25., Curitiba. Curitiba: CONPEDI. 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/o_2q8agmu/z23nop3l/2pu3ciuag4bUr8nZ.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

PEREIRA, L.; ORSI, R. **Reta Final OAB: Reforma Trabalhista**. São Paulo: RT, 2018.

PRIMON, A. G. de M. **Empregado “hipersuficiente”: mais uma aberração da Reforma Trabalhista**. 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/01/empregado-hipersuficiente-mais-uma-aberracao-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

RIZZARDO, A. **Contratos**: Rio de Janeiro: Forense, 2006

ROTTA, M.; FERMENTÃO, C. A. G. R. *O pacta sunt servanda* – cláusula *rebus sic stantibus* e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 8, n. 1. 2008. Disponível em: <<http://www.ceap.br/material/MAT11022012211944.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SCHMIDT, F. **8 Princípios do direito do trabalho que todo trabalhador quer e deve conhecer**. 2015. Disponível em: <<https://fernando8.jusbrasil.com.br/noticias/204386576/8-principios-do-direito-do-trabalho-que-todo-trabalhador-quer-e-deve-conhecer>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

Da distinção do bem jurídico da hipótese de *lege ferenda* do financiamento ilícito partidário e do crime de corrupção passiva

Cauê Varjão de Lima
Fernando Andrade Fernandes

Introdução

O problema a ser analisado neste trabalho se refere à dogmática do crime de financiamento ilícito partidário em sua modalidade passiva, com foco no estudo do bem jurídico penal. Parte-se da premissa de que se trata de uma hipótese de *lege ferenda*, que será justificada cientificamente ao decorrer de nosso estudo. O primeiro questionamento que pode ser feito quanto ao objeto deste trabalho é sobre a utilidade de se estudar uma hipótese de *lege ferenda*, ainda mais na seara do Direito Penal, onde um dos princípios basilares é o da legalidade. A resposta é simples, a justificativa para o estudo se dá pela necessidade de se compreender o assunto, delimitar a questão, criar suporte para as respostas às demandas que a sociedade traz e, conseqüentemente, evitar o entendimento cientificamente equivocado e as anomalias jurídicas. Sempre que possível a Ciência do Direito deve se debruçar antes, durante e após a produção legislativa.

Este trabalho se desenvolve no contexto da Ciência Jurídico-Penal, não obstante devemos sempre evitar o estudo do Direito de modo estanque, pois é necessário compreendê-lo em uma lógica sistemática. Portanto,

neste estudo serão envolvidos outros ramos do Direito Público, sendo eles o Direito Constitucional e Eleitoral.

Como metodologia utilizaremos a dialética entre a indução e a dedução. A primeira é expressa nos julgamentos da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal e do julgamento da chapa Dilma-Temer candidata à Presidência da República (AIJE 194358, Rp 846, AIME 761) pelo Tribunal Superior Eleitoral, sobre os quais analisaremos os conceitos e argumentos utilizados nas duas decisões. A dedução é representada pela utilização do material bibliográfico, em especial, a doutrina espanhola no estudo do financiamento ilícito partidário, enquanto os autores brasileiros serão utilizados no estudo do crime de corrupção passiva, visto que este já é positivado em nosso Ordenamento Jurídico Penal.

Quanto ao procedimento metodológico que será utilizado, temos a dialética entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático, o primeiro representado pela sistematização do Direito Penal, por referência à Constituição Federal, de onde devem ser extraídos os princípios de política criminal e a limitação do bem jurídico a ser protegido com a tutela penal; o segundo pensamento se dá justamente em razão da situação problemática verificada, ao constatarmos a carência de tutela penal do bem jurídico de financiamento ilícito partidário passivo.

Este trabalho focará na análise do bem jurídico penal, visto que recorrentemente a prática de financiar ilegalmente os partidos é confundida com o crime de corrupção passiva, o que em nossa opinião é equivocado. Portanto, apenas com uma análise séria do bem jurídico penal poderemos compreender a real distinção e fornecer base para a construção dogmática desta hipótese de *lege ferenda*, pois é justamente a partir desta análise é que poderemos definir os outros aspectos dogmáticos que compõem o tipo penal. Além do mais, o bem jurídico possui função crítica, teleológica, interpretativa e sistemática, por estas razões o nosso estudo será voltado ao bem jurídico penal da hipótese de *lege ferenda* de financiamento ilícito partidário passivo e sua distinção com bem jurídico penal do crime de corrupção passiva.

Também gostaríamos de aproveitar a oportunidade para agradecer o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), que financia a iniciação científica de tema “análise dogmática sobre a consideração do financiamento de partidos como crime de corrupção” realizada na Universidade Estadual Paulista (UNESP) campus de Franca, à qual também somos extremamente gratos em colaborar com a produção acadêmica.

A conduta penal

Para melhor análise é preciso estabelecer qual é o nosso entendimento por financiamento ilícito partidário, ressaltando que não se pretende esgotar este assunto e nem mesmo construir um projeto a ser proposto de imediato ao Poder Legislativo. Entretanto alguns aspectos encontram-se intrinsecamente ligadas ao eventual tipo penal, *v.g.*, quando falamos de homicídio o bem jurídico é a vida, de modo que independente da forma como o legislador redigir o texto penal o crime será matar, ou seja, tirar a vida de outrem.

Antes de estabelecermos o que se entende por financiamento ilícito partidário é necessário realizar alguns apontamentos quanto às terminologias, o que é de extrema importância científica, haja vista que “a univocidade e a precisão de seus termos [...] [fazem] da linguagem científica o melhor instrumento para as funções de demonstração e de verificação” (PERELMAN, 2014, p. 147).

O termo “caixa dois” é uma vulgata muito utilizada em meios jornalísticos, não obstante se trata de um equívoco que equivale a referir-se ao homicídio pelo termo “assassinato”, ou utilizar expressões como trombadinha e ladrão. Além do mais, utilizar-se do termo “caixa dois” pode conduzir à restrição do fato apenas ao período eleitoral, não abrangendo as atividades partidárias cotidianas fora da época das eleições.

Em contrapartida, este trabalho adota o termo financiamento ilícito partidário e possui reservas quanto à expressão “caixa dois”, a não ser em

citações diretas, pois há de prezar-se pelo rigor técnico da Ciência do Direito, esta é um intercâmbio necessário com aquela; “a ciência serve à técnica e a técnica serve à ciência; não se faz técnica sem ciência, porém é mister a técnica para que a ciência alcance sua perfeição” (CARNELUTTI, 2000, p. 22).

Deste modo, o entendimento utilizado como modelo sobre o que é financiamento ilícito partidário passivo é inspirado no *artículo 304 bis da Lei Orgânica 5/2010*¹ do Código Penal Espanhol, pela sua maior precisão técnica e abrangência. O mencionado artigo descreve a conduta de receber ou aceitar doações ou contribuições, direta ou indiretamente, recursos, valores, bens ou serviços estimáveis economicamente destinadas a um partido político, coligação, candidato, político ou agrupações de eleitores contrários ao que é permitido pelo Direito ou paralelamente à contabilidade da Justiça Eleitoral. Esta descrição não é minuciosa, mas é suficiente para o presente estudo, visto que traz os conceitos fundamentais da hipótese criminal de *lege ferenda* do financiamento ilícito partidário, deste modo sendo possível compreender qual é o bem jurídico penal a ser tutelado.

A necessidade e o contexto do debate

O contexto brasileiro atual é de intensa crise nos campos político, jurídico, econômico e social, sendo diversas as razões que dão origem e mantêm essa crise generalizada na sociedade brasileira. Destarte, uma questão debatida antes mesmo desta crise, porém que se agravou no desenrolar desta, é a que se refere ao financiamento de partidos políticos.

O Brasil, de fato, passou a respirar a democracia moderna apenas após a Constituição de 1988, antes dela, no período militar, houve, sim, a

¹ Artículo 304 bis. 1. Será castigado con una pena de multa del tripló al quintuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5. Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. E a referência ao *artículo 5. Uno da la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos: Artículo 5 Límites a las donaciones privadas Uno. Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente:*

edição do quinto Código Eleitoral Brasileiro (1965). Neste havia a “verdadeira tendência ao controle da parte financeira como, por exemplo, no que diz respeito aos limites para o recebimento de doações, contribuições de cada comitê eleitoral”, havendo até mesmo permissão para doação de fontes privadas, porém não houve “um melhor detalhamento de como essas contribuições seriam realizadas” (AGRA, 2017). Na realidade, por mais que tenham ocorrido eleições durante o regime militar, de fato, a democracia não tinha terreno fértil. Por outro lado, nas democracias contemporâneas, do mundo todo, é evidente a importância das campanhas eleitorais e, senão, a manutenção dos próprios partidos políticos para que seja viável a eleição dos representantes do povo.

Após o século XIX, os partidos políticos assumiram a função de ser o veículo natural da representação política, ou seja, são instituições responsáveis por traduzir os anseios da sociedade, que possui interesses e demandas, ao campo político-institucional e assim resultarem em políticas públicas. Dallari lembra passagem de Burke, relevante para traduzir esta ideia, sendo partido “um corpo de homens que unem, para colocar seus esforços comuns a serviço do interesse nacional, sobre a base de um princípio ao qual todos aderem” (1995, p. 137). Aliás, o Legislador Constituinte também entendeu assim, pois uma das condições de elegibilidade é a de ter-se filiação partidária (art. 14, §3º, V, da Constituição Federal), portanto, não resta dúvidas, apesar da existência de politicagens e de artimanhas nos bastidores, que os partidos políticos são fundamentais para oxigenar a democracia.

Merece atenção especial a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.650/DF, que julgou inconstitucional as doações às campanhas eleitorais realizadas pelas pessoas jurídicas, e o julgamento do Tribunal Superior Eleitoral da chapa Dilma-Temer, que concorreu à Presidência da República (AIJE 194358, Rp 846, AIME 761), estas decisões possuem grande relevância ao estudo por revelar o contexto jurídico das altas cortes quanto ao tema do financiamento partidário.

Outra consideração contextual é a que se refere à Criminologia, visto que em um estudo de Direito Penal é imprescindível termos por base o estudo do crime como fenômeno social, pois deste modo é possível reconhecer o substrato empírico sobre o qual as normas jurídico-penais deverão incidir. Defende-se que na sociedade contemporânea se verifica um contexto do Direito Penal de “terceira velocidade”, no qual “a pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais” (SILVA-SANCHEZ, 2013, p. 193), a ganhar maior relevância os temas pertinentes ao Direito Penal Econômico e os bens jurídicos supraindividuais.

O Direito Penal surgiu, em termos científicos, no período iluminista, pela necessidade de proteger os cidadãos frente ao poder imensurável do Estado, sendo necessário limitar o *ius puniendi*. Tal orientação persiste até hoje e persistirá enquanto a sociedade necessitar da presença do Estado, pois é uma necessidade humana, visto como coletividade, controlar tanto a conduta dos indivíduos como a dos mecanismos de controle, especialmente, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Não obstante, nossa realidade atual também demanda proteção frente ao poder econômico, visto que é evidente que as grandes corporações e conglomerados econômicos possuem a capacidade financeira e, conseqüentemente, política de controlar as políticas governamentais e defender seus interesses em detrimento do bem comum, esta é uma das razões para a ocorrência de novos bens jurídicos penais de caráter supraindividual, pois estas lesões afetam indiretamente todo o corpo social, é a realidade da “sociedade do risco” (BECK, 2011).

Premissa de hipótese de *lege ferenda*

Este trabalho parte da premissa de que o financiamento ilícito partidário passivo não é tipificado penalmente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, isto resta evidente quando verificamos a legislação penal e eleitoral e não se é encontrado a responsabilidade criminal com a sua devida

sanção para a conduta de receber ou aceitar valores econômicos paralelamente à Justiça Eleitoral.

Em realidade, o que há é a proposta de criminalização do financiamento ilícito partidário por meio da PL nº 4.850/2016, que se originou das “10 Medidas Contra a Corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal, que denominou o tipo penal com o *nomen iuris* “caixa dois eleitoral”.

Ao se evidenciar esta carência de tutela, há por consequência o debate sobre a possibilidade de se enquadrar a referida conduta de financiamento ilegal de partidos na modalidade passiva no tipo penal do artigo 317 do Código Penal, o que cientificamente é equivocado, principalmente pela questão do bem jurídico. Outros delitos também são questionados quanto a possibilidade de servirem para punir a referida conduta, *v.g.*, falsidade ideológica eleitoral, lavagem de dinheiro ou crime tributário.

No entanto, nenhum deles é passível de tutelar o bem jurídico a ser protegido pela norma penal do financiamento ilícito partidário passivo, isto que é essencial a este trabalho, pois é esse que carece de tutela na hipótese de *lege ferenda*. Não obstante, pode, sim, ocorrer a consumação da prática de financiar paralelamente os partidos políticos concomitantemente com outros crimes, por exemplo os supra referidos, inclusive a corrupção passiva, hipótese totalmente viável, como foi julgado na AIJE 194358, Rp 846, AIME 761.

Portanto, partindo-se da hipótese de *lege ferenda* será realizado a análise dogmática sobre qual o bem jurídico penal a ser tutelado e que justifique a sanção penal, consequentemente será demonstrado a real distinção entre o financiamento ilícito partidário e a corrupção passiva no que se refere ao bem jurídico penal.

Bem jurídico penal do financiamento ilícito partidário

A Ciência Jurídico Penal possui princípios que lhe dão sustentação. No Ordenamento Brasileiro estes estão, implícita e explicitamente, contidos na Constituição Federal, “formam por assim dizer o núcleo

gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal” (PRADO, 2003, p. 66). Em um contexto onde, por razões utilitárias e em respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, há de se privilegiar a orientação de Política Criminal baseada na restrição do *jus puniendi*, que melhor se traduz no Direito Penal Mínimo, em que a sanção penal é o último instrumento que o Estado possui para realizar o controle social e proteger os bens jurídicos que sejam fundamentais para os indivíduos e à comunidade. Portanto, é necessário fazer a devida ressalva aos princípios da ofensividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da lesividade e o da exclusiva proteção do bem jurídico, estes que traduzem a ideia de que “todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico” (PRADO, 2005, p. 265).

Para a construção de um direito penal democrático e que, consequentemente, esteja em conformidade com o Estado Democrático de Direito é necessário que se identifique na Constituição os valores e interesses elementares de uma determinada comunidade que, posteriormente, poderão ser elevados à categoria de bem jurídico, mas lembrando que historicamente “o bem jurídico esteve ligado a uma ideia de limitação e não de fundamentação do Direito Penal” (PASCHOAL, 2003, p. 43). Também é preciso ponderar, e concordamos com Janaína Paschoal (2003), sobre a real necessidade de haver tutela penal para determinado bem jurídico, afastando qualquer possibilidade de haver presunção desta, pois isto acarretaria em um verdadeiro atentado contra o Direito Penal Mínimo.

O princípio da subsidiariedade determina que o Direito Penal apenas deverá intervir e tutelar determinado bem jurídico quando nenhum outro ramo do Direito pode ser efetivo na proteção daquele bem. Entretanto, a sociedade atual tem “a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*” (SILVA-SANCHEZ, 2013, p. 79), ou seja, na sanha criminalizadora o Direito Penal se tornou a *prima ratio* para solucionar os problemas na estrutura social, mas o próprio autor da citação faz o apontamento de que esta

“expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar” (2013, p. 79).

Por isto este trabalho não pretender fazer uma defesa irrestrita da criminalização e nem se apoia superficialmente na Constituição para defender tal ideia, pois esta é um limite ao poder estatal e não a sua fundamentação, é clara a ideia de que se esta fosse “interpretada extensivamente, não deixaria espaço para a não incidência do Direito Penal, transformando o objetivo de realizar um Direito Penal Mínimo na materialização de um Direito Penal máximo” (PASCHOAL, 2003, p. 66-67.)

No entanto, em certos casos alguns direitos fundamentais apenas podem ser efetivamente protegidos por meio de uma tutela mais efetiva, que é a sanção penal. “Cabe apontar que os direitos fundamentais só ‘vão até onde, e podem ser exercidos na medida em que contribuam para a manutenção ou fortalecimento do sistema democrático” (ANDRADE *apud* PASCHOAL, 2003, p. 144).

Portanto, resta ao jurista identificar qual interesse determinado, dentro de uma realidade social, tem a potencialidade de ser elevado à categoria de bem jurídico penal, por motivos de ordem política e dogmática. O primeiro motivo se dá, pois, a realidade de um povo é dinâmica e sofre constantemente transformações políticas, econômicas e sociais, destarte há a pretensão de se proteger determinadas condições fundamentais que são indispensáveis para a convivência em sociedade. O motivo dogmático é justificado pela função teleológica que o bem jurídico possui, visto que “todo delito ameaça um bem jurídico não é possível interpretar, nem portanto conhecer, a lei penal, sem lançar mão da ideia de bem jurídico (MAURACH-ZIPF *apud* PRADO, 2003, p. 61).

Conforme mencionado, o Sistema Jurídico Penal deve ser orientado pela Constituição, pois esta é o documento máximo de nosso ordenamento, tendo entre suas diversas funções limitar o poder estatal e não de fundamentá-lo. Por isto que, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais” (PRADO, 2003, p. 62), e sendo “num Estado de direito

baseado na liberdade dos indivíduos, um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante só pode resultar das tarefas positivadas na Constituição” (ROXIN *apud* LOPES, 2000, p. 329).

O bem jurídico penal do financiamento ilícito partidário se encontra implícito em todo o texto constitucional, isto é evidente pela importância que as eleições democráticas possuem em um Estado Democrático de Direito, pois as eleições são o instrumento necessário para se fazer valer a democracia representativa: estes valores se encontram desde o preâmbulo da Constituição quando diz que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático.

No parágrafo único do art. 1º da Constituição é previsto que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. No capítulo IV “Dos Direitos Políticos”, e no Capítulo V “Dos Partidos Políticos”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” o Legislador Constituinte trata da legitimidade democrática e das eleições. Além disso, qualquer sistema pressupõe a necessidade de autopreservação, por isto que em um Estado Democrático de Direito o sistema jurídico e as instituições democráticas possuem a responsabilidade de proteger e realizar a manutenção das eleições dos representantes do povo assim como de todo o processo democrático.

Não obstante, a Constituição Federal é expressa em seu art. 14, § 9º, ao estabelecer que o legislador definirá as situações de “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. O preceito constitucional trata da influência e não da hipótese de abuso, ou seja, o constituinte reconheceu o quão sensível é o pleito eleitoral e como sua legitimidade pode ser maculada, restando assim o dever de se evitar o menor desequilíbrio que o poder econômico possa realizar no processo democrático.

É evidente que o poder econômico tem a potencialidade de desequilibrar as eleições e, conseqüentemente, macular a sua legitimidade, isto ficou demonstrado por Bruno Carazza quando analisou percentualmente na disputa ao legislativo federal em relação ao eleito com menos votos (o

último dos eleitos) com o que recebeu mais votos e não foi eleito (o primeiro dos não eleitos), o resultado foi de que para o Senado Federal houve um aumento de 55,6% em 2002 para 70,4% em 2014, enquanto que no caso dos deputados federais “observou-se que as doações totais recebidas pelos vencedores são maiores que as dos primeiros suplentes (os derrotados com mais votos), em torno de 60% dos casos [em 2014] nas eleições para a Câmara dos Deputados” (CARAZZA, 2018, p. 107). Ou seja, o poder econômico tem capacidade de violar o processo democrático e assim macular a legitimidade daquele determinado mandato popular, visto que as campanhas eleitorais são extremamente caras no Brasil.

Neste sentido, a potencialidade de influência que o poder econômico tem e, conseqüentemente, o desequilíbrio que pode gerar às disputas eleitorais, foi o que levou o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.650/DF, declarar inconstitucional as doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais.

Neste julgamento, a Ministra Rosa Weber, seguindo o voto do Relator Ministro Luiz Fux, votou pela inconstitucionalidade deste tipo de doações às campanhas eleitorais, pois em sua interpretação do art. 14º, §9º, da CF entendeu que “o comando constitucional no sentido de impedir que a força do capital [...] desequilibre abusivamente o jogo político, a ponto de tornar a disputa eleitoral ilegítima” (p. 4). O Ministro Dias Toffoli também ressaltou que a “Carta de 1988, inovando ao que já previsto desde a Emenda à Constituição de 1946 de nº 14/65, mais do que o abuso, vedou - sem nenhum adjetivo - a *influência* do poder econômico no processo eleitoral” (p. 13).

Para que não fique um entendimento vago, fazendo parecer que o poder econômico é uma entidade maléfica e sem forma, utilizaremos a definição econômica que Fábio Nusdeo (2001, p. 277) informa, no sentido de que o poder econômico é a “capacidade de alguém – pessoa ou entidade – poder tomar decisões descondicionadas dos padrões de um mercado concorrencial, decisões às quais alguns – poucos ou muitos – terão de submeter-se”, esta relação de submissão que se refere na conceituação do termo, deve ser entendida, no caso das eleições como a de estabelecer os

interesses daquele que financia intensamente um determinado partido político, coligação ou candidato resultando na eleição deste, mesmo que ocorra de maneira maculada.

Na realidade, o princípio da publicidade das eleições também é violado, pois as doações ocultas não serão de conhecimento geral do povo, portanto este não saberá quem financiou determinado candidato ou partido e quão foi o montante, restando-se obscuros os motivos e finalidades de tal conduta.

Destarte, é evidente que a Constituição tem o interesse de proteger as eleições e o processo democrático, pois é pelo voto direto e elegendo os seus representantes que o povo exerce o seu poder, devendo, então, o Estado Democrático de Direito se valer dos meios mais eficazes de sanção, neste caso o Direito Penal. Caso contrário, restará carente de tutela estes interesses e isto permitirá que próprio Estado e suas instituições democráticas sejam corroídas pelos interesses privados, haja vista que o poderio econômico tem a potencialidade (leia-se recursos financeiros) suficientes para desequilibrar uma eleição e, conseqüentemente, macular um mandato popular. Em termos claros, ter-se-ia um membro do legislativo ou chefe do executivo redigindo leis e governando um povo sem ter a devida legitimidade popular.

Até este momento podemos ter a conclusão prévia de que o bem jurídico penal no crime de financiamento ilegal de partidos seria a legitimidade das eleições e o processo democrático, já que é a partir destes que o povo, de onde todo o poder emana, escolhe seus representantes para defenderem os interesses de maneira institucionalizada. Não obstante, é necessário reconhecer que os partidos políticos possuem funções constitucionais, conforme dito em parágrafos anteriores, sendo que o artigo 14, §3º, V, da Constituição Federal exige a filiação partidária para que um candidato seja eleito. Ou seja, “os partidos políticos são considerados hoje em dia sujeitos imprescindíveis para o funcionamento do Estado democrático representativo” (OLAIZOLA NOGALES, 2015, p. 342). Portanto, para esta autora o financiamento ilegal estaria atentando contra a própria

Constituição, pois estaria violando a função constitucional que os partidos políticos possuem de expressar a vontade popular.

A doutrina espanhola entende que o financiamento ilícito partidário viola a igualdade entre as forças políticas e a própria transparência dos financiamentos partidários, sendo que estes “requisitos [são] indispensáveis para que o voto possa ser verdadeiramente responsável e, portanto, livre” (NIETO MARTÍN *apud* OLAIZOLA NOGALES, 2015, p. 16). Natália Rivas acrescenta que é:

através da tipificação do delito de financiamento ilegal de partidos políticos [que] se tutelam o correto funcionamento do sistema democrático de partidos políticos garantindo-se, deste modo, a transparência no sistema de financiamento, a igualdade de oportunidade entre aqueles e sua democracia interna” (RIVAS, 2017, p. 4).

Não diferente a República Federativa do Brasil, que tem como fundamento o pluralismo político (art. 1º, inc. V, da CF) e os partidos políticos são a expressão disto, pois são instrumentos fundamentais para a participação política, além da importante tarefa que eles têm, conforme dito nos parágrafos iniciais, de aglutinar a vontade popular para transformá-la em vontade do Estado por meio dos órgãos públicos representativos. Portanto agem como verdadeiros intermediários entre a sociedade e o Estado.

Deste modo, no que tange ao bem jurídico penal e que permite a análise dogmática da hipótese de *lege ferenda* do crime de financiamento ilícito partidário passivo, temos que aquele que recebe ou aceita recursos paralelos à contabilidade da Justiça Eleitoral está lesionando ou ameaçando tanto a legitimidade das eleições e o processo democrático quanto as funções constitucionais de manifestação da vontade popular que têm os partidos políticos.

Distinções do bem jurídico da corrupção passiva

Em relação ao bem jurídico do crime de corrupção passiva, por mais que não haja um consenso estabilizado a respeito, a lei, doutrina e

jurisprudência tendem a reconhecer que se tutela a probidade da função pública, a Administração Pública e a moralidade dos funcionários que a integram, se “constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública” (BITENCOURT, 2016, p. 118).

Ocorre desta maneira, pois com a constituição do estado de direito liberal, surge o princípio da separação entre a esfera pública e esfera privada, entre o Estado e a sociedade, tendo o primeiro a missão de satisfazer o interesse público e alcançar o bem comum, por isto que a probidade da função pública deve ser protegida penalmente, pois quando um funcionário público se corrompe ele está abusando do poder que lhe foi confiado, pervertendo a coisa pública em troca de um benefício privado. “Tanto [a] corrupção simples quanto [a] corrupção com infração funcional [...] [são] instâncias de *um abuso de poder condicionado por uma vantagem*” (GRECO, TEIXEIRA, 2017, p. 31-32).

A confusão que ocorre entre a corrupção passiva e o financiamento ilícito partidário passivo possui duas causas em especial. Uma é a inexistência de um tipo penal próprio para a conduta de aceitar ou receber apoio econômico que transgrida a lei e a outra a falta de clareza entre o financiamento ilícito (ilegal) e o financiamento corrupto. Esta é quando se recebe uma doação a título de comprometimento em tomar uma decisão ou influir para que outros tomem uma decisão no sentido ambicionado pelo doador, ou seja, é a doação finalística, de fato, é a vantagem indevida em razão da função. Para Juan Carlos Sandoval, a grande distinção entre o financiamento ilícito e o corrupto está na importância do firmamento do pacto do injusto, pois no primeiro os doadores ou financiadores não pedem às autoridades nada em troca (2014, p. 36).

Entretanto, nem sempre o financiamento corrupto será feito paralelamente à contabilidade eleitoral, pois como restou comprovado no julgamento da chapa Dilma-Temer à Presidência da República (AIME-761 / Rp-846 / AIJE-194358), pagamentos de propina eram feitos a título de

doação oficial para campanhas eleitorais, ou seja, a Justiça Eleitoral serviu como meio de lavagem de capitais ao cancelar a prestação de contas.

De fato, não é possível durante ou após uma campanha eleitoral identificar qual é a origem de determinado recurso, esta, aliás, foi uma das premissas do Ministro Relator do julgamento suprarreferido Herman Benjamin, que pela própria característica do dinheiro ser fungível por excelência seria “impossível, material e especificamente, vincular recursos ilícitos a carimbo do financiamento eleitoral puro. Exigir tal prova significaria, na prática, inviabilizar de pronto qualquer investigação e processo de infração eleitoral desse tipo.”

Apontado como um dos principais envolvidos em esquemas de corrupção e financiamento ilícito, Marcelo Odebrecht também disse ser impossível realizar a distinção entre o financiamento corrupto e o ilegal. “Se é ou não propina, eu não acho que é baseado no caixa dois ou no caixa um [que pode ser feita a distinção]. Muitas vezes ele pode ter caixa dois com ilicitude eleitoral, mas sem ser propina, e pode ter caixa um que é propina” (ODEBRECHT *apud* CARAZZA, 2018, p. 34)².

Contudo, um indivíduo não pode ser condenado pelo delito de corrupção passiva ou ativa se não houver lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico que é a Administração Pública, ou ser condenado por doar ou receber recursos econômicos paralelos à contabilidade da Justiça Eleitoral pelo crime de corrupção passiva, pois se assim ocorrer será caso de violação dos Direitos Fundamentais, haja vista que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento máximo internacional para a proteção do ser humano, garante em seu artigo XI, 2, que “ninguém poderá ser considerado culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional”.

Na realidade, a dificuldade que existe para a Justiça Eleitoral é de provar que houve financiamento corrupto, no qual deve restar provado a lesão à Administração Pública e a probidade da função, com a efetiva realização

² A referência da citação de Marcelo Odebrecht é Tribunal Superior Eleitoral, AIJE nº 1943-58-2014.6.00.0000/DF, Termo de Transcrição, Depoente Marcelo Bahia Odebrecht, 01/03/2017, p. 28.

do pacto injusto entre o corruptor ativo e passivo (lembre-se que o sujeito ativo da corrupção passiva é necessariamente funcionário público). Quanto ao financiamento ilícito partidário passivo que ameaça ou lesiona, hipoteticamente, bem jurídico diverso, sendo ele a legitimidade das eleições e o processo democrático, basta que, em linhas gerais, seja provado objetivamente que valores econômicos, ou que neles possam ser expressos, tenham sido recebidos ou aceitos pelo partido político, coligação, candidato ou grupo de eleitores paralelamente à contabilidade da Justiça Eleitoral. Portanto, em tese, a configuração do financiamento ilícito partidário passivo é de modo objetivo e contábil, enquanto na corrupção passiva é necessário configurar o interesse subjetivo em se vender a função pública, firmando-se o pacto do injusto.

Considerações finais

A título de considerações finais, é necessária a recapitulação do que foi proposto e debatido neste trabalho, em que se pretendeu analisar dogmaticamente o bem jurídico penal da hipótese criminal de *lege ferenda* do financiamento ilícito partidário passivo, para o que foi necessário realizar a devida distinção do bem jurídico tutelado penalmente no delito de corrupção passiva, visto ser comum o equívoco de se tomar um pelo outro, erros estes que se tratam de uma violação dos Direitos Fundamentais dos imputados, pois despreza os princípios da legalidade, taxatividade e quando não o da irretroatividade da lei penal.

O delito de financiamento ilícito partidário não se encontra previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro, portanto, resta o estado de carência de tutela penal do bem jurídico aqui estudado. Em legislações em que já se encontra prevista a criminalização, sendo o caso do Sistema Penal Espanhol, no qual se tem como bem jurídico penal a função constitucional dos partidos políticos em manifestar a vontade popular, esta compreensão decorre da concepção de que os partidos políticos são uma condição essencial para a manutenção da democracia representativa.

Projetando para a realidade brasileira, há de se reconhecer que esta interpretação é compatível com a Ordem constitucional, pois a Constituição Federal (art. 14, §3º, V) prevê que a filiação partidária é condição necessária para a elegibilidade. Porém, apontar que se trata da maculação da vontade popular pode aproximar esta figura da hipótese da doação finalística e, conseqüentemente, ser entendida, pela doutrina e jurisprudência, como corrupção passiva, Isto porque o art. 317 do CP prevê que a vantagem indevida deve ser em razão da função, e dizer que o recebimento de dinheiro paralelo está violando a manifestação da vontade popular significa dizer que aqueles partidos políticos, coligações, ou candidatos que estão sendo financiados receberam valores econômicos ilícitos para defender interesses obscuros quando eleitos e não daqueles que o elegeram. Assim, como afirma Juan Carlos Sandoval “o financiamento corrupto exige que se ocultem dos votantes as verdadeiras razões e os procedimentos através dos quais se tomam certas decisões políticas” (2014, p. 2).

Portanto, este trabalho conclui que o interesse que deve ser elevado à categoria de bem jurídico penal é a legitimidade das eleições e processo democrático, pois quando há doação de valores econômicos paralelamente à contabilidade da Justiça Eleitoral o que, de fato, está acontecendo é a violação do princípio da isonomia, expresso na máxima “uma cabeça, um voto”.

Deste modo, é necessário concluir no sentido da determinação e a distinção do bem jurídico penal do crime de corrupção passiva, que é a Administração Pública e a probidade da função pública, do bem jurídico penal da hipótese de *lege ferenda* do financiamento ilícito partidário passivo. Logo, faz-se de extrema importância a criminalização deste último, pois restou evidente a situação de carência de tutela penal, mas sempre em respeito aos princípios basilares do Direito Penal, em especial, os da taxatividade, da legalidade e da irretroatividade da lei penal, pois em um Estado Democrático de Direito outra solução não há.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Financiamento eleitoral no Brasil**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/150/edicao-1/financiamento-eleitoral-no-brasil>, acesso em 15 de set. de 2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do Risco**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2848, 7 de dezembro de 1940**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, eleições e poder**: as engrenagens do sistema político brasileiro. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Trad. de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ESPAÑA. Jefatura del Estado. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Última modificación: 28 de abril de 2015.
- FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 53-83.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (orgs.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Organizador Alaor Leite, Adriano Teixeira. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. “**Medidas de regeneración democrática**”: la nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España. Revista de Estudios de Deusto. Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, págs. 327-358.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RIVAS, Natália Pérez. **El delito de financiación ilegal de los partidos políticos em el código penal español**: regulación y propuestas de *lege ferenda*. Documento para su presentación en el VIII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP. (Madrid, España) del 25 al 28 de septiembre de 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANDOVAL, Juan Carlos. **Aportación a uma reflexión político criminal sobre la corrupción em la financiación de los partidos políticos**. Revista General de Derecho Penal n. 22, noviembre 2014.

Inquirição premial: os limites da discricionariedade do Ministério Público nos procedimentos de delação premiada

Danilo Henrique de Sousa Melo

Introdução

Há muito se discute o papel e a função do Ministério Público na dinâmica da justiça e do Estado democrático. Pautados na ideia da separação em três poderes, moldadas por Montesquieu, adequar as funções do órgão na execução ou produção de uma lei ou no julgamento de uma lide não se torna simples pela simples leitura da Constituição Federal de 1988. Assim, a construção do Ministério Público é moldada diariamente pela jurisprudência, pela lei, ou por aspectos doutrinários que dão ao órgão a função de garantidor da Ordem social, algo além de defensor da sociedade ou da própria lei, mas de todo o conjunto de valores legais e principiológicos que norteiam o Ordenamento Jurídico brasileiro.

Embora suas funções, essenciais à justiça, conforme a própria Constituição, ainda não sejam bem delimitadas, sua aplicação é constante, dada a facticidade do Ministério Público estar presente em toda a conjectura da justiça brasileira. Assim, torna-se relevante analisar como está sendo a aplicação, desenvoltura, ou se não, o poder, seja este vinculado ou discricionário do referido órgão. Como o mesmo se faz presente em diversas esferas do direito, uma área que ganha a atenção de sua atuação é na sistemática do processo penal.

Atualmente vê-se nos grandes veículos midiáticos a propagação do processo penal de forma acessível e comum ao expectador. Nos grandes processos que ocorrem no país, o que chama mais atenção é um procedimento especial chamado “delação premiada”. Até pouco tempo o mesmo era visto como algo raro, pouco habitual, enquanto institucionalizado, pois era difícil identificar sujeitos que além de confessar o crime iriam “trair” os seus colegas. Embora por muitos seja vista como algo revolucionário, a delação premiada já existia a certo tempo na legislação nacional, mas ganhou forças com os grandes casos nacionais que não encontraram provas suficientes senão por um acordo de desmanche com os próprios integrantes criminosos.

A solução encontrada foi a delimitação, parcial, do instituto, pela Lei 12.850/13 que definiu a aplicação da então colaboração premiada, mas aderiu atividades ao Ministério Público até antes não visualizadas nesta abrangência discricionária, o que se mostrou grandiosa pela constatação dos termos de colaboração de casos como a Lava Jato¹, Petrolão², dentre outros. Suscitando a dúvida: quais os limites da discricionariedade do Ministério Público nos procedimentos de delação premiada? Relevando entender até que ponto a discricionariedade não atinge a matéria pertinente aos demais órgãos, no caso, o próprio julgador do processo.

Essa pesquisa tem por objetivo geral analisar a discricionariedade da atuação negocial do Ministério Público nos procedimentos de delação premiada, em quaisquer estágios da demanda processual e seu impacto no sistema processual penal acusatório. Para isso busca-se como primeiro objetivo específico analisar o instituto da delação premiada: seu conceito, adequação, formação e estruturação, tanto legal quanto jurisprudencial,

¹ “Lava Jato” é o nome dado a uma operação da Polícia Federal e decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Disponível no site: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acessado em: 25 jun. 2018.

² “Petrolão” é o nome de uma operação da Polícia Federal que investiga os casos de corrupção e desvio de dinheiro da Empresa Estatal Petrobrás. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/o-que-o-termo-201cpetrolao201d-diz-sobre-a-imprensa-2782.html>. Acessado em: 25 jun. 2018.

no Ordenamento jurídico brasileiro, para uma noção do campo de atuação em que se insere o debate.

Posteriormente, como segundo objetivo específico, busca-se analisar o instituto da delação e sua aplicação atual para compreender os ditames que fizeram surgir esse caráter negocial processual na legislação pátria e os contornos assumidos pelo sistema criminal nessa dinâmica negocial.

Por fim, no terceiro objetivo específico, busca-se analisar a formação conceitual e de atuação do Ministério Público, os mandamentos constitucionais do referido órgão e suas (in)definições legais de atribuições na justiça criminal negocial, as demandas referentes à propositura da ação penal, o sistema processual penal vigente e a atuação negocial do órgão em outras esferas dotadas de discricionariedade, objetivando compreender a relação do órgão com os ditames constitucionais e dos acordos internacionais que asseguram uma cautela na aplicação negocial dos procedimentos penais.

Esse trabalho busca fomentar o debate acadêmico acerca das atribuições do Ministério Público. A proposta é, então, analisá-lo sob o enfoque de sua função: por que, para que e como deve ser a atuação do mesmo, não em todos suas atribuições, mas em sua demanda nos casos que envolvam o procedimento da delação premiada.

A pesquisa está baseada na abordagem sob o método dedutivo, pois parte das noções gerais das atribuições do Ministério Público, aplicando-as nos procedimentos específicos da delação premiada, fazendo referências para um “dever-ser”. Em relação ao tipo de abordagem, trata-se de pesquisa qualitativa, pois pretende-se analisar, com base na bibliografia utilizada, os aspectos que promovem a observação da atuação do Ministério Público. Quanto ao tipo de pesquisa, trata-se de análise bibliográfica e explicativa.

O resultado rastreado é a compreensão das funções e dos limites do Ministério Público na dinâmica processual da delação premiada, entendendo quais são os ditames legais e processuais que delimitam sua atuação

negocial para não se configurar a usurpação do poder decisório do órgão julgador, afastando a incidência do sistema acusatório.

“Seção I - Da Colaboração premiada” (Lei 12.850/13): idealização legal do instituto

Para todo debate há um campo de atuação. Faz-se relevante analisar a atuação negocial do Ministério Público, não em todas as suas esferas atuantes, debate esse que expande nosso instrumento metodológico, mas sim analisar sua dinâmica no atual e polêmico instrumento negocial do procedimento penal conhecido por delação premiada. Desde sua conceituação e adequação ao Ordenamento Jurídico, expondo sua fundamentação e função na sociedade, até os apontamentos que encaminham ou os que sugerem sua retirada da legislação nacional.

A expressão “delação” origina-se da palavra latina “*delatio*” que significa “delatar, deferir, acusar”. Para Fernandes e Almeida (2009), a delação premiada consiste em um modo de obtenção de prova pelo qual o investigado, denunciado ou mesmo réu condenado, contribuem com a investigação, ao prestar suas declarações, identificando os demais coautores participantes e revelando a estrutura hierárquica da organização criminosa prevenindo futuras infrações penais, recuperando de forma total ou ainda parcial os frutos de delitos praticados em função da organização ou ainda a localização de eventual vítima, tudo isso a fim obter benefícios processuais.

Para Boldt (2005, p. 4), delação premiada é:

A possibilidade que tem o participante ou associado de ato criminoso de ter sua pena reduzida ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo o desmantelamento do bando ou quadrilha, ou ainda facilitando a libertação do sequestrado, possível no caso do crime de extorsão mediante sequestro cometido em concurso de agentes.

A delação premiada propriamente dita passa a fazer parte do nosso ordenamento jurídico com a Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), que

trouxe como primazia o desmanche de organizações criminosas formadas para fins de praticar crimes considerados hediondos; possibilitando assim uma diminuição de pena, conforme se lê em seu artigo 8º, parágrafo único, *in verbis*: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Posteriormente a Lei dos Crimes contra a Ordem tributária (8.137/90), em seu art. 16º parágrafo único, abordou também o instituto, assim como a Lei de Extorsão Mediante Sequestro (9.269/96) artigo 4º, *in verbis*: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”. Outro dispositivo é a Lei 9.807/1999, que trata da proteção de testemunhas (art. 13 e 14, Lei 9.807/1999) e que aborda as questões do instituto da mesma forma, com redução de pena.

Ainda foram editadas as Leis 11.343/2006, prevendo a “colaboração premiada” para crimes de tráfico de drogas (art. 41), e a Lei 12.529/2011, que denominou uma forma de colaboração premiada denominada de “acordo de leniência”, prevendo sua aplicabilidade para infrações contra a ordem econômica (art. 86 e 87). A Lei de Lavagem de Dinheiro (12.683/12), no artigo 2º que alterou o dispositivo do 1º, § 5º da lei anterior de Lavagem de Capitais (9.613/98), também dispôs sobre o instituto. Por fim, foi com a Lei 12850/13 (lei dos crimes organizados) que o instituto ganhou maior efetividade e especificidade, sendo aplicada esta lei, por analogia, quando da omissão por parte das demais leis anteriores

Por ser um instituto novo na legislação pátria, seus contornos e princípios ainda não estão bem definidos, deixando a cargo dos tribunais delimitarem suas nuances, desde que compatíveis com a Constituição da República de 1988. O momento de sua aplicação é deveras abrangente no processo penal, deixando até mesmo a possibilidade de ocorrer após o trânsito em julgado. Segundo a Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013 que trata das Organizações Criminosas no aspecto penal e processual penal, o seu

art. 3º, inc. I dispõe:” Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - Colaboração premiada”.

Foi com essa lei que a atual colaboração premiada ganhou contornos diferentes de efetividade, abrangência e expansão no processo penal, sendo usado com grande afinco nos casos envolvendo organizações criminosas como a operação “Lava Jato” e a operação “Petrolão”, ambas da Polícia Federal Brasileira.

“A colaboração premiada é um negócio jurídico processual”: a construção do procedimento

Ao longo dos anos, pelos anseios políticos do discurso criminoso, foram produzidas em larga escala um punhado de legislações que avançam sobre as liberdades individuais, com o discurso de urgência pela aplicação do poder punitivo. O destaque para o processo penal ocorre na chamada justiça criminal negocial, ou justiça criminal consensual.

O termo “consenso” expressa, em sua essência ortográfica, o significado de “acordo”, possuindo estrita relação com as ciências jurídicas privadas do direito civil e comercial. Este acordo é elemento de formação contratual, sendo o ponto de interesse para que partes divergentes apresentem seus interesses para possibilitar a realização de um negócio (LEITE, 2009).

Para Vasconcelos (2015) a justiça criminal negocial/consensual pauta-se pelo modelo da aceitação, em que ambas as partes aceitam um acordo de colaboração, afastando a resistência do acusado, com fim de abreviar o processo ou alguma fase do processo, resultando em uma sanção penal premiada em relação a sanção comum que ocorreria sem o seu auxílio.

O fenômeno de que nos ocupamos compreende um modelo de processo penal que atribui uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos - órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima - de modo que a

convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se fundam na bilateralidade. Do lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se as possibilidades asseguradas por um contraditório amplo (LEITE, 2009, p. 32).

No projeto inicial da Lei 12.850/2013, como Projeto de lei do senado 150/06 da Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT), continha pouca relevância a matéria da colaboração premiada, mas seu pequeno artigo expunha a ausente manifestação do Ministério Público com prevalência da atuação do juiz na valoração da colaboração. Ficou destacado que a atuação valorativa cabia ao Poder judiciário com base nos mandamentos constitucionais do art. 5º, XXXV, da CF, não atribuindo a competência ao órgão “acusador”, pois entendeu-se que assim seria inconstitucional por violar a regra supracitada.

Em reformas ao projeto, foram feitas diversas modificações, após o parecer do CCJ, para expandir a matéria referente ao instituto da colaboração premiada. Os senadores apontaram que analisaram as advertências de inclusão do instituto pelo então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, mas se mostraram confiantes na repercussão positiva para o judiciário que o instituto poderia causar.

Reconheceu-se a atuação ex-officio do magistrado, pois já era possível ver poder similar nas legislações anteriores. Também foi exposto a possibilidade de concessão de benefícios sem a provocação das partes, pois o intuito é a colaboração do acusado e não a solução de praxes processuais. Foi exposto que o Ministério Público deveria ter ciência da colaboração para que houvesse compasso com as suas atuais investigações. Reconheceu-se posteriormente também a possibilidade do próprio MP propor a colaboração diretamente com o acusado, levando ao Judiciário os resultados dessa colaboração. Expô-se que havendo uma negociação, o judiciário não poderia intervir como estímulo a prevalência do principio acusatório. Restando em seguida na desnecessidade de propositura da

denúncia por parte do Ministério Público, desde que esse benefício não fosse ao chefe da organização.

A delação premiada adentra na esfera de solução para as demandas judiciais e rápida resolução de causas complexas com perfeição, com o agigantar da sensação de impunidade nos crimes de colarinho branco, o número expressivo de legislações que tratam do instituto teve um salto nas últimas décadas, e são vangloriadas pela população quando da efetiva repressão ao crime, independentemente de como essa afirmativa punitiva foi arguida. (TASSER, 2006).

A delação premiada não se constitui em um recurso moderno do processo penal, assim como não se apresenta como repercussão de nenhum avanço especial havido na persecução criminal. Em verdade, a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial. (TASSER, 2006, p. 2).

No mesmo sentido, para Mendes (2017) desde um ponto de vista garantista, a colaboração premiada em muito aproxima-se de um modelo inquisitorial porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa no que concerne. A inquisição, deferentemente do modelo acusatório, é marcada pela unificação das funções do acusador e julgador no mesmo órgão, ou agente.

Ainda assim, de acordo com o Habeas Corpus 127483/PR, o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu a Delação premiada (colaboração premiada) como “um negócio jurídico processual”, pois, legalmente é uma forma de obtenção de provas, e não é uma prova em si. Seu objeto é a cooperação do investigado para com o Processo Penal, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Essa figura de negócio jurídico processual penal, advinda de uma confissão com traição, que é um meio de obter uma prova e não um meio de prova, mas que é valorizada tanto quanto, promove amplos debates doutrinários, dificultando a mensuração popular sobre sua aplicação. Seu efeito, conforme explanado no mesmo Habeas Corpus, é não estimular uma prática valorativa da delação ou da negociação em si, mas sobre a contribuição que a delação possa fornecer nas investigações do processo. De certo, dada a constatação da necessidade da delação, a valoração é intrínseca, já que todos os eventos que possam corroborar, mesmo que de maneira sutil, poderão ser usados para justificar o que foi delatado.

De uma forma geral, nota-se que o instituto da delação premiada no direito brasileiro atribuiu-se de conotação negocial, tal como ocorre no direito americano, em que o Ministério Público tem ampla liberdade para isso. Contudo, ainda que a ideia tenha sido importada dos Estados Unidos e outros países, a decisão do legislador, de início, deverá ser cautelosa na manutenção dessa autonomia negocial, em se tratando de culturas e formação estatal diferentes.

“O cotidiano do Ministério Público é oferecer denúncias”: o papel resolutivo do *Parquet*

O Ministério Público é uma instituição de notável valor para a sociedade. Fora com a promulgação da Constituição da República de 1988, que consagra o MP como função institucional protetora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis. É assim vista, como a instituição que mais saiu fortalecida com a promulgação do texto constitucional, com independência dos demais poderes, mas com íntima relação que torna difícil a sua adequação funcional (GARCIA, 2012).

As suas principais funções estão presentes no art. 129 da Constituição da República de 1988, com destaque para a atribuição de ser a instituição

detentora privativamente da ação penal pública, conforme inciso I do artigo supracitado.

O rol do artigo é exemplificativo, pois permite-se no inciso IX a inclusão de outras atribuições que sejam compatíveis com suas funções, e estas funções não são avulsas e sim em paridade com as descritas nos incisos anteriores, deixando claro que todas se coadunam para que o Ministério Público tenha a finalidade de busca pelo respeito incondicional aos preceitos constitucionais e das legislações que dela derivam, violadas por particulares ou mesmo pelos próprios agentes públicos (OLIVEIRA, 2002).

O esperado é que não se busca a condenação, com sua função de promotor da ação penal pública, mas sim a proteção jurídica, a tutela da liberdade, o respeito as garantias e valores constitucionalmente previstos, sendo essenciais para a manutenção do processo penal, que deverão ser observadas também pelo órgão julgador, não sendo o Ministério Público órgão acusador, e sim órgão mantenedor da ordem social (GARCIA, 2012).

Sua independência denota uma grande responsabilidade, com várias funções constatadas pelo art. 129 da Constituição de 1988, essa abrangência funcional é vetor factível para usurpação e abuso de poder. Por isso não foi dado ao Ministério Público a função de sancionar, tampouco de dispor de direitos, nem a força de órgão julgador. Ele é um fiscal, avalia e opina sobre os desrespeitos legais e leva sua pretensão ao órgão competente para aplicação. Como observado por Oliveira (2002, p. 6):

Ele sabe da improbidade, mas tem que levar ao judiciário sua pretensão. Ele sabe da condescendência criminoso do chefe da repartição, mas não pode substituí-lo na aplicação da sanção. Só pode pedir ao judiciário uma condenação criminal e/ou uma por improbidade administrativa, se for o caso. O art. 6 da Lei Complementar 1975/1993 deixa claro que o Ministério Público só pode propor ações, representar ou expedir recomendações, jamais aplicar ele mesmo sanção alguma, justamente para separar o fiscal do juiz.

A não atribuição condenatória do Ministério Público resultada da adoção, pelo Estado-nacional, de um processo penal acusatório, que diverge essencialmente do Inquisitorial pelo fato deste unir as funções de

pretensão e julgamento no mesmo órgão ou agente, mesmo que legislação nacional ainda guardando vestígios dessa aplicação errônea (LOPES JR, 2016).

Na processualística penal, para Almeida e Parise (2005), o MP possui suas atribuições atreladas a duas vertentes: a demandista e a resolutiva. Naquela o Ministério público apenas leva suas pretensões para julgamento pelo poder judiciário, um notável agente processual, e na resolutiva, o Ministério Público é um órgão atuante, intermediador, pacificar de conflitos e demandas, negociador.

Este aspecto ativista também deverá ser observado pela tutela de interesses sociais que estão em jogo, sendo imprescindível a inserção no meio social do MP, introduzindo-se nas verdadeiras causas criminais, inclusive diretamente nas investigações, de forma a combater com rigor o crime organizado para permitir que o direito penal e processual tenha eficiência social (ALMEIDA, 2012).

Essa característica conforme seu andamento resolutivo. Goulart (1998) ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, a própria barganha, de sorte a fazer o seu efetivo e legítimo.

“O âmbito de sua discricionariedade juridicamente vinculada”: o poder do MP de conduzir o negócio

Kershe (2007) identifica que o Ministério Público adquiriu com a Constituição Federal de 1988 uma autonomia perante os poderes políticos, mas que guarda grande similitude com o Ministério Público da ditadura militar por constar a aprovação do seu orçamento pela sanção desses

poderes, que de certa forma, aflige um caráter político nas decisões do próprio parquet.

Na interferência do Ministério Público brasileiro, como expoente da justiça criminal negocial é que, paralelamente a essa sua autonomia, os legisladores garantiram razoáveis graus de discricionariedade a estes agentes não eleitos do Estado. É a possibilidade de exercer a discricionariedade, somada à autonomia, aos instrumentos de ação e ao amplo leque de atribuições, que transforma o Ministério Público em uma organização pouco comum à democracia (KERCHE, 2007).

Como observado por Meirelles (2015, p. 38) Poder discricionário “é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” A discricionariedade só pode decorrer de atribuição da lei. Assim, a mera existência dos chamados "conceitos indeterminados" ou "imprecisos", porque não têm conteúdo inequívocos, a nosso ver, não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.

Convém destacar que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbitrariedade são atitudes materialmente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido (MEIRELLES, 2015).

Nisso se analisa que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o agente, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal

para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público.

Quanto maior a ampliação das hipóteses de consenso no processo penal brasileiro, maior a margem de discricionariedade ministerial. Interessante notar que cada nação estipula critérios razoáveis, sensíveis a suas peculiaridades sociais, para delimitação dos crimes susceptíveis à barganha penal (SILVA, 2016). Fato que ainda não ocorreu no Brasil, como se verá a seguir.

Assim, o Ministério Público constante integrante da Administração Pública, possui, conjuntamente com o Poder judiciário a discricionariedade de sua atuação (atos não vinculados) que permitem sua atuação negocial, com base em seu caráter resolutivo, mas que deverá ser mensurada para não adentrar na esfera da arbitrariedade. No projeto de lei, PLS 150/06, optou-se por atribuir as questões negociais ao Ministério Público (já havendo questionamentos sobre essa atribuição à Polícia Judiciária), visto ser o órgão, por força da Constituição, detentor da análise da ação penal pública e de sua recente função de investigador.

Assim, atribuiu-se o negócio ao Ministério Público como extensão de seus poderes Constitucionais, e notadamente pela essência da investigação que se perfaz na figura da delação. A delação como meio de obter prova, assim como os demais meios previstos no processo penal, é coadunável a apreciação do órgão pelo seu papel resolutivo, fiscalizador, investigador e discricionário.

“A outorga de poderes sem controle ao Ministério Público faz com que boas intenções degringolem em uma rede de abusos e violações de direitos fundamentais”: a atualidade da delação premiada

A atualidade da Colaboração premiada é constante nos noticiários e no imaginário acadêmico sobre o destino da política criminal brasileira. Assim, faz-se necessário a análise de alguns termos para compreensão da atuação negocial e do andamento fática dado ao procedimento penal.

Conforme Bottino (2016), foi firmado em 27.08.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa concedendo diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes: A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica. A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo. Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto. Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto.

Outro acordo firmado em 24.09.2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes: Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais, a permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado; A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (BOTTINO, 2016).

Ainda conforme Bottino (2016), sobre a deflagrada atividade discricionária do MP nestes procedimentos do processo penal:

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para

estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos (2016, p. 08).

O Ministro Gilmar Mendes quando da análise da homologação do termo de colaboração premiada do delator Joesley Batista, na petição 7074 DF, em voto vencido, compreendeu o avanço da discricionariedade do Ministério Público na elaboração do termo. Ele entendeu que as cláusulas exorbitavam a esfera negocial permitida ao Ministério Público com base na interpretação de sua função e essência. Entendeu que a Corte, quando da análise da homologação, não fez o controle de legalidade das cláusulas, que ele denominou como "atípicas", referenciando que não houve análise comparativa entre o acordo e a legislação, onde constatou que 77(setenta e sete) acordos foram referendados em apenas 10 (dez) dias, tempo inábil dada a quantidade de laudas dos processos.

O Ministro também aponta questões abordadas nos termos, no comparativo feito pelos Ministros do STF quando da homologação dos termos, expondo:

Apontam as seguintes condições acordadas, sem respaldo na legislação: redução da pena de multa; início do cumprimento da pena privativa de liberdade com a celebração do acordo, independentemente de condenação; fixação de requisitos menos gravosos para a progressão de regime da pena privativa de liberdade; suspensão de investigações e procedimentos, após atingido o teto de pena privativa de liberdade em outras sentenças (STF, 2017, p.7).

Vemos, assim, o avanço irrestrito sobre a legalidade, em um conceito de "poder ilimitado" para que seja assegurada e estimulada à delação. É um procedimento atual em constante uso, como observado pelo Ministro Gilmar Mendes (2017), o site da Operação Lava Jato informa que o STF já homologou 49 acordos de colaboração premiada no âmbito da investigação. Essas delações redundaram na investigação de 413 pessoas. Desse universo de investigados, 68 foram acusados. O número de denunciados é expressivo. No entanto, a subtração dos denunciados do número de investigados leva a uma indesejável conclusão: 345 delatados não foram

acusados. Onde abriu-se espaço para não aplicação da punição para muitos em busca da sanção punitiva de poucos.

“Os contornos legais de negociação do acordo não foram observados até o momento”: limitadores ideais da atuação do Ministério Público

A Lei 12.850/13 surge com uma problemática inerente ao procedimento de formação legal: ausência da fiel taxatividade. Explicitamos que na lei não há menção aos limites da barganha, tampouco os meios disponíveis a serem barganhados. Assim surge a necessidade desse trabalho identificar os limites negociais da figura “Ministério Público” com base na harmonia vigente na Constituição e nas leis infraconstitucionais.

O primeiro ponto relevante é que o Ministério Público como um representante estatal, se assim o for, terá que obedecer a lei fielmente, com base nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme art. 37 da CF, pois na administração pública só é permitido fazer aquilo que a lei aborda dentro da margem de discricionariedade que lhe foi concedida. *In verbis*: “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Os princípios do processo penal presentes na Constituição, também são basilares limitadores da atuação do Ministério Público e dos órgãos públicos atuantes no processo, como dito por Silva (2016) princípios como culpa; devido processo legal; ampla defesa; prova; não autoincriminação e outros contrastam com a possibilidade de aplicação imediata de pena em abreviação de rito e por consequência com a atuação de barganha do Ministério Público, visto que todos asseveram a premissa de um julgamento justo e eficaz.

Esses debates existem pela constatação do art. 4º da Lei 12.380/13 que assegura a negociação do Ministério Público na delação premiada, mas não delimita os alcances de sua atuação negocial. No referido artigo é

constatado a possibilidade de o Ministério Público não propor a denúncia, dada a relevância da delação e desde que o delator não seja o Líder da organização.

A análise ganha realce pelo estudo do princípio da “obrigatoriedade da ação penal pública”. Por esse princípio, estritamente ligado à legalidade, é obrigatória a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tendo notícia do crime, e não havendo impasses que possam se suceder para impedir sua atuação, o Ministério Público tem o dever de agir, e como o órgão é o real detentor da ação penal pública, a desistência expressa seria uma hipótese ilegal, pois o artigo 42 do CPP veda a desistência. Essa obrigatoriedade foi uma opção legal nacional, com bases principiológicas e históricas, para evitar impunidades e arbitrariedades. O que gera uma controvérsia dado a discricionariedade negocial do MP que suplanta os ditames do próprio princípio.

Mazzili (2007) entende que há situação em que a atuação do Ministério Público é discricionária e não vinculada, como a transação penal, no acolhimento do compromisso de ajustamento de conduta, quando opina sobre a venda de bens de incapazes, mas o autor indaga que isso não é exercício de arbitrariedade e disponibilidade de ação, e sim a consequência da livre valoração do interesse público para identificar se há ou não justa causa e materialidade do fato crime, não a disponibilidade para decidir quando deverá desistir de uma ação, isso é vedado na seara penal, mas sim para analisar o interesse público na propositura do pleito.

Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa

penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão (GRINOVER et al, 1996, p.210).

Essas formas de negociação criminal, observadas pelo Ministério Público, são menos polêmicas quando da análise da delação, visto que houve, legalmente, o caráter vinculado do poder negocial do órgão nestas transações, dos crimes em que poderiam ser aplicadas, das medidas à serem observadas, dos impactos sociais que essas as condutas criminosas causam na sociedade (menor potencial ofensivo) e da efetivação das suas medidas, o que geram um questionamento além dessa pesquisa, quer seja, se tais condutas ainda deveriam ser criminalizadas.

Para Vasconcelos (2015, p.21) a partir da análise crítica das tendências de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, explana que:

Pode-se afirmar que a introdução de mecanismos de barganha de modo generalizado (além do espaço constitucionalmente traçado da transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo), autorizando a imposição de sanções sem o respeito às regras do devido processo, deve ser criticada e rechaçada no campo jurídico-criminal pátrio, pois acarreta inevitáveis violações às premissas do processo penal democrático ao distorcer por completo a sua essência fundamental: ser instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Sobre a aceção de sistemas não adotados na processualística penal brasileira, como dito por Pereira (2016) não se pode assimilar a ideia do “*plea bargaining*” do sistema americano do “*commom law*” em países do “*civil law*”. Existem diferenças fundamentais entre os sistemas onde não se permite que o Ministério Público atue uma metodologia baseada em pactos e ajustes, com promessas de vantagens em troca de informações, extrapolando a esfera da pena, visto que a confissão e a colaboração são situações que reduzem o quantitativo da pena na dosimetria, entrando na esfera processual penal com benesses além do legalmente esperado.

Segundo Cambi (2014) o Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da probidade e da moralidade no âmbito

da administração pública, deve combater justamente os aspectos contrários a estes princípios, investigando os corruptos e os corruptores (todos aqueles que se beneficiam), buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como primórdio do regime republicano, não podendo ser condizente com benesses aos infratores dessa norma.

Descreve-se como um procedimento invasor da função julgadora, que não se submete mais exclusivamente à lei, mas à suposta vontade das partes. A decisão acerca da culpabilidade do réu é realizada pelo promotor (a partir de elementos produzidos na investigação preliminar), em violação aos princípios do processo penal (VASCONCELOS, 2015).

Em um direito penal inquisitorial é mais comum um processo sem muitas garantias, com procedimentos sem recursos, sem defesa ou com defesa falha, céleres e com desrespeito às construções históricas principiológicas. Isso porque a intenção desse modelo de direito penal não é retribuir uma infração à norma, mas aplicar uma pena aos “inimigos do povo”, ou como na inquisição: às bruxas, ou na atualidade à causa de todos os males: os corruptos. A nossa legislação do Processo Penal acaba reproduzindo a essência do Código Rocco fascista, não significando que a mesma seja o mais correto a ser aplicada pelo Ministério Público como premissa nos procedimentos do Processo Penal.

“Não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente”: o posicionamento da Suprema Corte

A decisão do Ministro Marco Aurélio, relator na ADI 5.508, que trata da possibilidade de a polícia propor o acordo de delação premiada com ou sem a presença do Ministério Público, asseverou que:

Há de ter-se presente a impossibilidade de negociação daquilo que está legislado. Em outras palavras, a norma fixa as balizas a serem observadas na realização do acordo. Estas, porque decorrem de lei, vinculam tanto a polícia

quanto o Ministério Público, tendo em vista que a nenhum outro órgão senão ao Judiciário é conferido o direito de punir (STF, 2017, p. 21).

De maneira breve, a intenção do Ministro é expor que o agente propositor, quaisquer deles, da delação premiada, se assim definir, deverá negociar aquilo que a lei permite e nos ditames dela, prossegue o Ministro expondo que o poder judiciário é o real detentor do poder de aplicar a benesse ao delator. Tudo aquilo que fora proposto pelo Ministério Público na delação que exorbitem da esfera do art. 4º da lei 12.380/13 “Não obrigam o órgão julgador, devendo ser reconhecida, na cláusula que os retrata, inspiração, presente a eficácia da delação no esclarecimento da prática delituosa, para o juiz atuar”(STF, 2017, p. 21) o que entra em contradição quando da homologação de acordos que exorbitam da esfera legal, como analisado.

O voto do Ministro Edson Fachin na mesma ADI 5.508 apresenta que quando da negociação da delação o Estado abre mão do “*Jus puniende*” para dar tratamento mais benéfico da punição ou não dar tratamento punitivo nenhum, sendo que em ambos os casos essa atribuição corresponde ao órgão julgador, na figura do magistrado, enfatizando que o levante à apreciação desse poder é exclusiva do Ministério Público, onde o mesmo está vinculado a sua propositura, com margem irrisória de disposição. Assim, fica à critério do MP a negociação na delação premiada, sendo que todo o mérito passará a apreciação do órgão julgador. Releva-se notar o descumprimento por parte do Estado, mas que (em tese) foi dirimido no julgamento do HC 127483 Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015:

[...] princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplimento da obrigação por parte do colaborador.

O Ministro Luís Barroso, ainda no julgamento da ADI 5.508 entende que qualquer propositor da delação premiada deverá pautar-se na lei, o

termo é uma sugestão ao judiciário de benesses que poderão ser concedidas pelo Estado.

Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 147).

O Ministro Luís Barroso, ainda no julgamento da ADI 5.508 entende que qualquer propositor da delação premiada deverá pautar-se na lei, e mesmo estando estritamente na legalidade, o termo é uma sugestão ao judiciário de benesses que poderão ser concedidas pelo Estado.

O que se apresenta é uma indisciplina da matéria que poderá ser abordada pelo Ministério Público quando do comprometimento com o delator nas benesses do acordo de delação premiada, visto que nos casos apresentados, embora houvesse extremo desvirtuamento de suas atividades, que conforme os Ministro citado, seriam atinentes ao órgão julgador, quando da apreciação das materiais, as cláusulas foram em grande parte homologadas, permitindo que o Ministério Público exorbitasse de sua função garantidora da ordem jurídica para função de detentor dos direitos e do próprio “*ius puniende*”, corroborado pela aceitação dos magistrados, conforme constado na petição 5244 STF, do Relator Ministro Teori Zavascki.

E sobre a inferência do *plea bargaining*, Buzari (2015, apud STF, 2017, p. 31) explana que o princípio da legalidade, um dos mais caros ao processo penal, não poderia ser substituído por um mero “senso de oportunidade”, algo como ocorre nos Estados Unidos. Trata-se de receio sem sentido, já que as concretizações dos benefícios acordados por meio da colaboração premiada não seriam, como no modelo americano, creditadas pelo Ministério Público, mas sim pelo próprio Tribunal.

Considerações finais

Quando do questionamento dos limites da discricionariedade do Ministério Público, observou-se que pela Constituição Federal e pelas leis construtoras de suas finalidades institucionais, suas funções são pautadas no respeito às garantias processuais e princípios que permeiam o processo penal brasileiro. Infere-se pela doutrina que o Ministério Público se evadiu de uma função meramente demandista para uma função resolutiva, assim, por consequência, seu papel negociador apresenta-se coadunável com essa construção ativista, não sendo questionável se ele tem um poder negocial.

Dessa forma, observou-se que o Ministério Público é um órgão atuante na forma negocial da Delação premiada. Tal ação corrobora o desejo político e social de encontrar solução para os males sociais causados pelos desvios provocados pelas organizações criminosas. Constatada a indefinição de atribuições do Ministério Público, indagou-se da sua discricionariedade perante o processo, notadamente nos procedimentos de delação premiada, que por lei, atribuem ao órgão uma conotação fervorosa de apelo negocial.

Assim, obteve-se que o Ministério Público possui certa discricionariedade que é intrínseca a sua função de órgão acusador, no sistema processual acusatório, de aferição da relevância da materialidade e justa causa para a propositura da ação, mas entendemos que a ela não é factível para o órgão dispor irrestritamente da propositura ação penal pública e do perdão judicial como afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e da delimitação do sistema acusatório que separa as funções de julgador e acusador em órgãos distintos.

No mesmo raciocínio entendemos que como agente estatal, o Ministério Público deverá observar os princípios atinentes aos representantes da administração pública, com destaque para o princípio da legalidade, devendo ele agir de acordo com os ditames legais. Assim, entendemos que atribuições que definem a pena, o regime de cumprimento da pena ou faça conglobações de institutos materiais penais em busca da satisfação do

termo de colaboração sejam incompatíveis com o papel de garantidor da ordem jurídica assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro e assumem, sobremaneira, a construção de um órgão acusador com funções julgadoras, típicas do sistema inquisitorial. Assim entendemos que a assunção de um sistema negocial irrestrito, ou com poucas delimitações, como o sistema do “*plea bargaining*” americano seja incompatível com a sistema normativa nacional, pois como dito, não se pode absorver um instituto do “*commom law*” na sistemática do “*civil law*” sem as devidas adequações normativas.

Dessa forma, concluímos que o Ministério Público possui limites na barganha das negociações na delação premiada, limitadas à margem de discricionariedade que não adentre na esfera do julgador, em que cabe à lei definir os limites de atuação do órgão no procedimento da delação, dada a insuficiência constatada na Lei 12.380/13, pois desta forma será possível assegurar estas funções em órgãos distintos na premissa de afastamento do sistema inquisitório, não cabendo às Resoluções do próprio órgão definir a manutenção da atuação do órgão de forma arbitrária sem a base definida em lei.

Entender a atuação do Ministério Público e aplicá-la nos procedimentos de delação premiada farão com que o instituto seja mais garantista e justo. Sua indefinição conceitual e de prerrogativas o tornam modelável, no entanto, deverá ser construída em respeito as garantias presentes na Constituição da República de 1988, que são garantias que ajustam o sistema processual penal acusatório e que se não forem observadas, farão surgir novamente um sistema predominantemente inquisitorial, caindo por terra os anseios democráticos da carta magna brasileira.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: **Anais do XVI Congresso Nacional do Ministério Público “Ministério Público e Justiça Social”**, 2005, pp. 609-617.

- ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17-59.
- BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>>. Acessado em: 14 jul. 2017.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016, p. 381.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8137 de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 28. dez. 1990.
- BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 4 mar. 1998.
- BRASIL. Lei nº 9807, de 13 de julho de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 14 jul. 1999.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 23 ago. 2006
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 01 dez. 2011.
- BRASIL. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 10 jul. 2012.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília-DF, 03 ago. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC nº127.483-PR. Plenário, Relator: Ministro Dias Toffoli. Data da decisão **DJE**: 27 ago. 2015.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. **Revista do CNMP**, n. 4, p. 11-44, 2014.

CANOTILHO, J. J.; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2017. p. 133-171.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Monique Julien. A origem do Ministério Público e sua atuação no direito comparado. **Revista jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 02, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: Delação premiada. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 2015.

KERCHE, Fábio. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. **Dados-Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007.

KUDO, Mirella Marie. **Justiça criminal negocial: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do processo penal democrático**. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Paper_Mirella_Kudo.pdf. Acessado em: 12 fev. 2018

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

LIMA, Márcio Barra, A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. *In*: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATOS, Thyego de Oliveira. **Ministério público resolutivo, negociação e mediação:** apontamentos sobre a efetividade da atuação ministerial a partir de seu novo perfil constitucional. Disponível em: <https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/70.pdf>. Acessado em: 27 nov. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 806, p. 464-471, nov. 2002.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Anderson Lodetti. Ministério Público e processo acusatório: por uma ética constitucionalista no processo penal. **Sequência**, Santa Catarina, v. 23, n. 45, 2002.

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

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE- ADI nº 5508. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Supremo Tribunal Federal**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipojulgamento=M>. Acesso em: 22 jun. 2018.

STF. **Petição 7074. DF. RELATOR: Ministro Edson Fachin**. Supremo Tribunal Federal. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>. Acessado em 26 jun. 2018.

TASSE, Adel El. Delação Premiada: Novo Passo para um Procedimento Medieval. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 5, jul-dez, 2006, p. 274.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

**Acesso jurídico à autocomposição:
um estudo a respeito das desigualdades de gênero e suas
implicações nas demandas cíveis do CEJUSC de Arcoverde**

Maria Clara de Souza Soares
Solon Ivo Cordeiro Neves de Almeida

Introdução

A partir da noção de democracia e Estado Democrático de Direito busca-se a compreensão do acesso à justiça pública por meio da perspectiva de gênero. O presente estudo analisou desde o início da prestação jurisdicional, individualista e com caráter liberalista dos Estados modernos dos séculos XVIII e XIX, passando pelo período pós-guerras mundiais ao qual a prestação jurisdicional inovou o viés reconhecendo a tutela jurisdicional como um direito fundamental e, conseqüentemente, como aspecto extensivo do conceito de cidadania.

Dessa forma, dentre as principais bases teóricas tem-se, essencialmente, Cappelletti e Garth (1988) cuja obra “Acesso à Justiça” trouxe novos panoramas, incluindo as três ondas do acesso à justiça. A primeira com relação à expansão da tutela jurisdicional para com as camadas mais pobres, a segunda relacionada à incorporação dos interesses difusos, conforme os de grupos sociais mais vulneráveis. Já a terceira engloba a ideia de autocomposição. E é a partir da perspectiva desta que o presente artigo procurou averiguar as diferenças de gêneros e analisar a realidade das demandas oriundas do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e

Cidadania (CEJUSC) de Arcoverde/ PE, examinando como se comportam as divergências de acesso à justiça relacionadas a problemas e a aspectos estruturais simbólico-culturais que dificultam a incorporação da igualdade material a ambos os gêneros, e portanto, perpetuando uma exclusão social.

No entanto, ressalva-se que este trabalho não objetiva considerar os CEJUSCs como órgãos plenamente eficazes no tratamento de demandas femininas, visto que o elevado grau de complexidade em termos de desigualdade de gênero e de acesso à justiça no contexto nacional implica em necessidades jurídicas diferenciadas entre as próprias mulheres. Nesse sentido, pretende-se demonstrar as contribuições locais do CEJUSC no contexto específico da comarca de Arcoverde, sem necessariamente expandir os resultados, posteriormente expostos, como espelhos da realidade nacional.

Tem-se como problemática de pesquisa a seguinte pergunta: De que forma a autocomposição contribui para a igualdade de gêneros e o acesso da mulher ao judiciário a partir da comarca de Arcoverde/PE? A problemática de pesquisa surgiu a partir da inquietação com as desigualdades de gênero sociais e qual o papel do Sistema Judiciário nesse sentido. Dessa maneira, estrutura-se também o objetivo geral do presente estudo consiste em investigar de que forma a autocomposição contribui para a igualdade de gêneros e o acesso da mulher ao judiciário a partir da comarca de Arcoverde/PE.

Assim, faz-se necessário refletir a partir dos seguintes objetivos específicos, inicialmente sobre o acesso da mulher à esfera pública, para uma análise do aspecto histórico de lutas por direitos para as mulheres; a partir dessa noção, seguir para uma compreensão ao direito fundamental de acesso à justiça por meio da autocomposição de conflitos em face da cultura da judicialização, e, por fim, analisar os dados colhidos no Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da comarca de Arcoverde/PE, buscando a partir destes dados explicitar as desigualdades de gênero existentes nas demandas cíveis do sertão pernambucano.

A metodologia tem como nível de conhecimento científico a área processual crítica, cuja enveredando pelo método indutivo, pois buscou-se a partir dos dados obtidos aferir conclusões acerca das dessemelhanças entre gêneros. A abordagem do presente trabalho se estrutura de forma mista, tendo em vista que houve a coleta de dados no CEJUSC, bem como, houve respaldo em contribuições bibliográficas e documentais. O tipo de pesquisa utilizado foi exploratório.

Marcas da desigualdade de gênero no espaço público

O pleno exercício da democracia tangencia de forma contundente o acesso à justiça, tendo em vista que tal acesso significa não só um direito, mas um direito a ter direitos. Compreendido sob o viés de um direito fundamental, como afirma Cappelletti e Garth (1999, p. 12), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Dessa forma, essa efetiva prestação jurisdicional precisa ser analisada através de uma perspectiva de gênero, de maneira que obtenha um enfoque ampliado do exercício da cidadania.

Nos países colonizados o não acesso das minorias sociais à vida pública foi uma das ferramentas utilizadas para a perpetuação da exclusão social. Como reflete Butler (p.19, 2003) “a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento.”, ou seja, as estruturas jurídicas servem como ferramenta para legitimar as exclusões, exemplo disso é a própria análise histórica acerca do sufrágio feminino e da sistemática jurídica:

No séc. XIX, enquanto na América do norte e na Europa já havia novidades acerca do direito ao voto feminino, revoluções, acesso à justiça pelos menos favorecidos e etc., no Brasil ainda havia a dependência de serviço escravo.

Nesta época, os tribunais, durante boa parte da história do império e nos primeiros anos de república, eram conhecidos como um meio de exclusão social, pois apesar da função ser pacificadora, esta era voltada quase que exclusivamente para os senhores feudais e grandes empresários da época. (PAULICHI; SALDANHA, 2016, p.6)

No Brasil, a conquista da cidadania formal pelas mulheres se deu apenas a partir da Constituição de 1988, graças ao êxito de movimentos feministas que já vinham atuando em busca de avanços normativos com conquistas lentas e árduas, exemplo disso é a luta pelo sufrágio feminino que teve início em 1910, mas só foi constitucionalmente efetivada a partir da Constituição de 1934, ou seja, foram 24 anos de lutas. (SALIBA; SANTIAGO, 2016).

O compromisso real com o Estado Social e Democrático de Direito somente se tornou realidade a partir da referida constituição, que contou com pluralidades políticas-ideológicas em tom de compromisso com o progresso, podendo ser considerada como a mais democrática e avançada na história brasileira. (SARLET, 2017). Entretanto, o tardio avanço normativo não foi suficiente para suprir as demandas relativas às diversas desigualdades de gênero presentes.

A igualdade formalística por si só não foi suficiente para suprir as marcas da opressão, desigualdade e discriminação de gênero, pois a persistência dos processos discriminatórios resultou numa situação de desvantagem estrutural, motivo pelo qual uma igualdade meramente procedimental pode ser considerada também como meio para perpetuação das disparidades sociais. (MOREIRA, 2017).

Dessa maneira, é importante perceber que apesar das desigualdades jurídicas subsistentes na legislação serem ínfimas, o legado dos longos anos de discriminação legitimada ainda perdura, afinal, inúmeras foram as normatizações nesse sentido. No plano dos direitos civis, até 1962 a mulher casada era considerada relativamente incapaz, necessitando da autorização do marido para exercer os mais elementares direitos, como o de trabalhar; até 1988, as mulheres casadas ainda eram consideradas

colaboradoras do marido, competindo a eles a direção da sociedade conjugal. No que se refere aos direitos trabalhistas, até o final da década de 1970, a lei, sob a rubrica da “proteção”, impedia a entrada da mulher em amplos setores do mercado (BARSTED; PINTANGUY, 2011).

Como consequência, têm-se um cenário paradoxal no qual apesar da população feminina representar mais da metade da população brasileira, segundo os dados do Pnad/IBGE, 2011 (51,5%, ou 100,5 milhões), é franca minoria nos mais diversos e valorizados âmbitos da vida social. Conforme censo realizado pelo IBGE relativo às Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil, em 2017, a proporção de mulheres em cargos ministeriais equivalia a apenas 7,1% do total. Disparidade evidente também quando há a comparação da Participação das mulheres nos cargos gerenciais, com indicação do coeficiente de variação, segundo características selecionadas (2012) e a proporção de mulheres em todo território nacional reflete a mera taxa de 36,8% do total.

Sendo assim, compreendendo que os sistemas normativos não são neutros, e, meras mudanças na legislação são insuficientes quando não há mudanças estruturais na sociedade e nos operadores do direito, o acesso à justiça pela mulher atravessa empecilhos mais profundos que os do âmbito normativo-formal. O acesso real é circunscrito às assimetrias do posicionamento social, inclusive quanto ao autorreconhecimento como sujeito de direitos, questão que vai além dos aspectos sociais e culturais e perpassa esferas envolvendo o meio público, status social, bem como questões relativas à educação, também demarcada pela desigualdade entre gêneros.

Autocomposição de conflitos em face da cultura da judicialização

A relação entre a sociedade e os mecanismos estatais de prestação jurisdicional é caracterizada pela mudança de paradigma entre a autotutela privada dos conflitos e a concepção de acesso público à justiça. Diante da hierarquização da sociedade o Estado tomou para si a tutela dos

conflitos, na medida em que as sociedades foram ganhando a forma de exércitos com classes, castas e hierarquias (ZAFFARONI, 2013).

Nesse sentido, foi instituído pelo Estado moderno a noção de uma Justiça Pública, que passou a exercer, com monopólio, não somente a definição do que viria a ser direito, mas também a sua aplicação diante dos casos concretos. Como observa Theodoro (1997, p. 40), a jurisdição estabeleceu-se “como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

Essa ideia de jurisdição foi aplicada nos estados liberais modernos do século XVIII e XIX baseada substancialmente em uma filosofia individualista de direitos. “A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção” (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 09). Assim, as grandes promessas da modernidade surgiram em um espaço baseado em um modelo individualista, característico de um modelo de produção centrado no capital e no mercado.

É somente durante o século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, que a tutela jurisdicional se volta efetivamente para a congregação do acesso à justiça como um direito fundamental a ser reconhecido pelos Estados. Com o surgimento dos Direitos Humanos houve uma extensão da cidadania a novas dimensões de posição social, contribuindo para o debate no que tange a necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo para minorias historicamente marginalizadas, como mulheres, negros e homossexuais.

Nesse contexto, a questão do acesso à justiça ganha relevante destaque no cenário mundial tendo como uma de suas principais bases teóricas a contribuição de Cappelletti e Garth (1988) sobre o tema. Os referidos autores tratam do acesso à justiça através de “três ondas” sucessivas que contribuíram para o acesso efetivo à justiça ao longo da evolução da

prestação jurisdicional. A primeira delas diz respeito à expansão da prestação jurídica às camadas mais pobres. A segunda abarca a incorporação dos interesses difusos, sobretudo os oriundos de grupos sociais mais vulneráveis. Já a terceira engloba a ideia de autocomposição dos conflitos judiciais que, conforme Santos (2011, p.31), “procura expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça”.

Ao deslocar o tema para o Brasil nota-se que as três ondas somente se efetivam de fato com a atual Constituição de 1988. Isto se dá, dentre outros motivos, devido a uma cidadania construída de modo cronologicamente diverso dos Estados europeus. No Brasil houve “pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros (civis, políticos e econômicos), a segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos” (CARVALHO, 2006, p. 12, grifos nossos).

Apesar dessa questão, os movimentos sociais brasileiros, sobretudo os da década 70 e 80, não estiveram alheios ao contexto global. No que tange mais especificamente à figura feminina, percebe-se que “a articulação interna de diferentes grupos de mulheres e feministas somaram forças decisivas para lutar contra o déficit histórico no acesso à justiça e à cidadania que afeta as mulheres em todo o País” (PASINATO, 2015, p. 408).

Os movimentos feministas que insurgiram no país buscavam contestar a lentidão no que diz respeito à evolução dos direitos das mulheres no histórico constitucional brasileiro. As primeiras constituições eram omisssas ou insuficientes em relação à direitos civis, políticos e sociais das mulheres (SARLET, 2017). Somente a partir de 1932, com o direito ao voto concedido pelo Código Eleitoral a partir de 21 anos, que de fato iniciou-se o reconhecimento da cidadania feminina. A constituição de 1934 reforça essa previsão, diminuindo a faixa etária de 21 para 18 anos. No entanto, na virada dos anos 70 aos 80 evidencia-se retrocesso na conquista de direitos pela sociedade civil como um todo perante o Estado, devido à desconfiança que surgia em um espaço autoritário inacessível a novos atores sociais.

Se as “três ondas cappelletianas” não faziam parte da bandeira do acesso à Justiça na virada dos anos 70 para os 80, na segunda metade dos anos 80 começaram a se tornar alvo de discussão e de efetivação legal, particularmente na Constituição de 1988, que tornou o acesso à Justiça um princípio constitucional, consagrando a inafastabilidade do controle judicial. Conforme previsão do art. 5º, XXXV, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A primeira onda cappelletiana encontra previsão constitucional no art. 5º, LXXIV, o qual estabelece “a assistência judiciária integral aos necessitados”. Para atender essa demanda houve a elevação da Defensoria Pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados” (art.134). Conforme Santos (2011, p. 32) a defensoria pública acumula diversas vantagens, dentre elas há a “diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos”.

A segunda onda insere-se na constituição de 1988 especificamente por meio de outra instituição, o Ministério Público, incumbindo-lhe atribuições para a defesa dos interesses coletivos e difusos da sociedade. Além disso, destaca-se no campo social o surgimento no início da década de 90 dos Conselhos e Coordenadorias de Defesa dos Direitos das Mulheres, que possui entre suas competências o acompanhamento e monitoramento dos serviços públicos de atendimento disponíveis, compostos de forma paritária, com representantes do poder público e da sociedade civil, provenientes principalmente dos movimentos de feministas. Além disso, destaca-se a importância de leis infraconstitucionais que contribuíram para o reconhecimento prático das mulheres como sujeitos das políticas públicas.

Finalmente, no que tange a terceira onda no Brasil, percebe-se que o acesso à justiça baseado na constituição de 1988 vai além da simples prestação jurisdicional, transcendendo o acesso ao poder judiciário. Nesse sentido há o estímulo à resolução dos conflitos por meio da

autocomposição, destacando-se a previsão do novo Código de Processo Civil em seu art. 3º, § 3º, dispondo que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A importância da conciliação, da mediação e de outros meios de autocomposição diz respeito à possibilidade de serem “porta de saída” diante de um cenário brasileiro caracterizado por um contencioso judicial que tem se mostrado ineficaz. A morosidade de resolução das demandas, as custas processuais, a falta de informação, o formalismo excessivo – apesar de ter sido atenuado com a vigência do novo Código de Processo Civil – e um linguajar hermético de parte dos operadores do direito são alguns dos problemas que dificultam a efetiva prestação da tutela jurisdicional no que tange seu sistema contencioso. Conforme Zanferdini (2012, p. 251) o Brasil convive com “o Judiciário, abarrotado de processos e incapaz de prestar justiça de qualidade em prazo razoável, tem enfraquecida sua legitimidade como Poder, passando a ser alvo de ataques constantes da opinião pública”.

Para se ter ideia desse cenário, nota-se que, segundo dados do “Relatório Justiça em Números 2018” realizado pelo CNJ, o tempo médio para proferir uma sentença em sede de primeiro grau nas varas de conhecimento na Justiça Estadual em 2017 foi de dois anos e seis meses. No âmbito da Justiça Federal, o tempo foi de dois anos e quatro meses. No que tange o tempo médio nas varas de execução de primeiro grau na Justiça Estadual, contabilizam-se seis anos e quatro meses, dando-se a mesma estimativa para com as varas de execução de primeiro grau na Justiça Federal.

Tais problemas do contencioso jurídico relacionam-se com a sociologia das ausências em Santos (2011). Há uma procura suprimida, uma demanda potencial na procura efetiva dos tribunais. Intimidação, linguagem, maneira cerimonial, edifícios esmagadores, labirínticas secretarias, entre outros exemplos característicos dos tribunais, dificultam que a

sociedade realmente tenha a sensação de alcançar a justiça ao longo dos processos.

No que tange as mulheres a questão se agrava, pois somado ao desconhecimento, descrença, mercantilização, distanciamento e pobreza está o tratamento desigual dispensado às mesmas na sociedade, que reflete no acesso desigual destas e dos homens à justiça. O Judiciário enquanto poder historicamente masculino, ainda não incorporou adequadamente a especificidade de gênero em seus julgados; e, em muitos casos, continua perpetuando uma visão estereotipada e preconceituosa sobre os papéis femininos e masculinos na sociedade.

Todos os problemas citados ainda se agravam devido a uma “cultura do contencioso” (REIS; SILVA, 2016, p.71) operante no cenário jurídico brasileiro. O processo civil brasileiro, bem como o da própria cultura ocidental, convive com a ideia de que “todo e qualquer desgosto, ainda que cotidiano e passível de resolução mediante simples diálogo, deva ser apresentado ao Judiciário” (REIS; SILVA, 2016, p. 70). Assim, há o costume de converter conflitos em litígios, até mesmo em casos que poderiam ser melhores e mais efetivamente resolvidos por meio da autocomposição.

Fato é que se o acesso à justiça não for interpretado de forma coerente com a realidade judiciária atual, torna-se impossível alcançar a pacificação social que a jurisdição contemporânea almeja. Trazendo novamente à tona o pensamento de Santos (2011), percebe-se a necessidade de que haja o fomento à resolução alternativa de conflitos feito pelo próprio poder judiciário, configurando assim uma sociologia das emergências como experiência promissora de acesso democrático aos direitos e à justiça. Como observa Vitovsky (2016, p. 194) “Boaventura propõe fazer uma sociologia das ausências, identificando os litígios invisíveis ou invisibilizados pelo sistema, e uma sociologia das emergências, que permite captar iniciativas inovadoras de acesso à justiça”.

Diante desse cenário, os meios de resolução consensual de conflitos voltam às pautas de juristas e do Judiciário enquanto métodos capazes de contribuir para a concreção da cidadania com o compromisso de divulgar

uma justiça democrática. Assim, ao abordar novos paradigmas os indivíduos passarão a ter como parâmetro básico a solução privada de controvérsias, adotando uma visão muito mais voltada para as relações interpessoais do que para critérios meramente formais.

Faz-se necessário que haja uma ruptura da “cultura do contencioso” rumo a uma cultura de autocomposição, permitindo que os sujeitos decidam de forma eficaz e coerente a sua realidade. Dessa forma, a democracia participativa, bem como a cidadania, harmoniza-se com os métodos adequados de resolução de conflitos, motivo pelo qual, na busca pela mudança de mentalidade, os referidos métodos devem ser difundidos, no intuito de combater o descompasso atual entre os instrumentos processuais disponíveis e a solução efetiva dos litígios.

Centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSCS): uma resposta ao contencioso jurídico

Com o intuito de expandir o atendimento jurídico à sociedade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desenvolveu a Resolução 125/2010 – posteriormente reforçado pelo art. 165 do Código de Processo Civil – que dispõe a respeito da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Através de tal medida, o CNJ objetiva aprimorar, estimular e desenvolver novas práticas no que se refere às políticas de autocomposição para o acesso à justiça.

Em seu art. 8º, *caput*, a presente resolução estabelece que

Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Nesse sentido, todas as conciliações e pré-conciliações processuais seriam de responsabilidade dos CEJUSCs. Além disso, demandas já distribuídas também poderão ser encaminhadas para os Centros com o

intuito de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações de qualidade.

Segundo dados do “Relatório Justiça em Números 2018”, na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2017, 982 CEJUSCs instalados. Esse número tem crescido ano após ano. Em 2014 eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016 o número de unidades aumentou para 808 e em 2017 chegou a 982. Atualmente, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) conta com dezessete Centros que, dentre eles, inclui-se a comarca de Arcoverde no Sertão Pernambucano, o qual é o foco da pesquisa de campo deste trabalho.

Quanto às sentenças, observa-se que na Justiça Estadual em 2017 foram 12,1% sentenças homologatórias de acordo, valor que vem crescendo nos dois últimos anos - em 2015 era de 11,1% e em 2016, 11,9%. Na fase de execução as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2017, a 6,0%, e na fase de conhecimento, a 17,0%.

Tendo em vista este cenário, primando pela informalidade, celeridade e pronto atendimento ao tratamento dos conflitos dos cidadãos, os CEJUSCs se mostram como uma política judiciária necessária em face de um contencioso jurídico caracterizado de maneira diversa: excesso de formalismo, morosidade e uma burocracia desmedida, como fora destrinchado no tópico anterior. Por meio das atividades de tais Centros, há o foco na diminuição do número de litígios em curso perante o Poder Judiciário, com uma maior satisfação das partes envolvidas e com a prevenção de novos conflitos.

No que tange especificamente à mulher, observa-se que o contexto histórico brasileiro é marcado por políticas públicas voltadas, sobretudo, para o combate a violência de gênero, envolvendo assim a justiça criminal. Diante dessa realidade, os direitos civis são um pouco menos debatidos e questionados. Daí a importância dos CEJUSCs para com tal questão, apresentando-se como importante porta de tutela de direitos civis da mulher, dando maior autonomia para sua capacidade de resolução de conflitos.

Análise da atuação feminina no espaço público jurisdicional do sertão pernambucano

Para que se tenha uma melhor compreensão sobre a relação entre os meios alternativos de resolução de conflitos e as demandas que envolvem a mulher, será apresentada uma pesquisa de campo realizada no CEJUSC da comarca de Arcoverde. O presente estudo objetivou analisar os índices de acesso da mulher aos meios de conciliação fornecidos pelo órgão na comarca através de duas perspectivas: 1. Demandas que envolvam questões de família (alimentos, separação, divórcio, guarda, etc); 2. Demandas genéricas /Outros (revisões contratuais, reintegração de posse, ações ordinárias com tutela antecipada, etc).

O recorte se justifica devido às demandas que envolvem família ocuparem o quinto lugar entre as demandas mais recorrentes no Tribunal de Justiça de Pernambuco, correspondendo a 853.049 (1,68%) do total de processos em 2017 segundo o “Relatório Justiça em Números 2018” do CNJ; bem como pelo fato das demandas de família estarem ligadas ao histórico de tradição, submissão relacionadas ao histórico de dominação sobre o corpo das mulheres e qual papel ocupam na sociedade. (BUTLER, 2003).

A pesquisa se deu através da coleta de dados judiciais (oriundo das varas cíveis da comarca) e extrajudiciais (não oriundos das varas cíveis da comarca) entre os meses de Fevereiro e Agosto de 2018, dividindo-se entre casos que resultaram em conciliação, os que não obtiveram o mesmo êxito (não conciliados) e casos frustrados, isto é, aqueles em que uma ou ambas as partes não compareceram à sessão de conciliação.

Posto isso, no que tange demandas oriundas judicialmente, segue-se as seguintes tabelas.

FAMÍLIA							
	Fevereiro	Março	Abril	Maiο	Junho	Julho	Agosto
Total de casos investigados no CEJUSC	10	38	78	56	23	36	16
Total de casos investigados no CEJUSC com conciliação	7	13	45	38	8	12	10
Total de casos investigados no CEJUSC sem conciliação	2	13	15	9	7	4	2
Total de casos frustrados	1	12	18	9	8	20	4
Total de casos com mulheres requerentes	5	20	58	35	14	20	11
Total de casos conciliados com mulheres requerentes	3	8	39	26	6	4	7
Total de casos sem conciliação com mulheres requerentes	1	8	10	5	3	3	2
Casos frustrados com mulheres requerentes	1	4	9	4	5	13	2

OUTROS (Demandas relativas à indenização por danos morais e materiais, reintegração de posse, revisão contratual, ações ordinárias com tutela antecipada, etc)							
	Fevereiro	Março	Abril	Maior	Junho	Julho	Agosto
Total de casos investigados no CEJUSC	15	27	42	43	28	27	33
Total de casos investigados no CEJUSC com conciliação	0	4	5	20	1	1	0
Total de casos investigados no CEJUSC sem conciliação	11	14	21	14	12	14	10
Total de casos frustrados	4	9	16	9	15	12	23
Total de casos com mulheres requerentes	7	15	17	13	12	11	20
Total de casos conciliados com mulheres requerentes	0	14	4	1	0	0	0
Total de casos sem conciliação com mulheres requerentes	5	8	8	7	7	2	6
Total de casos frustrados com mulheres requerentes	2	6	5	5	5	9	14

Foram totalizadas 472 demandas. Destas aproximadamente 54,44% (257) envolvem família, enquanto aproximadamente 46,56% (215) referem-se a questões genéricas. Além disso, do total de demandas aproximadamente 54,66% (258) possuem requerentes mulheres,

demonstrando que as mesmas são as que mais buscam os serviços fornecidos pelo CEJUSC em Arcoverde. Destas, a grande maioria, 63,17% (163), referem-se a demandas de família, enquanto 37,83% (95) a questões genéricas.

Sobre tal situação é importante tecer reflexões. Como já visto, a autocomposição, enquadrada na terceira onda de Cappelletti e Garth, auxilia o acesso à justiça pela facilidade de ingresso ao judiciário, principalmente quando se fala nas demandas espontâneas, mas também por reduzir problemas como a morosidade de resolução das ações, as custas processuais e formalismo excessivo, características processuais do contencioso judicial. Verifica-se, assim, maior facilidade de acesso jurisdicional pela população feminina, com uma procura amplamente maior em ações de família (63,17%), corroborando a ideia da vinculação da mulher à seara privada.

Desde os tempos mais remotos, da sociedade constituída politicamente, as sociedades que pensam o político – na Grécia Antiga, a mulher já era subjugada e submissa ao homem, aos detentores do conhecimento e da política. Legado transmitido à civilização Romana, que por sua vez aprofundou essas desigualdades de gênero. Não bastasse esta dominação ascendente, **com a criação da instituição familiar como membro nuclear da sociedade política, tem-se o cerceamento da sexualidade feminina devido à necessidade econômica de apropriação e controle sobre a transmissão por herança dos bens de família, tendo em vista que esta (a mulher, esposa, mãe, obediente e submissa) estava relegada ao espaço privado, mais que isto, espaço doméstico**, ao contrário do homem, que adquiriu um espaço público de privacidade, onde não é retirada a sua livre e espontânea atividade sexual e afetiva, demonstração de sua virilidade. (SILVA; SPAREMBERGER, 2012, p. 227, grifos nossos).

É importante estar atento e analisar criticamente os dados apresentados aqui, deixando sempre claro que não se pretende por meio desta pesquisa esgotar as interpretações acerca dos dados colhidos. Contudo, faz-se necessário averiguar a perpetuidade da mulher à situação de dominação e repressão que a mantém dentro do âmbito privado, da esfera familiar, tanto é que não se constata dentro das demandas denominadas por

“outros” (demandas não relacionadas à esfera familiar) expressiva participação feminina em requerer os próprios direitos.

No mês de fevereiro obteve-se 25 demandas (2,11% do total) sendo 48% delas (12) com requerentes mulheres. O destaque está no índice de conciliação apresentado nas demandas de família no mês, 70% do total. Porém, os casos genéricos não obtiveram nenhuma demanda conciliada, sendo de 73,33% o índice de não conciliação em relação aos 15 casos apresentados. Entre todos os meses, fevereiro foi o que apresentou o menor número de casos, o que era de ser natural, dado que o funcionamento do CEJUSC na comarca de Arcoverde iniciou-se no referido mês. Além disso, o baixo índice de conciliação também pode ser justificado devido à ausência de experiência anterior dos conciliadores.

Março contabilizou 65 demandas (13,77% do total) com 53,84% (35) requeridas por mulheres. Com relação ao mês anterior houve um aumento considerável no número de casos, tanto em relação ao total de demandas como em relação ao número de mulheres que demandaram. Destaca-se o forte equilíbrio no âmbito das demandas familiares entre o número de casos conciliados (13), não conciliados (13) e frustrados (12). Por sua vez, no âmbito das demandas genéricas esse mesmo equilíbrio não foi encontrado, uma vez que 51,85% (14) das demandas não obtiveram conciliação.

Abril obteve o maior número de casos entre os meses analisados: 120, o correspondente a 25,42% do total contabilizado. Destes, 62,5% (75) são de demandas com mulheres requerentes, sendo esse índice considerado também como o maior entre os meses analisados. Aqui, assim como no mês de fevereiro, há uma disparidade notória entre o índice de conciliação nas demandas de família e nas demandas genéricas, aquelas correspondem a 57,69% em relação aos 78 casos totalizados em seu âmbito, enquanto estas contabilizam apenas 11,9% (5) do total de 42 casos.

O mês de maio, apesar de ter decaído no número de casos judiciais direcionados ao CEJUSC em relação ao mês anterior, ocupa a segunda posição entre os meses analisados. Apresentando um total de 99 demandas, o que equivale a 20,97% do todo, sendo 48,48% (48) com

mulheres requerentes. O índice de conciliação novamente se mantém alto nas demandas familiares, com 38 casos conciliados, sendo que 68,42% (26) possuem requerentes mulheres. No que se refere às demandas genéricas, o número de casos não conciliados corresponde a 14, 32,55 % do total de casos nesse âmbito, revelando disparidade entre ambos contextos.

O mês de junho apresentou um considerável decréscimo do número de demandas judiciais no CEJUSC, 51 casos o que corresponde a 10,8% do total. É o segundo mês com menor número de demandas, perdendo somente para fevereiro. Destes, 26 casos são de mulheres requerentes equivalendo a 50,98%. Entre todos os meses expostos até aqui, Junho é o único que apresenta o mesmo número de demandas de família conciliadas e frustradas (8 cada) com um índice de não conciliação correspondente à 30,43% dos casos (7). As outras demandas seguem a regra de baixo índice de conciliações.

Em julho houve um leve aumento, porém não tão vistoso quando há a comparação com os meses de março e abril. Constatou-se no referido mês 13,34% dos casos (63) e apenas 31,7% (20) com requerentes mulheres, demonstrando o menor percentual feminino entre todos. Isto se deu, principalmente, pela total ausência de demandas genéricas pelo público feminino no mês. Além disso, nas questões de família o índice de conciliação com mulher requerente fora muito abaixo, correspondendo a 20% (4) do total.

Por fim, em agosto, observa-se queda no número de demandas totalizando-se 49, isto é, 10,38% do total. O número de mulheres que demandaram foi de 31, correspondente a 63,26%, demonstrando assim, crescimento em relação ao mês anterior que apresentou o menor índice. Os casos conciliados nas demandas de família foram 10 dos 16 apresentados, diferentemente dos casos genéricos em que não houve conciliações no mês.

Mudando a perspectiva da análise, segue-se agora à apresentação dos resultados obtidos através das demandas espontâneas que vão diretamente para o CEJUSC de Arcoverde.

Demanda espontânea (Não derivada das varas)		
	Família	Outros
Total de casos investigados no CEJUSC	114	9
Total de casos investigados no CEJUSC com conciliação	90	4
Total de casos investigados no CEJUSC sem conciliação	5	2
Total de casos frustrados	19	3
Total de casos com mulheres requerentes	82	6
Total de casos conciliados com mulheres requerentes	65	4
Total de casos sem conciliação com mulheres requerentes	2	1
Total de casos frustrados com mulheres requerentes	15	1

Totalizou-se 123 casos, sendo a esmagadora maioria de 92,68% (114) referentes a demandas de família. Assim como nas demandas oriundas das varas, o número de requerentes mulheres também é superior ao de homens, correspondendo à 71,54% (88). A incidência feminina novamente se dirige majoritariamente às demandas de família, o que

corresponde a 93,18% de incidência em tal público. Os índices de conciliação também são altos contabilizando 76,42%, com vistosa vantagem em relação aos casos não conciliados e frustrados.

Destarte, perante a apresentação minuciosa sobre todos os dados colhidos, incluindo as demandas espontâneas (extrajudiciais) e as advindas do judiciário pode-se fazer uma dupla análise sobre os dados colhidos.

A primeira dedução refere-se ao fato da alta possibilidade de resolução do conflito, na seara familiar, por meio da autocomposição, principalmente nas demandas extrajudiciais (76,42%). Embora com percentual inferior, as demandas judiciais requeridas por mulheres, também no âmbito familiar, apresentam ainda um alto índice conciliatório (57,05% - 93 casos), isso demonstra um bom indicativo de satisfação relativo à autocomposição, de forma que atue sendo um facilitador para a mulher atingir a plenitude do acesso aos seus direitos, sobretudo à justiça.

A segunda reflexão é relativa ao alto índice de mulheres buscando a justiça para resolução de conflitos familiares, em contraposição às demais demandas (“outros”), o que apesar de ter a ressalva quanto ao fato de que essas demandas genéricas serem de forma mais comum objeto de litígio os quais não há a cultura da resolução por autocomposição (justificando a maioria esmagadora das demandas espontâneas ser relativa à casos de família e não demandas genéricas). Ainda assim, percentualmente verifica-se que quando proporcionalmente comparadas os pleitos de família pela população feminina atinge um percentual de 57.01% (65), enquanto sobre os mesmos termos, o percentual em ações genéricas é de apenas 44.4% (4). Situação semelhante nas causas oriundas das varas, as quais também comparadas relativamente ao requerimento das mulheres, constatou-se que das 257 demandas somadas durante o período analisado, 163 (63,42%) foram movidas por mulheres, em contraponto, dos 215 pleitos genéricos apenas 95 (44,18%) tiveram mulheres como requerentes.

Essa diferença entre gêneros pode ser entendida como uma constatação da perduração da redução da mulher ao âmbito privado, ou mesmo quando público - como à esfera jurídica- eminentemente vinculado ao

aspecto reprodutivo, familiar, remetendo as relações de poder entre os sexos (Scott, 1990).

O emprego do conceito de gênero na análise política parte da constatação do status subordinado das mulheres ao longo da história (Faccio, 1999). O conceito também reporta às bases patriarcais de poder nos domínios da vida pública e privada; âmbitos nos quais sistemas de crenças e ideologias delimitam direitos, deveres e condutas para cada sexo, legitimam a ordem social estabelecida e justificam a supremacia dos homens e do masculino (PULEO, 2004 apud PRÁ, 2004, p. 174).

Considerações finais

A desigualdade de gênero é marcante na construção e efetivação de direitos nos contextos brasileiros e mundiais. Apesar dos notórios avanços constitucionais no que tange a busca pela implementação de políticas públicas capazes de viabilizarem a concreta participação da mulher nos espaços e instituições públicas, evidencia-se que as disparidades de gênero permanecem, grande parte devido a resquícios da própria institucionalização discriminatória dos Estados.

O problema central desta disparidade situa-se na própria falta de autorreconhecimento das mulheres como sujeito de direitos, visto que, apesar da igualdade formalística reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda persistem processos discriminatórios enraizados culturalmente que inviabilizam a expressão feminina.

No âmbito de prestação jurisdicional do Estado a situação não é diferente. O acesso à justiça pela mulher é circunscrito a assimetrias do posicionamento social e, somando-se a isto, há as dificuldades próprias de um contencioso jurídico exacerbado de processos e com escassez de celeridade na resolução das demandas. Faz-se necessário, nesse sentido, pensar o acesso à justiça a partir da perspectiva de expansão de resoluções alternativas de conflitos por meio da autocomposição.

Os CEJUSCs mostram-se como órgãos capazes de dar maior dinamicidade e informalidade à prestação jurisdicional, apresentando-se

como uma alternativa para as demandas cíveis femininas, privilegiando-se a autodeterminação da mulher e sua capacidade de resolver consensualmente suas próprias demandas em um ambiente propício para a efetivação da justiça democrática.

Os resultados obtidos na pesquisa de campo demonstram que em Arcoverde o acolhimento desta forma de dirimir litígios judiciais foi positivo durante o recorte temporal apresentado, dado o alto índice de conciliações apresentado principalmente na seara familiar. Aliás, esta área, como era de se esperar, origina a maior parcela de demanda do público feminino, sendo por sua própria natureza mais acessível para solução consensual dos impasses que originaram a busca por tutela jurídica.

Por fim, espera-se que com esta exposição possam-se gerar maiores reflexões a respeito da importância de compreender que o sistema jurídico possui multiportas de acesso, não devendo ser resumido à formação de litígios. Assim, apesar de a realidade de Arcoverde não poder necessariamente significar o contexto pátrio, compreende-se que possa estimular a expansão dos mecanismos de autocomposição de conflitos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BARSTED, Leila Linhares. **Lei e Realidade Social: Igualdade x Desigualdade**. Rio de Janeiro: Cepia, 2001.

BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline. **O progresso das mulheres no Brasil: 2003 -2010**. Rio de Janeiro: Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (Cepia); Brasília: Entidades das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), 2011.

BORTOLAI, Luís Henrique. Acesso à justiça: ênfase na difusão de informações jurídicas à sociedade de maneira geral. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 128-138, 2016.

BRITO, Ivone Maria de Lima Rosa. **Considerações sobre o acesso à justiça e a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC**. 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) – Instituto Municipal de Ensino Superior, Fundação Educacional do Município de Assis, São Paulo.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

CORRÊA, Darcísio; Bortoloti, José Carlos Kraemer. O desenvolvimento e as perspectivas da cidadania no Brasil. **Revista Direito em Debate**, Unijuí, v. 27, n. 49, p. 147-170, 2018.

COSTA; Marili M. M. da. O paternalismo penal estatal do Brasil e as incompatibilidades na busca da proteção dos direitos e garantias fundamentais: as casas de prostituição como forma de opressão punitiva de gênero. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 260-280, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de gênero e indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-nobrasil.html?=&download>>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

- MARQUES, Alessandra Garcia. A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Levinas sobre a justiça e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 200-222, 2016.
- MARQUES, Veronica Teixeira; REBOUÇAS, Gabriela Maia. Juizados especiais itinerantes e acesso à justiça: contribuições de uma análise geral e empírica para a compreensão da justiça itinerante no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 495-513, 2017.
- MIRANDA, José Alberto Antunes de. Violência de gênero à luz da globalização. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 68, n. 68, p. 421-454, 2016.
- MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- NUNES, Geilson; CARMO, Valter Moura do. Os recursos do compromisso de ajustamento de conduta para o fomento das atividades dos centros judiciários de soluções de conflito e cidadania sob a ótica do acesso à justiça. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 132-150, 2018.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Educação para o acesso à justiça: a transformação dos paradigmas de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 6, n. 69, p. 23-43, 2016.
- PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei maria da penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, 2015.
- PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 68, p. 339-420, 2016.
- PRÁ, Jussara Reis. Gênero, cidadania e participação na esfera pública. In: CARVALHO, M. J. S.; ROCHA, C. M. F. R. (Orgs.). **Produzindo Gênero**. Porto Alegre: Sulina, 2004. P. 45-54.

REIS, Ana Caroline Vasconcelos; SILVA, Juvêncio Borges. A resolução adequada de conflitos em uma sociedade democrática: o exercício da cidadania em face do paternalismo estatal. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 1, n. 1, p. 62-73, 2016.

SALIBA, Maurício Gonçalves; SANTIAGO, Brunna Rabelo. Bailarinas não fazem política? Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rousseff. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 21, n. 21, p. 91-105, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Marina França. A construção do corpo da(s) mulher(es) nos discursos de interpretação e aplicação jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 65, p. 549-582, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. **Educação e Sociedade**, Porto Alegre, vol. 20, n^o 2, jul./dez. 1990, pp.71-99.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 81-115, 2016.

SILVA, Jacson Leal; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Desvelar da feminilidade – A construção da alteridade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 224-243, 2012.

SILVA, Juvêncio Borges; O acesso à justiça como direito fundamental e sua efetivação jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 478-503, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, Volume I, 22.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito de Valença**, Valença, v. 13, n. 1, p. 177-196, 2016.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista NEJ**, Eletrônica, v. 17, n. 2, p. 237-253, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/214>>. Acesso em: 11 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Estudo sobre a constituição de união poliafetiva por meio da análise do direito de família mínimo e os princípios que regem a relação familiar

Paula Santiago Soares

Introdução

O direito de família ao passar das últimas décadas, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e em seguida do Código Civil de 2002, vem passando por diversas inovações, mais especificamente, em relação às novas formas de constituição familiar, em razão disso foi necessária a superação de diversos preconceitos sociais e religiosos para que se alcançasse maior liberdade em relação àquelas, de modo com que as pessoas passassem a ter sua dignidade respeitada. Entretanto nem todas as as formas de composição familiar se encontram reconhecidas em nosso ordenamento jurídico, mesmo aquelas que não apresentam proibições legais ainda devem se manter na obscuridade em razão de discriminação que se justifica como defesa da moral e dos bons costumes, como ocorre com os relacionamentos poliamorosos.

Este tipo de relacionamento tem se tornado reconhecido nos anos mais recentes, ocorrendo até mesmo lavratura de escrituras públicas que buscam o registro de união poliafetiva de modo a fornecer segurança jurídica àqueles que fazem parte deste tipo de relação. Contudo, em razão de preconceitos fundados em questões religiosas e entendimentos retrógrados quanto ao direito de família, o Conselho Nacional de Justiça, por meio

de um Pedido de Providências, no primeiro semestre do ano de 2018, proibiu os cartórios de lavrarem mais escrituras como essas, levando ao retrocesso na busca dos direitos de diversas pessoas que constituem tais uniões. Portanto, o presente trabalho busca demonstrar os motivos que levam à possibilidade de constituição de união estável poliafetiva.

Assim, analisar-se-á o funcionamento das relações poliamorosas, de modo a dirimir quaisquer dúvidas quanto a sua legalidade, bem como, por meio da ideia de Estado Mínimo e autonomia privada, buscar-se-á fundamentos constitucionais e principiológicos para seu reconhecimento, para que então se demonstre existência da possibilidade, acima referenciada, de constituição de união estável poliafetiva. Portanto, para o alcance de tal objetivo, o presente trabalho foi realizado por meio de um estudo bibliográfico, de modo a compreender os relacionamentos poliafetivos e os institutos de direito de família e seus princípios que se encontram ao redor daqueles, e utilizou-se também do método dialético de modo a se realizar uma análise da realidade, tanto da situação fática de relacionamentos poliafetivos, que pode levar ao seu reconhecimento como modo de união estável, como do papel do Judiciário e do Estado na busca, ou na falta desta, de seu reconhecimento.

Desta forma, espera-se que o presente trabalho contribua para compreensão de tal tema, que ainda se encontra recente em nosso ordenamento, e para com a discussão referente às novas formas de constituição familiar, de modo a auxiliar no entendimento dos princípios constitucionais que são aplicáveis ao direito de família e à situação de reconhecimento desses novos modelos, principalmente no modelo de união estável.

O poliamor

Diversos formatos de composição de famílias e relacionamentos amorosos têm se *revelado* nos dias atuais, utilizo-me deste termo para demonstrar o fato de que essas formas de organização familiar já existiam há anos, mas que, infelizmente, só agora estão adquirindo a liberdade de

buscarem o reconhecimento, e a poliafetividade, ou o relacionamento poliamoroso, é um tipo do que acabamos por considerar como “novas formas de família”. Entretanto, mesmos depois de todos os avanços no âmbito do direito de família, esta relação ainda enfrenta muito preconceito da sociedade, o que se reflete no âmbito jurídico, havendo dificuldade em aceitar a sua existência, mesmo com o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e a utilização cada vez mais do princípio da afetividade na solução de conflitos que envolvam famílias.

Contudo, antes de me prolongar na questão jurídica do reconhecimento deste tipo de relação familiar, é de extrema importância que se compreenda o poliamor, ou a poliafetividade, até mesmo para que já se comece a desconstruir certos preconceitos e estigmas que se encontram em grande parte da sociedade ao tratar deste tema. Portanto, tem-se que o poliamor é um relacionamento afetivo entre mais de duas pessoas, havendo uma interligação pessoal em que os conviventes abdicam da “forma monogâmica exclusivista de afetividade” (ROTONDANO, 2018, p. 7). O poliamor não tem uma única forma de manifestação, existindo o que vamos chamar de modelos de poliamor.

O primeiro modelo é o poliamorismo individual, no qual uma pessoa vive diversos relacionamentos sem um compromisso com qualquer uma das outras pessoas que se encontram do outro lado da relação, realmente não buscando um relacionamento a longo prazo. O segundo modelo é o do poliamor com redes de relacionamento íntimo hierarquizado, ou seja, o indivíduo acaba por ter diversos relacionamentos, entretanto com cada um tem um nível diferente de compromisso, de envolvimento e com todos seguindo a poliafetividade. Um terceiro modelo é o do poliamorismo aberto, em que todas as pessoas do relacionamento podem ter diversas relações com terceiros, com os mais variados níveis de compromisso. E, por fim, o quarto modelo é o da polifidelidade, sendo o que mais se assemelha ao casamento ou à união estável como é defendida nos dias atuais, em que há uma relação entre mais de duas pessoas, entretanto as pessoas que fazem parte desse grupo não têm relações com terceiros, apenas entre seus

integrantes, e todos têm o mesmo tipo de comprometimento entre si (FILHO; MALVEIRA, 2017).

Entretanto, muitos acabam por ver a poliafetividade somente como um modo de traição, não conseguindo compreender que em uma relação não monogâmica possa haver fidelidade, como é o caso da polifidelidade, tratada anteriormente. O que ocorre nesse tipo de relação, a qual será focada e estudada no presente trabalho, é que dentro de uma relação entre pessoas, por exemplo, estas se envolvem somente umas com as outras, sem buscar qualquer tipo de relacionamento amoroso ou sexual com terceiros que não fazem parte dessa relação, em razão disso, verifica-se que a ideia moral de fidelidade ainda subsiste mesmo quando se trata de uma relação poliafetiva, ocorrendo a formação de uma única entidade familiar (DIAS, 2017).

Outra comparação que sempre acaba por ocorrer é com a poligamia, a qual se assemelha à polifidelidade, pois naquela há uma relação conjugal entre três ou mais pessoas, dividindo-se na realidade em dois modelos próprios: a poliandria, em que uma mulher convive com mais de um homem; e a poliginia, em que um homem tem mais de uma companheira (ROTONDANO, 2018). Sendo neste ponto que se diferencia a poligamia e a polifidelidade, pois nesta última as relações podem envolver, por exemplo, duas mulheres e dois homens, não formando, necessariamente, a relação com uma pessoa de um sexo e as demais pessoas do sexo oposto.

Sendo também importante citar a comparação que o senso comum acaba por fazer com a bigamia, a qual seria o ato de contrair matrimônio com alguém sendo que uma das duas partes já se encontra casada. A bigamia é crime e se encontra disposta no art. 235 do Código Penal, com a punição para a pessoa que já se encontrava casada sendo pena de reclusão de dois a seis anos, e para a pessoa que contrai casamento sabendo que a outra é casada sendo de reclusão ou detenção de um a três anos. Portanto, é importante a consideração de que a relação poliafetiva não se caracteriza como bigamia, não sendo um fato criminoso, o que ocorre é que para alguns é uma relação que atenta contra a moral e contra o que é considerado como bons costumes.

Assim, o poliamor não envolve relações paralelas, *v.g.*, traição e bigamia, nenhuma das partes da relação se encontra casada com terceiro que não faz parte da relação e que não sabe desta, na verdade, quando observamos a polifidelidade, pode-se perceber, como será analisado mais a frente no presente trabalho, a possibilidade de formação de uma união estável, entre as três ou mais pessoas que formam o relacionamento. As pessoas que se encontram em uma relação poliafetiva prezam pela fidelidade, valor este que deve ser defendido com mais afinco do que o da monogamia, o qual muitos chegam a considerar como um princípio que deve reger o direito de família.

O estado mínimo no direito de família e sua aplicação na tutela da relação poliafetiva

A ideia do Estado Mínimo, e, conseqüentemente, maior autonomia privada, começaram a ser idealizadas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição Federal de 1988, com a mudança para este modelo de Estado, especificamente, devido à revolução tecnológica e globalização, que desencadearam uma explosão das demandas sociais que se encontravam reprimidas. Deste modo, o Estado Democrático de Direito busca “promover com a máxima efetividade e de forma imediata os direitos individuais do indivíduo” (ALVES, 2008, p. 84), por meio da efetivação da democracia e da igualdade material.

Em razão desse novo modelo de Estado e seus objetivos, surgiu como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana, um dos princípios mais importantes da atualidade e que acaba sendo entendido como fonte da autonomia privada, pois defende o respeito a todas pessoas e suas diferenças e a liberdade destas de fazerem suas próprias escolhas, com o Estado tendo que garantir essas possibilidades de modo que os indivíduos alcancem sua dignidade. Portanto, a autonomia privada surge, juntamente com o princípio da dignidade, em busca de liberdade, respeito e garantia dos direitos fundamentais pelo Poder Público, o qual não deve intervir nas

escolhas de seus cidadãos, enquanto estas não desrespeitarem qualquer lei, mas assegurar a sua possibilidade, por meio da aplicação dos direitos fundamentais.

Desta forma, o direito brasileiro segue duas teorias que tratam da aplicação ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também conhecida como horizontalização dos direitos fundamentais, sendo elas, a teoria monista ou da eficácia imediata e a teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais. A primeira defende que os direitos fundamentais previstos na Constituição podem ser aplicados de forma plena nas relações particulares, com eficácia direta e *erga omnes*, enquanto que a segunda teoria, sendo uma complementação da anterior, sustenta que a defesa e promoção destes direitos fundamentais constitucionais, que estão sendo aplicados nas relações particulares, devem ser reservadas, exclusivamente, ao Estado, assim, os indivíduos devem respeitar os direitos fundamentais de terceiros, mas não devem promovê-los (ALVES, 2008).

Ademais essas teorias se confirmam pelos diversos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e que são aplicáveis diretamente à esfera particular, como os direitos à indenização por violação à vida privada, honra e imagem que se encontram dispostos no inciso X do art. 5º, ao sigilo de correspondência, previsto no inciso XII do mesmo artigo, além é claro dos direitos trabalhistas previstos ao longo do art. 7º, entre outros. Além da disposição prevista no §1º do art. 5º, a qual declara que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que não deixa restar dúvidas que esta aplicabilidade imediata também se refere ao âmbito das relações privadas, configurando como um entendimento aceito pelos tribunais.

Focando-se no tema proposto pelo presente trabalho, e indo mais além, analisar-se-á a aplicação dos direitos fundamentais e o Estado Mínimo no direito de família. Tem-se que cada vez mais os tribunais vêm baseando suas decisões deste âmbito em direitos fundamentais, como ocorreu nas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a união

homoafetiva e a parentalidade socioafetiva, o que não poderia ser diferente, pois esse é o objetivo do Estado no âmbito do direito de família, tutelar a instituição familiar, garantindo a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (NIGELSKI, 2016), mas sem controlá-lo e impor proibições que impeçam as pessoas de formar a família do modo que desejarem, de forma a coibir o pleno exercício do fundamento da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 afastou o conceito fechado e único de família, pois, além de declarar esta como base da sociedade, reconheceu seus outros modelos, como a união estável e a família monoparental, garantindo os mesmos direitos aos seus componentes como daqueles da família conjugal (art. 226, §§3º e 4º, CF/88), além de determinar que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, com o Estado tendo que propiciar os instrumentos necessários para a efetivação deste (art. 226, §7º, CF/88). Ao contrário do que ocorria anteriormente, com o Código Civil de 1916, em que a estrutura familiar se baseava no *pater familias*, havendo pouco espaço para a liberdade de seus membros e a autonomia privada tinha conotação exclusivamente patrimonial.

Verificando-se, então, a constitucionalização do Direito Civil, a qual desencadeia uma “mudança de paradigma nesta seara, no sentido de que o foco de atenção dos institutos civilistas deixa de ser o patrimônio - característica marcante do Código Civil de 1916 - e passa a ser a realização da personalidade humana” (ALVES, 2008, p. 95) Esses pontos de avanço levaram ao começo do debate sobre os novos limites do exercício da autonomia privada dentro do âmbito familiar, o que, conseqüentemente, fez surgir a discussão quanto a possibilidade e liberdade de escolha de diferentes formas de constituição de família e seus direitos.

Portanto, a partir de toda a liberdade desejada, e de certa forma fornecida pelo Estado, resta-se indesejada a interferência estatal nas relações familiares, sendo neste ponto que se insere na discussão a poliafetividade, em que a partir de 2012 alguns casais foram em busca do reconhecimento de uma união estável poliafetiva por meio de escritura pública, desde então

não foram muitos “trissais” que buscaram o seu reconhecimento, mas o suficiente para se fazer questionar, na sociedade e no âmbito jurídico, a validade desse tipo de união.

O qual é considerado como primeiro caso no território brasileiro aconteceu em um cartório em Tupã, no ano de 2012, em que duas mulheres e um homem que viviam em união estável quiseram declarar tal situação publicamente, por meio de uma escritura pública. A tabeliã que registrou tal escritura defendeu que na verificação realizada em legislação não encontrou qualquer impedimento e que se constatava um desejo comum entre as partes de formar essa união, com todas sendo capazes. Como mesmo defende Rosa Nery (2015, p. 68): “Não é conveniente que o Estado, nos assuntos da liberdade individual, adentre nas minúcias da vida privada de ninguém, se elas se realizam fora da órbita da tipicidade penal”.

Entretanto, conforme ao longo dos anos foram se revelando a existência de mais casos como esse, parte da sociedade, pregando a moral e os bons costumes, e até mesmo alguns tipos de crenças religiosas, começou a se revoltar contra a possibilidade que começou a surgir do reconhecimento desse tipo de relação, até que então, após o registro de escritura pública declarando uma relação poliamorosa no Rio de Janeiro, a Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal deste Estado emitiu nota de esclarecimento, a qual dizia que escrituras públicas não tem condão de criar direitos e que a união poliafetiva não é reconhecida no ordenamento jurídico, além de declarar que os cartórios do Estado não são obrigados à confeccionar escrituras semelhantes. Assim, pode-se ver que o Judiciário do Rio de Janeiro acabou por optar pelo não reconhecimento deste tipo de união, mesmo que vários princípios permitam a sua existência, em razão do fato de que esta não se encontra de forma explícita no ordenamento jurídico.

Contudo a intervenção do Estado quanto a esta questão não se restou por aí, em 2016 começou a tramitar no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Pedido de Providências 1459-08.2016.2.00.0000, o qual requereu a proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas pelos cartórios, em razão disso, enquanto não se chegava a uma decisão, o CNJ

recomendou a não realização de novas escrituras do tipo, uma vez que se considerou que uma vedação seria uma violação a princípios constitucionais e direitos fundamentais (IBDFAM, 2016). E em junho de 2018 decidiu pela proibição da realização de escrituras públicas que declarem união estável poliafetiva, contando com sete votos a favor da proibição, um voto permitindo o registro e cinco votos que defendiam a possibilidade do registro, mas sem a equiparação à união estável. Entre os votos que julgaram a favor da proibição, tem-se o do relator, o Ministro João Otávio de Noronha, o qual argumentou que “O conceito constitucional de família, o conceito histórico e sociológico, sempre se deu com base na monogamia” (IBDFAM, 2018). Esta decisão afrontou o pensamento de diversos juristas, como aqueles representados pelo IBDFAM, pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS) e o Colégio Notarial do Brasil, instituições estas que se pronunciaram contra a procedência do pedido, argumentando que tal afronta os princípios da igualdade, liberdade, não intervenção estatal na vida privada, além de violar o dever constitucional de proteção, por meio de um “fechar de olhos” a uma realidade social (Conselho Nacional de Justiça CNJ - Pedido de Providências 0001459-8.2016.2.00.0000, 2018).

Com isso, observa-se não só a interferência do Estado nas relações privadas, mas também a intervenção de crenças religiosas, as quais determinam uma moral, que mesmo não sendo defendida ou acreditada por todos, deve ser imposta, rompendo com o ideal de Estado Mínimo e a ideia de Estado laico, afrontando os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, entre eles o da democratização da família e sua igualdade. Se o Judiciário passasse a levar em consideração em todos os julgados qualquer juízo social de reprovação, a união homoafetiva não teria sido reconhecida, ainda estando desprotegida. “É dever do Estado preservar e não deixar que seja cerceada a liberdade que permite a cada um conduzir-se como lhe apraz, no exercício do direito à vida privada, sem ninguém a ofender. Isso é consequência da efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia” (NERY, 2015, P. 67).

Princípios fundamentais de direito de família e sua aplicação na relação poliafetiva

O novo modo de ver e entender o direito com base em princípios surgiu a partir do declínio do positivismo jurídico e da sua concepção de objetivismo neutro, surgindo um Direito mais principiológico, principalmente, com a Constituição Federal de 1988, a qual é considerada como uma carta de princípios, levando a uma constitucionalização do direito, em especial do direito privado, e a vinda da dignidade pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2017). Em razão disso se faz de extrema importância, para o presente trabalho, o estudo dos princípios constitucionais que passaram a reger o direito de família, levando-se em consideração que este passou por grandes mudanças e evoluções por meio da Lei Maior de 1988.

O direito de família sempre foi regido por valores que se encontravam em vigor em cada período, entretanto valores são relativos e sempre podem se alterar, em razão de concepções ideológicas, morais, políticas ou econômicas (CUNHA PEREIRA, 2005) e acabam por ser de certa forma individuais, com pessoas diferentes podendo seguir valores diferentes. Em razão disso quando se busca aplicar princípios constitucionais, defende Cunha Pereira (2005, p. 89) deve-se orientar pela ética, pois esta busca uma solução mais justa para os conflitos, respeitando os elementos fundamentais das relações de família, vendo esta como um agrupamento cultural e não natural. A ética se encontra acima dos valores, os quais, como pode se observar pelo funcionamento do direito de família anterior, podem ser estigmatizantes e excludentes.

Portanto os princípios que passaram a reger o direito de família, além de buscar a proteção dos mais vulneráveis da relação familiar também passaram a ser universais, seguindo três princípios gerais, os quais, regem as relações jurídicas de todos os âmbitos do direito, sendo a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, princípios estes a serem comentados de

forma concisa a seguir, de modo que se permita focar nos princípios específicos e essenciais para a demonstração do objetivo do presente trabalho.

O princípio da dignidade humana

A dignidade é considerada como um macroprincípio, sendo a base para os outros princípios essenciais, portanto é o “epicentro axiológico da ordem constitucional” (DIAS, 2017, p. 52), significando que na ponderação e no uso dos princípios deve-se levar em consideração qual mais se aproxima da promoção da dignidade humana. Esse princípio passou a ser positivado nos ordenamentos jurídicos em razão de lutas políticas e sociais que buscaram os ideais de igualdade para que se alcançasse uma sociedade justa e democrática, em que as pessoas tivessem a liberdade de escolher o que mais lhe aprovesse, dentro dos limites da lei, de modo a alcançar a sua felicidade e satisfação.

Portanto, como já se restou demonstrado no tópico anterior, a dignidade da pessoa humana também é a base da autonomia privada, significando que a exclusão de determinadas relações familiares configura um desrespeito a esse princípio, pois restringe a autonomia privada e impede a pessoa de alcançar a felicidade e seus direitos ao lado daquelas que deseja constituir um laço familiar.

Com esse princípio, a pessoa humana passou a ser colocada no centro de proteção do direito, ocorrendo uma despatrimonialização do direito privado e ao mesmo tempo uma personalização dos institutos jurídicos, “houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade” (DIAS, 2017, p. 52).

O princípio da liberdade

Como já observado no tópico anterior, por meio da autonomia privada, o Estado concedeu aos particulares a liberdade de escolha dentro das relações privadas, incluindo a de escolha de seu par ou seus pares, como é

o caso do objeto de estudo do presente trabalho. Defende-se que quando a Constituição cita a união estável e a monoparentalidade como formas reconhecidas de constituição familiar está apenas exemplificando duas das diversas formas alternativas ao casamento existentes, não sendo este um rol restritivo.

É essencial que o princípio da liberdade se faça presente no ramo do direito de família, assim como em todos os outros, com a pessoa podendo ter a liberdade de escolher com quem deseja constituir uma família, se homem ou mulher, com ambos, com mais de um homem ou com mais de uma mulher, assim como também deve ter a liberdade de escolher qual o regime patrimonial de bens que deseja seguir nessa união, como se dará o seu planejamento familiar. Portanto quem deve ditar o funcionamento da família são os próprios membros do seio familiar, cabendo ao Estado e à sociedade respeitar e reconhecer, tanto a unidade familiar, como os seus membros individualizados (CUNHA PEREIRA, 2007, p. 155).

Princípio da igualdade e respeito à diferença

Esse princípio é essencial para a constituição de um Estado democrático, a igualdade material entre todos é algo que ainda se busca alcançar, mas é a igualdade formal que interessa ao presente trabalho, a qual é defendida pela Constituição, no *caput* de seu art. 5º, e que, portanto, deve ser obedecida por todos e promovida pelo Poder Público, principalmente no campo de direito de família, no qual esse princípio também pode ser expresso como a igualdade de reconhecimento, segundo a qual deve-se respeitar as minorias e suas diferenças.

Assim, o Estado deve proteção a todos os cidadãos que estão em busca de sua felicidade ao constituir uma família, não importando sua formação, entretanto, isso não vem ocorrendo na realidade, há formas de família que ainda lutam para seu reconhecimento ou para a conquista de seus direitos, não ocorrendo o respeito às diferenças. O Estado, em nome do princípio da isonomia, deve atribuir direitos e proteger àqueles que são merecedores

de tutela, pois sem esse reconhecimento o sujeito não está tendo sua dignidade respeitada e, conseqüentemente, a justiça não está sendo feita (CUNHA PEREIRA, 2007).

Após essa concisa explanação dos princípios gerais e sua aplicação em relação ao direito de família, passar-se-á a expor os princípios fundamentais específicos que incidem no direito de família e que interessam ao presente trabalho.

Princípio da pluralidade de formas de família

Esse princípio teve o seu início com a Constituição Federal de 1988, a qual, como já explanado, trouxe em seu texto o reconhecimento da união estável e da monoparentalidade como forma de constituição familiar, rompendo com o modelo único, até então vigente, do casamento. Portanto as estruturas familiares adquiriram novos contornos (DIAS, 2017), sendo necessário, em razão disso, a garantia de tutela a todo o agrupamento familiar que se forma por meio de laços afetivos, mesmo que não esteja determinado de forma expressa na legislação, como é o caso da união homoafetiva, a qual só veio a ganhar reconhecimento por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual, verificando a existência deste tipo de laço familiar e a sua falta de proteção, decidiu por garantir direitos a esses agrupamentos.

O não respeito ao princípio da pluralidade das entidades familiares leva à “indignidade dos sujeitos que se pretende seja família” (CUNHA PEREIRA, 2007, p. 167), como ocorre nos casos das relações poliafetivas, em que se desconsidera o mútuo envolvimento afetivo, pessoal e patrimonial, negando direitos àqueles que construíram juntos e por anos uma vida que no âmbito fático é familiar. Assim, afronta-se a ética e deixa-se prevalecer valores de alguns, com fundos religiosos, que levam à exclusão e estigmatização, dessa forma, ferindo não somente o princípio que agora se expressa, mas também os três princípios gerais anteriores e os direitos

fundamentais individuais e patrimoniais, os quais são efeitos diretos dessas relações familiares.

Princípio da afetividade

O afeto é aspecto essencial na formação de unidade familiar, seja ele parental ou conjugal, decorrendo diretamente da valorização da dignidade humana, tendo o Estado como garantidor principal, especialmente em razão da ligação deste princípio com o direito fundamental à felicidade, o qual é uma recente construção doutrinária e jurisprudencial, surgindo ligado ao afeto, principalmente, no julgamento pelo STF do RE 898.060/SC, de repercussão geral, o qual reconheceu a parentalidade afetiva, levando a uma nova forma de construção familiar. Assim, o Estado deve auxiliar as pessoas a realizarem seus projetos e desejos legítimos (DIAS, 2017), contribuindo, igualmente, para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Por meio da aceitação do afeto e de seu valor jurídico, não importando a forma com que se apresente, surgem novos modelos de família, mais democráticos e com mais aceitação em relação à idade, sexo, componentes. Como declara Cunha Pereira (2007, p. 183):

Insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade.

Portanto, o afeto deve ser aceito e respeitado, como princípio constitucional que é amplamente reconhecido pelos tribunais superiores, com o Estado devendo promover a tutela das relações familiares que se fundam nele, incluindo o poliamor, o qual apresenta sentimentos afetivos recíprocos entre seus membros.

Princípio da proibição de retrocesso social

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de avanço no tratamento protetivo da família, de suas formas e seus membros, deste modo, como muito bem defende Maria Berenice Dias (2017), nenhuma legislação após a Carta Maior deve apresentar retrocessos em relação ao que consta no texto daquela, não se podendo retornar ao estado de menores garantias pré-constituente.

O Estado tem o dever positivo de garantir os direitos e garantias fundamentais, assim como uma obrigação negativa de não se abster de atuar na promoção destes. O legislador infraconstitucional precisa respeitar os princípios constitucionais, principalmente o tratamento isonômico, não devendo ocorrer qualquer tratamento discriminatório, havendo nesses casos a necessidade de atuação do Judiciário de modo a restabelecer a ordem constitucional, ou seja, o contrário do alcançado pela decisão do CNJ de proibir a realização de escrituras públicas que constem declaração de relação poliafetiva.

União estável poliafetiva

As escrituras públicas que foram lavradas anteriormente à proibição do CNJ tiveram o intuito de garantir segurança jurídica às pessoas que fazem parte de relações poliamorosas, pois consideram que todas contribuíram para o crescimento pessoal e financeiro umas das outras. Assim, por meio dessas escrituras buscou-se os efeitos que são concedidos aos casais que decidem constituir união estável, portanto, resta-se saber se as uniões poliafetivas podem se encaixar como uniões estáveis.

Tem-se que a união estável surge de um fato jurídico que evolui para a constituição de um ato jurídico (DIAS, 2017), significando que é a situação fática que tem relevância na constituição dessa união, devendo-se observar as características que estão dispostas no art. 1.723 do Código

Civil, as quais seriam: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Portanto, basta que o relacionamento se apresente desta maneira para que seja reconhecida a união estável e gere as respectivas consequências jurídicas, principalmente no âmbito sucessório e previdenciário. Sendo essa informalidade característica principal que diferencia a união estável do casamento, portanto não é correto tratar aquela com a mesma rigorosidade com que se trata o matrimônio.

Rosa Nery conceitua a união estável como “relação íntima entre as partes e pressupõe que cada um se responsabilize pelo outro em situações de necessidade e adversidade da vida” (2015, p. 9). Portanto, a importância da afetividade se mostra evidente, assim como o desejo de construir uma família, não importando o modelo ou forma que esta tomar. A publicidade exigida pelo Código Civil deve ser, na realidade, entendida como notoriedade, devendo ocorrer, necessariamente, tão somente no círculo social dos companheiros (DIAS, 2017), algo importante a se considerar também quando se trata de uniões poliafetivas, pois em razão do preconceito da sociedade em relação aos relacionamentos não monogâmicos, não se deve requerer uma alta publicidade.

Entretanto há juristas que defendem que a união estável só deve ser constituída entre duas pessoas, não atendendo então às relações poliamorosas, mesmo com a evolução do pensamento e a aceitação de que a constituição de união estável não deve ocorrer somente entre uma mulher e um homem. Entre os defensores desta questão, tem-se José Fernando Simão (*apud* DAL PIVA, 2015), o qual erroneamente também acaba por defender que a poliafetividade caracteriza bigamia, o que, conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, não é a realidade, sendo duas situações complementamente diversas, com o poliamor não sendo tipificado penalmente.

Contudo, mesmo com as posições divergentes ocorrendo, ainda é possível que se perceba que na relação poliafetiva aqui tratada há a construção de uma única entidade familiar, a qual tem como base o afeto, o

companheirismo, a fidelidade entre os membros daquela relação, podendo contar, como qualquer outro relacionamento, com uma convivência duradoura e contínua. Assim como passou-se a considerar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento de união poliafetiva, como demonstrado ao longo do trabalho, encontra-se fundamentado em direitos e princípios constitucionais, não se encontrando qualquer óbice, que não se encontre fundado em preceitos moralistas e religiosos, para que tal seja negado.

Portanto, mesmo ocorrendo a proibição, indevida e injusta, pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à realização de escrituras públicas declarando a existência de uma união poliafetiva, esses tipos de relações continuam existindo, muitas devendo ser equiparadas à união estável quando se fazem presentes os requisitos desta na situação fática. Tanto o é que uma proposta apresentada para burlar essa proibição, é realizar a gravação de uma conversa no aplicativo *whatsapp*, por exemplo, em que se reconheça a união poliafetiva e requerer no tabelionato uma ata notarial (DIAS *apud* IBDFAM, 2018).

Em relação às escrituras públicas já feitas, estas devem continuar a existir, pois se trata de uma manifestação de vontade, devendo, juntamente com outros documentos, como, por exemplo, a ata notarial acima referenciada, ser levadas a juízo para que então o Judiciário venha a decidir sobre a validade de tal documento, a existência ou não de uma união estável poliafetiva, e quais efeitos jurídicos podem decorrer da manifestação de vontade, pois o objetivo das escrituras ou de qualquer outra forma de declaração de vontade que venha a ser realizada, declarando a existência de união poliafetiva, é garantir direitos para todos que compõem a relação, como no caso da união de três mulheres, que registraram escritura pública, no Rio de Janeiro, antes da proibição do CNJ e a qual levou a efeitos importantes, como a inclusão das demais em plano de saúde familiar e o reconhecimento pelo DETRAN/RJ da escritura como documento válido para autorizar a retirada do veículo por uma das companheiras da proprietária (IBDFAM, 2018).

Assim, não faz sentido que um documento que já teve seus efeitos reconhecidos por órgão público de grande importância para a sociedade e por empresa privada seja proibido de ser realizado e, assim, seja impedido de ser analisado mais amplamente pelo Judiciário para que se determine seu possível reconhecimento e os efeitos deste. Estes que são de grande importância para a questão das sucessões, por exemplo, em que uma possível solução para o caso em tela seria a partilha da quota reservada ao cônjuge sobrevivente, em relação à concorrência prevista na ordem de vocação hereditária, em partes iguais para cada companheiro(a) integrante da união poliafetiva (LIMA FILHO; MALVEIRA, 2017). Entretanto, enquanto esse reconhecimento não ocorre, a melhor alternativa para garantir o direito à herança aos companheiros é por meio de sucessão testamentária, em relação aos bens que não integram a legítima e que podem ser dispostos livremente pelo autor da herança, não sendo essa a solução mais satisfatória, mas que deve ser utilizada enquanto não há análise da questão pelo Judiciário.

Outro ponto que já se encontra em discussão entre os juristas seria o caso de dissolução da união poliafetiva, em que se apenas um dos companheiros assim a desejar deve ocorrer o que pode vir a ser chamado de dissolução parcial de união estável poliafetiva (GONTIJO, 2015), com a escritura pública, se essa já se encontra lavrada, ou outro documento que venha a comprovar a união, manter sua eficácia e validade em relação àqueles continuem na união.

Portanto, a constituição de união estável poliafetiva é uma situação fática já existente, mesmo que não se encontre em expoência, até em razão de ainda ser um relacionamento mal visto por muitos e que enfrenta diversos tipos de preconceitos, entretanto os casos existentes que se tornaram públicos demonstram essa possibilidade, a qual já se encontra defendida por diversos juristas, como pôde ser observado ao longo do presente trabalho. Deste modo, faz-se necessário o reconhecimento desta união de maneira a garantir segurança jurídica às pessoas que a compõem, pois não há qualquer proibição expressa em lei para tal relacionamento,

havendo, na realidade, uma base fundamentada em princípios e direitos constitucionais como já demonstrado, e até mesmo alguns de seus possíveis efeitos, aqui discutidos, apresentam soluções admissíveis e que respeitam os direitos de todos que contribuíram para a formação deste modelo de família.

Considerações finais

Ao analisar a existência e as formas dos relacionamentos poliafetivos, de modo a compreender de melhor forma a polifidelidade e como esta não se iguala às situações de traição, relacionamentos paralelos, poligamia e bigamia, os quais são considerados ilícitos, moral e legalmente, como no caso da bigamia, percebe-se que esta passou a ser um novo modo de formação familiar, pelo menos no campo fático, ainda sendo necessário seu reconhecimento legal, pois como se restou demonstrado ao longo do trabalho, em razão da autonomia privada, não cabe ao Estado controlar as formas de constituição familiar, de modo a obrigar pessoas a seguirem modelos fixos e pré-estabelecidos que podem ir contra sua vontade pessoal e felicidade e, assim, ferir a dignidade dessa parcela da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 é clara quanto à possibilidade de aplicação de direitos constitucionais à esfera particular, com o Estado devendo apenas proteger o exercício destes pelos particulares e não interferir diretamente se o fato não constitui tipo penal, como é o presente caso. É dever do Poder Público respeitar, e fazer com que se respeite, os princípios constitucionais a que cada pessoa tem direito, como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, assim como os princípios específicos de direito de família, os quais têm como base os anteriores, sendo estes os princípios da afetividade, da pluralidade de formas de família e da proibição do retrocesso social.

Deste modo, a decisão do Conselho Nacional de Justiça em proibir a realização de novas escrituras públicas contendo declaração de constituição de união poliafetiva não se justifica. Como demonstrado ao longo do

trabalho, a autonomia privada e os princípios acima citados permitem a existência deste tipo de relação e servem como fundamento para que tal seja reconhecida legalmente. Ademais, a união estável, como modelo de formação familiar mais simplificado, permite que diversos tipos de relacionamentos se identifiquem de tal maneira, como ocorre com a união homoafetiva, pois para a sua constituição somente se faz necessária a observâncias de requisitos objetivos na situação fática.

Assim, tem-se que para que ocorra a constituição de união estável, deve existir entre os companheiros convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família, o que se encontra presente em diversos relacionamentos poliamorosos, como naqueles que já tiveram escritura pública lavradas reconhecendo tal existência. Os efeitos deste reconhecimento também se encontram possíveis dentro do que a legislação determina, de modo a garantir direitos iguais aos três ou mais companheiros, que devem ser garantidos pelo Estado.

Portanto, não há óbices jurídicos que impeçam a constituição de união estável poliafetiva, sendo necessário que, quando chegar o momento em que o Judiciário decida sobre o reconhecimento de tal relação, este não se influencie por questões de ordem religiosa e preconceitos sociais, mas, sim, nas questões de direito, tanto de família, como constitucionais.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo da incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família. 2008. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Anais... do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais. p. 131-146.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências: 0001459-08.2016.2.00.0000**. Vistor: Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro. Disponível em <<http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-PEDIDO-DE-PROVID%C3%80NCIAS-0001459-08.2016.2.00.0000-ADFAS.pdf>> Acesso em 20 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 2391, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DJ de 14 out. 2011, p. 341. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 19 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 898060 SC.898.060. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJ de 24 ago. 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>> Acesso em 19 set. 2018.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DAL PIVA, Juliana. **Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres**. Estadão, 18 out. 2015. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>> Acesso em 11 set. 2018

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Notícias IBDFAM, 12 ago. 2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>> Acesso em 17 out. 2018.

IBDFAM. **União poliafetiva: escritura é necessária?** Notícias IBDFAM, 20 abr. 2016. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5970/Uni%C3%A3o+poliafetiva%3A+escritura+%C3%A9+necess%C3%A1ria%3F>> Acesso em 17 out. 2018.

IBDFAM. **União estável para relacionamentos poliafetivos entra em debate no CNJ.** Direito de Família na Mídia, 26 abr. 2018. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16349/Uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+para+relacionamentos+poliafetivos+entra+em+debate+no+CNJ+%22>> Acesso em 17 out. 2018.

IBDFAM. **CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas.** Notícias IBDFAM, 26 jun. 2018. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fazerem+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>> Acesso em 17 out. 2018.

FELL, Elizângela Treméa; SANCHES, Jeniffer Balen. **Possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar e suas respectivas implicações perante o ordenamento jurídico pátrio.** Revista de Direito de Família e Sucessão, Curitiba, v. 2, n.2, jul./dez. 2016, p. 1-19.

GONTIJO, Gabrielle. **A dissolução da união poliafetiva.** Jusbrasil, 2015. Disponível em <<https://marciagabrielle.jusbrasil.com.br/artigos/248765966/a-dissolucao-da-uniao-poliafetiva>> Acesso em 11 set. 2018

LIMA FILHO, João Pereira; MALVEIRA, Jamille Saráty. **União Estável Poliafetiva: poliamorismo e sua possibilidade de gerar uma entidade familiar no Brasil.** Revista IBDFAM: Família e Sucessões, ed. 22, 2017, p. 29-66.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil:** volume V: família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NIGELSKI, Tatiane Mazur Pupo. Direito de Família mínimo: até que ponto o Estado pode intervir na família que é uma instituição tão privada? **Revista Aporia Jurídica**, 6. ed., v. 1., 2016, p. 221-244.

ROTONDANO, Ricardo Oliveira. **Entre monogamia e poliamor:** o futuro da família no Brasil. Revista de la Facultad de Derecho - Universidad de la República, Uruguay, n. 44, jun. 2018. Disponível em <<https://doi.org/10.22187/rfd2018n44a10>>

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil Direito de Família**. v. 5. 12ª ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas pelo Judiciário**. Consultor Jurídico Online. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-05/paulo-iotti-familias-paralelas-poliafetivas-reconhecidas>> Acesso em 11 set. 2018.

Infidelidade virtual: conjugando o verbo tindar, entre outros

George Andre Lando
Isabele Moraes D'Angelo

Introdução

A fidelidade, ou melhor, a infidelidade, é tema antigo e esteve presente nos ordenamentos jurídicos das primeiras civilizações: cita-se o direito hebraico, grego e romano. É claro que, na antiguidade, a infidelidade da mulher, noiva ou casada, tinha consequências diferentes daquela cometida pelo homem, noivo ou casado. Na verdade, considerava-se que apenas a mulher era capaz de ser infiel, e as sanções contra a adúltera e seu cúmplice eram severas, pois os amantes pagavam com a própria vida.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a edição do Código Civil de 1916, tem entre as suas normas a previsão da fidelidade como dever conjugal e o adultério como causa justificadora para a dissolução do casamento. Porém, a destinação é dada a homens e mulheres, com punições mais brandas quando comparadas com a Idade Antiga.

Também é verdade que o sistema jurídico que regulamenta a dissolução da sociedade conjugal já sofreu várias mudanças, e atualmente está mais flexível, tanto que oportuniza até o divórcio extrajudicial, em determinados casos. Contudo a infidelidade continua, mais do que nunca, sendo o motivo de muitos divórcios, principalmente, porque ganhou uma nova versão, trata-se da infidelidade virtual.

A nova modalidade de infidelidade surgiu no século XX com a popularização da internet. De lá para cá, o avanço tecnológico possibilitou às pessoas acessarem a internet em celulares, pela televisão e até mesmo em relógios. Mas foram, especialmente, os celulares, *smartphones*, que permitiram o uso dos aplicativos móveis e, com eles, foram criados aplicativos para relacionamentos amorosos, os quais são utilizados por solteiros e, clandestinamente, por pessoas casadas. O ambiente virtual que aproxima as pessoas também abre mais espaço para a infidelidade.

Para tanto, o presente trabalho, que tem por objetivo estudar a infidelidade virtual a partir do uso de aplicativos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, com amparo na revisão de literatura quanto ao tema. A pesquisa parte do método dedutivo, tomando como premissa a valoração jurídica dos deveres conjugais e o princípio da boa-fé objetiva nas relações matrimoniais e uniões estáveis. Desse modo, sustenta-se o direito à intimidade conjugal entre os cônjuges/companheiros bem como a responsabilização daquele que falta com o dever de fidelidade, ainda que a infração seja cometida com a utilização de aplicativos.

O artigo irá abordar os conceitos de fidelidade e lealdade, regulados, respectivamente, nas entidades familiares casamento e união estável, bem como, as consequências decorrentes da violação de um e outro. Também será discorrido sobre a modalidade de infidelidade virtual e a modernização dos aparatos (aplicativos) que contribuem para a expansão do referido ilícito civil. Por fim, a discussão percorrerá o estudo da responsabilização civil como medida compensatória e punitiva ao cônjuge infiel.

Trair sem ser desleal

A celebração do casamento e a convivência em união estável constituem vínculo jurídico entre os cônjuges e conviventes. A natureza jurídica das citadas relações conjugais é denominada de negócio jurídico especial, por se tratar de um contrato familiar. Esta classificação se deve ao

conteúdo regulado por esta espécie de negócio jurídico, onde o ingrediente principal é o afeto conjugal.

Como todo negócio jurídico, o vínculo criado em decorrência do casamento e/ou união estável implica no surgimento de determinados efeitos relacionados pela legislação, quais sejam: no casamento, conforme prevê o artigo 1.566, incisos de I a V do Código Civil, tem-se a fidelidade recíproca, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e considerações mútuos; na união estável, artigo 1.724 do Código Civil, a lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos.

Como é possível observar, os efeitos pessoais são muito parecidos. No entanto, cumpre destacar os deveres fidelidade recíproca e lealdade, cada qual relacionado com uma entidade familiar própria. Segundo os doutrinadores, de forma unânime, considera-se que as referidas expressões têm significados distintos. Tartuce (2016, p. 350) ensina que a fidelidade é decorrência do casamento, exclusivamente, e a lealdade é gênero do qual a fidelidade é espécie.

É possível encontrar autores que divergem sobre o conceito de infidelidade. Diniz (2015, p. 146) apresenta um entendimento mais conservador, pois compara a infidelidade com o adultério, quando afirma que o dever de fidelidade recíproca impõe ao cônjuge abster-se de praticar relações sexuais com terceiro.

Embora o crime de adultério tenha sido revogado do Código Penal, o ilícito se manteve no Código Civil, artigo 1.573, inciso I. O conceito que relaciona a infidelidade ao ato sexual foi criado pela doutrina. Farias e Rosenvald (2015, p. 190) afirmam que não se deve mais admitir tal compreensão porque o adultério não está exclusivamente atrelado à penetração vagínica, bem como porque, o inciso V do artigo 1.566 do Código Civil faz referência ao dever de respeito e consideração mútuos, o que atribui maior amplitude ao conceito de infidelidade.

Madaleno (2015, p. 191), de modo contemporâneo, explica que a infidelidade não está limitada ao ato sexual, pois a maior ameaça da

infidelidade não está no relacionamento sexual, e sim, na traição da confiança, gerando insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição.

Assim, pode se afirmar que a infidelidade significa a exclusividade entre os cônjuges. É certo, que o ato sexual extra relacionamento irá caracterizar o descumprimento do dever conjugal, mas não só o comportamento sexual entre um dos consortes com terceiro teria esse potencial. A exclusividade impõe a segurança, a confiança e o respeito entre os cônjuges como um interdito para impedir que um deles se relacione afetiva e sexualmente com outra pessoa.

Quanto ao significado da expressão lealdade, vale fazer um importante apontamento, pois, conforme já mencionado, a lealdade é gênero da qual a infidelidade é espécie. E, de acordo com o que já foi exposto, a infidelidade impõe exclusividade. Logo, seguindo tal raciocínio, Tartuce (2016, p. 350) ensina que é possível que alguém seja leal sem ser fiel. Ou seja, os conviventes não tem o dever de serem exclusivos um do outro, porém, tem a obrigação de informar sobre a possibilidade, ou da ocorrência de relacionamentos extras.

A expressão lealdade representa a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares. O dever regulado para as uniões estáveis não exige exclusividade entre os conviventes, e sim, respeito e honestidade. Quando um dos conviventes comete traição, mas oculta o fato do seu parceiro, ele está sendo desleal. Já, quando informa a aventura amorosa, ele não deixa de ter cometido a traição, porém cumpre com o dever de lealdade, porque age de forma honesta com o seu parceiro, fazendo *jus* a confiança por ele depositada.

É claro que o convivente traído, embora tenha consentido e/ou sido informado, não está obrigado a manter a união estável. Ele pode requerer a dissolução, mas sem alegar quebra de confiança, uma vez que o parceiro que cometeu a traição agiu com boa-fé objetiva, ou seja, cumpriu com o

dever de lealdade – inclusive poderia manter vários *affaires* sem violar a confiança do casal.

Com a poligamia acontece algo semelhante. Observa-se que, nessa modalidade de relacionamento conjugal o número de cônjuges é superior a dois, ou seja, de três ou mais membros, o que impede a exclusividade que é característica da fidelidade. Entretanto, há lealdade entre os consortes, os quais estão cientes da diversidade de parceiros amorosos. Na referida ilustração, precisa-se considerar que a poligamia tem *status* de casamento em grupo, portanto, permanente.

Outro exemplo de lealdade é o que ocorre com as famílias paralelas, que não se confundem com a poligamia, onde todos os membros compõem o mesmo núcleo familiar. As famílias paralelas são duas ou mais famílias afetivas-sexuais simultâneas, em que apenas um dos membros participa de todos os núcleos, sendo tal fato de conhecimento dos demais.

Vale frisar que a lealdade não descaracteriza a traição, sendo possível trair e ser leal ao mesmo tempo, uma vez que seu conceito está diretamente ligado à boa-fé objetiva, ou seja, ao comportamento sincero e compatível com a confiança que se espera nas relações familiares.

Infidelidade virtual: a expansão pelo uso de aplicativos

A expressão infidelidade, com o passar dos anos, sofreu modificação no seu significado. Na Roma antiga a infidelidade da mulher era equiparada ao adultério, mesmo quando cometida durante os esponsais (CHAMOUN, 1957, p. 159). O ato sexual esteve, por muito tempo, presente no conceito da infidelidade, como um elemento condicional para a sua configuração.

A doutrina brasileira, durante a vigência do Código Civil de 1916, também relacionava a infidelidade ao adultério. França (1988, p. 281) afirmava estar implícita na fidelidade a exclusividade de certos direitos de um cônjuge sobre os aspectos da personalidade do outro, bem como, a obrigação

de não fazer, por parte de cada qual, que, desatendida, resultaria no adultério.

Até mesmo o atual Código Civil, faz referência à fidelidade recíproca como dever conjugal e ao adultério como causa de dissolução do casamento. Alguns juristas ainda se posicionam confundindo infidelidade com adultério, o que não mais corresponde com a realidade, diante das novas situações surgidas com a internet. Afinal, o ambiente virtual impossibilita o contato físico, o que impediria a configuração do adultério. Logo, o elemento ato sexual, tão somente, não tem mais a conotação específica para a determinação do conceito de infidelidade.

Decididamente, o relacionamento virtual entre pessoas casadas não configura adultério, tornando-se inadequada a utilização do termo adultério virtual. Todavia, em virtude da definição ampla observada na infidelidade, esta não está descartada de ocorrer via rede. Tartuce (2016, p. 108) ao definir a infidelidade virtual afirma que esta restará caracterizada nos “casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet.”

Faz-se oportuno esclarecer que, embora não tenha contato físico e sexual, a infidelidade virtual implica em conduta desonrosa praticada contra os direitos da personalidade do outro cônjuge, credor do dever de fidelidade recíproca. Não se tem dúvidas que a infidelidade virtual, de forma objetiva, provoca a violação da honra e a quebra da confiança entre o casal, acarretando não apenas na falência do casamento, mas também em danos morais para o consorte lesado. Para tanto, basta que o contato ocorra por meio de e-mails, chats, *Skype*, *Instagram*, *Facebook* – comunicação via computador ou telefone.

O avanço tecnológico propiciou a expansão da infidelidade virtual. Na década de 90, quando a internet se popularizou, foram, aos poucos, sendo criados os primeiros *chats* e *sites* de relacionamentos amorosos, os quais necessitavam, para o acesso, um computador (de mesa). Ou seja, o utensílio permanecia fixado em determinado espaço e, embora também fosse utilizado com condão de facilitar os desejos lascivos do internauta, a falta

de mobilidade do instrumento condicionava o cônjuge infiel a ter mais cautela para o seu uso.

Geralmente, esse computador era de uso doméstico, localizado em um dos cômodos da casa onde todos da família poderiam acessar. Estas mesmas circunstâncias impediam o uso de senhas, pois poderiam levantar suspeitas. Assim, cabia ao consorte se utilizar de desculpas relacionadas ao trabalho e estudos, bem como realizar a utilização em horários em que estivesse sozinho, ou quando todos estivessem ocupados, ou dormindo. Observa-se que o cônjuge ofensor acabava se distanciando das rotinas do lar e da família.

Mas a imobilidade do computador para acessar a internet não durou muito tempo. Logo foram criados outros instrumentos que possibilitavam acessar internet de qualquer local, como *notebooks*, *Ipads*, *smartphones* e relógios. A inclusão digital, a mobilidade e o fortalecimentos das redes sociais facilitaram a violação da fidelidade para as pessoas casadas.

Tanto é verdade que Schelp (2009) afirma que, em nenhum outro país, as redes sociais *on-line* tem alcance tão grande quanto no Brasil, com audiência mensal de 29 milhões de pessoas. As redes são usadas para manter contato com os amigos, conhecer pessoas e paquerar. O autor ainda registra que uma pesquisa do Ministério da Saúde revelou que 7,3% dos adultos com acesso à internet fizeram sexo com alguém que conheceram *on-line*.

Esse volume de acessos tem uma explicação, pois a internet, por meios de *chats* e *sites* de relacionamentos, permite o anonimato, a quebra dos tabus, revelar o que se oculta na sociedade, extravasar desejos, dizer aquilo que é proibido. Segundo Araújo (2008, p. 331): “Há palavras que não pode passar pela boca, no chat todas, sem exceção, podem ‘passar pelos dedos’, basta que se digite ou se opere com algum recurso paralingüístico para expressar o ‘proibido’.”

Mas essa realidade foi novamente transformada pelo avanço tecnológico que culminou na criação dos *smartphones* e aplicativos. A mobilidade do aparelho celular permite ao seu proprietário acessar os aplicativos de qualquer recinto, desde que tenha sinal de internet. Assim, os cônjuges

não estão mais fixados ao antigo computador de mesa, e nem precisam carregar o notebook para todos os lugares, pois a portabilidade e o multi-uso do celular, atualmente, suprem quase todas as necessidades, até mesmo no que se refere aos desejos.

Sobre os aplicativos, podem ser mencionados os mais comuns utilizados no Brasil, como o *Tinder*. Trata-se de uma rede social onde os cadastrados (homens e mulheres, heteros ou homossexuais) se utilizam de fotos e apresentam algumas características, quais sejam: nome e idade são as mais frequentes.

O aplicativo permite que o usuário acesse perfis próximos à sua localização e, a partir das fotos e informações que constam no perfil, ao clicar no “X”, ou deslizando o dedo para a esquerda, descarta o perfil visualizado. Ao deslizar o dedo em cima da foto para a direita ou clicando no coração verde, o usuário dá um *like*, sinalizando que tem interesse na pessoa, ou seja, na gíria dos internautas, significa que ele curtiu o perfil.

Para acontecer o *match* é preciso que a pessoa que você curtiu também lhe dê um *like*. Quando isso acontece é liberado o recurso de chat privado. Vale destacar que a pessoa não consegue identificar quando ganha um *like*. Ou seja, só é possível acontecer um *match* quando as duas, de forma aleatória, se curtem no aplicativo (RIBEIRO, 2015).

Os aplicativos *Scruff* e *Grindr* tem recursos semelhantes ao *Tinder*, porém destinados ao público homossexual. Vale dizer que são mais diretos, pois o usuário ao ter acesso ao perfil próximo da sua localização e de seu interesse pode, de imediato, iniciar uma conversa pelo chat privado, sem precisar aguardar que a pessoa demonstre reciprocidade. Logo, a combinação, quando acontece, se dá pelo desenrolar do diálogo.

O *Instagram* e o *Facebook*, que também constituem redes sociais, são bem mais populares e anteriores ao *Tinder*, mas, embora possibilitem a paquera, não possuem o recurso da localização como no *Tinder*. Portanto, as referidas redes sociais não têm como finalidade principal oportunizar combinações amorosas e sexuais, o que não significa que isso não aconteça.

Além desses aplicativos, que são aparentemente inocentes, também existem aqueles com recursos sórdidos, destinados única e exclusivamente para estimular a traição. Fernandes (2015) faz menção ao *Ashley Madison*, que tem um slogan bastante sugestivo: *Life is Short. Have an Affair* - em tradução: "A vida é curta. Tenha um caso." Nesta rede social é possível realizar chamadas privadas, de forma com que não seja possível o rastreamento, uma vez que o mesmo "desloga" o usuário remotamente.

Outro aplicativo interessante é o *Tiger Text*, que apresenta recursos semelhantes ao *Snapchat*, uma vez que delimita um tempo para cada mensagem. Ou seja, ela irá desaparecer do celular, independente se você visualizou ou não. É uma boa alternativa para as pessoas que não querem deixar rastros de conversas "picantes", para que o(a) parceiro(a) não descubra (FERNANDES, 2015).

As vantagens dos três aplicativos aludidos é justamente cometer a traição e impedir que o cônjuge venha a tomar conhecimento, haja vista que as referidas redes sociais têm como recurso esconder os vestígios da infidelidade, que acontece primeiramente na modalidade virtual, mas que pode evoluir para o ambiente real. A ideia é garantir ao cônjuge infiel incursões afetivas fora do casamento, bem como, assegurar que este saia ileso após violar o dever de fidelidade recíproca.

Aplicativo rastreador de infidelidade e o dano moral

No passado, o dever de fidelidade tinha funções bem definidas, quais sejam: o controle da sexualidade feminina, uma vez que apenas a mulher era punida com o adultério; e a certeza da paternidade dos filhos, para assegurar o patrimônio familiar unitário. De fato, as referidas funções são ultrapassadas e as mulheres passaram a ser tratadas como sujeito de direitos. Quanto aos filhos, não se faz mais distinção entre legítimos e ilegítimos. Ademais, o ordenamento brasileiro sofreu uma importante atualização, especialmente o ramo de direito civil, com a inserção do princípio

da dignidade humana, onde a pessoa passou a ser o centro do sistema jurídico e o patrimônio foi colocado em segundo plano.

Nessa toada, Lôbo (2004, p. 08) defende que os deveres conjugais, como a fidelidade recíproca durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, em virtude de serem destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos. O autor tem razão nesse sentido, uma vez que a emenda n. 66/2010 modificou o artigo 226, § 6.º da Constituição Federal, transformando a separação em um instituto facultativo. Na sequência o Código de Processo Civil de 2015 confirmou tal sistemática.

Ademais, em razão da atual redação do citado dispositivo, a culpa foi extirpada das ações de dissolução da sociedade conjugal, o que significou a possibilidade de requerer o divórcio por qualquer motivo, inclusive por falta de afeto. Além disso, o cônjuge traído não tem ao seu dispor nenhum recurso para punir o consorte infiel, como, por exemplo, aplicar uma multa e se manter casado - porque se manter casado daria a conotação de perdão tácito, o que isentaria o ofensor de cumprir a sanção.

Todavia, os deveres de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos ganharam nova interpretação, passando a ser considerados substância do direito da personalidade à honra, haja vista que as formalidades do casamento são pautadas pelo princípio da publicidade, a qual se dá, desde o processo de habilitação com publicação do edital, até a celebração do ato. Tal publicidade se mantém no cotidiano social com a identificação dos termos cônjuges. Também é de conhecimento, a exclusividade entre os cônjuges, própria do relacionamento conjugal, onde o respeito à fidelidade dá lugar à boa-fé objetiva, conforme anteriormente mencionado (LANDO; ARAÚJO, 2016, p. 46).

Schreiber (2011, p. 69) acrescenta: “A imensa maioria das pessoas reserva elevado valor à reputação de que desfruta no meio social. A honra constitui, de fato, um importante aspecto da vida relacional do ser humano e a ordem jurídica reconhece a necessidade de protegê-la.” No relacionamento familiar não é diferente, ou seja, o comportamento infiel de um dos

cônjuges afeta o outro, bem como aos demais membros que compõe a família.

Portanto, a traição não representa apenas a quebra do dever de fidelidade recíproca, mas também, a violação do dever de cuidado com a honra (subjetiva) e reputação familiar (objetiva). Nesses casos, o divórcio não é medida competente para resolver a questão, uma vez que apenas tem a finalidade de dissolver o casamento, quando se tornou impossível de manter a convivência entre o casal. Mas, a compensação dos danos morais causados pela ofensa à honra, precisa ser satisfeita com instituto próprio para responsabilização do cônjuge ofensor.

Para tanto, uma das decisões mais evocadas pelos juristas para ilustrar o cabimento da medida é a sentença proferida pelo Juiz Jansem Fialho de Almeida, em maio de 2008. Adiante segue trecho do julgado (BARBOSA, 2010):

Direito Civil – Ação de indenização – Dano moral – Descumprimento dos deveres conjugais – Infidelidade – Sexo virtual (internet) – Comentários difamatórios – Ofensa à honra subjetiva do cônjuge traído – Dever de indenizar – Exegese dos arts.186 e 1.566 do Código Civil de 2002 – Pedido julgado procedente (TJ/DF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida. 21/5/2008).

Recentemente, em abril de 2013, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se posicionar ao analisar Recurso Especial referente a danos materiais e morais por descumprimento do dever de fidelidade. Na ocasião, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator do processo, afirmou que o cônjuge, que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento, viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva). A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade, logo, deve ser preservada no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. (BRASIL, 2013).

Não existe uma unanimidade sobre o tema e os tribunais se dividem, alguns a favor da condenação do cônjuge infiel por danos morais, outros

contra. Todavia, na ânsia de resolver a questão por intermédio da legislação, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5716/16, do Deputado Rômulo Gouveia (PSD-PB), que prevê a condenação por danos morais ao cônjuge infiel. A proposta visa acrescentar no Código Civil o artigo 927-A, com a seguinte redação: “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

De qualquer forma, a proteção da honra, por vezes, pode ser difícil em virtude da quantidade de meios que possibilitam cometer a infidelidade virtual. Porém, já existem no mercado dezenas de aplicativos que oferecem recursos variados para descobrir a infidelidade. Um deles é o *FlexiSpy*, que permite ter acesso a todas as ligações, localização, ler mensagens de texto e conferir os e-mails de seu parceiro(a). O *Phonedeck* é ideal para monitorar mais de um *gadget* (aparelho) ao mesmo tempo e saber quais são os números mais discados, incluindo o tempo de duração de cada papo, bem como saber qual foi a conversa mais longa e a média de tempo de ligação. O *Spy Phone PRO+* mostra tudo o que foi enviado ou recebido por SMS após sua instalação, mesmo que as informações já tenham sido apagadas pelo dono do telefone (HECKE, 2012).

Surge aqui uma dúvida: o uso do aplicativo rastreador violaria a intimidade alheia? O cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal sem o conhecimento do outro não pode ser tutelado pelo direito à intimidade, pois o casamento estabelece comunhão plena de vida e, diante disso, o descumprimento do dever de fidelidade é de interesse do cônjuge ofendido, significando que a infidelidade em tela diz respeito à intimidade do casal (LANDO; ARAÚJO, 2016, p. 48).

Ademais, a intimidade conjugal compreende a eventos de interesse do casal, mesmo que um deles não participe diretamente do fato. Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que os cônjuges têm direito ao acesso às informações que lhes são comuns, sem implicar em ofensa à privacidade do outro. Portanto, o cônjuge pode fazer uso do aplicativo, uma

vez que tem direito de saber com quem seu consorte está mantendo relações sexuais, ainda que este não deseje ser descoberto.

Considerações finais

A infidelidade não é mais uma questão de gênero. Diante da igualdade de sexos prevista na Constituição Federal de 1988 e, principalmente, a disposição dos deveres conjugais direcionados ao casal, segundo o Código Civil, qualquer dos cônjuges pode cometer traição. Homens e mulheres, independente da orientação sexual, ao escolherem o casamento como entidade familiar conjugal, devem estar cientes das obrigações assumidas um para com o outro e, dentre elas, o dever de fidelidade recíproca.

A imposição do dever de fidelidade como interdito sexual/afetivo tem uma razão maior do que a certeza da prole legítima ou a garantia do patrimônio. Trata-se da responsabilidade para com todos os membros da família, o dever de cuidado com o consorte, da honra e reputação familiar. Ademais, a infidelidade, seja ela física ou virtual, sempre será real, não devendo ser encarada como uma brincadeira sem consequências, uma vez que implica na quebra da exclusividade sexual/afetiva e acarreta na violação à honra do outro.

Os aplicativos de celular, notadamente, colaboraram para a expansão da infidelidade virtual. Diante da diversidade e facilidade de acesso, o número de adeptos das redes sociais destinadas a relacionamentos amorosos só tem aumentado no Brasil e, conseqüentemente, as traições também. São dezenas de aplicativos com a finalidade de oportunizar encontros, inclusive aplicativos desenvolvidos especificamente para estimular a traição.

Todavia, não há aplicativos apenas para cometer a traição, pois também foram desenvolvidos rastreadores que permitem ter acesso às ligações, localização do cônjuge, até as mensagens trocadas, mesmo as que foram apagadas com o intuito de esconder o ato ilícito. Com o uso dos rastreadores, o cônjuge ofendido poderá proteger sua honra e ainda requerer danos morais e materiais, se for o caso, quando descobrir a

infidelidade do outro, sem receio de estar violando a privacidade do parceiro, haja vista, que a imposição do dever de fidelidade para um, prevê para o outro o direito de saber se está sendo traído.

Referências

ARAÚJO, J.C. Chats na web: a linguagem proibida e a queda de tabus. **Linguagem em (Dis)curso - LemD**, v. 8, n. 2, p. 311-334, maio/ago. 2008.

BARBOSA, E. Infidelidade virtual. **Migalhas**. 24/03/2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI104229,61044-Infidelidade+virtual>> Acesso em: fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 922462 SP 2007/0030162-4, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 04/04/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 13/05/2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 5.716/16. 21/02/2017**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090162>> Acesso em: fev. 2017.

CHAMOUN, E. **Instituições de direito romano**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957. 531p.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 30. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2015. 725p.

FERNANDES, F. Conheça os aplicativos de traição mais famosos do momento. **Ekonomista**. 05/03/2015. Disponível em: <<http://www.e-konomista.com.br/d/apps-que-estimulam-a-traicao/>> Acesso em: fev. 2017.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; **Curso de direito civil, v. 6: famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. 727p.

FRANÇA, R.L. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. 1042p.

HECKE, C. 10 apps para descobrir se você está sendo traído. **TECMUNDO**. 30/04/12. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/apps/22773-10-apps-para-descobrir-se-voce-esta-sendo-traido.htm>> Acesso em: fev. 2017.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1361p.

LANDO, G.A.; ARAÚJO, R.R.O. Direito à intimidade e à vida privada: a transposição dos limites no relacionamento conjugal. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, Online, v. 1, p.31 - 51, 2016.

LÔBO, P. L. N. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 26, p. 05-17, out-nov/2004.

RIBEIRO, G. O que é e como funciona o tinder? **Techtudo**. 28/12/2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2015/12/0-que-e-e-como-funciona-o-tinder.html>> Acesso em: fev. 2017.

SCHELP, D. Nos laços (fracos) da internet. **VEJA**. 08/07/2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/080709/nos-lacos-fracos-internet-p-94.shtml>> Acesso em: jan. 2017.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. 275p.

TARTUCE, F. **Direito civil, v. 5: direito de família**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 697p.

**O ensino religioso nas escolas públicas e
o princípio da laicidade estatal:
Uma análise da ADI n.º 4.439/DF e
o seu impacto nas escolas públicas municipais**

*Luana Laiane dos Santos
Angelika Souza V. da Costa*

Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.439/DF, firmou o entendimento no sentido de que é permitido o ensino religioso no modelo confessional nas escolas públicas, julgando improcedente a ação proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), declarando constitucionais os dispositivos dos artigos 33, §§1º e 2º da Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e 11, §1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 698/09 e promulgado pelo Decreto n.º 7.107/10.

Contudo, o problema reside nos seguintes questionamentos: ao autorizar que ensino religioso nas escolas públicas seja prestado em caráter confessional, ou seja, o ensino pautado em uma crença específica, violaria os princípios da liberdade religiosa e, sobretudo, o da laicidade estatal? Conforme essas premissas constitucionais, o ensino religioso não deveria ser neutro, sem privilegiar quaisquer convicções religiosas? Como as escolas municipais brasileiras estão lecionando a disciplina de religião?

Assim, essa interpretação dada pelo STF repercute diretamente nos sujeitos ligados ao assunto, quem seja, alunos e professores da rede pública municipal de ensino. Dessa forma, justifica-se a presente pesquisa visando analisar como essa decisão da Suprema Corte repercutiu no modo de ensinar religião nas escolas municipais.

O objetivo geral do presente trabalho é identificar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi de encontro com o princípio constitucional da laicidade do Estado, bem como verificar o impacto dessa decisão em algumas escolas públicas municipais do Nordeste do estado brasileiro.

O objetivo específico é explicar sobre o princípio da laicidade estatal, expor a respeito do ensino religioso previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases de Educação e, com base nesses preceitos, estudar o julgamento do Supremo Tribunal Federal referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439/DF. Posteriormente, cumpre analisar os impactos da mencionada decisão no âmbito das escolas públicas municipais de Recife e Jaboatão dos Guararapes, ambas do Estado de Pernambuco e de João Pessoa, do Estado da Paraíba.

Foram utilizadas a metodologia analítica e descritiva, mediante uma revisão literária, bem como, qualitativa e quantitativa com a apresentação dos resultados de questionário submetido aos professores de ensino religioso das escolas públicas municipais Recife e Jaboatão dos Guararapes, ambas do Estado de Pernambuco, e João Pessoa/PB, cuja finalidade foi verificar o modo de ensino da matéria, o conteúdo repassado em sala de aula e, por conseguinte, confrontar os dados obtidos com a decisão proferida na ADI n.º 4.439/DF.

Desse modo, a pesquisa se inicia com uma exposição sobre o princípio da laicidade do Estado como um preceito decorrente da liberdade religiosa e suas implicações por ser considerado um mecanismo limitador da atuação estatal. Em seguida, apresenta-se um estudo sobre o ensino religioso nas escolas públicas com base no previsto pelo art. 210, §1º da Constituição Federal, bem como, a compatibilidade da Lei n.º 9.394/96,

especificamente no art. 33, §§1 e 2º, com o modelo não confessional de ensino; analisando-se, também, o voto de cada ministro proferido na ADI n.º 4.439/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, apresenta-se o resultado da pesquisa realizada em quatro escolas públicas municipais, a fim de verificar no âmbito prático os impactos da ADI n.º 4.439/DF nas escolas públicas municipais brasileiras.

O princípio da laicidade previsto no Artigo 19, Inciso I, da Constituição Federal de 1988 como limitador da atuação estatal

Dentre as diversas restrições ao direito fundamental à liberdade religiosa, encontra-se o princípio do Estado laico ou leigo previsto no art. 19, inciso I, da Constituição Federal. Indubitavelmente, cuida-se de uma consequência lógica do disposto no art. 5º, inciso VI, da CF/88, o qual dispõe ser inviolável a liberdade de crença e consciência, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias (DANTAS, 2014).

Além de o Estado brasileiro não possuir religião oficial, permite-se a diversidade de crenças. Desse modo, o Estado deve obedecer aos preceitos do pluralismo religioso, garantindo a convivência harmônica entre as crenças coexistentes no país. Em contrapartida, as entidades federativas não podem favorecer, tampouco intervir na atuação das confissões religiosas e de seus adeptos em razão de interesse estatal. Significa dizer que o Estado deve ter um comportamento neutro diante das crenças existentes.

Desse modo, “por estado laico compreende-se não apenas aquele que não acolhe ou impõe determinada religião, mas também aquele que não reprova uma ou outra religião” (MEDINA, 2014, p. 243). Significa que a separação entre Estado e as religiões é o modelo mais propício à coexistência pacífica de todas as manifestações religiosas que existe no país (SORIANO, 2007).

Por outro lado, a função do princípio da laicidade é usada como mecanismo para evitar qualquer tipo de influência de qualquer crença

religiosa em face do Estado. Faz-se necessário uma separação entre Estado e a religião, porquanto as confissões religiosas não podem interferir na atuação estatal.

Isto é, a aplicação do princípio da laicidade reside no fato de que os dogmas religiosos não sejam utilizados nas atividades estatais legislativas, administrativas, executivas e jurisdicionais (SORIANO, 2007). Nessa perspectiva, depreende-se que o Estado não pode fundamentar seus atos pautados em convicções religiosas, devendo obedecer a neutralidade que a Constituição Federal de 1988 lhe impõe em face das religiões.

Mesmo se tratando de uma religião dominante no âmbito de uma determinada entidade federativa, tal fato não deve ser levado em consideração para fins de atuação estatal, devendo o Estado permanecer neutro. Assim, colaciona-se o entendimento do autor abaixo citado:

O princípio da indissolubilidade do vínculo e da união das Pessoas componentes da Federação impõe tratamento absolutamente sem discriminação no quesito filiação religiosa. Pouco interessa se por fatores culturais e de colonização neste ou naquele Município ou Estado há a presença de mais adeptos de uma ou de outra religião. A Federação guarda absoluta igualdade no tratamento e aceitação das religiões (laicização, tolerância, agnosticismo e relativismo) (BORGES, 2005, p. 12)

Percebe-se que há uma dupla dimensão do princípio da laicidade estatal: de um lado, o Estado não deve intervir nas diversas crenças religiosas coexistentes no país, ressalvada as hipóteses de subvenção estatal em favor das confissões religiosas em razão de interesse público. Por outro, a atuação da igreja, sobretudo as dominantes no país, não deve influenciar nas decisões estatais.

De modo diverso, Ferraz (1997) adota o entendimento de que o modelo adotado pelo Brasil não é o da separação absoluta, e sim uma separação atenuada entre o Estado e igreja. Com efeito, o Estado revela-se como garantidor da liberdade de crença e consciência, permitindo a celebração de cultos religiosos e, por outro lado, deve ser neutro, no sentido de não subvencionar ou não adotar cultos religiosos, sendo proibido

qualquer tipo de vínculo entre a igreja, ressalvados os casos de interesse público (FERRAZ, 1997).

Outrossim, entende-se que as convicções religiosas devem ser restritas ao âmbito privado, não cabendo ao Estado adotá-las no intuito de fundamentar suas atuações. Contudo, isso não significa que ser laico é ser inimigo da religião, tendo em vista que termo laicidade não se confunde com laicismo. Enquanto a laicidade significa uma situação de neutralidade do Estado com a igreja, o laicismo revela-se como um comportamento hostil e de repúdio perante as religiões.

Destarte, não cabe ao Estado brasileiro pregar pela desvalorização das crenças religiosas que existem no país, mas sim ter uma postura neutra perante elas, agindo, por conseguinte, em conformidade com os ditames laicos vigentes. Mesmo em face da ausência de uma religião oficial, o Estado não precisa exterminar o dado religioso da esfera pública para que o país mantenha o seu caráter leigo (SILVA, 2016). Cabe ao ente estatal respeitar o pluralismo religioso, tolerando as diversas crenças existentes.

Oportuno transcrever os ensinamentos de Silva (2016, p. 253):

A relação entre religiões e/ou Igreja e Estado, se não trata de um privilégio a uma ou algumas religiões, não é da mesma forma uma “ofensa” ao laicismo, mas, sim, o reconhecimento de que o direito à liberdade religiosa decorre da própria natureza humana, ou seja, o homem é um ser que busca ter acesso com o transcendente além das próprias estruturas estatais. Para isso, cabe ao Estado não interferir na busca do homem pelo sagrado, a não ser quando o exercício da religião torna-se uma afronta à própria dignidade humana.

Do excerto mencionado, interpreta-se que não é plausível que um Estado considerado laico interfira nas escolhas do cidadão no tocante às crenças religiosas, somente sendo permitida tal interferência caso ocorra violação a direito fundamental.

Ademais, ser um Estado laico não significa ser um Estado ateu. O fato de ser neutro em face às convicções religiosas, bem como a ausência de religião oficial, não faz o Estado brasileiro ser um país indiferente em

relações às religiões. Segundo Soriano (2007), verifica-se a existência de uma convivência harmônica entre as diversas confissões religiosas existentes no país, de modo que não há exclusão dos ateus. Conclui-se que o direito fundamental à liberdade religiosa alcança tanto crentes quanto descrentes.

Feitas essas considerações sobre o princípio da laicidade estatal como um instrumento limitador da atuação estatal, extrai-se que tal princípio deve interferir na forma do ensino religioso nas escolas públicas brasileiras, o que será explorado no tópico seguinte.

Ensino religioso nas escolas públicas: a Constituição Federal de 1988 e o princípio da laicidade estatal

Inicialmente, o art. 205 da Constituição Federal de 1988 prevê o direito à educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, estes considerados como entes responsáveis por sua prestação, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Considerada como um direito social, conforme prevê o art. 6º da Constituição Federal, consagra-se a educação como um bem público essencial à sociedade, possuindo um status de direito público subjetivo do cidadão, o qual envolve o dever por parte do Estado à prestação da educação básica gratuita.

Assim, a educação é como um processo de reconstrução da experiência, devendo ser considerada como um atributo inerente à pessoa humana, e, conseqüentemente, deve ser comum a todos (SILVA, 2013).

Da leitura do art. 210 e o § 1º, da CF/88, interpreta-se que o ensino religioso é disciplina de caráter facultativo, ou seja, cabe ao estudante a opção de estudar ou não a referida matéria. Tal previsão retrata uma conseqüência do direito fundamental à liberdade religiosa, tendo o aluno a

livre escolha para cursar a disciplina religiosa com base em suas convicções.

Consoante sustenta Diniz (2010) e Gonçalves (2015), o ensino religioso é visto como uma manifestação do direito fundamental à liberdade religiosa. Trata-se de um mecanismo cujo objetivo é propor o pluralismo religioso, tolerância e respeito a diversas convicções religiosas.

Ferraz (1997) e Lacombe (2011), em corrente minoritária, entendem que o ensino religioso constitui uma exceção constitucional à separação do Estado e Igreja prevista no art. 19, inciso I, da CF/88, devendo ser interpretada restritivamente, não tolerando ampliações que a Constituição não permite.

Em relação ao conteúdo a ser ministrado, o ensino religioso divide-se em três tipos: confessional, interconfessional e não confessional. Nove-lino (2016) define as três espécies de ensino da seguinte forma: a) confessional, quando transmite os princípios e dogmas de determinada convicção religiosa; b) interconfessional, no qual são ensinados os princípios comuns às várias religiões; e, c) não confessional, quando voltado a uma visão expositiva das diversas crenças existentes.

Assim, deve-se fazer uma exegese do art. 210, §1º da CF à luz dos arts. 5º, VI e 19, inciso I, todos da CF. Faz-se necessário adequar aos preceitos da liberdade religiosa e ao princípio do Estado laico, devendo o ensino religioso no Brasil ter um caráter não confessional. Conforme ensina a doutrina moderna:

Dessa forma, destaca-se uma dupla garantia constitucional. Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou aquela fé. A norma constitucional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas em matricular-se ou não, uma vez que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade ao ateísmo. (MORAES, 2016, p. 50).

A não confessionalidade separa o Estado dos assuntos e sujeitos religiosos, não se alia a elas, tampouco as embaraça. Com a educação e a cultura não poderia ser diferente: não podem ser programadas por diretrizes religiosas; o ensino público não pode ter um caráter confessional e comanda uma atuação estatal imparcial (WEINGARTNER NETO, 2012).

Nos ensinamentos de Guedes e Lourenço (2017), a laicidade do Estado deve ser considerada como pressuposto de existência do pluralismo educacional. Ou seja, o ensino religioso respeita o caráter laico do Estado quando ministrado de forma neutra, tolerando e respeitando as crenças existentes no país, sem conduzir o aluno a uma determinada convicção religiosa.

Destarte, sob o panorama infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação regulamenta sobre a educação no Estado brasileiro, sobretudo dispõe a respeito do ensino religioso em estudo, o qual será discutido no tópico subsequente.

Estudo sobre a compatibilidade do Artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o caráter não confessional do ensino religioso no Brasil

Traçadas essas linhas sobre o ensino religioso no âmbito constitucional, oportuno aprofundar o estudo no tocante ao art. 33 da Lei n.º 9.394/96 e sua compatibilidade com o caráter não confessional do ensino religioso nas escolas públicas. Trata-se de uma legislação que estabelece diretrizes e bases da educação nacional, sendo competência exclusiva da União em disciplinar tal matéria, conforme preconiza o art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal.

A Lei n.º 9.475/97 alterou a redação do art. 33 da LDB, passando a dispor da seguinte forma:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das

escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Brasil, 1997)

A nova redação dada ao art. 33 da LDB não só combina com o princípio constitucional da liberdade religiosa, como permite uma conexão com os princípios de “respeito à liberdade e apreço à tolerância”, previsto no art. 3º, inciso IV, do mesmo diploma legal (CURY, 2004). Da leitura do caput do art. 33, extrai-se que o ensino religioso, em observância aos princípios constitucionais, deve obedecer ao pluralismo religioso, respeitando as diversas convicções e credos existentes no país.

Diante dessa perspectiva, percebe-se a intenção do legislador em consagrar o caráter não confessional do ensino religioso. Ou seja, deve ser ministrado de forma objetiva, sob uma visão cultural das religiões. Tal conclusão fica mais evidente quando o artigo em questão veda expressamente, ao final, qualquer forma de proselitismo religioso.

A respeito disso, leciona a autora abaixo citada:

Percebe-se aqui que a lei federal, ao “assegurar o respeito à diversidade cultural religiosa no Brasil” optou por criar um parâmetro de ensino religioso de caráter social e filosófico, e não confessional. Ou seja, as religiões teriam lugar no ensino público enquanto tratadas sob a perspectiva fenomenológica e antropológica, a partir do ensino objetivo das religiões como fenômeno histórico cultural das sociedades. Além disso, a lei vedou expressamente o proselitismo nas salas de aulas das escolas públicas. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 152).

Deve-se prezar pela justiça religiosa, a qual deve ser entendida como uma forma de resgatar a pluralidade e a liberdade de consciência como direitos fundamentais e anteriores ao direito à educação religiosa, dado o risco do proselitismo no ensino religioso oferecido pelas escolas públicas. Destarte, o Estado brasileiro precisa respeitar a justiça religiosa, ante a

existência de diferentes confissões religiosas poderem ser qualificadas como majoritárias e minoritárias com base na realidade do país (DINIZ, 2010).

Em relação à definição da expressão proselitismo religioso, merece destaque o conceito dado por Débora Diniz:

Como não há definição de proselitismo religioso em nenhum documento federal, deve-se entender por proselitismo religioso expressões de dogmatismo que resultam em discriminação social, cultural ou religiosa e que ameaçam a igualdade e o reconhecimento entre as religiões. O proselitismo parte da certeza de uma verdade única no campo religioso e ignora a diversidade. É, portanto, uma ameaça à justiça religiosa e ao igual direito de representação das religiões nos espaços legitimados pelo Estado, como é o caso do ensino religioso. (DINIZ, 2010, p. 413)

A vedação ao proselitismo religioso previsto no caput do art. 33 da LDB deve ser interpretada como uma forma de adequar-se aos princípios da liberdade religiosa e da laicidade estatal. Desse modo, forçoso concluir que o ensino religioso nas escolas públicas sob o modelo confessional viola a separação entre o Estado e religião, sendo o modelo não confessional adequado e compatível com os ditames constitucionais.

Os princípios constitucionais e legais obrigam os educadores a se pautarem pelo respeito às diferenças religiosas e à liberdade de consciência, de crença e de culto, reconhecendo a igualdade e dignidade de toda pessoa humana (CURY, 2004).

Em posição divergente, Ferraz (1997) entende que o Estado não pode ministrar tal modalidade de ensino, cabendo às organizações religiosas tal função. Por outro lado, Guedes e Lourenço (2017) defendem que, caso o Estado consiga ofertar um ensino de forma plural, não ofertar a disciplina seria a solução, “visto que o direcionamento a uma ou outra religião poderia atuar de modo a conduzir a crença do aluno para doutrina determinada” (GUEDES; LOURENÇO, 2017, p. 162).

Ressalte-se que a LDB não veda o ensino religioso confessional em caráter absoluto. Tal modalidade é prevista pela lei ao dispor sobre as instituições privadas de ensino, conforme prevê o seu art. 20, inciso III. Veda-

se, na verdade, a propagação de ideais religiosos confessionais pelo Estado nas escolas públicas (ZYLBERSZTAJN, 2012).

Embora o §1º disponha que “os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores” (BRASIL, 1997), tal fato não retira a exigência dos Estados e Municípios, entes federativos com prerrogativa de estabelecer o conteúdo da disciplina, em observar os preceitos constitucionais e legais acerca do caráter não confessional do ensino religioso nas escolas públicas.

Face ao exposto, o art. 33, caput, e §§1º e 2º da Lei n.º 9.394/96 junto com o art. 11, §1º, do Acordo Santa-Sé foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República, a qual será detalhada no tópico subsequente.

O Supremo Tribunal Federal e a constitucionalidade do Artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Artigo 11, §1º, do Acordo Santa-Sé: a natureza não confessional do ensino religioso brasileiro

Em 2010, fora ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sob o n.º 4.439/DF, na qual se questionou sobre a constitucionalidade do art. 33, caput, e §§1º e 2º da Lei n.º 9.394/96, bem como o art. 11, §1º, do Acordo Santa-Sé, aprovado mediante Decreto Legislativo n.º 698/09 e promulgado pelo Decreto n.º 7.107/10.

Em suas razões, a PGR alegou a incompatibilidade do ensino religioso confessional com o caráter laico do Estado brasileiro. Acertadamente, a exordial sustentou que, ante ao princípio da unidade da Constituição, não se pode adotar uma posição de que, em face do caráter laico do estado, negue qualquer possibilidade de ensino religioso nas escolas públicas. Tampouco se admite que, a partir da leitura do art. 210, §1º, da CF, transforme a escola pública em um local de proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão religiosa (BRASIL, 2010).

Ao fim, pugnou para a realização da interpretação conforme a Constituição do art. 33, caput, e §§1º e 2º da Lei n.º 9.394/96 e do art. 11, §1º, do Acordo Santa-Sé no sentido de firmar que o ensino religioso nas escolas públicas apenas pode ser de caráter não confessional, proibindo a admissão de professores na qualidade de representantes das convicções religiosas. Subsidiariamente, pleiteou pela declaração de inconstitucionalidade do fragmento “católico e de outras confissões religiosas”, previsto no art. 11, §1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.

Inicialmente, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso posicionou-se pela procedência da ação, argumentando que os arts. 5º, inciso VI, 19, inciso I e 210, §1º, todos da CF/88 não podem ser interpretados isoladamente, devendo-se atribuir coerência ao sistema, ante ao princípio da unidade da Constituição. Para o Ministro, nota-se que solução da controvérsia constitucional é no sentido de reconhecer o modelo não confessional como o único capaz de compatibilizar-se com a laicidade estatal, garantindo, por conseguinte, o direito fundamental à liberdade religiosa.

O Ministro Marco Aurélio seguiu o entendimento do Relator, sustentando que o Estado não pode subvencionar uma determinada crença, e sim assegurar o avanço das diversas convicções. Aduziu que “este é o único caminho compatível com a ideia de laicidade. A possibilidade de ter um servidor público confessando em caráter oficial determinada corrente religiosa evidencia, por si só, um problema” (BRASIL, 2017).

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello concordou com o pleito da PGR no sentido de declarar inconstitucionalidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas. Em seu voto, sustentou que “em matéria confessional, o Estado brasileiro há manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa” (BRASIL, 2017).

Em sentido contrário, o Ministro Alexandre de Moraes discordou com o posicionamento ofertado pelo Relator. Argumentou que o modelo não confessional contraria o direito de aluno em aprender mais sobre a crença que escolher, bem como do educador expressar sua fé. O Ministro Edson

Fachin acompanhou a divergência suscitada pelo Ministro Alexandre de Moraes, alegando que o ensino de religiões específicas não viola a neutralidade do Estado, sendo possível o ensino de uma crença determinada.

Em sentido oposto, a Ministra Rosa Weber seguiu o entendimento exposto pelo Relator, sustentando que não é admissível o ensino de religiões específicas nas escolas públicas e merece ser considerada a tolerância entre as diferenças. Desse modo, a Ministra afirmou que “Entendo eu, pedindo todas as vênias as compreensões contrárias, que religião e fé dizem com o domínio privado e não, data vênias, com o domínio público. Neutro há de ser o Estado.” (BRASIL, 2017).

Na mesma esteira, o Ministro Luiz Fux concordou que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser ministrado de forma neutra. Acertadamente, afirmou que “educação pública religiosa, universalista e não confessional, com a devida vênias, é a única apta a promover gerações tolerantes que possam viver em harmonia com diferentes crenças na sociedade plural, ética e religiosa [...]” (BRASIL, 2017).

O Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ação. Em seu voto, fundamentou que “desde 1934, as constituições brasileiras invocam Deus em seu preâmbulo sem que isso signifique uma violação do princípio da laicidade do Estado”. (BRASIL, 2017). Com efeito, concluiu que não vislumbra nenhuma inconstitucionalidade nos dispositivos questionados, bem como desnecessário interpretá-los conforme a Constituição Federal.

Por seu turno, o Ministro Dias Toffoli discordou do voto do eminente Relator, defendendo que a separação entre o Estado e a igreja não possui caráter absoluto, encontrando ressalvas no próprio texto constitucional. Seguindo a divergência, o Ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se no sentido de que o modelo confessional ou interconfessional de ensino religioso nas escolas públicas não ofende a neutralidade estatal.

A Ministra Carmem Lúcia, em seu voto de minerva, seguiu a divergência suscitada, manifestando-se pela improcedência da ação, sob o fundamento de que “não vejo submissão do Estado a religião qualquer uma nas normas questionadas, uma vez que a oferta do ensino religioso

está previsto no §1º do art. 210 e a oferta é condicionada a uma facultatividade” (BRASIL, 2017). Ressaltou que “a laicidade do Estado brasileiro não impediu o reconhecimento de que a liberdade religiosa impôs deveres ao Estado, um dos quais a oferta de ensino religioso com a facultatividade de opção por ele” (BRASIL, 2017).

Em votação apertada, por 06 votos a 05, a ADI n.º 4.439/DF foi julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, declarando constitucionais os dispositivos impugnados, prevalecendo o entendimento do modelo confessional do ensino religioso nas escolas públicas, permitindo-se o ensino vinculado a uma determinada religião.

Assim, ficaram vencidos os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Marco Aurélio. Com a devida vênia, verifica-se notório equívoco da Corte Suprema em permitir o ensino religioso nas escolas públicas em caráter confessional, violando frontalmente todos os ditames constitucionais ora discutidos nos capítulos anteriores. Não se pode desconsiderar o caráter laico do Estado brasileiro, que, indubitavelmente, repercute no *modus operandi* do ensino religioso nas escolas públicas.

A decisão proferida é perigosa, podendo gerar um impacto social significativo no sentido de fomentar a desigualdade e intolerância religiosa dentro do ambiente escolar. A partir do momento que se adota o ensino religioso no modelo confessional, não obstante seja uma disciplina de matrícula optativa, abre-se espaço para o desrespeito, ocasionando diversas intolerâncias de natureza religiosa.

Considerando que a religião majoritária no Estado brasileiro é a católica, pode ocorrer discriminações em face das crenças que não tenham muito alcance social no país, como, a título de exemplificação, as muçumanas, hindus e africanas.

Diante do exposto, faz-se necessário analisar a efetividade da ADI n.º 4.439 na prática, verificando como está sendo ministrado o ensino religioso em algumas escolas públicas municipais do país, o que será demonstrado no tópico a seguir.

Alcance e efetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439: análise do ensino religioso nas escolas públicas municipais

Após apresentado todo o cenário teórico, mostra-se de suma importância uma análise do alcance e efetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439/DF perante a rede pública municipal de ensino. Nesse diapasão, foram coletadas informações de professores que lecionam ou que já lecionaram a matéria de ensino religioso, a fim de verificar, no campo prático, como está sendo prestada a disciplina nas escolas públicas municipais.

Foram colhidas informações com professores de ensino religioso em uma escola do Município de Recife e Jaboatão dos Guararapes, no Estado de Pernambuco, bem como do Município de João Pessoa, na Paraíba, com o objetivo de verificar como está sendo ministrada tal disciplina e o alcance e efetividade da ADI n.º 4.439/DF no caso concreto.

Dos professores entrevistados, extraiu-se que todos são servidores públicos municipais, tendo 1 deles formação em Teologia e os demais em Pedagogia, bem como, que as escolas públicas municipais de Recife e Jaboatão dos Guararapes, ambas localizadas no Estado de Pernambuco e de João Pessoa na Paraíba mostram-se compatíveis com os ditames previstos na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Isso porque, as referidas escolas lecionam o ensino religioso de forma neutra, expondo sobre as diversas religiões existentes no país, bem como orientando a tolerá-las e respeitá-las. Ressalte-se, inclusive, que em todos os docentes que ministram a matéria não são representantes de convicções religiosas. Dessa forma, ao ministrarem a disciplina de forma ampla e expositiva sobre as religiões, atendem ao modelo não confessional de ensino, modelo compatível com o caráter laico do estado brasileiro.

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o ensino religioso nas escolas públicas pode ter natureza confessional,

julgando, por conseguinte, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta pela PGR.

Nota-se que não há uma coincidência entre o cenário demonstrado em algumas escolas públicas municipais do Nordeste do Estado brasileiro com o entendimento exposto na ADI n.º 4.439/DF. O que foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal não é plausível, sob pena de transformar a sala de aula em um ambiente de pregação do proselitismo religioso, situação a qual é vedada em razão do Estado laico.

Partindo-se desse ponto de vista, entende-se que ao estabelecer o ensino religioso de modo confessional não só viola o princípio da laicidade como também não garante o pluralismo religioso, haja vista que a ausência de exposição de outras crenças religiosas não inclina os alunos a tolerá-las. Ademais, o preâmbulo da Constituição Federal não serve de parâmetro de constitucionalidade, não tendo força normativa, entendimento já consagrado na própria Suprema Corte.

Dos dados coletados na pesquisa, nota-se que aquelas escolas públicas municipais ministram a matéria de forma neutra, independentemente do status facultativo que a disciplina dispõe. Portanto, a facultatividade do aluno em assistir aula de ensino religioso não tem relação com o conteúdo a ser ministrado na disciplina, sendo duas situações totalmente distintas.

Em suma, conclui-se que as escolas municipais pesquisadas seguem perfeitamente o exposto na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, de modo que ministram o ensino religioso com base na neutralidade estatal, respeitando o princípio do Estado laico e não ao exposto pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 4.439/DF.

Considerações finais

O desenvolvimento destas ideias possibilitou um estudo do princípio da laicidade estatal, bem como uma análise do ensino religioso no diploma constitucional e legal, permitindo a obtenção de respostas mais sólidas sobre a realidade do ensino religioso e sua compatibilidade ou não com os

moldes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 4.439/DF.

Ao analisar os resultados da pesquisa em comento, nota-se a incompatibilidade da decisão do STF com a realidade do ensino religioso em certos municípios do Nordeste. Na verdade, o entendimento da Corte Suprema em afirmar que o ensino religioso deve ser confessional não retrata o atual cenário do ensino religioso nas escolas públicas dos municípios de Recife e Jaboatão dos Guararapes/PE, assim como em João Pessoa/PB. Isso porque, ficou evidenciado que os conteúdos da disciplina se restringem à exposição imparcial de diversas convicções religiosas, bem como a tolerância em face delas, o que contribui para o fato de que o ensino religioso possui, na prática, natureza não confessional.

Entender, de modo diverso, como decidiu o Plenário do STF, ao implementar o modelo confessional nas escolas públicas, pode gerar desigualdades no ambiente escolar, discriminações e intolerâncias religiosas, sobretudo no tocante às crenças que não tem tanto alcance social no país, como por exemplo as africanas e as mulçumanas.

Considerando a relevância do assunto, espera-se uma revisão do entendimento atualmente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de afirmar que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser ministrado de modo não confessional, declarando inconstitucional o art. 11, §1º do Acordo Santa-Sé.

No tocante ao art. 33, §§1º e 2º da LDB, verifica-se que o próprio dispositivo veda qualquer forma de proselitismo religioso na prestação do ensino religioso nas escolas públicas. O que se percebe é uma desconsideração por completo pelo STF dos ditames da laicidade estatal, bem como em relação à liberdade religiosa.

Nesse sentido, diante de todo arcabouço teórico e prático explanado no presente trabalho, nota-se um reduzido alcance e efetividade da ADI n.º 4.439/DF nas escolas públicas pesquisadas, de modo que estas obedecem aos preceitos impostos pela Constituição Federal e pela LDB ao ministrar o ensino religioso em caráter não confessional.

Referências

- BORGES, Alexandre Walmott. Considerações sobre a vedação constitucional do artigo 19, I, CF/88- O Estado Laico. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v.8, n.14, p.10-15, jan./jun. 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 18.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439/DF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/copy_of_pdfs/ADI%204439.pdf/view>. Acesso em: 29 mai. 18.
- BRASIL. Lei n.º 9.475 de 1997. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9475.htm>. Acesso em: 08 out. 18.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. **Ensino religioso e escola pública: o curso histórico de uma polêmica entre igreja e Estado no Brasil**. Educação em Revista. Disponível em: <<http://educacaoemrevistaufmg.com.br/edio-anterior/educacao-em-revista-no-17-ano-1993/>> 1993, n.17, p. 20-37. Acesso em: 31 mar. 18.
- DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014.
- DINIZ, Débora. Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.18, n.84, p.399-415, maio/jun. 2010.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do §1º do art. 210 da CF. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo. v.5. n.20. p. 19-47. jul./set. 1997.
- GUEDES, Maurício Sullivan Balhe; LOURENÇO, Cristina Sílvia Alves. O STF e o ensino religioso em escolas públicas: pluralismo educacional, laicidade estatal e autonomia individual. **Revistas de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v.4. n.3. p. 145-165, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54375/33440>>. Acesso em: 02 abr. 18.

GONÇALVES, Antonio Baptista. A intolerância do Estado Democrático de Direito brasileiro laico quanto ao uso de símbolos religiosos em locais públicos. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 1, n.2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=212873>>. Acesso em: 23 mar. 18.

LACOMBE, Américo Masset. O estado laico e o pluralismo religioso. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, n. 56, p. 35-59, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais. 3. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a EC 77/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ricardo Gaiotti. A liberdade religiosa e o princípio da colaboração entre os Estados e as religiões. **Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 235-256, jan./jun. 2016.

SORIANO, Aldir Guedes. Levando o estado laico a sério. **Revista Jurídica Consulex**, v.11, n.258, p.36-39, out. 2007.

SORIANO, Aldir Guedes. Estado laico é neutro. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 20 jul. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia/fz2007200709.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pleno – Concluído julgamento sobre o ensino religioso nas escolas públicas**. Youtube. 28 set. 17. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUAgs>>. Acesso em: 09 mai. 18.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pleno – Suspensão julgamento sobre o ensino religioso nas escolas públicas**. Youtube. 01 set. 17. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=JVVrw1XenkM>>. Acesso em: 10 mai. 18.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão julgamento de ADI sobre ensino religioso nas escolas públicas. **Notícias STF**. Brasília, 21 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356402>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF conclui julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. **Notícias STF**. Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Estado laico, concordata e ensino religioso. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 14, n.73, p.77-98, maio/jun. 2012.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012

O trabalho em condições análogas a escravo do imigrante: análise da atuação do Estado brasileiro

Valéria Feitoza da Silva

Introdução

O atual sistema de mundo globalizado favorece um cenário de interligação entre povos de diferentes países, dada a facilidade com que as informações são geradas e reproduzidas. Do mesmo modo, a realidade da produção capitalista induz a fixação pelo acúmulo de capital levado a efeito por muitas pessoas (seja física, seja jurídica), as quais, movidas de tal maneira se esquivam do reconhecimento dos direitos humanos das demais.

Se por um lado difunde-se um mundo de oportunidades e garantias, por outro existem o aproveitamento de omissões estatais, bem como das fragilidades humanas para explorar e assim obter mais lucros com mão de obra barata. É nesse sentido que se instala o trabalho em condições análogas à escravo do imigrante.

O fato de estar em um país diferente no que se refere à cultura, à geografia, à linguagem, somada à urgente necessidade de ter uma fonte de renda, a situação de estar com visto irregular, a xenofobia, entre outros fatores, fazem com que o(s) empregador(es) veja(m) os imigrantes como alvos perfeitos para trabalhar em condições degradantes, jornadas exaustivas, sem observação da legislação trabalhista, tudo isso a um preço capaz apenas de garantir a sobrevivência das vítimas.

Nota-se que os efeitos dessa enteada são muito mais nefastos, não consistindo apenas na inobservância de normas trabalhista, mas no desrespeito aos princípios universais da liberdade e dignidade humana. Nesse sentido, desdobra-se a responsabilidade do Estado brasileiro em findar este problema, já que condutas omissivas são decisivas para a perpetuação de violações de direitos como a abordada neste texto.

Diante do exposto, o presente trabalho tem o seguinte problema de pesquisa: qual a atuação do Estado brasileiro no combate ao trabalho escravo de imigrantes no Brasil? Como objetivo geral tem-se o de analisar a atuação do estado brasileiro no combate ao trabalho escravo de imigrantes no Brasil. Os objetivos específicos adotados são o de entender o conceito do trabalho em condições análogas à de escravo e sua amplitude, bem como a condição do imigrante; compreender a responsabilização do Estado na existência do trabalho escravo do imigrante e a consequente necessidade das ações (programas e políticas públicas) de combate a tal prática; e, por fim, investigar as ações tomadas pelo Estado na prevenção e repressão do trabalho escravo de imigrantes e suas repercussões.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo com abordagem qualitativa, pois a partir de uma análise geral do tema pretende-se chegar a uma conclusão particular para o problema. O tipo de pesquisa é o bibliográfico, vez que para a construção do trabalho se fará um levantamento teórico cujas fontes serão artigos, revistas, notícias, etc.

A presente pesquisa se justifica diante da intensa minimização de direitos intrínsecos a uma existência digna que há quando pessoas são submetidas a trabalhos forçados, condições degradantes, jornadas exaustivas e/ou restrição de liberdade. Essa situação se perfaz em um contexto cruel de busca pelo lucro por grandes empresários que veem no trabalho do imigrante, encontrado em situação vulnerável, uma saída para ter sucesso.

Assim, é de suma importância que a sociedade tenha conhecimento do papel do Estado na prevenção e repressão de situações como estas para que possa ter acesso às atuações do país nesse sentido. Ademais,

academicamente esse tema se apresenta como forma de despertar muitos juristas e operadores do direito a investigar e dar ampla divulgação a uma prática que, infelizmente, ainda se faz presente nas realidades sociais de muitos daqueles que mais necessitam da atenção do Estado e da comunidade.

O trabalho em condições análogas à de escravo e o imigrante

A existência do trabalho em condições análogas à escravo demonstra os resquícios da escravidão de séculos passados e refazem a ideia do ser humano como uma máquina destinada a produzir lucros. No atual mundo globalizado as comunicações entre as pessoas, empresas e países são facilitadas, tornando as fronteiras cada vez mais estreitas. Contudo, aqueles que saem dos seus países em busca de melhores condições de vida em outros, muitas vezes, encontram barreiras a tal objetivo e terminam por se submeter à perda de sua dignidade.

O Código Penal brasileiro prevê em seu artigo 149:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

De forma não exaustiva, o tipo penal traz situações que condenam o responsável por essa grave violação de direitos humanos.

Por trabalhos forçados pode-se entender todo aquele exercido contra a vontade livre do trabalhador. A OIT, na convenção n^o 29, assinada pelo Brasil, art. 2^o, 1, define trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Como jornadas exaustivas se compreendem aquele trabalho em que a vítima é posta para trabalhar além da jornada máxima de 44 horas semanais prevista na CF/88, ou seja, trabalha “longas horas que excedem

uma carga horária normal permitida por lei, causando-lhe prejuízo à sua saúde física e mental” (ALCÂNTARA, 2017, p. 11).

As condições degradantes são compreendidas no local e formas de sobrevivência a que o trabalhador está submetido como em lugar com esgoto exposto, água não potável, alimentação estragada, falta de espaço para dormir, ausência de banheiro, etc.

Outra situação capaz de configurar o crime acima transcrito é a restrição de locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída. Isso se dá quando o trabalhador, atraído pela possibilidade de melhorar sua situação financeira, chega ao local de trabalho, que comumente fica distante do local de origem, e é informado pelos aliciadores da dívida que contraiu com o transporte e alimentação. A partir disso, a vítima é imposta psicologicamente a saldar uma dívida que nunca termina, pois, a cada dia passado, a ela se acrescenta mais um valor.

Afora o exposto, também configuram trabalho em condições análogas à escravo o cerceio do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho e vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, conforme os incisos I e II do §1º, art.149 do Código Penal brasileiro.

Deste modo, muitas são as situações possíveis para a ocorrência deste tipo de violação de direitos. Em resumo, o trabalho escravo contemporâneo se compreende como qualquer “modalidade de exploração do trabalhador em que este esteja impedido, moral, psicológica e/ou fisicamente, de abandonar o serviço, no momento e pelas razões que entender apropriados, a despeito de haver, inicialmente, ajustado livremente a prestação de serviços” (RIBEIRO, 2016, p. 40 apud ALCÂNTARA, 2017, p. 8).

Pela conceituação apresentada aqui, percebe-se a gravidade da existência do trabalho análogo à escravo na vida de muitas pessoas. Essa prática fere princípios basilares dos direitos humanos a nível nacional e internacional, entre eles, a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Nestes termos, a dignidade humana entendida, nas palavras de Nascimento e

Reginato (2017, p. 314) como “uma junção de valores sociais, culturais, jurídicas e filosóficas” é totalmente desconsiderada na medida em que a vítima foi “coisificada”, pois a sua capacidade de ter atendidos direitos mínimos de saúde, alimentação, moradia e seu poder de escolha estão ceifados, encontrando-se nas mãos do seu empregador.

A liberdade se anula quando a vítima fica impedida de ir para onde entender, inclusive de deixar o seu trabalho e retornar a sua casa, seja física seja psicologicamente. Conforme Carneiro (2017, p.366) esse limite à liberdade “pode se traduzir na retenção de documentos, na constituição de “dívidas” com o empregador, na ausência ou demora injustificável de pagamento de salário, o que geralmente vem associado a condições precárias de acomodação e alimentação”.

Como fator motivador da existência dessa prática ainda existente, tem-se a busca incessante por lucros. No anseio de acumular sempre mais, o homem, na expressão do seu egoísmo, submete milhares de vidas a condições sub-humanas. Como afirmado por Harres (2013, p.27) “em um cenário fortemente orientado pela lógica da globalização, a corrida frenética por custos mais baixos da produção acaba por gerar respostas pouco humanas ao corte de gastos: o trabalhador, frágil por sua condição natural, torna-se o primeiro a sofrer os deletérios efeitos da integração mundial de mercados.”

Deste modo, os empregadores contratam homens conhecidos por “gatos”, encarregados de aliciar pessoas em vulnerabilidade social, principalmente, vez que estas se encontram mais suscetíveis a qualquer valor capaz de garantir a sua sobrevivência e da família. Nesse sentido, percebe-se uma dupla situação de vulnerabilidade quando se trata de imigrantes, aqueles que saem de seu país de origem objetivando uma vida melhor no Brasil.

Entre as dificuldades encontradas pelos imigrantes está a adaptação a uma nova cultura e clima, a linguagem, a discriminação contra sua condição de estrangeiro, a dificuldade na obtenção de documentos para ingresso no trabalho formal, o medo de estar em um país diferente, etc.

Outro obstáculo é a burocracia na regularização do imigrante no Brasil, como aponta Costa e Pulcinelli (2017, p. 254),

O processo para a obtenção da documentação necessária é, portanto, bastante burocrático, sendo que tal burocracia, aliada ainda a outros elementos como a dificuldade com o idioma, o problema com acesso a informações e, em muitos casos, até mesmo a inexistência de qualquer documento capaz de comprovar a identidade da pessoa face ao seu país de origem, dificultam muito o acesso do imigrante a serviços públicos e aos direitos sociais, como o acesso ao trabalho.

Esses fatores, somada à urgência ao mínimo em garantir um sustento, contribuem para que os imigrantes, mormente os imigrantes ilegais, se tornem presas fáceis dos aliciadores. Como destaca Nascimento e Reginato (2017, p. 12), “O indivíduo imigrante ilegal se encontra apartado da terra natal, de sua família, amigos e da realidade que conhece, não possuindo qualquer tipo de referência com quem possa contar, e daí se mostra ainda mais fácil de controlar, com base em ameaças”. Assim, ficam à mercê do aliciamento de empregadores para execução de trabalho sem observância de direitos mínimos reconhecidos à condição de humano, já que na busca pela sobrevivência, qualquer proposta será levada em conta.

O estado como responsável

Em 2013, operações de resgate do Ministério Público do Trabalho encontraram na grande São Paulo imigrantes trabalhando em condições análogas a escravo, sendo a maioria bolivianos (GAZETA, 2013). Além deles, no mesmo ano foram resgatados paraguaios e chineses nas mesmas situações (BBC, 2013). Haitianos também estão entre os flagrados em condições degradantes (WROBLESKI, 2014). Afora outras notícias frequentemente divulgadas pela mídia, já neste ano venezuelanos foram encontrados em condições precárias e trabalhando em jornadas exaustivas em Roraima (MARCHAO, 2018).

Esses dados atestam a existência do trabalho escravo de imigrantes no solo brasileiro despertando a necessidade de mobilização do Estado a

fim de findar essa prática. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é clara ao trazer em seu artigo 6º: “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.” Ou seja, não importa o lugar, todo ser humano merece proteção do Estado onde quer que esteja, não podendo ser rebaixado à condição de coisa.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 garante, no caput do artigo 5º, “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País - interpretação conforme a Constituição permite estender a todos os estrangeiros -, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, garante, portanto, direitos fundamentais, tendo, no artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Contudo, na medida em que existe o trabalho em condições análogas à escravo, mesmo que a vítima seja imigrante ilegal, no solo brasileiro princípios universais e fundamentais são totalmente desconsiderados.

Como lembrado por Silva (p.1545-1546)

[...]a dignidade da pessoa humana não admite tal flexibilização ou relativização; ela é soberana, por se tratar de um conceito vinculado à própria existência do Estado, como corolário da impossibilidade de se admitir como juridicamente válido um Estado Democrático de Direito fundado na Dignidade da Pessoa Humana no qual esta é deixado em segundo plano, ou pode ser sobrepujada por questões econômicas.

Oliveira; Lins e Colares (2016, p. 8) referindo-se ao artigo 4º, inciso IX, da CF/88 “A citada cooperação entre os povos concerne, entretanto, ao respeito que o Estado brasileiro deve ter perante os cidadãos de outros Estados no que diz à proteção dos direitos humanos, e não tão somente à defesa dos indivíduos integrantes do conceito de povo[...]”. Ora, é dever do Estado brasileiro proteger tais direitos dos estrangeiros em seu território. Mesmo os imigrantes ilegais têm direitos fundamentais, com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, merece destaque trecho dos referidos autores: “Diante deste cenário, torna-se necessário enfrentar a questão do imigrante ilegal não a partir da sua característica de estrangeiro, despido de cidadania, mas mediante sua condição de ser humano, revestido de direitos e garantias fundamentais [...]” (OLIVEIRA; LINS; COLARES, 2016, p. 12).

Desse modo, cabe ao Estado agir na efetivação de direitos, por meio de políticas públicas eficazes de amparo ao imigrante que aqui chegam, vez se encontrar em vulnerabilidade, a fim de prevenir que o trabalho escravo contemporâneo continue a existir.

As ações do Estado brasileiro e suas repercussões

Uma vez entendida a responsabilização do Estado na existência do trabalho escravo contemporâneo, passa-se agora a conhecer o que o Brasil tem feito com vistas a prevenir essas situações, considerando a vulnerabilidade do imigrante. Sabe-se que à produção legislativa cabe o papel de assegurar direitos e deveres a fim de construir uma sociedade mais justa para seus indivíduos. Contudo, é notória a inutilidade deste objetivo se não for acompanhado de métodos asseguradores de efetividade. A seguir se fará breve exposição das ações perpetradas pelo Brasil nesse sentido.

Em 1995 o Ministério do Trabalho e Emprego criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel com o objetivo de detectar as situações de trabalho escravo nos locais de incidência “[...] garantir a padronização dos procedimentos e supervisão direta das operações por um órgão central; assegurar o sigilo absoluto na apuração das denúncias recebidas; e reduzir as pressões e/ou ameaças sobre a fiscalização local” (VILLELA, 2008 apud MONTEIRO, 2011, p. 83).

Após a identificação dos casos, a equipe, integrada mormente por auditores-fiscais do trabalho do Ministério do Trabalho, Polícia Federal e procuradores do Ministério Público do Trabalho, libertam os trabalhadores encontrados, e encaminham para o recebimento das verbas

trabalhistas e outras providências a serem tomadas por outros órgãos (MONTEIRO, 2011, p. 83).

As ações do grupo também incluem o acompanhamento para que os trabalhadores retornem às suas regiões de origem, sendo-lhes viabilizados alimentação, hospedagem, orientações médicas e conscientização sobre o trabalho análogo ao de escravo, com o fito de impossibilitar o retorno a essa prática (RIBEIRO, 2016, p.47).

Em 2003 surgiu o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CDDPH. Entre as suas ações houve a preocupação em priorizar os processos e medidas referentes ao combate ao trabalho escravo e a criação e manutenção de uma base de dados sobre as informações desenvolvidas neste combate. Como atores envolvidos se têm o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e entidades civis. (BRASIL, 2003 apud ALCANTARA p. 40-41).

Criada quatro meses depois do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, em 31 de julho de 2003, a CONATRAE (Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo), vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, tem as finalidades de delinear formas eficazes para prevenir e combater o trabalho escravo contemporâneo, acompanhar a evolução do referido Plano no que se refere à concretização das ações, bem como acompanhar o andamento de projetos de lei e produções de pesquisas sobre mecanismos de combate ao tema. Sua composição é bem diversificada, contando com representantes governamentais e não governamentais (NASCIMENTO, 2012, p.150).

Além disso, a CONATRAE elaborou o II Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, em 2008, constituído para atualizar as ações do primeiro plano. Nesse sentido, tendo sido notado a necessidade de combater a impunidade, gerar novos empregos e de efetivação da reforma agrária nos locais de maior incidência. Desse modo, às ações do primeiro plano que prosperaram foram incluídas ações de enfrentamento e repressão, ações de reinserção e prevenção, ações de informação e capacitação e

ações específicas de repressão econômica. Além disso, o novo plano acrescentou também novos parceiros para auxiliar na execução das medidas (MONTEIRO, 2011, p.90)

Em 2002 o Ministério Público do Trabalho, por meio da portaria nº 231, criou a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE) para promover ações nas seguintes áreas:

[...] combate ao trabalho em condições análogas às de escravo; investigações de situações nas quais os obreiros são submetidos a trabalho forçado; servidão por dívidas; jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho - alojamento precário, água não potável, alimentação inadequada, desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho, falta de registro, maus tratos e violência. (MPT, 2018)

O Ministério do Trabalho e Emprego, em 2004, foi responsável pela criação de um cadastramento de pessoas físicas e/ou jurídicas que submeteram seus trabalhadores a condições análogas a de escravo, conhecido como “Lista suja”. A Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4 de 11/05/2016, que a regulamenta, traz no artigo 3º

O nome do empregador permanecerá divulgado no Cadastro por um período de 2 (dois) anos, durante o qual a Inspeção do Trabalho realizará monitoramento a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho. Parágrafo único. Verificada, no curso do período previsto no caput deste artigo, reincidência na identificação de trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo, com a prolação de decisão administrativa irrecorrível de procedência do novo auto de infração lavrado, o empregador permanecerá no Cadastro por mais 2 (dois) anos, contados a partir de sua reinclusão.

Como medidas assistenciais e de inclusão levadas a efeito pelo Ministério do Trabalho e Emprego Araujo (2017, p.29) cita que os trabalhadores encontrados em situação de trabalho análogo à escravo têm prioridade de inclusão no Programa Bolsa Família, a eles são assegurados hospedagem e alimentação enquanto durar a fiscalização, inserção no Programa Brasil Alfabetizado como forma de acesso à educação, a percepção de Seguro

Desemprego Especial e o encaminhamento para inserção no mercado de trabalho através do Sistema Nacional de Emprego – SINE.

Diante de várias ações criadas pelo Estado, vê-se, portanto, as razões pelas quais o Brasil ocupa posição de destaque na OIT quando o assunto é combate ao trabalho escravo contemporâneo. Por conseguinte, é possível entender que tais programas e políticas também se estendem aos imigrantes de forma indireta, apesar de dada a condição de imigrante irregular e não cidadão brasileiro, não se saber ao certo quais os limites desse alcance.

No que concerne especificamente ao imigrante o estado de São Paulo, em 2013, criou a Coordenação de Políticas para Migrantes, no âmbito da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania com a finalidade de promover a participação do imigrante em questões do seu interesse. Em seguida, no ano de 2014, foi criado o Centro de Referência de Acolhida ao Imigrante (CRAI) cujas ações são focadas na inclusão social, linguística e cultural do imigrante à sociedade (CARNEIRO, 2017, p.367)

Além disso, o Ministério Público do Trabalho lançou cartilha em quatro idiomas (português, espanhol, francês e inglês) visando esclarecer os imigrantes sobre os direitos trabalhistas no Brasil e assim, impedir a submissão a qualquer forma de exploração (MPT, 2018). Tal ação se mostra um passo importante e necessário, visto apresentar-se como um meio de orientação para a proteção contra o trabalho análogo ao de escravo.

No mês de julho do ano em curso, em Roraima, estado conhecido como porta de entrada dos imigrantes, o Ministério do Trabalho e Emprego ampliou as fiscalizações de combate ao trabalho escravo e violação de direitos trabalhistas. Das quatro operações realizadas constaram 15 trabalhadores em trabalho escravo contemporâneo dos quais 12 eram imigrantes da Venezuela (FOLHA, 2018). Por isso, têm-se a importância de se intensificar tais ações de fiscalização em todo o país, já que diante da vastidão do território brasileiro não é possível prever onde os interessados em lucrar em detrimento dos direitos alheios estarão.

Outra ação tomada pelo Ministério Público do Trabalho foi a formalização de uma cooperação com a Polícia Federal para “compartilhamento,

tratamento e mineração de dados referentes ao fluxo migratório internacional e à inserção laboral de populações imigrantes no Brasil”. Segundo o MPT essa iniciativa irá melhorar as atividades de procuradores no combate às formas mais precárias de exploração do trabalho humano (OLIVEIRA, 2018).

Como se percebe, o Brasil tem evoluído no desenvolvimento de ações, programas e políticas dirigidas ao combate do trabalho análogo à escravidão do imigrante. Contudo, é notória a insuficiência de políticas preventivas voltadas para a vulnerabilidade do imigrante, considerando que a sua condição facilita serem alvos de exploração.

Considerações finais

O trabalho em condições análogas à escravidão ainda faz muitas vítimas no Brasil. Como abordado, constitui-se em práticas que terminam por desconsiderar a liberdade e a dignidade humana, princípios norteadores do Direito contemporâneo. Por esses princípios, independente do país onde a pessoa esteja, ninguém pode ser submetido a tais violações, de modo que esses direitos se apresentam como universais e, por isso, acompanham os indivíduos.

Nesse sentido, muitos imigrantes chegam ao Brasil em busca de melhores condições de qualidade de vida e acabam se tornando alvos frequentes do trabalho escravo contemporâneo. Isso acontece em razão da vulnerabilidade característica dos imigrantes, pois se encontram em busca de renda para se manter no novo país, muitas vezes são discriminados, desconhecem a língua, a cultura, o território, além de estar em situação irregular ou sem documentação.

Em vista disso, a necessidade de intervenção do Estado brasileiro a fim de evitar e reprimir a continuidade desse tipo de violação contra o imigrante se torna inquestionável. Ora, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que qualquer afronta a ela deve ser combatida com veemência. Assim, o imigrante,

mesmo que irregular dispõe dos mesmos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos.

Como se pode verificar, poucas são as atuações do Estado dirigidas especialmente ao imigrante. As contáveis políticas existentes não atingem todos os estados federativos, impondo-se a intensificação de ações de conscientização preventivas, bem como a intensificação de fiscalizações locais, dado que o medo advindo da condição de irregularidade dos imigrantes somada à necessidade de ter garantido uma alimentação mínima, mesmo que precária, impedem o oferecimento de denúncias pelas vítimas.

Portanto, as ações de conscientização e inclusão dos imigrantes desenvolvidas pelo Brasil para combater o trabalho em condições análogas à escravidão dos mesmos são dignas de aplausos, entretanto, se mostram insuficientes. Destaca-se relevante o direcionamento para atuações preventivas, de forma a orientar sobre os efeitos oriundos dessa grave violação e garantir meios para acesso ao trabalho decente com a minimização da burocracia necessária para ingresso no trabalho formal. Só assim, evitar-se-ão novas violações aos direitos humanos no território brasileiro.

Referências

ALCÂNTARA, A. R. S. **Trabalho Escravo Urbano de Imigrantes no Brasil Contemporâneo: Análise Jurídica**. Salvador-BA. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/25062/1/ALCANTARA%2C%20%20Arliton%20Ribeiro%20de%20Souza%20-%20Trabalho%20escravo%20urbano%20de%20imigrantes%20no%20Brasil%20contemporâneo%20análise%20juridicas.pdf>>. Acesso em: 24/08/2018.

ARAÚJO, A. R. **A exploração do trabalho no Brasil e a necessidade de efetivação de políticas públicas de valorização do trabalho: uma análise à luz da dignidade da pessoa humana**. Uberlândia / MG 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20276/2/Explora%C3%A7%C3%A3o%20Trabalho%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 01/09/18.

BBC. **Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são 'ponta de iceberg'**. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/05/estrangeiros-resgatados-de-escravidao-no-brasil-sao-ponta-de-iceberg.html>>. Acesso em: 26/08/2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Portaria interministerial nº 04, de 11 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTPS/PORT_INTER_04_16.html>. Acesso em: 15/09/2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24/08/2018.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Migrações internacionais e precarização do trabalho: o contexto global, os acordos de residência do Mercosul e os imigrantes sulamericanos no Brasil. **Argumenta Journal Law**, n. 26. 2017. p. 337-374. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/749/pdf_1>. Acesso em: 25/08/2018.

COSTA, I. G.; PULCINELLI, A. L. G. Imigrantes: Uma Análise Crítica Dos Serviços Públicos Adotados Para A Sua Inserção No Mercado De Trabalho. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, pp. 243 - 267, jul./dez. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 26/08/2018.

FOLHA. **MTE combate violação de direitos de imigrantes em Roraima**. 2018. Disponível em: <<https://www.folhabv.com.br/noticia/MTE-combate-violacao-de-direitos-de-imigrantes-em-Roraima/42306>>. Acesso em: 02/09/2018.

GAZETA DO POVO. **Ministério do Trabalho resgata 32 imigrantes em condições análogas à escravidão em SP**. 2013. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ministerio-do-trabalho-resgata-32-imigrantes-em-condicoes-analogas-a-escravidao-em-sp-b4c19uax75cpx6z36b6nvn66/>>. Acesso em: 26/08/2018.

HARRES, A. M. **Globalização E Trabalho Análogo Ao Escravo: Reflexões Contemporâneas Sobre Imigrantes** (1)Legais. Curitiba-PR. 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35487/7.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03/08/2018.

MARCHAO, Talita. **Salário retido e moradia precária: venezuelanos são resgatados de trabalho escravo em RR**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/04/26/trabalho-escravo-venezuelanos-roraima.htm>>. Acesso em: 26/08/2018.

MONTEIRO, L. A. **Políticas Públicas Para Erradicação Do Trabalho Escravo Contemporâneo No Brasil: um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais**. 2011. 184 f. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9558>>. Acesso em: 02/09/2018.

MPT. **Imigrantes têm direitos trabalhistas equiparados a brasileiros**. 2018. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/de6f3240-a755-4c50-9b33-934116c0aeb4>. Acesso em: 02/09/2018.

NASCIMENTO, A. R. **Políticas Públicas de Combate ao Trabalho Escravo Rural Contemporâneo no Brasil: análise da responsabilidade do Estado na erradicação da exploração da mão de obra escrava a partir dos paradoxos da realidade normativa, jurisprudencial e social brasileira**. 2012. 226f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2012.

NASCIMENTO, A. R.; REGINATO, A. O. “Indesejados” E Os Direitos Humanos: Refugiados E Imigrantes Como Vítimas Da Escravização Contemporânea. **Anais... XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA, 2017, Maranhão**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmdg/6mb1v344/wWvxS3n5rtsUPESd.pdf>>. Acesso em: 03/08/2018.

OLIVEIRA, Aline. **Parceria quer monitorar fluxo migratório e combater trabalho escravo**. 2018. Disponível em: <<https://www.correiadoestado.com.br/brasilmundo/parceria-quer-monitorar-fluxo-migratorio-e-combater-trabalho-escravo/329630/>>. Acesso em: 02/09/2018.

OLIVEIRA, V. B.; LINS, M. R.; COLARES, T. P. A Relação de Trabalho do Imigrante Ilegal: Uma Análise Constitucional da Proteção aos Direitos Fundamentais e do Acesso à Justiça Trabalhista. **R. Defensoria Pública da União**, Brasília-DF, n.9, jan/dez.2016. Disponível em: < http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/revista9/Artigo_9.pdf>. Acesso em: 02/09/2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 29**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 24/08/2018.

RIBEIRO, Beatriz Augusta Berroso. **As Diferenças Entre o Trabalho Escravo e o Trabalho Análogo ao de Escravo**. Rev. Saber Digital, v. 9, 2016, p. 39-54. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2016/3_2016_Saber_Digital.pdf>. Acesso em: 01/09/2018.

SILVA, P. A. P. O. **A Responsabilidade do Estado nas Situações de Trabalho Análogas à de Escravidão**. 1º SIMPÓSIO SOBRE CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposio-const/article/download/1231/594>>. Acesso em: 01/09/2018.

WROBLESKI, Stefano. **Imigrantes haitianos são escravizados no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/01/imigrantes-haitianos-sao-escravizados-no-brasil/>>. Acesso em: 26/08/2018.

**Monitoramento, ambiente de trabalho e violação de direitos:
as repercussões da má condução do monitoramento e
as violações dos direitos a dignidade, intimidade e privacidade**

Kelly Mendes de Alcântara

André Martins de Oliveira

Introdução

O presente trabalho visa analisar as consequências das violações existentes no ambiente de trabalho, ocasionadas pelo monitoramento do ambiente de trabalho.

Violações decorridas da má condução do monitoramento laboral, surgem após o conhecimento de características pessoais dos indivíduos, e após tomar conhecimento desta informação, o superior hierárquico repassa tal informação aos colegas de trabalho, transformando o ambiente de trabalho em insalubre, pois usam tal condição para atingir a honra do indivíduo. E o mesmo por suas necessidades pessoais, sujeita-se a tais provocações.

Almejamos averiguar como o monitoramento laboral, realizado pelas empresas, pode por conta de quem manuseia tal sistema de vigilância tornar-se algoz, levando a vida de outro colega de trabalho aos limites físicos, psicológicos e emocionais.

Como base a realização deste trabalho fora direcionado por meio da análise tipológica com fundamento nas autoras Lakatos e Marconi (2011), sendo uma pesquisa de caráter exploratório utilizou-se pesquisa

bibliográfica levará em consideração os referenciais teóricos citados nesse projeto, além das fontes de pesquisa *SciELO – Scientific Electronic Library Online*, Periódicos Capes, Banco de teses e dissertações Capes, *Scopus e Web of Science*, as quais possuem validação científica de maior relevância acerca da temática pesquisada, para que possa haver um maior e mais profundo conhecimento sobre o tema.

Diante do exposto, entende-se que o monitoramento é um método pelo qual as empresas se utilizam para não só fiscalizar os seus empregados, e que o mesmo tem como uma das principais implicações a insalubridade do local de trabalho dos empregados, sendo então, destinado para esta tal modalidade de controle

Uma breve análise sobre as relações de trabalho e suas perspectivas

As relações de trabalho advêm de vínculos que são estabelecidos no âmbito do trabalho. De uma maneira geral, fazem referência às relações entre o trabalho e mão de obra x capital no âmbito do processo de produção.

Nas sociedades modernas, tais relações são reguladas por meio de contrato de trabalho, o qual estipula os direitos e as obrigações dos envolvidos.

Direitos e obrigações estes nem sempre respeitados, e quando existem brechas jurídicas para que haja algumas violações, trazem à tona a realidade muitas vezes minimizada do indivíduo, o capital é quem manda.

No cenário de proteção aos direitos dos trabalhadores, vale destacar que, com o advento da Declaração Universal dos direitos humanos se inicia uma nova ordem mundial, e neste contexto, o fato de que os diversos estados que ratificaram os termos da declaração, possuem particularidades que fazem com que a efetivação desta norma internacional se torne uma tarefa extremamente complexa, sobretudo no âmbito trabalhista.

Neste contexto, os empregadores têm poderes diretivos sobre os empregados, no entanto, estes poderes devem respeitar os direitos

constitucionais dos trabalhadores, e para melhor entender este contexto, destacamos que

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços. (DELGADO, 2006, p. 629).

Todavia as relações de emprego, ainda que de origem contratual, envolvem indivíduos dotados de personalidade, emoções e devem sempre ter como fundamento as garantias constitucionais já devidamente estabelecidas e positivadas, para que não possa haver através do contrato de trabalho a violação do direito a dignidade, intimidade e privacidade, direitos estes os quais não podem ser disponibilizados.

Da não flexibilização das garantias constitucionais: dignidade, intimidade e privacidade

No Brasil, entre as instituições que os trabalhadores têm ao seu dispor para salvaguardar os seus direitos é a justiça do trabalho, que tem como fundamento em sua criação, a defesa dos trabalhadores, bem como o resguardo de seus direitos e garantias constitucionais.

O princípio da proteção ao trabalhador, traz o trabalhador como a parte mais expressiva em todas as modalidades de vínculo empregatício, princípio este que tem como base a proteção de todas as garantias constitucionais.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência pátrias permitem o monitoramento dos empregados pelo empregador, desde que não seja realizado em ambientes os quais ficariam evidentes as violações da dignidade, privacidade e intimidade dos trabalhadores, a exemplo de monitoramento de banheiros, trocadores e salas de descanso.

No entanto, o monitoramento do ambiente laboral vem ocasionando não só o controle por parte da empresa para com o funcionário, mas também de funcionários para com funcionários, o que acaba no cometimento do assédio moral por parte de superiores hierárquicos, em que os assédios foram possíveis através de informações obtidas de forma irregular, valendo-se do monitoramento laboral.

Devendo-se analisar as repercussões dessa má condução. Os danos especialmente no que tange dignidade da pessoa humana, uma vez que alguns tipos de violações sofridas por tais indivíduos, com informações obtidas através do monitoramento, são de difíceis averiguação, uma vez que não tem como objetivo, tal finalidade.

Fazendo inclusive uma abordagem social e política do tema, sobretudo quanto aos limites e possibilidades do direito de vigilância das empresas em contraponto com a intimidade do trabalhador.

Buscando conceituar dignidade, trazendo assim uma maior compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, Dworkin (2005, p 123) argumenta que:

Dignidade vem do latim *dignitas*, que dizer honra, virtude. A dignidade da pessoa humana está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa (liberdade e igualdade) e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade (sociais, econômicos e culturais).

E continua afirmando que tal princípio não admite nenhum tipo de discriminação em as pessoas humanas

Por isso mesmo, a dignidade da pessoa não admite discriminação, seja de nascimento, sexo, idade, opiniões ou crenças, classe social e outras. A dignidade não pode ser definida como a superioridade de um homem sobre o outro, mas sim como a superioridade da pessoa sobre outros seres que não são dotados de razão. A dignidade é um valor em si mesma. E é dever do Estado garantir as condições mínimas de existência propiciando aos indivíduos uma vida digna. (DWORKIN, 2005, p. 123).

A dignidade da pessoa humana no contexto das relações de trabalho, consiste em núcleo inalienável para proteção do trabalhador, bem como, primordial para que o poder do empregador não seja absoluto, assim sendo:

O Estado pode, mas não pode tudo. As entidades coletivas podem, mas não podem tudo. As corporações podem, mas não podem tudo. As regras econômicas embasadas na necessidade/privação/escassez de meios podem, mas não podem tudo. Há um núcleo inalienável, que pertence a cada pessoa, sem o qual ela deixa de existir como sujeito de direitos e se transforma em súdito, um objeto a ser manipulado pelos desejos e interesses de outrem. É esse núcleo que os princípios preservam no mundo trabalho, independentemente de existir um vínculo de natureza empregatícia ou não. (GEMIGNANI, 2009, p. 49)

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana trata-se do corolário de direitos que devem ser respeitados para que o homem tenha uma vida digna. Visto que, sem eles, o homem se transformaria em coisa, res. Tratando-se assim de um dos principais direitos para a espécie humana, sendo a etimologia de sua palavra ligada ao significado de tudo aquilo que merece respeito.

O direito à intimidade é aquele que visa preservar o ser humano da sua vida particular e seus anseios mais secretos do conhecimento de outras pessoas e do Estado. Tendo a Constituição Federal de 1988 trazido consigo uma seleção de valores que, visando assegurar e promover, a dignidade da pessoa humana, colocou o aplicador do Direito diante da necessidade de se dedicar exclusivamente ao estudo de alguns variados institutos jurídicos, a fim de adequá-los à ordem constitucional agora vigente visando situar no plano constitucional e trabalhista vigente a proteção à intimidade e à vida privada do indivíduo.

Tutelou a proteção à intimidade do cidadão, assim descrita no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1998 "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Em que pese a diversidade conceitual desses termos, pode-se deduzir a privacidade parece ser a mais ampla proteção, a intimidade, na concepção jurídica, trata-se de um campo discreto frequentado unicamente pelo interessado. É o espaço em que vai encontrar consigo mesmo, sem qualquer acesso à curiosidade alheia.

Neste contexto as discussões revelam-se problemáticas, com o pensamento crítico acerca de tais problemáticas advindas das relações empregatícias, tendo em vista, a falta de empatia da sociedade para com problemas externos, a falta de efetividade dos órgãos reguladores, e o poder *in vigilendo* das empresas.

Mesmo que se trate de direitos humanos, devidamente positivados e recepcionados tais como o preceito fundamento da dignidade da pessoa humana.

Da fragilização da privacidade através do monitoramento em ambiente laboral

A privacidade do trabalhador, acaba sendo fragilizada diante da legalidade do monitoramento do ambiente laboral, ainda que exista uma leitura fiel ao direito de vigilância da empresa, mantendo o seu poder de fiscalização, ocorre com o empregado uma violação, uma vez que ele acaba sendo monitorado a todo momento, causando-lhe desconforto.

Diante dos avanços tecnológicos, tornou-se cada vez mais comum, a integração da tecnologia em todas as áreas de nossas vidas, o qual não seria diferente no âmbito empresarial. Tentando buscar, cada vez mais por segurança, as empresas passaram a monitorar seus empregados, o que trouxe como principal questionamento: E a privacidade do empregado, Direito este estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal. E a intimidade?

A intimidade e a privacidade são direitos garantidos na constituição federal, porém, ainda assim, os empresários, se valendo da necessidade de

“segurança”, tornam o monitoramento do ambiente laboral uma prática. Barros (2008, p. 592-593) esclarece que:

A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços, o que, aliás, é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na avaliação da conduta do empregado.

Valendo-se inúmeras vezes dos valores movimentados, nestes locais, para o exercício de tal monitoramento. Porém, existem doutrinadores que acreditam que a “vídeovigilância” é necessária ser comunicada aos funcionários, bem como, deve-se explicar, que tal monitoramento não tem como ênfase o empregado, mas sim, o ambiente de trabalho. Onde se inclui-se a saúde, segurança, meio ambiente, produção e desempenho.

Ao analisarmos a evolução dos direitos humanos, sobretudo, dos direitos trabalhistas, observamos que a mesma gira em torno do homem e de sua eminente posição no mundo, e é neste contexto que foram sendo criadas e se estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento e a exploração.

Monitoramento do ambiente laboral

Nesta seara, para que o empregador não incorra em violação dos direitos trabalhistas pela má utilização dos dispositivos anteriormente citados, ele deverá, estabelecer em procedimento interno a forma do monitoramento, disponibilizando-o e informando ao empregado no ato de sua admissão; Usar critérios coerentes nas disposições das câmeras, buscando sempre visão geral do ambiente, seja no ambiente interno de trabalho (piso de fábrica, salão administrativo, almoxarifado e etc.), como nas entradas e saídas extremas do ambiente da empresa (portaria de entrada de pedestres ou saída de veículos pesados); Não instalar câmeras em locais que violam a intimidade e a privacidade dos empregados (banheiros,

vestiários, salas individuais que não justificam o monitoramento ou qualquer outro local equivalente).

Não focalizar apenas uma área ou uma só pessoa, pois tal monitoramento pode ser alvo de discriminação por parte da empresa, demonstrando uma conduta de assédio para com o trabalhador. Se determinada área é imprescindível de monitoramento, busque outras formas de controle e de restrição de acesso ou, não forma alternativa, se assegure de solicitar um parecer do departamento de RH ou Jurídico da empresa; jamais disponibilize imagens ou áudios a terceiros. As informações captadas pelo monitoramento cabem somente ao pessoal responsável e, quando necessário, às autoridades policiais.

Trazendo a legislação, um grande arcabouço de doutrinas e jurisprudências as quais trazem a vivência prática de tais assédios e abusos por parte do empregador.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CÂMERA DE SEGURANÇA EM VESTIÁRIO. Cabe a indenização do obreiro por dano moral quando o empregador atinge bens subjetivos inerentes à pessoa do trabalhador. É o que ocorre no caso em análise, uma vez que a instalação de câmera de segurança em local destinado à troca de roupas e à higiene pessoal sacrifica de forma indevida o direito à intimidade dos empregados, garantido pelo art. 5º, X, da CF, e configura flagrante abuso do poder de fiscalização do qual a empregadora é titular. Recurso do reclamante a que se dá provimento.

Encontrado em: 8ª Turma DEJT 02/06/2017 - 2/6/2017 RECURSO DE REVISTA RR 82420165120012 (TST) Márcio Eurico Vitral Amaro

E para melhor compreensão do tema, vale analisar julgados que tratam do monitoramento laboral, e das possíveis consequências na mitigação de direitos laborais, sobretudo, os direitos relativos a intimidade e a privacidade dos trabalhadores:

INSTALAÇÃO DE CÂMERAS NOS VESTIÁRIOS. PREVISÃO EM ACORDO FIRMADO COM O SINDICATO PROFISSIONAL. EXISTÊNCIA DE ÁREAS LIVRES DE MONITORAMENTO. Partindo-se das premissas fáticas fixadas pelo Regional, as quais não podem ser revistas nesta instância, por óbice da

Súmula 126 do TST, verifica-se que a empregadora não violou a intimidade e a privacidade da reclamante ao instalar câmeras nos vestiários utilizados pelos empregados, uma vez que a instalação decorreu de reivindicação dos próprios trabalhadores, como forma de coibir furtos de objetos pessoais, que houve participação do sindicato no acordo que previu o monitoramento e que havia áreas livres de câmeras, nas quais podia ser efetuada a troca de uniforme. Ademais, corrobora esse entendimento o fato de que não houve demonstração de que a reclamada tenha deixado de observar as regras de monitoramento pactuadas, expondo as imagens ou desvirtuando as condições fixadas. Recurso de revista não conhecido. Encontrado em: 8ª Turma DEJT 02/06/2017 - 2/6/2017 RECURSO DE REVISTA RR 82420165120012 (TST) Márcio Eurico Vitral Amaro

Outro julgado que também ajuda a entender melhor o nosso objeto pesquisado neste artigo, sobretudo quanto a privacidade, trata de do seguinte

MONITORAMENTO POR CÂMERA NO VESTIÁRIO. ABUSO DO PODER DE DIREÇÃO DA EMPREGADORA. Trata-se de pedido de indenização por dano moral, sob a alegação de violação da privacidade da empregada por monitoramento do vestiário por meio de câmera. O direito à privacidade configura um poder jurídico fundamental do cidadão, possuindo status constitucional, insculpido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Representa, na verdade, uma grande conquista do indivíduo, frente ao Estado, constituindo um direito subjetivo oponível erga omnes, de forma que exija uma omissão social, a fim de que a vida privada do ser humano não sofra violações. Esse direito alberga todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. Segundo Matos Pereira, constitui "o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito" (apud, SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 33ª edição, editora Malheiros, 2009, p. 206). O ordenamento jurídico pátrio, com vistas a conferir efetividade a esse direito, estabeleceu diversos dispositivos cujo escopo é garantir-lhe a inviolabilidade e, em caso de violação, a efetiva reparação ao lesado e punição do algoz. No caso dos autos, consta da decisão recorrida que houve a instalação de câmeras nos vestiários dos empregados. O dano, nesses casos, é in re ipsa, ou seja, advém do simples fato de violar a privacidade da reclamante no momento em que necessita utilizar o vestiário, causando-lhe, inequivocamente, constrangimento e

intimidação, ferindo o seu direito constitucionalmente garantido. Não há perquirir acerca de prejuízos ou mesmo de comprovação para configurar dano moral, derivando a lesão, inexoravelmente, do próprio fato ofensivo. Encontrado em: 2ª Turma DEJT 30/06/2017 - 30/6/2017 RECURSO DE REVISTA RR 6405020165120012 (TST) José Roberto Freire Pimenta TST - RECURSO DE REVISTA RR 4318120115090322 (TST). Data de publicação: 26/10/2018.

Dentro de todo e qualquer sistema, assim como o de trabalho, deveria haver preparo e trato com as pessoas, o que torna difícil e conflitante o entrosamento no ambiente de trabalho monitorado. Ou seja, é necessário um estudo mais direcionado ao mau condicionamento do monitoramento laboral.

O tratamento ofertado ao ser humano em vulnerabilidade hierárquica e em muitas vezes financeira, não condiz com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, existe inúmeras violações, que nos leva a analisar o campo das políticas e práticas em sociedade. Observando as políticas de tolerância, aceitação e respeito ao outro na sua completude, em sua Universalidade.

A personalidade do indivíduo na relação de trabalho

Personalidade é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para que alguém exerça direitos e obrigações. Não se tratando exclusivamente de um direito e sim de um conceito sobre o qual se apoiam os direitos e deveres que de tal derivam.

Nesse sentido, Levinas propõe pensar a ética tendo como pontapé a proximidade da relação face a face, o que acarreta a pensar para além de toda relação de poder, objetivação e domínio do outro. Afirmando que “o humano só se oferece a uma relação que não é poder” (LEVINAS, 2005, p. 33). E isto trás as relações trabalhistas um caráter mais excepcional, tendo em vista a particularidade do indivíduo empregado, que se vê violado através do monitoramento do ambiente laboral efetivado de forma incoerente com o que se destina, efetivando inúmeras violações.

Ao tratar sobre a personalidade, Diniz (2017, p. 23) afirma: “O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade, característica essa que deve ser preservada também nas relações de emprego”. Tendo em vista que a conduta antiética de quem hierarquicamente se vale do monitoramento para violar a intimidade, privacidade, dignidade do trabalhador, traz à tona a realidade da face moral de tal monitoramento, uma vez que efetivado por indivíduos, nem sempre dotados de empatia, respeito pelo outro, com esta compreensão:

Farias reforça esta ideia ao diferenciar ética e moral

I. A natureza da moral é social: sua tendência é o automatismo da repetição, seu projeto é a semelhança com a vida instintiva e programada, a comunidade homogênea, a massificação. A força fundamental da moral é o hábito. II. A natureza da ética é individual: sua tendência é a diferenciação, o movimento criador; seu projeto é a dissonância, a ruptura, a desordem, a mudança de hábito, o desencantamento da tradição, a traição, a deserção. A força fundamental da ética é o pensamento. III. A ética não existe sem uma moral associada: se o seu objetivo é transvalorar, é para criar valores novos. Na medida em que transvalora, transgride, trai a moral vigente: a ética é imoral. Mas cria novos valores; a atitude de transgredir é coo extensiva à atitude de criar. Transgredir valores, eticamente falando, é ser propositivo: a ética é um gesto poético. Nesse sentido, não tem diferença da estética. A ética é imoral, mas não é amoral. IV. Uma sociedade apenas moral, que despreza a ética em nome da sacralização dos valores, tende ao fascismo. (O fascismo é por excelência a ausência de ética. O fascismo está sempre pronto a se manifestar. Ele aparece em todas as épocas e lugares, sob diversos nomes e disfarces. Temos muitas razões para acreditar que ele jamais deixará de existir, ainda que não se manifeste. O fascismo é um monstro que dormita na base de toda sociedade. Quanto mais profundo é o seu sono, mais chances a sociedade encontra de despertar suas consciências individuais, maiores e mais variadas são as possibilidades de vida livre. E vice-versa.). V. A ética é o exercício da capacidade de amar a liberdade do outro. Não há como afirmar a sua própria liberdade sem desejar a liberdade do outro. Não é possível dizer o que vem primeiro, a minha liberdade ou a liberdade do outro. A minha liberdade só pode começar onde começa a liberdade do outro. (FARIAS, 2014, p. 120-121).

O grande paradoxo que se apresenta à humanidade, principalmente, à cultura ocidental é o lugar que a ética ocupa ao tratar-se sobre a questão do respeito, sendo este, em muitos casos o grande entrave na efetivação de direitos.

Considerações finais

Tendo como objetivo geral o estudo visou analisar repercussões da má condução do monitoramento laboral, as consequências das violações dos limites entre monitoramento e invasão. Bem como as violações aos direitos a dignidade, privacidade e intimidade dos indivíduos que sofrem assédio de seus superiores hierárquicos que se valem da posição para tornar o ambiente laboral insalubre tanto psicologicamente, emocionalmente e ainda fisicamente. Utilizando-se de informações obtidas através do monitoramento, para violar a dignidade de indivíduos os quais a este estão subordinados.

Bem como, de forma a entender os danos especialmente no que tange dignidade da pessoa humana, uma vez que tal estudo levou a observância da improcedência de tais pedidos em que alegam ter sofrido tal assédio, através de informações obtidas no monitoramento do ambiente de trabalho. E os tipos de violações sofridas por tais indivíduos, bem como analisar os limites e possibilidades de concretização dos direitos apresentados e positivados na defesa da finalização de tais problemáticas, fazendo uma abordagem social e política do tema, sobretudo quanto aos limites e possibilidades do direito de vigilância das empresas em contraponto com a intimidade do trabalhador.

Sendo necessária no contexto do Direito do Trabalho, da mesma forma para se questionar sobre as consequências geradas no trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Tema este que vem demonstrando a necessidade de pesquisas mais efetivas, uma vez que são visíveis as violações, e possíveis novas rupturas de direitos através da flexibilização do contrato de trabalho, tendo em

vista os direitos dos empregadores, necessitando de um maior desdobramento da pesquisa neste campo, visando a busca da solução para maior efetividade das legislações no que versa sobre a devida utilização do monitoramento laboral, evitando assim a violação de direitos inerente a dignidade dos trabalhadores, os quais atingem uma intimidade e sua privacidade.

Que o mesmo seja de fato bem utilizado para o seu fim, direito este garantido para as empresas, porém que alguns de seus empregados de cargos muitas vezes superiores e de mando dentro da empresa, utilizam-se de informações pessoais, para produzir assédio moral aos seus funcionários, violando a intimidade e privacidade dos trabalhadores e trabalhadoras.

Trazendo achados que reiteraram a influência do assédio na saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, de forma física e emocional, bem como, na sua vida familiar e no desenvolvimento da sua carreira e indicam a necessidade de integrar às investigações científicas para que sirvam de base para o melhoramento do aparato da tutela jurisdicional de defesa dos trabalhadores.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2008

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943 (**Consolidação das Leis do Trabalho**).

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0002252-90.2012.5.04.0204**.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

FARIAS, André Brayner de. **Hospitalidade da cultura**. GT Levinas. Resumos Anpof, 2014.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais**. ISSN 0076/8855. n.80, jul/dez. 2009

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 2005.

A necessidade da análise da lei de anistia e do Caso Gomes Lund para a implementação de uma justiça de transição no Brasil

Gustavo Leite Neves da Luz

Jorge Yuri Souza Aquino Leite Rodrigues Lins

Maria Eduarda Henrique Mascarenhas

Introdução

A Ditadura instaurada no Brasil a partir de 1964 trouxe várias modificações à sociedade, deixando resquícios até hoje. Como em toda a América Latina através da Operação Condor, o capital estadunidense patrocinou a derrubada de diversas democracias em favor de regimes militares que não se envergonhavam de conceder todas as riquezas nacionais ao capital estrangeiro em troca de apoio internacional. Todavia, tal manipulação estrangeira foi muito mais além do que em relação à economia e seus bens de produção; também foi voltada a torturas e opressão da própria sociedade que tais governos ditatoriais juraram ser guardiões.

No Brasil no início a ditadura jurou proteger o povo de uma ameaça externa, a famosa ameaça comunista, que perpetrava revoluções em todo o globo, que foi desde a revolução liderada por Mao Tse Tung na China até o movimento de Libertação de Francisco Zapata no México. Com o tempo o inimigo passou a ser interno, ou seja, o próprio povo; todos aqueles que não concordassem com os ditames do regime eram considerados traidores da nação, subversivos como eram popularmente chamados, e com isso eram

sequestrados, torturados e mortos. Tais atos passaram a ser cada vez menos aceitos pela sociedade, em conjunto da incapacidade dos militares de conterem a crise financeira, os militares foram perdendo sua popularidade. Com o receio de serem responsabilizados por tais atos foi produzida a Lei nº 6.883 de 1979, A Lei da Anistia, que anistiava a todos aqueles por crimes cometidos entre o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Posteriormente à redemocratização, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a validade de tal lei, como será demonstrado adiante, em que julgou se tais com a constituinte realizada em 1988 a lei ainda permaneceria válida. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, também em 2010, analisou o caso “Gomes Lund e Outros”, onde era analisada a responsabilidade do Estado brasileiro a respeito da execução extraoficial de Maria Lucia Petit da Silva e o desaparecimento de aproximadamente 70 pessoas durante a campanha do Governo contra a Guerrilha do Araguaia na década de 70. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da construção de uma memória em relação aos crimes realizados durante a ditadura militar no Brasil e a tentativa posterior de se eximir de tais crimes através da Lei nº 6.883 de 1979, Lei da Anistia; posteriormente, é analisado o caso “Gomes Lund e Outros” que analisou a responsabilidade, tanto na seara nacional como na violação dos tratados internacionais, do governo brasileiro durante o combate à Guerrilha do Araguaia. A metodologia utilizada foi a pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, legislação que abordam questões a respeito da temática de Direito Internacional, Direitos Humanos e. O método de abordagem usado foi o dedutivo em conjunto com o método de procedimento qualitativo.

A instauração da ditadura à tentativa de esquecimento

O golpe de 1964 que depôs João Goulart da presidência e cassou diversos opositores ao novo regime¹, instaurou a ditadura civil-militar no

¹ Com a divulgação da lista dos cassados foram incluindo quarenta dos mais importantes políticos, dentre eles João Goulart e Jânio Quadros, esse ex-Presidente da República e aquele Presidente da República em exercício no período; Luís Carlos Prestes – secretário-geral do proscrito Partido Comunista Brasileiro (PCB); Miguel Arraes – governador

Brasil que durou até 1984 e teve em seu desenvolvimento diversas lutar de manutenção de poder. A ditadura brasileira teve características particulares em relação ao restante das ditaduras latino americanas, tendo destas características como principais dois pilares: político e econômico.

No campo Político, o que existiu foi um sistema dotado de um certo hibridismo. Enquanto, por um lado, instituições democráticas como o legislativo e o judiciário, mesmo com diminuição de poder e grandes restrições ao seu funcionamento, eram mantidas; e que ainda se mantinha as eleições presidenciais, ainda que com os diversos jogos de poderes invisíveis.

Por outro lado, o que se tinha era um regime tipicamente militar, com as forças armadas no poder do Estado, que sobrevivia mesmo com suas diversas crises internas de poder entre os moderados e os radicais que transcorreram durante toda a ditadura fazendo diversas alterações e gerando consequências na forma que o regime exercia sua atuação política (KINZO, 2001).

No plano econômico não se tem definido de fato uma política que se prevaleceu, tendo sido desenvolvido por um período um plano de desenvolvimento nacional com fortalecimento da economia nacional em detrimento da influente economia mundial; enquanto em outros, a total submissão aos interesses estadunidense, exercido através da Operação Condor.

Pelo aspecto mais estrutural, se tem a manutenção da política de Vargas, inclusive, tendo prosperado em sua fase inicial com o famoso, “milagre econômico” (1967-1973), graças a política de estabilização (1964-1967); possibilitando que em 1974 com a crise do sistema econômico, fosse possível a atração dos investimentos estrangeiros que atraiu olhares à decadência da manutenção política econômica pelos militares que já se encontrava com uma inflação superior a 1964. Tais pilares ganham

deposto de Pernambuco; Leonel Brizola – deputado federal e ex-governador do Rio Grande do Sul; Plínio de Arruda Sampaio – deputado federal e relator do projeto de Reforma Agrária; Osni Duarte Pereira – desembargador; Celso Furtado – economista; Josué de Castro – embaixador; Abelardo Jurema – ministro deposto da Justiça; Almino Afonso – ex-ministro do Trabalho e Juscelino Kubitschek (SANTOS; VASCONCELOS, 2009, p.3).

destaque pois tiveram grande influência no desenvolvimento na transição democrática que pôs fim ao regime². Todavia, não se deu o dia para a noite. Foram necessárias prolongadas fases, onde nestas, paulatinamente foi transferido o monopólio do poder da seara militar para as mãos de representantes da sociedade civil. A primeira dessas fases se deu de 1974 a 1982. Ela teve início com a ascensão do General Geisel a presidência da república, em 1974; durante esta fase os principais fatores para o enfraquecimento do poder militar se deram por uma crise no sistema eleitoral, com a disputa de poder entre os militares e o aumento da crise econômica com o fim do “milagre econômico”. A segunda fase foi de 1982 a 1985, se deu com o novo surgimento de partidos envolvidos nas eleições e possibilitando maior representação popular no legislativo e outro ponto foram as disputas à candidatura nas eleições presidenciais, concluindo-se com a eleição de Tancredo Neves e de José Sarney como vice.

A terceira e última das fases ocorreu de 1985 até 1990, com o restabelecimento do governo civil. Tal fase começou já com problemas de legitimidade, com a morte de Tancredo Neves antes de assumir a presidência fazendo com que seu vice, Sarney, viesse a assumir o posto de presidente; e econômico, com a enorme inflação herdada do antigo regime. A crítica que se pode elaborar é que mesmo com tais fases transição não foi possível uma real mudança da sociedade, tendo sido elaborado basicamente uma mudança ideológica do poder que pode ser observada na falta de uma falta de uma justiça de transição, com a promulgação da lei de anistia em 1979. Pois em todo o regime houve uma total violação, da própria constituição vigente como da Declaração Universal de Direitos Humanos, a intensificação das técnicas de tortura pelo regime, principalmente após 1968 com o aumento da violência exercida pelo do golpe³. Após 1968 o perigo externo à nação saiu de foco dos objetivos de

² A instabilidade que acompanhou o governo dos militares no Brasil, indicativo da dificuldade de institucionalização do regime, levou Linz (1973) a caracterizar o autoritarismo brasileiro como uma *situação* em vez de um *regime* propriamente dito. Regime ou situação, o fato é que o estabelecimento desse arranjo político híbrido teve grande impacto na maneira como se deu a transição brasileira. (KINZO, 2001, p.2).

³ Segundo o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Mesmo o país sendo signatário deste tratado, durante os

combate da ditadura passando para um novo, o inimigo interno, onde o Estado passou a se valer de políticas de terrorismo de Estado e tortura contra seus próprios nacionais. Como destaca Santos, Vasconcelos (2009, p. 7):

No Brasil as torturas não se diferenciavam pela idade, sexo ou situação moral, psíquica ou física dos suspeitos. A intenção não era apenas de “marcar” o corpo das vítimas e fazê-las sentir uma dor quase insuportável a ponto de declararem um discurso que favorecesse o sistema repressivo, mas as torturas visavam a destruição moral da vítima, por meio de uma ruptura dos limites emocionais que cercavam as relações efetivas de parentesco. Desse modo, “crianças foram sacrificadas diante dos pais, mulheres grávidas tiveram seus filhos abortados, esposas sofreram para incriminar seus maridos”.

Tal fato começou a atingir as classes mais altas e mais influentes fazendo com que gerasse a maior propagação do debate causando preocupação ao governo. Por isso, com receio que tais atos praticados atingissem pessoas ligadas ao governo, foi mais um motivo para a promulgação da lei de anistia. Para ser entendida a justiça de transição é necessária a observação de três pilares, fundamentos, que iram caracterizá-la, as quais são: uma construção da memória e verdades; a reforma das instituições estatais, com o reconhecimento devido das violações causadas aos direitos humanos dos indivíduos; a busca da justiça para as vítimas com a punição dos culpados que praticaram violações; reparação às vítimas⁴. Quando se fala em justiça de transição no caso brasileiro, logo nos é remetido à transição através, principalmente, da Lei nº 6.883 de 1979, A Lei da Anistia, que concedeu a anistia a todos os crimes cometidos entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 cometidos que fossem

vinte anos de ditadura, este artigo foi ignorado pelos militares responsáveis pelo Regime Militar. Era como se o Direito Internacional não atuasse num oásis que se permite atrocidades em nome de um determinado ideário. (SANTOS; VASCONCELOS, 2009, p. 7).

⁴ Em razão do surgimento de movimentos que passaram a questionar a posição adotada pelo Estado com relação a política de transição, a Ordem dos Advogados do Brasil protocolou uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao STF, questionando a constitucionalidade da Lei de Anistia. Nessa mesma linha de descontentamento com o Estado, um caso de extrema importância ocorrido no Brasil, durante a ditadura civil-militar, conhecido com a Guerrilha do Araguaia, foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que esta verificasse a responsabilidade do Estado Brasileiro no presente caso. (BIDNIUK, 2012, p.1).

de natureza políticos ou de alguma forma conexos a esses, bem como os crimes de natureza eleitoral. Conforme é aludido no artigo 1º, *caput*, e nos seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º, traz exceções ao perdão, quais sejam: “Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

Como é claro na lei, todos os membros, diretos ou indiretamente, ligados ao poder público estão anistiados dos crimes cometidos. Porém, além disso a anistia também foi concedida aos que tiveram antes os direitos políticos suspensos, proporcionando a todos aqueles que foram de movimentos contrários ao governo, que tenham sido banidos ou auto exilados, o retorno com a garantia de extinção dos seus processos.

Com isso, ao contrário de muitos grupos contrários ao governo que comemoraram tal lei, ela acabou que “passando uma borracha” em um período obscuro da história brasileira. Não permitindo a reanálise futura dos casos que surgissem desse período apagado. Com a Constituição de 1988 proibindo a criação de uma lei de anistia, ficou a dúvida sobre a validade da Lei nº 6.883 de 1979. Com tal dúvida vigente foi elaborado um ADPF, ADPF 153, no qual, maioria do pleno sobre a validade da lei. Com isso, não caberia a revisão da lei para realização da punição dos culpados, pois tal lei não poderia receber juízos de valores do atual momento histórico, mas daquele na qual a lei foi elaborada.

Assim a Lei de Anistia, não permite a realização de uma justiça de transição com capacidade da construção histórica do passado.

O julgamento do caso “Gomes Lund e Outros” na Corte Interamericana de Direitos Humanos suas repercussões

A guerrilha do Araguaia foi uma mancha que trouxe bastantes lembranças ao ser do período ditatorial, mesmo sendo já tendo sido já descoberto durante a redemocratização. A guerrilha do Araguaia foi um movimento que ocorreu entre o fim da década de 60 a meados dos anos 70, que tinha base no movimento comunista e nas experiências chinesa e cubana para a derrubar o regime militar. Os guerrilheiros eram comandados pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB). O movimento teve início em 1964 quando os primeiros militantes com formação política e militar Maoísta retornaram da China já com suas bases ideológicas e táticas de guerra consolidadas. A região do Araguaia foi escolhida pelo movimento por demonstrar um local ideal pela semelhança as grandes experiências de guerrilha comunista; a região era uma grande concentração do fluxo migratório das demais regiões, principalmente do Nordeste, para trabalhos na agricultura, garimpo e caça.

Em 1967 com uma maior concentração dos membros dos grupos no território planejado, foram iniciados os métodos de recrutamento do grupo de resistência. Os membros do partido se estabeleceram na região e se misturaram aos membros locais, através da abertura de comércios, escolas, assistência médica e se infiltrando nas demais profissões comuns na região. Assim, com o tempo, foram convencendo os locais à causa e unirem-se ao movimento. Foi somente em 1972 que o governo tomou conhecimento da realização da guerrilha, já organizando a primeira campanha contra eles em no mesmo ano. Com a grande força de resistência exercida pelo grupo. A ordem dos militares passou a ser a de eliminar completamente o grupo, não fazendo quaisquer prisioneiros; assim, na terceira campanha em 1973, foi realizada a “Operação Marajuára”, que em quatro meses conseguiu derrubar derrotar os resistentes⁵.

⁵ “Da guerrilha do Araguaia só há um relato assumido de oficial combatente. É o do capitão Pedro Correa Cabral, feito mais de vinte anos depois, quando ele já era coronel da reserva: “A guerrilha já não era mais guerrilha. Era uma caçada levada a termo por verdadeiros monstros”. Cabral revelou que helicópteros sobrevoaram a selva com alto-

Após o ocorrido o caso foi abafado pelo r gime por meio da censura da imprensa, a destrui o de documentos e sumi o dos corpos de mortos de ambos os lados. Sobre este caso, em 2009 a Comiss o Interamericana de Direitos Humanos levou   Corte Interamericana de Direitos Humanos um caso contra o Estado brasileiro. A a o tinha como objetivo a responsabiliza o do Brasil pela pris o, tortura, desaparecimento de cerca de 70 e da execu o velada de Maria Lucia Petit da Silva pessoas durante o combate da guerrilha do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1975.

O Brasil foi demandado a corte pois em virtude da lei da anistia nenhuma investiga o foi realizada, tanto para a investiga o penal dos militares respons veis pelo massacre como para obten o de respostas sobre o destino dos desaparecidos e sobre a execu o extraoficial de Maria Lucia Petit da Silva. Portanto, para Corte, em virtude da falta de acesso   informa o pelos familiares das v timas, estes acabam tamb m tonando-se v timas do caso.

Assim, Comiss o Interamericana de Direitos Humanos realizou parecer favor vel a responsabilidade e repara o do Brasil pelo descumprimento e viola o do direito ao reconhecimento da personalidade jur dica (artigo 3 ), direito   vida (artigo 4 ), direito   integridade pessoal (artigo 5 ), direito   liberdade pessoal (artigo 7 ), garantias judiciais (artigo 8 ), liberdade de pensamento e express o (artigo 13), prote o judicial (artigo 25) da Conven o Interamericana de Direitos Humanos (MOURA, 2012).No julgamento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisou primeiro a sua compet ncia em rela o ao caso. Em rela o a execu o de Maria Lucia Petit da Silva a corte se declarou incompetente para julgamento, pois o Brasil   Estado membro da Conven o desde 25 de setembro de 192, tendo compet ncia para casos posteriores a 10 de dezembro de 1988.Entretanto, sobre o desaparecimento das v timas reconheceu a sua compet ncia pelo crime ser caracterizado como um

falantes por meio dos quais se oferecia a rendi o aos guerrilheiros. Quem a aceitou, foi assassinado. Os comandantes militares produziram apenas um documento, da Marinha, no qual est  registrada a suposta data da morte de cada guerrilheiro. Conhece-se tamb m um canhenho de anota es de um oficial que participou dos combates, com registros parciais. Juntos, formam um conjunto desconexo." (GASPARI, 2002, p. 456).

crime permanente, o qual tem início com o desaparecimento da vítima e sendo cessado apenas com o conhecimento do paradeiro.

Com o fim do julgamento, a sentença condenou o Estado brasileiro como responsável do desaparecimento forçado de 62 pessoas. No mesmo julgamento, debates se estenderam se a Lei da Anistia era compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim:

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (SENTENÇA..., 2010, p. 64).

Portanto, segundo a Corte, o Brasil se omitiu de realizar quaisquer investigações para julgar e condenar os responsáveis pelo desaparecimento das vítimas e violações contra os Direitos Humanos; bem como, através da Lei de Anistia, restringiu o direito à informação das pessoas que buscavam informações a respeito das vítimas. O Estado foi condenado a pagar uma quantia em caráter indenizatório por danos materiais, imateriais e por custas e gastos processuais; e ainda, à necessidade de criação de uma comissão nacional da verdade para investigação dos crimes contra a humanidade. Dessa forma o julgamento do STF na ADPF 153, em 29 de abril de 2010, foi em sentido contrário ao realizado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando a Lei da Anistia compatível com a Constituição Federal de 1988; nesse sentido:

O argumento central é que a lei de anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo “diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas”. Acrescentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário “rescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário”. (ADMINEM, 2012, p. 8).

Entretanto, para a Corte Interamericana não importa se a lei foi ou não foi um acordo nacional; mas o seu conteúdo, que trouxe graves violações às garantias processuais e de Direitos Humanos.

A sentença do STF colocou o Brasil em caminho contrário ao entendimento atual sobre a proteção internacional dos Direitos Humanos. Pois já é opinião pacífica, inclusive a do próprio Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas, de que as leis de anistia em todo o mundo têm contribuído para a impunidade e cria o incentivo a aqueles que cometem e se beneficiam de tais crimes. Sendo tais medidas incompatíveis com a obrigação dos estados para com os tratados e com o próprio Direito Internacional⁶ (SENTENÇA..., 2010). Os crimes contra humanidade no Direito Internacional, como já destacado, tem a característica de serem imprescritíveis. Resultado do passado das duas grandes guerras mundiais do século XX. Antes do início século XX, o direito internacional não buscava ser um direito criminal propriamente dito, os indivíduos que entravam com litígios nas cortes internacionais entravam basicamente com intuito de receber algum tipo de compensação justa por algum direito seu violado. Foi somente após o transcurso das turbulências na primeira metade do século XX, que se foi tomando a consciência do poder de punição que o direito internacional deveria exercer sobre os indivíduos, crimes que de tão grande impacto acabam agredindo não só aos indivíduos afetados por este, mas à toda humanidade (MAZZUOLI, 2015).

⁶ Do sistema do *domestic affair* (a tutela dos nossos direitos compete exclusivamente aos juízes nacionais) passamos para o sistema do *international concern* (se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, isso pode ser feito pelos juízes internacionais). Os juízes internos fiscalizam o produto legislativo do Congresso Nacional. Se eles não amparam os direitos das pessoas, compete aos juízes internacionais cumprir esse papel”. (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e as antigas potências europeias fragilizadas pelas consequências dessa guerra, permitiu que a onda do totalitarismo tomou conta de grande parte da Europa já fragilizada. A queda da bolsa em 1929 ceifou as frágeis democracias que não viam alternativas se não se renderem ao desespero; daí, uma convicção ideológica internacionalizou-se por todo o globo:

É a convicção ideológica, que desde 1914 domina tanto os conflitos internos quanto os internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, e a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são validos como necessário. (HOBSBAWM, 2007, p. 127.)

Esses acontecimentos trouxeram como consequência a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Nesse período na Alemanha nazista, algumas classes de indivíduos classificados como "não-arianos" eram consideradas descartáveis ao Estado, o que levou a uma verdadeira coisificação do ser humano, levando à morte milhões de pessoas. Após o fim da segunda guerra, mesmo com o mundo dividido entre Estados representados pelas duas grandes potências, U.R.S.S e os E.U.A, foi elaborado por meio do Acordo de Londres (1946), a instauração do Tribunal de Nuremberg. Neste tribunal, foi realizado o julgamento de alguns dos principais membros do regime nazista levando à responsabilização individual dos indivíduos ligados ao holocausto. Tal ato iniciou a proteção internacional dos direitos humanos na contemporaneidade e ainda trouxe a primeira ideia de um tribunal penal internacional para a responsabilização individual de sujeitos que cometessem crimes contra a humanidade.

Dessa forma, como os Direitos Humanos tem uma grande importância para o Direito Internacional, este deve levado em conta nos Direitos Humanos consagrados no plano nacional criando um parâmetro mínimo de proteção internacional de proteção no ordenamento jurídico dos países com ênfase na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

Quanto à universalidade dos Direitos Humanos, cabe ao Estado observar rigorosa e criteriosamente os instrumentos internacionais de direitos humanos

que compõem vínculo jurídico com o Estado brasileiro, bem como aferir visibilidade aos tratados assinados pelo país, por meio de campanhas de divulgação. Dessa forma, almeja-se esclarecer quais os compromissos assumidos pelo Estado frente à proteção e promoção desses direitos. Nesse âmbito, a responsabilidade do Estado embasa-se na extensão da cidadania e no desafio de se fazer cumprir as obrigações internacionais assumidas, em se tratando de direitos humanos advindos dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (SANTOS; VASCONCELOS, 2009, p. 8-9).

Todavia, os governos democráticos não absolutos. Cada um é dotada de particularidades, um abstrato, não sendo uma estrutura lógica de normas. Nessa condição o Estado deve recriar o modo de atuação estatal, implementando os Direitos Humanos sob a visão local através de uma forma de incorporar tais normas externas as particularidades internas.

Considerações finais

O golpe militar de 1964 levou a mudanças inimagináveis na sociedade brasileira, deixando inúmeros resquícios que permanecem até hoje. Um dos motivos de tais resquícios permanecerem foi consequência da política de transição no qual predominou o esquecimento com a elaboração da Lei nº 6.883 de 1979, Lei da Anistia. Não houve a possibilidade de perdão aos crimes ou a construção de uma memória concreta, impossibilitando a construção de uma sociedade democrática plena após o período de redemocratização.

A decisão do STF sobre a ADPF 153 em declarar a permanência da validade da Lei da Anistia, só deixou mais clara a irresponsabilidade do Estado brasileiro em relação a sua história e a sua superação. Foi necessário que a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e Outros” consolidar apenas o que já era claro e inquestionável na seara do Direito Internacional e dos Direitos Humanos; que é a invalidade de tais Leis e a responsabilidade dos Estados em punir os crimes contra a humanidade. Com a realidade mundial de um retorno a ideologias políticas mais radicais, em todos os quadrantes, é urgente a necessidade da construção

da memória coletiva para que crimes contra a humanidade não voltem a acontecer no Brasil e em quaisquer nações. Somente com uma política forte de resgate da memória poderá combater a ascensão de novos regimes e assegurar os Direitos Humanos e o Direito à Justiça para o combate de violações futuras e ocorridas no Estado Democrático de Direito.

Referências

ADMINEM. **Lei de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: o Caso Brasileiro**. 12 abr. 2012. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/2012/04/lei-de-anistia-direito-a-verdade-e-a-justica-o-caso-brasileiro/>. Acesso em: 22 de out. de 2017.

BIDNIUK, Gabriela da Rosa. Justiça de transição no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11164>. Acesso em 22 de out de 2017.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168467&base=baseAcordaos>>. Acesso em 12/05/2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DREITOS HUMANOS. **Sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil**. 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

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

MOURA, Luiza Diamantino. O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16>. Acesso em out 2017.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério. **A Lei de Anistia viola convenções de direitos humanos**. 10 mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/columa-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acesso em: 22 out. de 2017.

HOBBSAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. 1.ed. São Paulo- SP: Companhia Das Letras, 2007.

KINZO, MARIA D'ALVA G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 3-12, dec. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-8839200100040002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 out 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais:2015.

MOURA, Luiza Diamantino. O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12035&revista_caderno=16>. Acesso em 21 de out 2017.

ROCHA, Karina Ferreira da. Lei da Anistia: sua legalidade frente à Constituição Federal de 1988. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 156, jan 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18035&revista_caderno=9>. Acesso em 21 de out 2017.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. **Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico** doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p131>. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 131-160, jul. 2012. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p131>>. Acesso em: 21 de out. 2017.

SANTOS, Abraão Soares dos; VASCONCELOS Sarah de Castro. **A justiça transicional e a imprescritibilidade dos crimes ocorridos no regime militar diante da retroatividade na aplicação dos tratados internacionais de caráter suprallegal**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2470.pdf>. Acesso em: 15 de out. 2017.

Sobre as(os) autoras(es)

Ana Raquel Delgado Jardim Jucá

Graduada em Direito – Faculdade Damas da Instrução Cristã.

André Martins de Oliveira

Mestre em Direitos Humanos – Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Contabilidade e Controladoria Governamental – Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito – Associação Caruaruense de Ensino Superior.

Angelika Souza V. da Costa

Mestre em Direito - Universidade Federal de Pernambuco. Professora do curso de direito do Centro Universitário Maurício de Nassau, Recife e do Centro Universitário do Vale do Ipojuca.

Ariclenes Barbosa de Araújo

Graduado em Direito – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Advogado.

Cauê Varjão de Lima

Graduando em Direito – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Ciro Alencar de Amorim

Mestre em Gestão Empresarial – Centro Universitário de Boa Viagem. Professor do curso de direito do Centro Universitário do Vale do Ipojuca.

Clarissa Marques

Doutora em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT/UPE/CNPq) e do Coletivo Direitos em Movimento (UPE).

Danilo Henrique de Sousa Melo

Pós-graduando em Administração Pública e Direito Legislativo – Universidade de Pernambuco. Graduado em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. Integrante do Projeto de Extensão “Escritório de Defesa da Mulher” (UPE). Advogado. Funcionário do Banco do Brasil.

Fernando Andrade Fernandes

Pós-Doutor em Direito – Universidade de Salamanca. Doutor em Direito – Universidade de Coimbra. Professor Assistente Doutor da Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Gabriel da Silva

Graduando em Psicologia – Formação de Psicólogo – Universidade de Pernambuco – *Campus* Garanhuns.

Giorge Andre Lando

Pós-doutor em Direito – Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito – Universidade Paranaense. Professor Adjunto da Universidade de Pernambuco. Advogado.

Giselle Oliveira Santos

Graduanda em Psicologia – Formação de Psicólogo – Universidade de Pernambuco – *Campus* Garanhuns.

Gustavo Leite Neves da Luz

Graduando em Direito – Faculdade Paraíso do Ceará.

Isabele Moraes D’Angelo

Doutora e Mestra em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade de Pernambuco. Coordenadora Setorial de Extensão e Cultura da FCAP-UPE. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e da Associação Luso Brasileira de Juristas do Trabalho – JUTRA. Líder do Grupo de Pesquisa Direito do Trabalho e os Dilemas da Sociedade Contemporânea. Membro do GPTEC – Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo. Advogada.

Jorge Yuri Souza Aquino Leite Rodrigues Lins

Graduando em Direito – Faculdade Paraíso do Ceará.

Kelly Mendes de Alcântara

Mestra em Direitos Humanos – Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito – Faculdade Metropolitana da Grande Recife. Advogada.

Kilma Galindo do Nascimento

Mestra em Gestão Empresarial – Centro Universitário de Boa Viagem. Professora do curso de direito do Centro Universitário do Vale do Ipojuca.

Laerte Lino Lopes

Graduando em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.

Luana Laiane dos Santos

Graduada em Direito – Centro Universitário Maurício de Nassau, Recife.

Lucivânio Cesário da Silva

Graduando em Direito – Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns. Licenciado em Letras – Universidade de Pernambuco. Especialista em Ensino de Língua Portuguesa – Universidade Cândido Mendes.

Luiza M. Barros Alves

Graduanda em Direito – Universidade Federal de Pernambuco.

Maria Beatriz Dias de Medeiros

Graduanda em Direito – Centro Universitário Tabosa de Almeida. Integrante d'O Imaginário – Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Estética, Educação e Cultura – Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico do Agreste (UFPE).

Maria Clara de Souza Soares

Graduanda em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT) e do Coletivo Direitos em Movimento (DIMO-UPE).

Maria Eduarda Henrique Mascarenhas

Graduanda em Direito – Faculdade Paraíso do Ceará.

Maria Luiza P. Gonçalves

Graduanda em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade (GEPT) e do Coletivo Direitos em Movimento (DIMO-UPE).

Maria Rita Barbosa Piancó Pavão

Mestranda em Educação Contemporânea – Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico do Agreste. Graduada em Direito – Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Integrante d'O Imaginário – Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Estética, Educação e Cultura – Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico do Agreste (UFPE). Ganhadora do Prêmio José Rabelo de Vasconcelos em Pesquisa Acadêmica (2017).

Natália Oliveira Melo

Mestra em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas – Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Questões Étnico-Sociais ou Raciais – Universidade Candido Mendes. Professora Substituta da no Núcleo de Formação Docente da Universidade Federal de Pernambuco, Centro Acadêmico do Agreste.

Nívea Bethânia Correia da Silva

Graduada em Direito – Centro Universitário do Vale do Ipojuca.

Paula Santiago Soares

Graduanda em Direito – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Patrick Campos Araújo

Mestrando em Educação – Universidade de Pernambuco. Pós-graduando em Direito Público Municipal – Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina. Graduado em Direito – Universidade Estadual da Paraíba.

Ricardo Severino de Oliveira

Mestre em Gestão e Políticas Ambientais – Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Gestão de Ambientes Costeiros Tropicais – Universidade Federal de Pernambuco e em Gestão Pública – Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns. Graduado em Ciências Sociais – Universidade Federal Rural de Pernambuco. Professor Assistente da Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns.

Roberta Rayza Silva de Mendonça

Mestra em Direitos Humanos – Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direitos Humanos: Educação e Ressocialização – Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito – Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio São Francisco. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Movimentos Sociais, Educação e Diversidade na América Latina (UFPE). Extensionista do Observatório dos Movimentos Sociais na América Latina (UFPE).

Rodrigo Lima Freire Mariz

Graduando em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde. Integrante do Grupo de Pesquisa *Veredas* de Ciências Criminais

Solon Ivo Cordeiro Neves de Almeida

Graduando em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.

Suely Emilia de Barros Santos

Doutora em Psicologia Clínica – Universidade Católica de Pernambuco. Professora Adjunta do curso de Psicologia – Universidade de Pernambuco – *Campus* Garanhuns. Coordenadora da Residência Multiprofissional em Saúde Mental com Ênfase no Cuidado do Usuário e da Família (UPE). Coordenadora do Laboratório em Ação Clínica e Saúde (LACS/UPE).

Valéria Feitoza da Silva

Graduanda em Direito – Universidade de Pernambuco – Campus Arcoverde.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org